

César Landa



Tribunal Constitucional y Estado Democrático



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional

FONDO EDITORIAL 1999

El presente libro es el resultado de la investigación postdoctoral de César Landa trabajada en Alemania con el Profesor Peter Häberle, en la Universidad de Bayreuth y en el Max-Planck-Institut de Heidelberg (1997-1998).

El autor estudia el rol que le cabe cumplir al tribunal constitucional en el proceso de fortalecimiento del Estado democrático; en la medida que la legitimidad social que alcance su actividad de control constitucional al poder, constituye el indicador más claro del avance de la democracia constitucional contemporánea.

La obra postula la necesidad de establecer una relación razonable entre la política y el derecho; en la medida que históricamente la búsqueda de judicializar la política ha terminado más bien politizando a la justicia.

Es allí, donde el autor plantea a la teoría institucional como el instrumento de integración de la realidad y la normatividad constitucional; pero, orientada éticamente por los principios de la esperanza y de la responsabilidad.

Así, en la primera parte del libro se realiza un prolijo balance de la experiencia de la justicia constitucional peruana; lue-

Tribunal Constitucional y Estado Democrático

CÉSAR LANDA ARROYO

Tribunal Constitucional Y Estado Democrático



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

Primera edición, octubre de 1999

Tribunal Constitucional y Estado Democrático

Diagramación: *Lourdes Rodríguez Matysek*

Imagen de Carátula:

JOAN MIRÓ, *Tríptico de la Esperanza de un condenado a muerte III-1974*

Copyright © 1999 por Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18.
San Miguel. Telefax: 460-0872. Telfs.: 460-2870, 460-2291, anexos 220
y 356.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-175-4

Impreso en el Perú - Printed in Peru

*Para Alonso y la
generación 2000*

*A mis amigos : Ray, Carmela,
Frank y Nora*

INDICE

Presentación	15
Prólogo	19
Introducción	23
Abreviaturas	27
Primera Parte: <i>Evaluación de la jurisdicción constitucional</i>	29
I. Constitucionalismo democrático y jurisdicción constitucional	35
1. Experiencia anglosajona	36
2. Experiencia europea-continental	46
II. Contexto y evolución de la justicia constitucional peruana	59
1. Constitucionalismo democrático y constitucionalismo autoritario	61
2. Incorporación e implementación de la jurisdicción constitucional	70
III. Balance del Tribunal de Garantías Constitucionales	85
1. Custodio de la ley	87
2. Defensor del Estado Social	94
3. Sentencia sobre la Bolsa de Trabajo	98
3.1 Igualdad ante la ley	99
3.2 Libertad de sindicación	106
3.3 Libertad de contratar	109
4. Sentencia sobre competencias municipales en el transporte público	111
4.1 Autonomía municipal	114
4.2 Garantía institucional de la autonomía local como límite a la ley	117
4.3 Test de la competencia	122
5. Valoración del Tribunal de Garantías Constitucionales	127
5.1 Como organismo constitucional	127
5.2 Como órgano judicial	132
IV. Modelo de jurisdicción constitucional	137
1. Acción de inconstitucionalidad	139
1.1 Legitimidad procesal	139
1.2 Funciones del control constitucional	142
1.3 Tipos de sentencias de inconstitucionalidad	144
1.4 Efectos de las sentencias	150
1.5 Supremacía de la interpretación constitucional	152

2.	Habeas Corpus	154
2.1	Tipos de habeas corpus	156
2.2	Garantías del debido proceso	159
3.	Acción de Amparo	162
3.1	Amparo contra normas y resoluciones judiciales	162
3.2	Garantías de la tutela judicial	165
3.3	Medida cautelar	166
4.	Habeas Data	167
5.	Acción de Cumplimiento	172
6.	Acción Popular	175
7.	Conflictos Constitucionales	178
V.	Balance del Tribunal Constitucional	183
1.	Desarrollo y vaciamiento de la jurisdicción constitucional	184
2.	Sentencia sobre el sistema de votación del Tribunal Constitucional	198
3.	Sentencias sobre la ley de reelección presidencial	210
3.1	Control difuso de la ley	211
3.2	Control concentrado de la ley	217
4.	Límites y posibilidades del Tribunal Constitucional	221
4.1	Problemas del Tribunal Constitucional	222
4.2	Perspectivas del Tribunal Constitucional	237
Segunda Parte: Desafíos y Posibilidades de la Jurisdicción Constitucional		243
I.	Crisis del positivismo constitucional	251
1.	Orígenes del positivismo jurídico (<i>jus positivum</i>)	252
1.1	Escuela de la Exégesis del Derecho	259
1.2	Escuela histórica del Derecho	262
1.3	Escuela utilitarista del Derecho	266
2.	Bases del constitucionalismo positivista	269
2.1	Positivismo realista	271
2.2	Positivismo normativista	274
3.	Positivismo constitucional	280
3.1	Teoría pura del Derecho	281
3.2	Teorías jurídico-políticas	284
3.3	Iusnaturalismo versus iuspositivismo	287
4.	Neopositivismo y neoiusnaturalismo constitucional	292
4.1	Judicialización de los valores constitucionales	293
4.2	Neoconstitucionalismo	297
II.	Teoría Constitucional Institucional	303
1.	Pensamiento constitucional	304
1.1	Teoría institucional ética	306
1.2	Pensamiento neoliberal y postmoderno	312
1.3	Utopía constitucional	316

2.	Derechos fundamentales	320
2.1	Teorías del Estado de los derechos fundamentales	322
2.1.1	Modelo historicista	322
2.1.2	Modelo individualista	323
2.1.3	Modelo estatalista	324
2.2	Teorías constitucionales de los derechos fundamen- tales	325
2.2.1	Teoría liberal	326
2.2.2	Teoría de los valores	327
2.2.3	Teoría institucional	329
2.2.4	Teoría democrática-funcional	334
2.2.5	Teoría jurídico-social	335
2.2.6	Teoría de la garantía procesal	337
3.	Interpretación constitucional	339
3.1	Interpretación hermeneútica	342
3.2	Interpretación tópica	345
3.3	Interpretación institucional	349
3.4	Interpretación alternativa	352
III.	Fortalecimiento del Tribunal Constitucional	355
1.	Nombramiento de los magistrados	356
1.1	Cuotas parlamentarias y elección política	357
1.2	Perfil del magistrado constitucional	367
1.3	Principios para la elección de los magistrados cons- titucionales	371
2.	Magistrados suplentes y Salas	377
2.1	Número de magistrados y suplentes	378
2.2	Pleno y Salas	384
3.	Sistema de votación e inmunidad judicial	390
3.1	Sistema de votación	391
3.2	Inmunidad por los votos y opiniones	403
	Tercera Parte: Tribunal Constitucional y división de poderes	417
I.	Posición del Tribunal Constitucional en el régimen político	421
1.	Democracia versus autocracia	422
2.	Régimen presidencialista	432
II.	Tribunal Constitucional y Poder Ejecutivo	441
1.	Decretos Legislativos	443
1.1	Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos legislativos	447
1.2	Posición del Tribunal Constitucional sobre los de- cretos leyes	451
1.3	Posición del Tribunal Constitucional sobre los de- cretos legislativos	455

2.	Decretos de Urgencia	458
2.1	Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos de urgencia	460
2.2	Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos de urgencia	464
III.	Relaciones del Tribunal Constitucional con el Poder Legislativo	471
1.	Crisis de la legalidad	473
2.	Posición del Tribunal Constitucional respecto a la ley	482
2.1	Interpretación auténtica	483
2.2	Hechos cumplidos y derechos adquiridos	487
2.3	Irretroactividad de las normas	493
3.	Tribunal Constitucional y las <i>political questions</i>	499
3.1	Tensión entre la política y el derecho	503
3.2	Test y límites del control judicial	510
IV.	Tribunal Constitucional y Poder Judicial	521
1.	Crisis del Poder Judicial	523
1.1	Ilegitimidad de la función judicial	523
1.2	Politización de la justicia	531
2.	La Guerra de las Cortes	536
2.1	Amparo contra la sentencia desestimatoria de control abstracto del Tribunal de Garantías Constitucionales	537
2.2	Amparo contra la sentencia de control concreto del Tribunal Constitucional	543
V.	<i>Excursus</i> : Tratados y jurisdicción internacional de los derechos humanos	555
1.	Posición constitucional de los tratados	558
1.1	Sistema de fuentes del derecho internacional en la Constitución	559
1.2	Tratados internacionales en la Constitución	566
1.2.1	Tratados constitucionales	566
1.2.2	Tratados de materia legislativa	574
1.2.3	Tratados simplificados	577
2.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos	581
2.1	Organismos	584
2.1.1	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	585
2.1.2	Corte Interamericana de Derechos Humanos	586
2.2	Casos judiciales	591
2.2.1	Caso Velásquez-Rodríguez	592
2.2.2	Caso Castillo Páez	595
2.2.3	Caso María Loayza	598

2.3	Perspectivas del sistema interamericano de derechos humanos	600
2.4	<i>Addenda</i>	603
	Epílogo	607

PRESENTACION

La presentación de los trabajos científicos de los jóvenes investigadores hecha por los científicos mayores, así como el desarrollo del género literario de las entrevistas científicas (como por ejemplo, de F. Balaguer-Callejón a P. Häberle, en el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, 1997, N° 9, pp. 9-49, como también, de C. Landa a P. Häberle y a K. Hesse, ambas en *Pensamiento Constitucional*, 1996, N° 3, pp. 279 y ss., y, 1998, N° 4, pp. 209 y ss., respectivamente), se han afirmado como una larga tradición en los países iberoamericanos.

El suscrito, como Profesor alemán se incorpora con mucho gusto en ese marco cultural, en tanto es una fecunda forma de hacer ciencia y doctrina, que de manera personal el autor César Landa y su destacada investigación, muestran cómo a partir de ellas se pueden establecer los cimientos del puente entre las comunidades científicas alemana y de habla hispana, como la peruana.

El Profesor C. Landa como becario de la Fundación Alexander von Humboldt 1997/1998, ha trabajado durante más de un año en el Departamento de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth, en particular en el Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo. También ha participado en nuestro Seminario de Derecho Comparado junto con otros colegas de Bayreuth, de otras ciudades de Alemania y países extranjeros, a fin de ampliar su investigación desde una perspectiva de la doctrina alemana. De ello ha surgido una sobresaliente investigación, en la cual trata a la jurisdicción constitucional, no sólo como una pieza clave en el estado actual de desarrollo del Estado constitucional, sino también como una garantía de la democracia en el Perú.

Sobre esa base C. Landa toma la vasta experiencia del Derecho Constitucional Comparado de los Estados Unidos, como también de España, Suiza y en particular de Alemania (Parte Segunda, Cap. II). Estudia no sólo a los clásicos de Weimar, sino también aprovecha las contribuciones teóricas que se han dado bajo la Ley Fundamental de Bonn, material que ha utilizado en su erudito trabajo. En ese sentido, C. Landa obtiene resultados exitosos en la mediación del debate jurídico entre las escuelas alemanas, al otorgar un peso específico a cada una de ellas. Esto puede ser una referencia de especial ayuda para el Perú.

Desde el punto de visto alemán, la experiencia de la nueva Constitución peruana de 1993 ha retrocedido claramente en el camino hacia la construcción del Estado constitucional que dispuso la Constitución de 1979, quedando

como una tarea de la Ciencia Jurídica, recuperar el futuro perdido, mediante una próxima reforma constitucional.

Más aún, C. Landa arriva a nuevos conocimientos en los niveles teóricos –abstractos– para un mejor ordenamiento de la jurisdicción constitucional, en el marco general del sistema y funciones del balance de los poderes del Estado (Parte Tercera), como también en temas prácticos –concretos– como la elección de los jueces constitucionales (Parte Segunda, Cap. III) que también debería ser tomada en cuenta en Europa. El tratamiento de los asuntos referidos a la protección interamericana de los derechos humanos (Parte Tercera, V. *Excursus*), redunda a su vez en provecho del fortalecimiento de la jurisdicción constitucional en el Perú.

El suscrito escribe este prólogo además de lo ya mencionado, por una razón que va más allá de lo personal: La comunidad científica alemana puede envidiar a la comunidad científica española entre otras, por el puente cultural con que cuenta el mundo de habla hispana (comparar el artículo 11°-3 de la Constitución española de 1978). Ya desde el siglo XIX hubo intensas relaciones entre la ciencia del Derecho Público alemana y española (sobre eso, revisar mi contribución en *Estudios de Derecho Público*, II, pp. 1161-1188, Madrid, 1997) y hasta ahora subsiste un intenso intercambio entre ambos países en distinto foros (por ejemplo, entre el Tribunal Constitucional de Karlsruhe y el de Madrid, entre otros) y en la literatura jurídica (por ejemplo, A. Jiménez Blanco, *Europäische Staatsrechtslehrer –Constitucionalista europeo–* sobre E. García de Enterría, en *JöR* 45, 1997, pp. 145 ss.; ver también K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª. ed., 1992; P. Häberle, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Bilbao, 1996; autores varios, *Libertad, Igualdad, Fraternidad*, Madrid, 1998). Así, con el tiempo se va formando una relación triangular que incluye a los países iberoamericanos, especialmente al Perú.

El inicio de ese proceso se inició con los trabajos tempranos de la innovadora Constitución Peruana de 1979 en el Anuario de Derecho Público, *JöR*, tomo 36, 1987, pp. 641 ss., luego se retomó con la colaboración de D. García Belaunde, sobre *la nueva Constitución del Perú de 1993*, *JöR* 43, 1995, pp. 65 ss., así como con la colaboración de C. Landa *Justicia constitucional en el Perú*, *JöR* 44, 1996, pp. 583 ss. El suscrito se encuentra también agradecido por las muchas traducciones de sus trabajos que se han realizado en Lima (publicadas, por ejemplo, en *Pensamiento Constitucional* 1994, pp. 45 ss.).

Por todo ello, me gustaría que el libro de C. Landa ayudara al Perú en la tarea de integrar el círculo de Estados Constitucionales, con efectivos controles de la jurisdicción constitucional y en el intercambio activo de co-

nocimientos entre la Universidad Católica en Lima y la Universidad de Bayreuth, como también en la construcción de una comunidad científica peruano-alemana.

Bayreuth, noviembre de 1998

PROFESOR DR. DR. H.C. PETER HÄBERLE

PROLOGO

Mi amigo y colega César LANDA, profesor de la Universidad Católica de Lima ha tenido la amabilidad de pedirme que escriba unas páginas sobre su libro: *"El rol del Tribunal Constitucional y Estado Democrático"*.

Basta el prólogo del maestro Peter HÄBERLE, tan conocido en España, para señalar la importancia del profesor peruano. Considerando que este libro se publica en Perú y la amistad profunda, que mantengo con el profesor limeño, me complace redactar unas breves consideraciones sobre su libro. Conviene añadir que en Perú hay una intensa preocupación por la Teoría de la Constitución y el Derecho Constitucional comparado como lo corroboran maestros como Domingo GARCÍA BELAUNDE y los autores que colaboran en la revista *"Pensamiento Constitucional"* asesorada por LANDA y en la que hemos colaborado profesores españoles: Pedro DE VEGA, Francisco FERNANDEZ SEGADO y quien escribe.

Impresiona la bibliografía consultada y certeramente comentada por el autor, que como es sabido es abrumadora, procedente de Alemania, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Italia y España, así como los diversos centros de investigación que visitó en aquellos países sin olvidar, la de Iberoamérica: Argentina, México, Brasil, etc.

A lo largo de este libro, he comprobado la coincidencia de diversas afirmaciones que cuadran con mis posiciones en tema tan importante. Así, por ejemplo, cuando apoyándose en Pedro DE VEGA escribe "...la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones legales e interpretaciones hiperformalizadas que constantemente contradicen la realidad", pone de manifiesto que las normas constitucionales y legales que regulan el Tribunal Constitucional han de fortalecer la limitación del gobierno por el Derecho defendiendo el orden y los valores constitucionales. "Esto sólo es posible, partiendo de reconocer junto al carácter jurídico de la labor del Tribunal Constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de las resoluciones del mismo". Me remito a mis consideraciones sobre lo anterior a mi Curso de *"Derecho Político"*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 847 y ss.

za al Perú y por supuesto a la doctrina peruana que cada vez es más conocida y apreciada en España.

Pablo Lucas Verdú
Madrid, Octubre de 1999.

INTRODUCCION

El origen de la situación crítica del constitucionalismo de fines del siglo XX en el Perú, está en el fracaso del positivismo jurídico, ya que éste ha pretendido ser una ciencia jurídica a-valorativa y sometida a la legalidad formal, excluyendo de lado los valores democráticos que le dieron origen y legitimidad. En ese sentido, sobre la base del principio de legalidad, el positivismo jurídico ha servido tanto a los gobiernos democráticos como a las dictaduras, pero, sin lograr establecer la estabilidad jurídica ni la justicia democrática que la sociedad demanda. Frente a este estado de cosas, las respuestas no se han hecho esperar y, desde el Estado o la propia sociedad civil, se ha intentado la reforma del Estado: unos a través de los golpes de Estado (militares y civiles), otros mediante movimientos sociales que degeneraron en la violencia de la década de los ochenta, y aquellos que en forma menos ruidosa han dado lugar al establecimiento del Estado informal.

En efecto, los distintos ensayos realizados desde el Estado para resolver este problema no han tenido éxito, porque no se ha reconocido que la implementación del Estado constitucional tiene una emergente demanda social, y que se expresa en la necesidad de contar con un sistema de protección de los derechos fundamentales para todos; de permitir el control y la descentralización del poder; de crear las condiciones mínimas de bienestar socio-económico y de asegurar un sistema de justicia legítimo y eficiente para todos los ciudadanos. En un esquema democrático, por el contrario, ello supondría que las iniciativas de participación de la ciudadanía sean aceptadas por el gobernante y los actos del gobierno sean materia de control; sin embargo, los estados de emergencia, la seguridad nacional o la economía de mercado han operado como conceptos arbitrarios, detrás de los cuales se ha ocultado siempre la vocación autocrática del poder. Olvidando que en una democracia le corresponde al pueblo como soberano decidir, en última instancia, acerca de dichos conceptos discrecionales. En ese sentido, el positivismo jurídico ha sido de instrumento ideológico para el ejercicio autocrático del poder, en la medida que no ha sometido al gobernante a la norma, sino la norma al gobernante de turno.

Sin embargo, la solución no pasa por la reforma al modelo normativo del Estado, (basada en el voluntarismo estatal o en la autosuficiencia individual de la sociedad civil, por lo demás, ajenas a las tradiciones culturales comunitaristas de la sociedad peruana); sino que, la reforma del Estado debe suprimir de los canales del proceso democrático todo rasgo autoritario de la clase gobernante, e eliminarla incluso de la propia sociedad civil, mediante la institucionalización de la acción política y jurídica de la sociedad, que permita llegar a acuerdos fundamentales sobre la forma de resolver y procesar

los conflictos sociales existentes, así como crear al mismo tiempo elementales condiciones para el ejercicio por todos de la libertad.

Para ello, se deben buscar nuevos presupuestos de legitimidad y de eficacia de la vida democrático-constitucional, teniendo a la teoría constitucional como principio esencial en la reconstrucción de las bases sociales de la convivencia social. Pero no de cualquier teoría, sino de la teoría constitucional institucional que postulamos, como el pensamiento jurídico ético, que se encuentra asentado en una realidad histórica integrada detrás de la defensa de los intereses generales de la sociedad, interesados en una regeneración ética y política. El pensamiento constitucional institucional se mantiene siempre abierto a nuevas ideas, su exigencia ética no es la verdad o justicia absolutas, sino entre todas que se oriente mejor hacia los intereses generales. Por ello, el Estado constitucional se convierte tanto en un fin simultáneamente como en un medio.

En ese sentido, la democracia es un sistema perfectible, lo que supone un proceso lleno de aciertos y yerros como toda obra humana personal y colectiva. Desde esta perspectiva ética de la democracia, se trata de recuperar la realidad de la cultura política del pueblo *que es* y no la que quisiéramos, o la que debería ser. El secreto de la democracia está en esa íntima y verdadera parte de la opinión pública oculta a la realidad, en ese fondo oscuro y privado del alma popular que no se siente vinculado, a las ideas de la democracia formal que discurren en la colectividad. Es sobre la base de ese subconciencia popular de libertad y de justicia que se debe buscar afirmar el Estado constitucional, sin pretender tener la razón de manera absoluta, ya que éste es el camino directo para caer en las promesas de los caudillos iluminados, lo que siempre ha terminado en grandes tragedias para la humanidad.

Aquí entra el rol de la justicia constitucional, como un instrumento de control del poder, ante el fracaso de la democracia representativa. Este proceso no es otro que el de la judicialización del derecho constitucional sin despolitizar el Estado, es decir, judicializar al poder. Tensión que debe tener garantías de éxito, mediante las nuevas técnicas de la jurisdicción constitucional, de lo contrario cualquier Tribunal Constitucional se convertiría en una burla para la sociedad y en un instrumento para mantener el *statu quo*.

La justicia constitucional moderna es una institución propia de los Estados democráticos contemporáneos; sobre todo, de aquellos países que han salido de una etapa de dictadura política. Por eso, cuando cae el nazifascismo, y cuando se desmorona el socialismo-soviético con la caída del Muro de Berlín y se abren las vías políticas para construir sociedades abiertas, con economías sociales de mercado y Estados limitados por los derechos fundamentales, se recrea y expande la justicia constitucional mediante los

tribunales o cortes constitucionales. En ese mismo sentido, cuando en América Latina se reinstaura la democracia representativa a finales de la década de los setenta, se inicia un claro proceso de incorporación de la jurisdicción constitucional, en la forma de Tribunales Constitucionales.

Ello pone en evidencia la relación de dependencia que existe entre la justicia constitucional y la democracia. Por ello, los regímenes cerrados o dictatoriales son enemigos o estrangulan no sólo la democracia, sino también a los tribunales constitucionales. En ese sentido, si la concepción positiva de democracia de comienzos del siglo XX permitió el surgimiento y desarrollo de partidos y movimientos totalitarios, que llegaron al poder en el marco del Estado de Derecho, para luego desmontarlo y destruirlo, entonces, se debe tener presente que no basta que un líder, un movimiento o partido político haya ganado las elecciones. Sino que la práctica de su gobierno se corresponda con los principios del pluralismo político y la tolerancia social, que no es otra cosa que el control del poder. Lo cual se expresa en la idea según la cual la democracia no se define unilateralmente por la autoridad gobernante, sino por el respeto que tenga a nivel real de la oposición política y de las minorías sociales.

La justicia constitucional, que supone juridificar el proceso político, racionalizando a los poderes público y privado, requiere replantear el pacto social si no quiere convertirse en un falso instrumento del Estado democrático y constitucional. Es decir, se requiere un nuevo contrato social que asuma un compromiso ético con los valores civiles emergentes de la solidaridad social y de la autonomía personal, base sobre la cual se asiente el constitucionalismo democrático y la jurisdicción constitucional como garante de la Constitución.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, como defensor de la Constitución, se convierte en la práctica en el tutor y reserva moral del sistema democrático que jurídicamente ha consagrado la Constitución. De ahí la gran responsabilidad de los magistrados constitucionales en cuidar las fronteras muchas veces porosas de las actividades judicial y política, por cuanto, transgredir su función jurisdiccional, supondría transformar al Tribunal Constitucional de un órgano constituido en un órgano constituyente y a los jueces en señores y no servidores de la Constitución. Proceso que no se agota en la jurisdicción nacional, sino que en esta nueva etapa de la globalización, se extiende hacia la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Sobre la base de dichos presupuestos, la presente obra se divide en tres partes. La Primera Parte aborda, la jurisdicción constitucional comparada y peruana, desde una perspectiva histórica y analítica. La Segunda Parte plantea los desafíos teóricos de la jurisdicción constitucional, a partir de la teoría institucional, y; en una Parte Tercera, se analiza la posición del Tribunal

Constitucional en el sistema de división de poderes, para finalmente extender sus alcances en su progresiva relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De esta manera se trata de revisar la posición teórica y práctica del Tribunal Constitucional con miras al fortalecimiento del Estado Constitucional.

Para esta investigación he tenido la oportunidad de consultar diversas bibliotecas: entre ellas quiero destacar, cronológicamente, la colaboración de la Biblioteca del Congreso y de la American University, en Estados Unidos; las bibliotecas del Centro de Estudios Político Constitucionales, de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad Santiago de Compostela, en España; la biblioteca de la Universidad de Warwick, en Inglaterra, y las bibliotecas de la Universidad de Bayreuth y sobre todo del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg, en Alemania; en las cuales, por más de dos años me han permitido culminar esta investigación postdoctoral.

Por otro lado, deseo señalar que el presente trabajo ha sido posible gracias al creativo impulso intelectual del Prof. Dr. Dr. hc Peter Häberle, Jefe del Departamento de Derecho Público y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth, así como al apoyo brindado por el Prof. Dr. Dr. hc Jochen Abr. Frowein, Director del Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg. Mis estancias académicas en Bayreuth y en Heidelberg no hubieran sido posibles sin el concurso de la beca postdoctoral para investigadores de la Fundación Alexander von Humboldt, a quien agradezco en la persona de su Director Dr. Reimar Lust y de la Dra. Gisela Janetzka.

También deseo expresar mi especial reconocimiento al Dr. Salomón Lerner, Rector de la Pontificia Universidad Católica, por su política de promoción docente, lo cual me permitió asumir mis compromisos académicos y familiares sin mayores contratiempos. Finalmente, extendiendo también mi agradecimiento a mis ex-asistentes en la enseñanza del Derecho Constitucional: Joseph Campos, Luis Huerta y Daniel Soria, por su colaboración y, a los doctores Domingo García Belaunde, Eduardo Hernando Nieto y César Delgado Guembes por su comunicación permanente, lo cual me permitió estar al tanto del accidentado proceso constitucional peruano.

Heidelberg, noviembre de 1998

ABREVIATURAS

INSTITUCIONES

- APDC: Asociación Peruana de Derecho Constitucional
CAJ: Comisión Andina de Juristas
CCD: Congreso Constituyente Democrático
CEC: Centro de Estudios Constitucionales
CURAPP: Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
IACL: International Association of Constitutional Law
MDC: Maestría en Derecho Constitucional
PUCP: Pontificia Universidad Católica del Perú
TC: Tribunal Constitucional
TCP: Tribunal Constitucional del Perú
TFC: Tribunal Federal Constitucional de Alemania
TGC: Tribunal de Garantías Constitucionales
UAM: Universidad Autónoma de Madrid
UNAM : Universidad Nacional Autónoma de México
UNMSM: Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LEYES

- Dec. Ley: Decreto Ley
DL: Decreto Legislativo
LOHCA: Ley Orgánica de Hábeas Corpus y Amparo
LOM: Ley Orgánica de Municipalidades
LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTGC: Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales

REVISTAS

- AöR: *Archiv des öffentlichen Rechts*
BICP: *Boletín Informativo de Ciencia Política*
BOE: *Boletín Oficial del Estado*
CLR: *Columbia Law Review*
DJ: *Die Justiz*
DJT: *Deutsche Juristenzeitung*
DÖV: *Die Öffentliche Verwaltung*
DRZ: *Deutsche Rechtszeitung*
DRiZ: *Deutsche Richterzeitung*

- DVBl.: *Deutsche Verwaltungsblatt*
EuGRZ: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*
HLR: *Harvard Law Review*
JD: *Journal of Democracy*
JöR: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*
JZ: *Juristenzeitung*
LTC: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*
NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*
ÖsterrZÖffR: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*
Österr. Z. öffentl. Recht und Völkerrecht: *Österreichisches Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*
PC: *Pensamiento Constitucional*
RBEP: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*
RCEC: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*
RDP: *Revue du Droit Poblisque et de la Science Politique en France et á l'Étranger*
REDC: *Revista Española de Derecho Constitucional*
REP: *Revista de Estudios Políticos*
RFDC: *Revue Français de Droit Constitutionnel*
RJP: *Revista Jurídica del Perú*
RPDP: *Revista Peruana de Derecho Procesal*
RTDP: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.*
VVDSRL: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*
ZaöRV: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*
ZfP: *Zeitschrift für Rechtspolitik*
ZS: *Zeitschrift für Staatwissenschaft*
ZSR: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*

PRIMERA PARTE

EVALUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El rol de los tribunales constitucionales en las democracias desarrolladas, como en Alemania, España, Italia, Francia, entre otros países, es tan importante para el desarrollo democrático y social, que no se concibe contemporáneamente la existencia de esos Estados democráticos sin una jurisdicción constitucional. Ello se debe a que las cortes constitucionales se han constituido en las entidades garantes de que los demás poderes del Estado respeten la Constitución, lo cual supone que los tribunales han cumplido con su rol de limitar al poder, en particular mediante el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales, aunque no siempre haya sido pacíficamente¹.

En otras democracias avanzadas, con tradiciones jurídico-sociales diferentes, como en Inglaterra, Estados Unidos, Suiza o los países escandinavos, donde no se cuentan con tribunales constitucionales, han sido los tribunales supremos los encargados de cumplir con las tareas de la jurisdicción constitucional; es decir, proteger los derechos fundamentales y limitar los excesos de los poderes públicos y privados. Postulados que se insertan en la tradición anglosajona, la cual ha señalado con toda claridad que: "el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario"².

Luego de la *perestroika* en la ex-Unión Soviética y la caída del muro de Berlín en 1989, el avance de la democracia en los viejos países de Europa

-
1. Mauro Capelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, CEC, 1984, pp. 599-649, y; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, Madrid, Marcial Pons 1996, pp. 823 ss.
 2. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, CEC, 1991, p. 37; asimismo, Boris Mirkine-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1936, pp. 1- 47; Adolfo Posada, *El régimen constitucional*, Madrid, Librería Suárez, 1930, pp. 91 ss.; y; Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, pp. 88 ss.

oriental como Rusia, Polonia, Hungría, Bulgaria, y en los nuevos países como las repúblicas Bálticas, Checa, Eslovenia, Croacia, Macedonia, Serbia, han dado lugar a que incorporen en sus nuevas constituciones la institución de la justicia constitucional. Si bien la economía social de mercado es un objetivo clave de estos procesos constitucionales, también la protección de los derechos fundamentales, la democracia pluralista y el control y balance de poderes constituyen los soportes del nuevo sistema político, motivo por el cual dichas constituciones han creado tribunales constitucionales, que ofrecen el marco garantizador de lo que se ha venido a denominar como constituciones abiertas³.

Asimismo, con el término de las dictaduras militares en América Latina, los procesos democráticos se reflejaron institucionalmente en nuevas constituciones, que han incorporado la jurisdicción constitucional, como un baluarte de protección a la Constitución, tanto en la forma de control difuso como en Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela o, como en la forma de control concentrado en torno a tribunales constitucionales en el caso de Bolivia, Colombia, Perú y Chile —aunque creada en 1970, fue clausurada por el golpe de Estado de Pinochet en 1973 hasta el restablecimiento del régimen democrático—⁴. Sin embargo, en términos generales, el rol que vienen jugando en la afirmación del Estado democrático es aún modesto.

En el Perú se puede advertir que el Tribunal Constitucional no ha podido constituirse en una pieza clave del Estado democrático, como en las democracias avanzadas, debido a que, cuando dicho tribunal ha declarado inconstitucionales algunas leyes dictadas por el gobierno del Presidente Fujimori, ha sido clausurado o anulado. Así, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue cerrado por el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992, mientras que su mayoría parlamentaria, en 1997, destituyó a tres magistrados del Tribunal Constitucional e inició investigación parlamentaria contra el Presidente del mismo, lo que originó su renuncia. Quedó de este modo inoperante la atribución esencial de un Tribunal Constitucional: la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

3. Carlos Flores Juverías (director), *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, CEC, coedición Edicions Alfons el Magnànim y Generalitat Valenciana, Madrid y Valencia, 1997; asimismo, Peter Häberle, *Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, revista de la Maestría en Derecho Constitucional, 1995, PUCP, Fondo Editorial, Lima, pp.141-165.

4. Humberto Nogueira, *La jurisdicción constitucional en Chile*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 540.

Tal estado de cosas no supone necesariamente que la justicia constitucional peruana, en sus dos versiones, se haya caracterizado por un ejercicio jurisdiccional totalmente legítimo y sin observaciones. Por el contrario, hubieron críticas y preocupantes observaciones de sus propios magistrados⁵, como de la comunidad académica⁶, acerca de la inhibición de la propia jurisdicción constitucional o incluso desprotección de algunos derechos fundamentales, que ciertamente han dado lugar al autodebitamiento del Tribunal Constitucional.

En tal sentido corresponde hacer un balance del rol orgánico y del quehacer de la jurisdicción constitucional, en sus dos periodos. Pero, el análisis de la jurisprudencia y la exégesis de la norma constitucional, deben estar vinculados con el proceso concreto de democratización peruano, en el cual adquiere sentido la tarea jurisdiccional de control del gobierno por parte del Tribunal Constitucional. Sobre todo cuando nunca antes como ahora el ejercicio del poder político gubernamental amenaza y cuestiona la propia existencia del control constitucional de las leyes del sistema constitucional peruano. Como se evidencia en el mencionado proceso de acusación y destitución de magistrados constitucionales.

Esta actitud gubernamental supone la falta de entendimiento, por parte del poder, del rol que le corresponde jugar a un Tribunal Constitucional en un sistema democrático, en tanto garante de la división y balance de poderes⁷ y de la protección de los derechos fundamentales⁸. Dicho en otras palabras, muestra los límites del control constitucional del frágil Estado de Derecho peruano, administrado por las mismas autoridades que en 1992 no tuvieron reparo en quebrantar la institucionalidad constitucional, clausurando entre otros organismos constitucionales al Tribunal de Garantías Constitucionales,

-
5. Delia Revoredo, *Los retos actuales del Tribunal Constitucional*, en LTC N° 12, CAJ, Lima, 1996, pp.153-158; Manuel Aguirre Roca, *La razón principal del fracaso del TGC*, en *Themis* 20, Lima, 1991, pp. 7-12.
 6. V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996; en particular las ponencias de la Comisión de Jurisdicción Constitucional.
 7. Mauro Cappelletti, *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, mayo-agosto, Madrid, CEC, 1986, pp. 9-46; Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, REDC, Año 2, N° 5, Madrid, CEC, 1982, pp. 35-61; asimismo, Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 11 ss.
 8. Peter Häberle, *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, trabajamos con la siguiente versión al castellano: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, y; AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 15-52.

por considerar que sus resoluciones no eran conformes con el proyecto político y económico, promovido por el gobierno y los poderes fácticos.

Pero, la naturaleza política que han alcanzado emblemáticos procesos constitucionales, dan cuenta del estado de los derechos y libertades públicos de los últimos tiempos⁹, como las detenciones arbitrarias de generales en retiro por ejercer la libertad de expresión, las torturas y asesinatos de agentes del Servicio de Inteligencia Nacional por supuesta delación, las escuchas telefónicas ilegales a la oposición política, el retiro de la nacionalidad peruana y de la propiedad del canal 2 de televisión a un empresario israelí nacionalizado peruano y que devino en opositor al gobierno, las denuncias militares contra jueces y vocales constitucionales y, en particular, la destitución de los tres magistrados del Tribunal Constitucional, entre otros sonados casos, son un ataque frontal a la jurisdicción de la libertad por parte de las autoridades políticas y militares.

En este sentido, se puede señalar que el proceso de implementación de la justicia constitucional ha sido largo y en los últimos tiempos accidentado. Sobre todo a partir del gobierno de Fujimori, en el que se han expuesto argumentos jurídico-políticos que pretenden eximir al poder, sea político o militar, de someterse a las reglas democráticas del control constitucional, para lo cual se ha contado con la anuencia de la mayoría parlamentaria en el Congreso, y de la Corte Suprema en el Poder Judicial.

Esta situación, ha dado lugar a un limitado debate público de carácter jurídico-constitucional. Donde ha existido ausencia o escasez de argumentos sobre las relaciones entre el derecho y la política, la posición de Tribunal Constitucional en la división y control entre los poderes, la eficacia de las resoluciones del tribunal. Lo cual sugiere revisar los fundamentos de la justicia constitucional en el Perú, cara a su vigencia real y no sólo normativa. Todo ello estrechamente vinculado al grado de legitimidad de la justicia constitucional, en particular del Tribunal Constitucional, que no ha alcanzado en la opinión ciudadana el respeto que deben irradiar sus sentencias sobre los poderes público y privado.

9. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1997*, CNDH, Lima, en <http://www.derechos.org/cnddh/informes/1997.html>; U.S. Department of State, *Peru country report on human rights practices for 1997*, Washington, 1998, en http://www.state.gov/www/global/humans_rights/1997_hrp_report/peru.html; asimismo, revisar Human Rights Watch/Americas, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en el mundo 1996*, Washington, Human Rights Watch, 1996, pp. 71-74.

En efecto, la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones legales e interpretaciones hiperformalizadas, que constantemente contradicen la realidad. Por ello, las normas constitucionales y legales que regulan al Tribunal Constitucional, tienen que fortalecer la función de limitación del gobierno por el derecho, es decir, defendiendo el orden y los valores constitucionales, propios de los principios de la supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor del Tribunal Constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de las resoluciones del mismo¹⁰.

Por ello, debe quedar sentado que la jurisdicción constitucional ejerce sus funciones entre el derecho y la política¹¹, lo que a menudo produce colisiones intrasistémicas en los países con democracias asentadas, mientras que en otros —como el Perú— se crean tensiones contrasistémicas, no sólo entre el Tribunal Constitucional y los demás poderes del Estado a quienes controla, sino también en torno a su relación con el poder constituyente.

En tal sentido, para comprender a cabalidad el rol de la jurisdicción constitucional en el Estado democrático, en primer lugar, es necesario identificar el proceso de aparición de la justicia constitucional en los países de modernización constitucional clásicos, tanto en su vertiente anglosajona como en su variante europea-continental; en segundo lugar, se analiza el proceso de formación del Estado constitucional peruano contemporáneo, marco en el cual fracasa la experiencia de justicia constitucional peruana de la Constitución de 1979, y se abre a un segundo ensayo de jurisdicción constitucional con la Constitución de 1993, que parcialmente es desactivada por el poder autocrático del gobierno, cuando intenta realizar el control de la constitucionalidad de las normas legales límite.

Para entender esta situación presente, en tercer y cuarto lugar, se evalúa el surgimiento y el desarrollo de la justicia constitucional peruana, que ha transitado desde el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1979 hasta el modelo de jurisdicción constitucional de la Constitución de 1993. Proceso que tiene su principal punto de ruptura en la quiebra, en 1992 del ordenamiento constitucional. Debido a que desde entonces, cual Caja de Pandora, la nuda voluntad política del poder de turno ha invadido el derecho

-
10. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, Madrid, 1979, pp. 93-118.
 11. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política*, en *Universitas*, revista alemana de Letras, Ciencias y Arte, Vol. IV, N° 2, Stuttgart, 1966, pp. 125 ss., y del mismo autor, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 35-65.

y la justicia, convirtiéndose casi en la única verdad legal. Atrapar y encerrar en el marco de la Constitución a los indómitos poderes de *iure* y de *facto*, constituye el gran desafío del cambio de siglo, debido a que cuando la jurisdicción constitucional lo ha intentado, sólo ha logrado su clausura o estrangulamiento, como se analiza en quinto lugar.

Con lo planteado se quiere recuperar los fundamentos del origen de la jurisdicción constitucional en el seno del Estado de Derecho, y su desarrollo en las experiencias comparadas, en tanto expresaron la institucionalización de la idea de que la legitimidad democrática del poder sólo se justifica a partir de la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición política y del respeto de las minorías sociales. Principio democrático que constituye el fundamento de la jurisdicción constitucional. Pero este postulado requiere verificarse en los orígenes y la experiencia de las dos etapas de la jurisdicción constitucional peruana, que sin perjuicio del modelo de jurisdicción constitucional que se ha consagrado en la última Constitución de 1993, deja percibir profundos problemas entre la soberanía jurídica del Tribunal Constitucional y la soberanía política del gobierno. Escenario que se proyecta en el mediano plazo y que limita gravemente la labor de control constitucional del Tribunal Constitucional.

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRATICO Y JURISDICCION CONSTITUCIONAL

En todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder del gobierno no se puede legitimar en sí mismo; sino desde la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición¹²; para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones como la justicia constitucional, para que controle al poder, haga respetar los derechos fundamentales y cautele los derechos de las minorías¹³. Si bien se puede señalar que con el establecimiento de las democracias constitucionales se inicia un proceso de racionalización del poder¹⁴; no es menos cierto que la autoridad incluso elegida democráticamente, cuando ejerce el poder sin control, puede terminar cometiendo todo tipo de excesos no sólo contra sus adversarios, sino también contra cualquier pacífico ciudadano. Debido a que el poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración¹⁵; de allí que, las personas con poder —público o privado— deban estar siempre controladas, mediante la Constitución y la ley.

Con el establecimiento de las democracias constitucionales del siglo XVIII, también apareció el peligro de los excesos de las mayorías parlamentarias, que se identificaban con la soberanía nacional, dejando de lado a la oposición no sólo ideológica sino también discrepante¹⁶. En la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos del poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al derecho, en la forma del Estado de Derecho.

-
12. César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1994, pp. 99-124.
 13. John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review*, Harvard University Press, United States, 1981, pp. 135-136.
 14. Boris Mirkine-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel...*, op. cit., pp. 1-47; anteriormente publicado en *RDP*, XXXV, Année 1928, reimpresión de Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 5-53.
 15. Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, p. 8.
 16. César Landa, *Derecho Político del gobierno y la oposición democrática*, Lima, PUCP-CONCYTEC, Fondo Editorial, 1990, pp. 57-73.

Si bien el control del poder está en la raíz de la democracia constitucional contemporánea, existen diversas formas de tomar “precauciones auxiliares”, manteniendo el contenido esencial de la democracia moderna, que es por excelencia evitar la tiranía, a través de asegurar la división del poder y proteger los derechos y libertades ciudadanas consagradas en la Constitución, mediante la justicia constitucional. El hecho de que la democracia sea un valor y un sistema común a la humanidad, ha dado lugar a una homogénea jurisdicción de la libertad en diferentes latitudes, aunque con tiempos y pautas distintas, según se trate de la tradición jurídica anglosajona del *common law* o de la europea continental del *Rechtstaat*¹⁷.

1. EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

La experiencia anglosajona de la revisión judicial de los actos arbitrarios del gobierno, se puede señalar que hunde sus raíces en la polémica constitucional del siglo XVII en Inglaterra entre el *gubernaculum* y la *jurisdictio*, es decir, en el conflicto entre el despotismo de los monarcas y la libertad de los súbditos. Aunque, desde la baja Edad Media Bracton ya había planteado el problema al estudiar casos judiciales de su época¹⁸, lo cierto es que la praxis constitucional encontró soluciones transitorias en pactos y normas fundamentales como la *Charter of Liberties* de 1100, la *Charta Magna* de 1215, las *Provisions of Oxford* de 1258, el *Confirmatio Carterum* de 1297, la *Petition on Rights* de 1628, el *Agreement of the people* de 1653, el *Instrument of Government* de 1653 y el *Bill of Rights* de 1658, las mismas que fueron recogiendo la idea de la existencia de leyes y derechos supremos fuera del alcance del rey e inclusive del Parlamento.

Así, el incipiente principio de los límites al gobierno, adquiere singular relevancia en los discursos parlamentarios de sir Edward Coke, cuando afirmaba que “el rey no puede ni mediante proclamación ni de otro modo, cambiar parte alguna del derecho común, ya se trate de las leyes o de las costumbres del reino”¹⁹, o como en su sentencia judicial en el *Dr. Bonham's Case* de 1610, donde señala que “Y aparece en nuestras reglas, en muchos casos, que el derecho común controlará a las leyes del Parlamento, y algunas veces las juzgará de ser totalmente nulas: cuando la ley del Parlamento sea

17. Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative constitutional law, cases and materials*, USA, The Bobbs-Merrill Company, 1979, pp. 1-18.

18. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, *op. cit.*, pp. 162 ss.

19. *Ibíd.*, p. 111.

contraria al derecho común y a la razón, o repugne, o sea imposible de ser cumplida, el derecho común controlará y juzgará que dicha ley sea nula”²⁰.

Al respecto, el Dr. Bonham era un doctor en medicina de la Universidad de Cambridge, quien había sido prohibido de practicar la medicina por el Colegio de Médicos en base a una ley parlamentaria que había confirmado los estatutos del Real Colegio de Médicos, otorgando a esta institución la potestad de imponer multas a los médicos que faltasen a sus normas. Como al Dr. Bonham se le impuso una multa y no pagó, fue puesto en prisión por orden del Colegio, por haber persistido en seguir ejerciendo su oficio. Apelando al derecho común, el Dr. Bonham obtuvo una decisión de la Corte a su favor, con el fundamento de que él como habitante de Cambridge estaba exonerado de la norma por expresas palabras, por lo cual debía presumirse que el Parlamento no tenía la intención de que el Colegio Médico actuase como una Corte en su propia causa, como demandante, fiscal y juez; en la medida que la decisión de la destitución del Colegio se veía beneficiada con la multa a su favor. Esta decisión, que cuestionaba en realidad la soberanía parlamentaria, le costó a Sir Coke el cargo como Presidente de su Corte.

Pero ese derecho superior, o *common law*, se transformaría en los derechos naturales que postuló Locke a finales del siglo XVII, como una limitación a la actuación del gobernante. Así se va progresando en Inglaterra en la idea de la existencia de un conjunto de derechos naturales de los hombres, que son superiores a las potestades del gobierno y que a su vez se traducirán en un conjunto de derechos fundamentales, como la libertad personal y la propiedad, inviolables por los poderes transitorios²¹.

Sin embargo, el cambio más importante de ese siglo, nada pacífico, se encuentra en la Gloriosa Revolución de Oliverio Cromwell de 1688, en virtud de la cual el Parlamento asume una posición central en el gobierno, convirtiéndose en adelante al rey en responsable tanto de las cuestiones de gobierno como de la jurisdicción, no sólo ante Dios sino también ante su pueblo. De modo que sus actos ya no estaban jurídicamente fuera del control de los tribunales y del Parlamento, sino sometidos al control de la soberanía de la representación, aún cuando los responsables de los mismos fuesen en adelante los ministros de la Corona. Por ello, Blackstone afirmarí en 1765 que “el poder del parlamento es absoluto y sin control”²².

20. Richard Loss (editor), *Corwin on the Constitution*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1981, p. 198.

21. John Locke, *Treatise of civil government and a letter concerning toleration*, United States of America, edited by Ch. Sherman, D. Appleton-Century Co., 1937, pp. 16-33.

22. William Blackstone, *Commentaires on the laws of England, volume I Of the Rights of persons*, reproducción de la primera edición de 1765-1769, con una introducción de Stanley Katz, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, p. 157.

De esa manera, como consecuencia del largo proceso de parlamentari- zación de la opinión pública, por un lado, se incardinó en Inglaterra la doc- trina constitucional del poder soberano del Parlamento, que sustituyó progre- sivamente a la del monarca, y, por otro, los jueces se convirtieron en los voceros autorizados del *common law* sobre las leyes. “Esto explica el rol de los jueces de interpretar la legislación como un derivado de su posición de intérpretes del derecho común, no como servidores de la política del legisla- dor”²³.

Es en este esquema conceptual que se enmarca el proceso constitucio- nal y de democratización de la monarquía parlamentaria inglesa, racionaliz- ando así los excesos del poder gobernante, el mismo que alcanzó en 1826 otro de sus hitos históricos en la época de John Cam Hobhouse, al consa- grarse el rol de la oposición parlamentaria en la *His Majesty's Opposition Act*, con que se caracteriza el sistema político inglés hasta nuestros días. Lo que ha permitido reforzar la idea según la cual el Parlamento constituye la fuente política fundamental de donde emana la soberanía, ya no sólo del gobierno sino también de la oposición²⁴.

Desde entonces, en Inglaterra, la oposición política al gobierno no sólo es un derecho sino también un deber, en virtud del cual frente al gobierno electo por el pueblo, la oposición también electa por el pueblo forma un gabinete en la sombra —*shadow cabinet*— en el Parlamento, para controlar y fiscalizar al gobierno de su majestad. De esta manera, dentro del sistema establecido del *government and opposition*, el modelo constitucional inglés ha podido, en un largo proceso histórico, resolver los conflictos políticos y sociales bajo dos principios constitucionales, claramente definidos por Dicey: *the sovereignty of Parliament and the rule of law*²⁵.

Esos dos principios, o convenciones constitucionales, hicieron irrelevan- te contar en Inglaterra con una Constitución escrita, una Corte constitucio-

-
23. Sir Ivor Jennings, *The law and the constitution*, London, University of London Press Ltd., 1960, pp. 323-324; asimismo, Roger Cotterrell, *The politics of Jurisprudence a critical introducton to legal philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 32 ss.
 24. Walter Bagehot, *The english constitution*, London, Kegan Paul, Trench & Co., 1882, pp. 228 ss.
 25. Albert V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Hong Kong, Macmillan Education Ltd., 1985, pp. 406-414. Sobre el debatible concepto del *rule of law*, se puede revisar a Richard Fallon, “The rule of law” as a concept in constitutional discourse, en *Columbia Law Review*, Vol. 97, January 1997, N° 1.

nal, o una declaración de garantía de derechos básicos²⁶, porque la hegemonía parlamentaria se estableció como una regla fundamental de la Constitución no escrita de ese país, y rechazó de modo terminante la revisión judicial de sus leyes, por cuanto significaba colocar al poder judicial sobre el poder legislativo. Lo cual no ha sido óbice para que en el marco del crecimiento de las tareas administrativas del gobierno, con el *Welfare State* desde comienzos del siglo XX, las cortes inglesas hayan asegurado los derechos ciudadanos afectados por la administración pública local y central, pero siempre en el marco de la legalidad²⁷.

Sin embargo, es del caso señalar que con la aparición de las dictaduras nazifascistas y el totalitarismo soviético, en el periodo de las entreguerras mundiales, se pone de manifiesto en Inglaterra la preocupación constitucional por la vigencia del gobierno basado en las leyes, pero separado de los valores democrático liberales²⁸. Pero es sólo después de la Segunda Guerra Mundial, con el inicio de los procesos de integración supranacional en Europa continental, que los ingleses han empezado a poner en cuestión los principios básicos del constitucionalismo británico.

En efecto, con la incorporación de Gran Bretaña a la Unión Europea, la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos y el sometimiento a los tribunales europeos que de esos tratados se derivan, en ese país se viene modificando lentamente la pura doctrina de la soberanía parlamentaria, en función de tutelar los derechos fundamentales de las personas ante los excesos del poder. En ese sentido, las cortes empiezan a girar ponderadamente de posición para actuar como voceros del derecho humanitario europeo, antes que de la ley inglesa²⁹; motivo por el cual el Parlamento británico ha puesto en su agenda política la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos como ley nacional³⁰, tratando de extender el principio de soberanía parlamentaria ante el futuro inminente de la

-
26. Geoffrey Wilson, *Conventions and the british constitution*, en *Contemporary Constitutional Challenges* (Landa and Faúndez, editors), Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 187-205.
 27. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, Great Britain, Cavendish Publishing Ltd., 1995, pp. 711 ss.
 28. Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism & the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, pp. 267 ss.
 29. Lord Hailsham, *The british legal system today*, London, Stevenson & Sons, 1983, pp. 18-23; asimismo, Lord Devlin, *Judges and lawmakers*, en *The Modern Law Review*, Volumen 39, January 1976, N° 1, London, Steven & Sons Limited, 1976, pp. 1-16.
 30. Home Office, *Right Brought Home: The Human Rights Bill*, presentado al Parlamento por la Secretaría de Estado de Asuntos del Interior, CM 3782, London, October, 1997.

globalización, propio de la integración supranacional europea, que se expresa en el progresivo traspaso de las soberanías parlamentarias nacionales a los organismos supranacionales³¹.

La otra experiencia anglosajona es la norteamericana, donde Inglaterra hizo sentir su poderosa influencia, sobretudo en los orígenes del control judicial de las leyes en los Estados Unidos. Al respecto, se puede señalar que cuando los puritanos huyeron de las guerras de religión europeas y de la intolerancia religiosa en Inglaterra, se asentaron como colonos en Nueva Inglaterra a partir del siglo XVII, para lo cual suscribieron pactos *-convenants-* como una suerte de contrato social, en el que establecieron su forma de organización política y social comunitaria, a semejanza del pacto de gracia puritano que habían profesado, en virtud del cual crearon una comunidad política y definieron las reglas de su vida social. Entre los más famosos *convenants* destacan el pacto del *Myflower* de 1624 y los *Fundamentals orders of Connecticut* de 1639³².

Las colonias norteamericanas, sin perjuicio de sus privilegios y particularidades, estaban integradas al imperio británico; en tal sentido, conocían y eran una parte del conflicto de la Corona con el ascendente poder soberano del Parlamento, así como de la jurisprudencia de la cortes. En ese marco histórico británico, asentado en la doctrina de la supremacía absolutista del Parlamento, que Blackstone apuntaló con el principio de que “en el poder de hacer las leyes reside la suprema autoridad”³³, los colonos americanos rechazaron en la práctica la tesis de la soberanía ilimitada del Parlamento, a partir de que el Parlamento británico dictó diversas leyes tributarias que les afectaron sin su representación³⁴, y de otra ley que privó a los colonos irlandeses a un juicio con jurado irlandés³⁵. Hechos que estuvieron directamente vinculados con los desencadenantes sucesos que dieron paso a la guerra con los ingleses y a la independencia de los Estados Unidos en 1776.

-
31. A. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in domestic law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 177 ss.; asimismo, C. Black, *Is already a british bill of rights's?*, en *Law Quartely Review*, N° 89, 1973, p. 173.
 32. Lawrence Friedman, *A history of american law*, New York, Touchstone Book, 1985, pp. 37-56, 90-93 y 115-124; asimismo, Richard B. Morris, *Documentos Fundamentales de la Historia de los Estados Unidos de América*, México, editorial Limusa, 1986, pp. 9-15.
 33. William Blackstone, *Commentaires on the laws of England...*, *op. cit.*, p. 52.
 34. Alexander Hamilton, *The Federalist* N° 35, en *The Federalist on the new Constitution, written in the year 1788 by Mr. Hamilton, Mr. Madison, and Mr. Jay*, published by M. Carty and Davis, Philadelphia, 1826, pp. 181-187.
 35. J.W. Gough, *Fundamental law in english constitutional history*, Colorado, Fred Rothman & Co., 1985, pp. 192-199.

No obstante la ruptura colonial, el sistema jurídico-político norteamericano estuvo fuertemente influenciado no sólo por los postulados político filosóficos de ingleses, como John Locke o franceses como Montesquieu, sino también por la jurisprudencia de las cortes británicas, como la del juez Coke. Por ello, en 1786 el segundo Presidente de los Estados Unidos, John Adams, en su *Defense of the Constitution*, respondía a la crítica de Turgot en la que afirmaba que “la constitución americana representaba una irrazonable imitación de los usos de Inglaterra”³⁶. Pero, en los orígenes del constitucionalismo norteamericano, también tuvieron en *El Federalista* un espacio fecundo para las deliberaciones sobre la Constitución a adoptar por el nuevo gobierno de los Estados Unidos. Allí, Madison señalaría que:

si los hombres fueran ángeles, no sería necesario el gobierno. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres [...] primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados; y luego obligarle a controlarse a sí mismo. La dependencia del pueblo es, sin duda, el primer control sobre el gobierno; pero la experiencia ha enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares³⁷.

Por otra parte, Hamilton señalaría en 1788 que “la Constitución es, en realidad, y debe ser respetada por los jueces, como una ley fundamental [...] o en otras palabras, la Constitución debe ser preferida sobre las leyes, el propósito del pueblo sobre el propósito de sus representantes”³⁸.

Es decir, que en *El Federalista* se recogían instituciones constitucionales inglesas clásicas, pero con óptica moderna; así, la antigua convención inglesa de que una ley ordinaria no podía violar el derecho común superior –*higher law*– era reconocida, aún cuando la ley ordinaria fuese aprobada por los representantes de la voluntad popular; por que habían derechos naturales –*natural rights*– de los hombres, que ni la propia soberanía popular podía vulnerar.

En ese sentido, el Tribunal Supremo norteamericano presidido por el juez Marshall consagró en 1803 con el emblemático caso *Marbury vs Madison*³⁹, el principio jurídico de la supremacía constitucional, no obstante

36. Richard Loss (editor), *Corwin on the Constitution...*, op. cit., p. 64.

37. James Madison, *The Federalist* N° 51, en *The Federalist...*, op. cit., p. 291.

38. Alexander Hamilton, *The Federalist* N° 78, en *The Federalist...*, op. cit., p. 435.

39. William Lockhart, Yale Kamisar, Jesse Choper, Steven Shiffrin y Richard Fallon, *The American constitution*, Minnesota, West Publishing, 1996, pp. 1-8.

la soberanía política del Congreso. Este caso condensa jurídicamente, un claro conflicto político entre el saliente Presidente Adams –federalista– y el entrante Jefferson –republicano o antifederalista–; debido, por un lado, a que Adams antes de transpasar el mando presidencial, cambió a su Secretario de Estado Marshall como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, puesto que ocuparía de 1803 a 1835⁴⁰.

Simultáneamente, Marshall asumió el nuevo cargo y continuó despachando como Secretario de Estado, hasta el cambio de mando; pero, en esas circunstancias el Congreso federalista aprobó dos leyes: una ley sobre las cortes de circuito, que duplicaba el número de los jueces de circuito, y otra ley orgánica que autorizaba el nombramiento de 42 jueces de paz en el distrito de Columbia, donde se encontraba Washington, sede del gobierno. Adams firmó los nombramientos de los nuevos jueces y Marshall, actuando como Secretario de Estado, selló las órdenes que nominaban a los mismos, prácticamente todos federalistas.

Sin embargo, cuando Jefferson asumió la presidencia, quedaban algunos nombramientos por notificar entre ellos el del juez Marbury; pero el nuevo Presidente ordenó a su Secretario de Estado, James Madison, detener los envíos restantes. Contra esta decisión Marbury y otros plantean un *writ of mandamus* contra Madison, para que cumpla con la orden de los nombramientos judiciales. Simultáneamente, en 1802, la nueva mayoría republicana en el Congreso deroga la ley de las cortes de circuito, terminando así con todos los puestos creados en las postrimerías del gobierno de Adams; y suspende el periodo de sesiones del Tribunal Supremo por catorce meses, hasta febrero de 1803⁴¹.

Reabierto el periodo de reuniones del Tribunal Supremo, el Juez Marshall, no obstante el interés personal que tenía en esa causa, no se inhibe sino que usa la controversia para plantear la teoría de la supremacía constitucional, en la sentencia de 1803 del *mandamus case*. En la cual afirma que

la constitución es una norma suprema, inmodificable por normas ordinarias, o su nivel es el de la una norma legal legislativa, y, como otras leyes, es modificable cuando a la legislatura se complazca de alterarla.

40. Charles Grove Haines, *The role of the supreme court in american government and politics 1789-1835*, New York, Da Capo Press, 1973, pp. 615-662.

41. Charles Warren, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Boston, Little Brown & Cia., 1935, pp. 289 ss.; del mismo autor, *The Supreme Court in United States history*, Volumen one, Boston, Little Brown & Cia., 1922, p. 231 ss.; asimismo, Charles Evan Hughes, *The Supreme Court of United States*, New York, Columbia University Press, 1928, pp. 86-89.

Si la primera parte de esta alternativa es verdad, entonces una ley del legislativo contraria a la constitución no es derecho; si la última parte es verdad, entonces las constituciones escritas son ensayos absurdos, de parte del pueblo, para limitar el poder en su propia naturaleza ilimitable⁴².

En tal entendido, quedó consagrado el principio de la soberanía constitucional. Sin embargo, se puede señalar que la sentencia del caso *Marbury versus Madison* fue producto del conflicto entre el gobierno y la oposición, en el que la defensa de la nueva minoría u oposición se hizo efectiva, mediante la doctrina de la supremacía constitucional frente a las leyes de la nueva mayoría en el Congreso. Más aún, con dicha sentencia se logró que el gobierno respetase la independencia judicial, aún cuando en la práctica no se llegara a reponer a *Marbury*; por cuanto, se podía declarar inconstitucional una ley del Congreso, pero no controlar actos discrecionales —políticos o confidenciales— del Ejecutivo⁴³.

Un observador acucioso de los Estados Unidos en la tercera década del siglo XIX, como lo fue Tocqueville señalaba que la fuerza del poder judicial para garantizar la protección de los intereses particulares, estaba en la independencia individual de los jueces⁴⁴. En efecto, gracias a ese talante republicano de los jueces norteamericanos, desde entonces se ha ido afirmando el principio de la *judicial review of law*, como piedra angular del constitucionalismo norteamericano⁴⁵. La revisión judicial de las leyes consagra el valor normativo supremo de la Constitución, que la hace inmune a la violación por las leyes ordinarias de las mayorías transitorias del Congreso, por el contrario, esas leyes se inaplicarán judicialmente en un caso concreto al estar opuestas y ser inferiores a la Constitución. De esta manera, la norma protege también a las minorías. Este proceso, sin embargo, no ha sido lineal, porque también ha visto los peligros de la *judicial policy-maker*⁴⁶.

42. Jeffrey Lowell y Dawn Oliver, *The changing constitution*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 25.

43. Charles Warren, *The Supreme Court in United States history...*, *op. cit.*, p. 241 ss.; asimismo, Edward Corwin, *Court over Constitution*, New York, Peter Smith, 1950, pp. 88 ss.

44. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, publié par l'Office d'Information de Guerre des Etat-Unis, s.d., p. 59.

45. Edward Corwin, *John Marshall and the constitution*, New Haven, Yale University Press, 1921, pp. 64-72; asimismo, Morton Horowitz, *The transformation of american law 1780-1860*, Cambridge-London, Harvard Press University, 1977.

46. William Crane and Bernard Moses, *Politics, an introduction to the study of comparative constitutional law*, New York-London, G.P. Putnam's Sons, 1884, pp. 198 ss.; asimismo, Edward Corwin, *Court over Constitution...*, *op. cit.*, pp. 1 ss.

En adelante, quedó establecido que el juez cuenta con una cuota de poder político-jurídico, con el que puede controlar los actos legislativos del Congreso, sin perjuicio que las leyes sean el producto de la representación nacional; por cuanto, en una democracia constitucional, no existen poderes absolutos fuera del control de los poderes y de la opinión pública⁴⁷. De ahí que el Congreso no pueda legislar afectando los derechos fundamentales y, en todo caso, que los tribunales tienen la obligación de resolver inaplicando una ley, como intérpretes supremos de la Constitución. Como lo señalaba con toda claridad el juez Hughes, en una intervención como gobernador de Nueva York, en 1907: “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”⁴⁸.

Esto significa, también, que el principio de la mayoría democrática sólo es válida a condición de que sus decisiones legislativas estén conformes a las normas y valores de la Constitución de los Estados Unidos (que están contenidos en siete artículos y veintisiete enmiendas). Lo cual, por otro lado, deja un amplio margen de interpretación a los jueces norteamericanos, que el Tribunal Supremo ha asumido con responsabilidad histórica cara a la protección de las minorías del país, sobretodo después de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, la experiencia del Tribunal Supremo, y de la revisión judicial de las leyes, pone en evidencia que desde sus orígenes y hasta la actualidad, han jugado un importante rol entre la política y el derecho⁴⁹, haciendo de este tercer poder del Estado, un ente que en determinadas épocas ha sabido acompañar las demandas políticas del gobierno; en otras las de la opinión pública; y en no menos las demandas de las minorías, dependiendo de los acontecimientos históricos —guerra de secesión, expansión económica, crisis de 1929, *new deal*, desafíos al racismo, movimiento por los derechos cívicos, entre otros—⁵⁰. Proceso político que en términos generales ha sido respetado por el presidencialismo norteamericano, en tanto que el *check and balances*

47. Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1986, pp. 1-33; asimismo, Robert Carr, *The Supreme Court and judicial review*, Connecticut, Greenwood Press, 1970, 72-98.

48. W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, *op. cit.*, p. 8.

49. David O'Brien, *Constitutional law and politics*, volumen I, *Struggles for power and governmental accountability*, New York, Norton & Co., 1991, pp. 95 ss.; asimismo, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process, a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1980, pp. 129-168.

50. Charles Warren, *The supreme court in United States history...*, *op. cit.*, volume two 1836-1918, y; Max Lerner, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court*, New York, Arcade Publishing, 1994, pp. 177 ss.

y el *judicial review of law* han prevalecido en aras de la protección de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

De manera particular, el éxito del Tribunal Supremo, a través de la *judicial review*, se debe básicamente a que ha sabido representar la pluralidad de opiniones que yacen en el seno de la sociedad y en el gobierno norteamericanos. Lo cual supone que la mayoría y las minorías se encuentran representados en el seno del máximo tribunal, y que el conflicto entre el gobierno y la oposición queda resuelto jurisprudencialmente en el seno del tribunal. Sin embargo, la construcción de esa jurisprudencia no ha sido siempre pacífica. Por el contrario, de acuerdo con la ideología jurídica de los jueces supremos aplicada a las grandes causas judiciales, de relevantes implicancias políticas sociales y económicas, se puede señalar que en la tarea de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes han convivido básicamente dos corrientes⁵¹: la *judicial restraint* y el *judicial activism*, sobretodo a partir de la Segunda Guerra Mundial, orientadas a debatir en torno a la tutela de los derechos de las minorías.

La primera corriente, llamada de la limitación o autolimitación judicial, parte de una posición estructural y no interpretativista de la Constitución; esta opción usualmente es asumida por jueces conservadores, que evitan inmiscuirse en casos con alto contenido político; uno de los claros representantes de la misma ha sido el Juez Frankfurter⁵². La segunda corriente, conocida como del activismo judicial, asume una tesis funcional que le permite interpretar dinámicamente la Constitución. Esta corriente es promovida usualmente por jueces liberales que han asumido un rol judicial activo en el proceso político y social del país, mediante la protección y desarrollo de los derechos civiles y políticos, como en la era del Tribunal Warren⁵³.

-
51. David Forte (editor), *The Supreme Court in american politics, judicial activism vs. Judicial restraint*, Arcade Publishing, D.C. Heath and Cia., 1972.
 52. Felix Frankfurter y James Landis, *The business of the Supreme Court. A study of federal judicial system*, New York, MacMillan, 1928, pp. 217 ss. y 255 ss.; Max Lerner, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court...*, op. cit., pp.161-166; asimismo, Mathew Franck, *Against the imperial judiciary. The Supreme Court vs. The sovereignty of the people*, Kansas, University Press of Kansas, 1996, pp. 29 ss.
 53. Benjamin Cardozo, *The nature of the judicial process*, (1921), New Haven-London, Yale University Press, 1991, pp. 98 ss.; John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 105 ss. y 135 ss.; Arthur Goldberg, *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court*, Illinois, Northwestern University Press, 1971, pp. 33 ss.; Antony Lewis, *The Supreme Court and the idea of progress*, New Haven-London, Yale University Press, 1978, pp. 2-8; asimismo, Philip Kurland, *Politics the constitution and the Warren court*, Chicago and London, The University of Chicago, 1970, pp. 186 ss.

En cualquiera de sus variantes, el modelo incidental del control constitucional de las leyes es monolítico, debido a que las decisiones del Tribunal Supremo resuelven en última instancia los casos y controversias constitucionales de forma definitiva y vinculante, es decir, su jurisprudencia en virtud del *stare decisis* es de cumplimiento obligatorio, para todos los jueces y cortes que deban pronunciarse sobre esa norma en un proceso judicial concreto. Pero, también son sentencias que se retroalimentan con la opinión pública, ya que usualmente han logrado el consenso o legitimidad constitucional en el seno de la sociedad norteamericana⁵⁴.

En ese marco histórico y conceptual, se puede señalar que la justicia constitucional en los Estados Unidos ha logrado encontrar en el *judicial review* un instrumento fundamental, a través del cual se han dado respuestas a los nuevos desafíos de la democracia norteamericana: límites a los poderes privados, además del gubernamental. Logrando así, desde hace décadas, un importante desarrollo de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, en particular de la libertad de opinión y derecho a la privacidad. Aunque en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo se encuentre a menudo cautivo de la opinión de los medios de comunicación, antes que de la opinión pública.

Este modelo norteamericano de control constitucional de la leyes se ha expandido universalmente, incorporándose, después de la Segunda Guerra Mundial, en la Constitución de Japón de 1947. Se experimentó en Italia entre 1948 y 1956. Tuvo también influencia en la jurisprudencia constitucional de la Ley Fundamental de Bonn en 1948. El *judicial review*, por otro lado, ha tenido eco en las ex-colonias de Inglaterra como Australia, Canadá, India y Pakistán; en los países escandinavos, y en algunos de Latinoamérica, como Argentina, Brasil o México, entre otros⁵⁵ (con resultados en estos últimos países no siempre encomiables). De ahí que esas jurisdicciones y otras observen con atención la realidad de la justicia constitucional concentrada⁵⁶.

2. EXPERIENCIA EUROPEA-CONTINENTAL

La justicia constitucional en los países europeos basados en el *Rechtsstaat*, tuvo distinto desarrollo que en el mundo anglosajón. En primer

54. Michael Perry, *The constitution in the courts. Law or politics?*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 15 ss.

55. Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative constitutional law, cases and materials...*, *op. cit.*, pp. 3-23.

56. Donald Kommers, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court*, London, Sage Publications, 1976, pp. 17 ss., 113 ss. y 255 ss.

lugar, porque la democracia-constitucional europea se forjó en la lucha por la implementación política de los principios liberales contra el *establishment* monárquico absoluto. De ahí que sea entendible el fortalecimiento del Parlamento como primer poder del Estado frente el Poder Ejecutivo monárquico, quedando de esta manera las leyes inmunes a las decisiones judiciales. Más aún si el positivismo jurídico redujo a los jueces tan sólo a la función de fieles aplicadores de las leyes antes que del derecho, a diferencia de los jueces anglosajones⁵⁷.

Si bien en Inglaterra se presentó la misma necesidad histórica de controlar el poder de la autoridad soberana, en la Europa continental monárquica no existía una tradición judicial independiente, ni vocera del derecho natural que limitase los excesos del poder, como se concretó en los Estados Unidos. Sin embargo, es del caso mencionar que mientras en Estados Unidos la justicia constitucional se originó como un instrumento judicial de protección de la minoría y sus derechos individuales, en Europa fue creada políticamente para afirmar la democracia contra los peligros totalitarios, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, la necesidad de contar con una justicia constitucional encuentra sus propias raíces en la maduración de su proceso constitucional, a partir de la crisis de fundación y transformación del constitucionalismo del Estado liberal burgués europeo⁵⁸. Crisis que se manifiesta en el debate acerca del control y balance de poderes, la existencia de constituciones rígidas con bases descentralizadas, el influjo del *judicial review*, las disfunciones y transformaciones del Parlamento, la crisis del postivismo legalista, el tránsito de la soberanía del Parlamento a la soberanía de la Constitución, y la búsqueda de la protección eficaz de los valores constitucionales⁵⁹.

En efecto, a comienzos del siglo XVIII, en el ambiente de gestación del liberalismo francés, Montesquieu planteó el tema de la división del poder, sobre la base de que la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permitan, pero que cuando se reunían el poder legislativo y el ejecutivo en una misma persona o cuerpo, no había libertad, ni tampoco había libertad cuando el poder de juzgar no estaba separado del poder legislativo y del

57. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 599-649; asimismo, del mismo autor, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pp. 49-88.

58. Javier Pérez Royo, *Tribunal constitucional y división de poderes...*, op. cit., pp. 34-52.

59. José Luis Cascajo, *La jurisdicción de la libertad*, REP, N° 199, Madrid, 1975, pp. 149 ss.

ejecutivo⁶⁰. Es decir, que la infalibilidad del legislador en tanto representante de la voluntad general⁶¹, dejaba abiertas las puertas a la tiranía de los poderes legislativo y ejecutivo. En la medida que la noción de Constitución como garantía de derechos individuales no se había consagrado aún sino tan sólo el respeto a las etéreas leyes fundamentales —*lex fundamentalis*—.

Sin perjuicio de ello, a mediados del siglo XVIII podría encontrarse un precedente continental europeo de la defensa de la Constitución y el de sus súbditos, en el papel del Príncipe como intérprete y guardián de la norma suprema, como propuso Vattel cuando señaló que

la Constitución y las leyes fundamentales son el plan sobre el cual la nación ha resuelto trabajar para su felicidad: la ejecución queda confiada al Príncipe. Que el debe seguir religiosamente ese plan; que el cuidar las leyes fundamentales como reglas inviolables y sagradas, y que el sabe que desde el momento que el se aparta de ellas, sus órdenes devienen en injustas, y no son más que un abuso criminal del poder que a él se la confiado. El es, en virtud de ese poder el guardián, el defensor de las leyes fundamentales: Obligado a reprimir a cualquiera que osara violarlas, podrá el mismo ponerlas a sus pies?⁶².

Pero, algunas décadas más tarde, durante la Revolución Francesa, se negó el tema del control constitucional de los actos de los poderes públicos revolucionarios, debido a que se enfrentaba a los ataques ideológicos del conservadurismo, asentado en los cuerpos judiciales, contra el recién iniciado constitucionalismo democrático⁶³. Lo que quedó consagrado en las leyes del 16-24 de agosto de 1790, la ley del 3 de setiembre de 1791, la Constitución de 1791 y en la Constitución del Año III es que los tribunales no podían inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes⁶⁴.

60. Montesquieu, *L'Esprit de Loi*, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1844, Libro XI, Capítulos III y VI.

61. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Libro II, Capítulos VI-VII.

62. Emer de Vattel, *Les droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, tomo I, Genève, Slatkine reprints-Henry Dunant Institute, 1983, reproducción de la edición de Londres, 1758, p. 44; asimismo, cfr. Pablo Lucas Verdú, *Estado de derecho y justicia constitucional*, en *REP* (Nueva Epoca), N° 33, Mayo-Junio, Madrid, 1983, p. 33.

63. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises, première série (1787 à 1799)*, tome XVIII, fondé par M. Madival et E. Laurent, continué par l'Institut d'Histoire de la Révolution Française, Université Paris I, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1985, pp. 104 ss.

64. Pierre Laroque, *Les juges français et de la contrôle de la loi*, en *RDP*, XXXI Année, 1924, Vaduz, Topos Verlag, pp.722-736. Asimismo, Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris,

Sin embargo, Sieyès concebía que los poderes ilimitados eran una monstruosidad en política y, en consecuencia, planteó el 2 del Thermidor del año III el *jurie constitutionnaire*, encargado de cuidar y perfeccionar la Constitución y ejercer eventualmente una suerte de jurisdicción de equidad. Sin embargo este primer esbozo fue rechazado, en base al utópico argumento de que cada órgano del Estado, en el marco de sus competencias, asumiría el respeto a la Constitución, bajo la supervisión evidente de la opinión pública⁶⁵. Sólo se retomará esa vaga noción de control constitucional en la constitución napoleónica del año VIII, en la que se instituye un *Sénat conservateur* para proteger políticamente a la Constitución de las infracciones cometidas en su contra.

El conflicto entre la autoridad y la libertad no quedó resuelto con la Revolución Francesa, sino que apenas se institucionalizó en las monarquías constitucionales, a través de la representación popular. Pero las relaciones entre el gobierno y la oposición parlamentaria, y sobretudo con la oposición social de las clases trabajadoras emergentes, deshizo la conservadora idea del autocontrol de los poderes públicos. De ahí que la temprana división social e ideológica en el seno de la sociedad, pasarían durante el siglo XIX, sin mediación institucional alguna, por pírricas insurrecciones sociales.

Si bien los teóricos del liberalismo eran conscientes que “una asamblea en la cual el poder es ilimitado [...] es más peligrosa que el pueblo”⁶⁶, durante todo el siglo XIX juristas de la talla del propio Constant y Guizot en Francia o Mohl, Bluntschli, Gneist y Laband en Alemania compartieron la idea de que el Congreso era la expresión máxima de poder democrático, asentado en los principios de la separación de poderes, la soberanía de la representación y el principio de legalidad. En tal sentido, el Parlamento era el verdadero garante y protector de la libertad, dado los límites de la justicia, donde ésta podía perderlo todo y la política ganar nada⁶⁷.

Sirey, 1949, pp. 123 ss.; donde plantea que el control judicial del Parlamento, es un control a la voluntad general.

65. François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, pp. 5 ss.
66. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, tome I, Genève-Paris, Slatkine, 1982, réimpression de l'édition de Paris, 1872, p. 188.
67. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, tomo I, Berlin und Leipzig, Walter der Gruyter & Co., 1929, pp. 154-178, en concreto, p. 178, publicado como *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 35; también está parcialmente reproducido en Peter Häberle (editor), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 108-131; asimismo, *Der Hüter der Verfassung*, en AÖR, tomo 55, Taunus, Verlag D. Auvermann, 1975, pp. 161-237. De otro lado, revisar Joseph-Barthélemy y Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel (édition de 1933)*, Paris, Collection Classiques, Série politique et constitutionnelle, Economica, 1985, p. 207.

En efecto, los casos de ejercicio arbitrario no sólo del poder legislativo, sino también del ejecutivo, en contra de las libertades civiles y políticas –*Freedom to*– de las clases trabajadoras emergentes, así como el rechazo a sus demandas por derechos económicos y sociales –*Freedom for*–⁶⁸, estaban convalidadas en el ámbito de la potestad política de la ley, sin posibilidad de control judicial⁶⁹. Ello era explicable en la medida que la democracia representativa del siglo XIX aseguraba el consenso democrático sólo entre las mayorías en el poder, debido al sufragio censitario de la democracia liberal. En efecto, el gobierno y la oposición discrepante si bien compartían los mismos supuestos legitimadores del sistema político y social demoliberal, no eran permeables a la cuestión social, sino que el consenso constitucional recién se abriría en virtud del avance de la oposición política extraparlamentaria.

Es así que desde que se plantea abiertamente la cuestión social a fines del siglo XIX, y que las clases emergentes se integran progresivamente al proceso político (a través de la extensión del sufragio a los obreros industriales, agrícolas, a las mujeres hasta llegar al sufragio universal, como también la creación de sus propios partidos y la elección de sus representantes – socialdemócratas, socialistas y comunistas– al parlamento) es que se pone en evidencia la crisis de la legitimidad constitucional del Estado liberal, dando lugar a que se sienten las bases alternativas del Estado social⁷⁰. La consecuencia de esa transformación socio-política, frente a ese abismo entre la realidad jurídica y la realidad política, no será otra que la necesidad ineludible de replantear el mismo pacto político, pero reformulándolo jurídicamente como pacto constitucional, en el constitucionalismo del periodo de la entreguerra⁷¹.

68. Harold Laski, *Introducción a la política*, Buenos Aires, 1981, p. 64.

69. Raymond Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, tome premier, Paris, Sirey, 1920, pp. 288-300. Asimismo, revisar Ulrich Scheuner, *Die rechtliche der Grundrechte in Der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts*, en Ernst Böckenförde, *Moderne deutsche Vefassungsgeschichte (1815-1914)*, Verlagsgruppe Athenäum, Hain, Scriptor-Hanstein, 1981, pp. 319-345.

70. Ernst Forsthoff, *Concepto y esencia del Estado social de Derecho*, en *El estado social* (W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring, editores), Madrid, CEC, 1986, pp. 71 ss.

71. Pedro de Vega García, *En torno a la legitimidad constitucional*, México, UNAM, 1988, pp. 803-825. Asimismo, revisar, Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, pp. 232 ss. Para conocer la historia del control constitucional de las leyes anterior al siglo XX, revisar a: Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè editore, 1957, p. 266.

Es en este escenario político posterior a la primera postguerra mundial, de una profunda crisis del Estado liberal, cargado de una confrontación ideológica en sede parlamentaria y social, entre los partidos liberales y conservadores en decadencia versus los bolchevismos y fascismos insurgentes (estos últimos con representación mayoritaria), se da inicio en la praxis política a la idea de Hans Kelsen del control judicial de la leyes a través de un Tribunal Constitucional, como la máxima expresión de la racionalización y la defensa del Estado de derecho contra los peligros dictatoriales de las nuevas y transitorias mayorías parlamentarias⁷². Se incorporan así dicha institución fuera del poder judicial, tanto en la Constitución de Austria de 1919⁷³ —perfeccionada en 1929⁷⁴—, como en la Constitución Checa de 1920⁷⁵, y, posteriormente, en la Constitución de la Segunda República española de 1931⁷⁶.

En tal sentido, en la Europa continental de la primera postguerra mundial, se abre un debate jurídico-político de altas dimensiones en los medios académicos y revistas de derecho público. Al respecto, se puede identificar una línea francesa de pensamiento clásico, opuesta a la existencia de un tribunal constitucional como una corte autónoma del poder judicial, como pensaba Esmein desde un positivismo tradicional⁷⁷, lo cual no fue óbice para que desconocieran ciertas ventajas del control incidental de las leyes en sede judicial, sobretodo cuando el Consejo de Estado y la Corte de Casación habían jugado un rol muchas veces próximo a la defensa de la constituciones fran-

-
72. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en RDP, XXXV, Année 1928, Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 197-257, en concreto pp. 252-253.
73. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, Paris, Economica y Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 161 ss.
74. Hans Kelsen, *Die verfassung Oesterreichs*, Tübingen, JÖR, Band 18, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1930, pp. 152-160; del mismo autor revisar informes anteriores sobre la situación constitucional austriaca en JÖR 15, 1927 y JÖR 11, 1922.
75. Z. Peska, *Après dix années. Le développement de la constitution Tchecoslovaque*, en RDP, XXXVII, Année 1930, Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 234-237.
76. Nicolás Pérez Serrano, *La constitución española (9 de diciembre de 1931): Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, 1932, pp. 324 ss; Adolfo Posada, *Constitution de la République Espagnola*, en RDP, IL, Année 1932, , Vaduz, Topos Verlag, 1982, p. 378, asimismo, en Niceto Alcalá Zamora, *Ensayos de Derecho Procesal*, edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, revisar Cap. XI Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, pp. 503-536.
77. Adhémar Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 1909, pp. 475 y 528-538.

cesas, pero desde una perspectiva jurídica-administrativa, según expresaron Duguit⁷⁸ y Gèze⁷⁹.

Desde una perspectiva jurídica institucionalista, Hauriou planteó que la Constitución existía fundamentalmente para garantizar las libertades individuales, base de la constitución social y, que el control de constitucionalidad de las leyes, vía la excepción de inconstitucionalidad, servía para recordar al Parlamento su dependencia de la sociedad civil⁸⁰. En ese sentido, Giacometti postuló en Suiza el establecimiento de las funciones de la jurisdicción constitucional en el Tribunal Federal suizo, para proteger la Constitución material y formal mediante el amparo constitucional⁸¹.

En la gestación de la justicia constitucional europea, también se encuentra el debate germánico en torno a quién debe ser el guardián de la Constitución y en el que participaron Triepel, Jerusalem, pero lo caracterizaron Carl Schmitt⁸² y Hans Kelsen⁸³. Kelsen acepta como un dato previo e indiscutible la legitimidad del sistema democrático establecido⁸⁴, y no obstante planteó que la legitimidad constitucional viene dada por la incorporación en la ley, no sólo de la voluntad de la mayoría, sino también de la opinión de la minoría parlamentaria, postula un órgano independiente, el Tribunal Constitucional, como la medida técnica más eficiente para garantizar la eficacia de la Constitución, mediante la anulación de las leyes inconstitucionales de las transitorias mayorías parlamentarias⁸⁵. Lo que supone que “si en el primer momen-

78. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome troisième, La Théorie Générale de L'État, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cia, 1930, pp. 709 ss.

79. Gaston Gèze, *Le contrôle juridictionnel des lois*, en RDP, XXXI Année, 1924, Vaduz, Topos Verlag, pp. 401 ss.

80. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, (primeras ediciones 1910, 1923 y 1929), reimpresión del CNRS, Paris, 1965, pp. 266 ss. y 611 ss.; en esa perspectiva abierta, revisar a M. Waline, *Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français*, en RDP, XXXV Année, 1928, pp. 441-462.

81. Zaccaria Giacometti, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Berschwerde)*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1933, pp. 10 ss., 46 ss. y 166 ss.

82. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, en AÖR, 55. Band, Verlag D. Auvermann, Taunus, 1975, pp. 162-237.

83. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Vefassung sein?*, en *Die Justiz*, Band VI (1930/31), Dr. Walther Rotschild, Berlin-Grunerwald, 1930/31, pp. 576-628.

84. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aallen, Scientia Verlag, 1963, pp. 53-58 y 93-104.

85. VVDStRL, Heft 5, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, informe de Heinrich Triepel pp. 2-29 y contestación de Hans Kelsen pp. 30-88. Asimismo, F. Jerusalem, *Sie Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr, 1930.

to del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que se va a suscitar ahora es una defensa de los valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismos jurídicos⁸⁶.

Desde la perspectiva de la teoría clásica de la división de poderes, propia del Estado de Derecho, Carl Schmitt, por el contrario, postula al Jefe del Estado, plebiscitado directamente por el pueblo e independiente de los partidos, como el poder supremo y neutral –del cual hablaba Benjamin Constant⁸⁷– para que pueda hacer de poder judicial de los otros poderes o guardián de la Constitución, figura que Schmitt posteriormente personalizaría en Hitler como protector del derecho –*der Führer schützt das Recht*–, según se pronunció el jurista de Plettenberg en 1934⁸⁸. Asimismo, Schmitt cuestiona que un organismo judicial, como el Tribunal Constitucional, sea competente para dictaminar sobre el contenido material de las leyes, debido a que su sujeción a la ley es una premisa de su independencia frente al poder político, de lo contrario su labor jurisdiccional quedaría estéril frente a la política. Por ello, Schmitt crítica que “lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial [...] la consecuencia no sería una judicialización de la política, sino una politización de la Justicia”⁸⁹.

Pero al margen de las lúcidas conceptualizaciones mencionadas, lo cierto es que las transformaciones sociales y políticas de comienzos del siglo XX crearon la necesidad de reformar el Estado Liberal en un Estado de Bienestar. Este nuevo proceso llevó a una mayor racionalización del poder, que se expresó jurídicamente en la Constitución de Weimar de 1919, inaugurando en Europa el constitucionalismo social, que facultó la intervención del Estado en la vida económica-social e incorporó un conjunto de derechos sociales y económicos en la Constitución. Lo que llevaría a replantear el esquema clásico

86. Pedro de Vega, *Prólogo*, al libro de Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 18.

87. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, tomo I, *op. cit.*, pp. 177 ss.

88. Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 199-203.

89. Carl Schmitt, *La defensa de la constitución... op. cit.*, pp. 57; del mismo autor, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 112 ss. Como claro ejemplo de la politización de la justicia durante el régimen nazi y postnazi, se puede ver: Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945-1949*, Heidelberg, Decker & Müller, 1989.

de la división del poder propio del Estado del siglo XIX, por el control y cooperación entre los poderes, creando así la necesidad del *check and balance*, propio del Estado administrativo⁹⁰.

Dado el rol prominente que ocupó la noción de soberanía parlamentarias en la postrimerías de la Primera Guerra Mundial, en el debate constituyente alemán de Weimar no se llegó a concebir la figura del control constitucional de las leyes por un tribunal constitucional, sino tan sólo se creó en la Constitución de 1919 un Alto Tribunal de Conflictos de tradición prusiana, para resolver las controversias entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos territorios⁹¹. En virtud del cual Hugo Preuss—padre de la Constitución de Weimar—defendía por esa vía el control judicial de la constitucionalidad de las leyes territoriales⁹². Pero, como consecuencia inevitable de este constitucionalismo reformista, se produjo la sobrecarga legislativa del Parlamento y del Ejecutivo, como la labor jurisprudencial de los jueces y tribunales.

Sin embargo, este ideal de bienestar consagrado en las constituciones sociales, contenía un conjunto de derechos imprecisos y vagos, pero que tampoco fueron desarrollados legislativamente, dando así la pauta de la autorrestrictiva interpretación del positivismo judicial para declararlos inaplicables, renunciando así los jueces a asumir un rol tutelar de los derechos fundamentales⁹³. Es del caso señalar que las estructuras básicas del derecho público de la República de Weimar, no estaban preparadas para tan súbito cambio y se mostraron reacias a las propuestas de incorporar tanto las normas de contenido social como las de carácter liberal⁹⁴.

90. Klaus Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat*, Hannover, Buchdruckerei und Verlag Niedersachsen, 1980, pp. 23 ss.

91. Heinrich Triepel, *Streitigkeit zwischen Reich und Ländern, beträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. 118; asimismo, Wolfgang Flad, *Verfassung Gerichtsbarkeit und Reichsexecution, beiträge zur Lehre zwischen von den Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern und deren Entscheidung*, Heidelberg, Cral Winters Universitätsbuchhandlung, 1929, pp. 18-71.

92. Helge Wedenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Göttingen, Verlag Schwartz & Co., 1984, pp. 44-58.

93. Carl Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1926; del mismo autor, *Gesetz und urteil*, München, C.H. Beck'sche Velagsbuchhandlung, 1969, pp. 71-119;.

94. Ernst Forsthoff, *Zur Problematik der Vefassungsauslegung*, en *Res Publica* beiträge zum öffentlichen recht (Hrg. E. Forsthoff), Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1961, p. 13.

De otro lado, a fines de los años veinte, en el debate entre Kelsen y Schmitt, se planteó también que el Tribunal Constitucional como legislador negativo podría extenderse en sus atribuciones, desvirtuando así el equilibrio de poderes con el legislativo y el ejecutivo. Pero la realidad histórica, en cambio, mostró que el positivismo judicialista de los tribunales de la República de Weimar no estaban a la altura de convertirse en magistraturas tutelares de las libertades, y menos aún de disputarles a los legisladores la definición del contenido material de los derechos fundamentales. De esta manera, quedaron aclaradas las graves dudas sobre la capacidad de la justicia ordinaria para asumir la responsabilidad del control de la constitucionalidad de las leyes, lo cual haría más imperiosa la necesidad de contar con un organismo independiente del Poder Judicial, capaz de controlar la legislación de los poderes políticos⁹⁵.

Sin embargo, durante las décadas de los veinte y treinta, a la sazón de la conciencia de la crisis en Europa⁹⁶, mientras este debate sobre la justicia constitucional se desarrolla en Italia con Mussolini y en Alemania con Hitler, se establecían gobiernos totalitarios, utilizando las propias reglas positivas del derecho burgués. Estos caudillos asumen el poder ante la crisis del Estado liberal en decadencia y gobiernan a través del terror del Estado, eliminando a la oposición política, lo que les permite implantar estados de emergencia y finalmente asumir facultades extraordinarias, y hacerse de todo el poder; subordinando la Constitución a la voluntad del caudillo y eliminando los valores básicos del Estado de Derecho, como la libertad e igualdad de las personas y la división y el control entre los poderes, llegando al holocausto, como fue revelado posteriormente⁹⁷.

Proceso similar ocurrió con el establecimiento del fascismo en España con Franco, quien derrotó militarmente a la Segunda República española con la ayuda del nazismo alemán, así como la implantación de gobiernos autoritarios en diferentes formas en los países de Europa central, promovidos por el nazifascismo. En ese sentido, los gobiernos fascistas de Austria y España anularon a los tribunales constitucionales como organismos de control al poder, porque no cabía control al poder total.

95. Robert Kuhn, *Die Vertrauenskrise der Justiz 1926-1928, der Kampf um die Republikanisierung den Rechtsplege in der Weimarer Republik*, Köln, Bundesanzeiger, 1983, pp. 207-249.

96. Karl Mannheim, *Man and Society. In age of reconstruction*, (1935), London, Routledge & Paul, 1980, pp. 79 ss. y 117 ss.; asimismo, Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism & the changing world*, op. cit., pp. 200.

97. Joe Heydecker y Johannes Leeb, *El proceso de Nuremberg*, Barcelona, Bruguera, 1967, pp. 119 ss.

Por ello, con la victoria de los gobiernos demócratas aliados sobre el nazi-fascismo en la Segunda Guerra Mundial, aparece luego como inevitable que el control de la constitucionalidad de las leyes quede en manos de un Tribunal Constitucional, como planteó Kelsen y no en el poder del Jefe del Estado, como planteó Schmitt. Así, al término de la Segunda Guerra Mundial⁹⁸, casi todos los países que salían de una etapa de dictadura y totalitarismo se dieron constituciones que incorporaron tribunales constitucionales: Austria en 1945, Japón en 1947, Italia en 1948 y Alemania en 1949. En Francia se creó en 1946 un tímido Comité Constitucional y en la Constitución de 1958 el Consejo Constitucional⁹⁹.

Posteriormente en la década del sesenta, un segundo grupo de países adoptan la institución del tribunal constitucional¹⁰⁰, la misma que fue incorporada en las constituciones o reformas constitucionales de la República de Chipre en 1960, Turquía en 1960, Yugoslavia en 1963. Más adelante se crearon los tribunales constitucionales en Portugal, en la Constitución de 1977, y en España, en la Constitución de 1978, mientras que en la Constitución de Grecia de 1975 se creó un tribunal superior especial, con ciertas atribuciones en materia de justicia constitucional¹⁰¹. A ello habría que añadir los intentos de establecer tribunales constitucionales en Checoslovaquia en 1968 y en Polonia en 1982, luego de la Primavera de Praga y de las luchas del Movimiento Solidaridad, respectivamente, bajo regímenes socialistas cerrados al control del poder.

El éxito del constitucionalismo europeo de la postguerra ha dado lugar a la expansión de los tribunales constitucionales en diversas latitudes, así en un primer momento, efímeramente, en Cuba, en 1946, Guatemala en 1965 y Chile en 1971 se crearon tribunales constitucionales; pero, posteriormente, con los procesos democráticos se reinstalan en América Latina: Ecuador en 1978, Perú en 1979 y 1993, Chile en 1980, Guatemala en 1985, Colombia en 1992 y

98. Helmut Fangmann, *Justiz gegen Demokratie. Entstehungs- und Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz in Deutschland*, Frankfurt/ New York, Campus Verlag, 1979, pp. 216 ss.

99. François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, pp. 19 ss.; asimismo, Pierre Avril y Jean Giequel, *Le conseil constitutionnel*, Paris, Montchretien, 1995, pp. 13 ss.

100. Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Herausgeben von Hermann Mosler, Köln-Berlin, Carl Hetmans Verlag KG, 1962, pp. 1047.

101. Louis Favoreu, *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, en *RDP*, Paris, N° 5, 1984, pp. 40.

Bolivia en 1994¹⁰²; así como en las nuevas constituciones que vienen acompañando a los procesos de democratización de Europa Oriental, durante la década de los ochenta y noventa como en Polonia, Federación Rusa, Bulgaria, Hungría, República Checa, Eslovaquia y en particular en los nuevos países bálticos, y en los que se desintegró la ex-Yugoslavia —Eslovenia, Croacia, Macedonia y Serbia—¹⁰³. Al respecto, el principio democrático junto al de la economía de mercado, son los conceptos claves con que operan los tribunales constitucionales en la transición de regímenes cerrados a abiertos, proceso en el que el tribunal constitucional húngaro es el más activo, y el que desde su instalación en 1990 viene asentando su poder constitucional¹⁰⁴.

Este proceso de reproducción de los tribunales constitucionales ha planteado, no obstante el problema original de la justicia constitucional concentrada, el relativo a las relaciones de los tribunales constitucionales con los poderes del Estado, en particular el Parlamento; debido a que el activo desarrollo de la justicia constitucional ha desafiado al clásico principio de la división de poderes, sin haberse llegado a establecer uniformemente los alcances y límites de los tribunales constitucionales en el esquema constitucional clásico.

En este sentido, se puede señalar que la justicia constitucional en su versión europea-continental, concentrada en una Corte o Tribunal, con una activa y creadora labor judicial, en base a textos constitucionales cada vez más principistas, hacen que el *Rechtstaat* progresivamente adopte instituciones del *Justizstaat*, convirtiendo a los jueces y tribunales en re-creadores del derecho¹⁰⁵, lo que se acerca a la tradición anglosajona del *judicial review*.

102. Allan Brewer Carías, *Judicial review in comparative law*, Great Britain, Cambridge University Press, 1989, pp. 156 ss., 243 ss. y 321 ss.; asimismo, AA. VV., *Una mirada a los tribunales constitucionales, las experiencias recientes*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1995, pp. 284.

103. Peter Häberle, *Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd-)Osteuropa und Asien (Vierte und Fünfte Folge)*, en *JÖR* 45, 1997, pp. 177 ss. y las dos primeras partes de esta recopilación de nuevas constituciones, en *JÖR* 43, 1995 y *JÖR* 44, 1996. Asimismo, Istvan Pogany, *History, human rights and constitutional convergence in Eastern Europe*, en *Contemporary Constitutional Challenges* (Landa and Faúndez editors), *op. cit.*, pp. 207-235.

104. Rainer Grote, *Das Rechtsstaatsprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichtspraxis*, en J. Frowein y T. Marauhn (editores), *Beiträge zum ausländischen öffentlichen und Völkerrecht*, tomo 130, *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Berlin-Heidelberg, MPI, Springer Verlag, 1998, pp. 15 ss.; asimismo, Georg Brunner, *Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa*, en *ZaöRV*, 53/54, Verlag W. Kohlhammer, 1993, pp. 819-839.

105. René Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, Springer Verlag, 1957, pp. 241 ss.

Pero este proceso de convergencia también es perceptible en el sistema anglosajón, donde en Inglaterra se discute la necesidad de contar con una constitución escrita¹⁰⁶ y la facultad de los jueces para hacer control difuso de las leyes por contradecir el Derecho comunitario¹⁰⁷. Así como también en los Estados Unidos el Tribunal Supremo hace tiempo que ha concentrado para sí la potestad de declarar, en última instancia, sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional¹⁰⁸.

En efecto, la convergencia de estos sistemas se basa en la dinámica homogeneización de los sistemas constitucionales, que expresen las necesidades del moderno Estado democrático de controlar los excesos de los viejos poderes públicos y los nuevos poderes privados, mediante el examen constitucional de las normas legales y actos gubernamentales e incluso de los particulares, en aras de proteger los derechos de la oposición y de las minorías¹⁰⁹.

Este breve marco histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional, revela que el establecimiento de regímenes democráticos conlleva a la judicialización de la política. Es decir, al control de los excesos del poder democrático. En este sentido, se examina a continuación el origen y evolución de la justicia constitucional en el Perú.

106. Institut for Public Policy Research, *A written constitution for the United Kingdom*, Great Britain, Mansell, 1993.

107. Eduardo García de Enterría, *Un paso capital en el Derecho constitucional británico: El poder de los jueces de enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (Sentencia Equal Opportunities Commision de la Cámara de los Lores de marzo de 1994*, en *RIE*, Vol. 21, 1994, N° 3, Madrid, CEC, 1994, pp. 721-743.

108. Lawrence Tribe, *Constitutional choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 51.

109. John Merryman, *Convergence of civil law and common law*, en *New perspectives for a common law of Europe* (M. Cappelletti editor), Italy, European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 169-180.

CONTEXTO Y EVOLUCION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PERUANA

La historia constitucional peruana ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el pleno ejercicio del poder con lealtad constitucional de sus gobernantes. Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social, se debe a que la expedición de las cartas políticas se fueron dando al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época: unos más estructurales, como la independencia de España y el establecimiento de la República, y otros más coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares¹¹⁰.

Este curso histórico muestra que las constituciones y la vida constitucional han dependido directamente de los acontecimientos políticos y militares de cada época y que los operadores constitucionales no han sido capaces de procesar dichos fenómenos en el marco de la Constitución. Esto se ha debido a la falta de estabilidad política, que es expresión de la carencia de un consenso mínimo o pacto social siquiera entre las elites dirigentes para asegurar un Estado de Derecho duradero. Falta de acuerdo nacional que ha creado una cultura cívica de incredulidad en la sociedad respecto del Estado y de la Constitución, debido a que las necesidades e ilusiones de la población no se han visto satisfechas por las grandes corrientes ideológicas, en cualquiera de sus constituciones: liberales -1823, 1828, 1834, 1856 y 1867-; conservadoras -1826, 1836, 1839 y 1860-; sociales -1920, 1933 y 1979¹¹¹ y esto no ha cambiado con la actual constitución "neoliberal" de 1993.

-
110. Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Lima, 1942; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979*, Lima, 1980; Domingo García Belaunde, *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, en *Derecho* N° 43-44, Lima, 1990; AA.VV., *La constitución diez años después*, ICS, Lima, 1989.
111. Toribio Rodríguez, Francisco Javier Mariátegui, José Faustino Sánchez, y otros, *Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de ella al Congreso Constituyente*, Lima, 1823; Toribio Pacheco, *Cuestiones constitucionales*, Lima, 1854; Benito Laso, José Gálvez, Francisco de Paula González Vigil y otros (redactores) *El Constitucio-*

Dichas constituciones, además, siempre han buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, usualmente autodenominada de revolucionaria. Por eso, con acierto De Vega ha dicho que “hasta cierto punto se podría sostener que la historia de la temática constitucional, y de los enfoques diversos en su tratamiento, no es más que el correlato y la consecuencia lógica del proceso de transformaciones en el ámbito de la ideología y de la legitimidad constitucional que le sirve de fundamento”¹¹². Sin embargo, en el Perú las quiméricas ideologías políticas liberal, conservadora y social han tenido un asidero apenas virtual en la vida social y en el quehacer jurídico, produciendo constituciones nominales que no concuerdan con los presupuestos sociales y económicos y/o constituciones semánticas en beneficio de los detentadores fácticos del poder¹¹³. Profundizando así, más la disonancia entre la norma constitucional y la normalidad constitucional¹¹⁴, así como también limitando gravemente la realización de la Constitución¹¹⁵.

En tal sentido, la carta política de 1979 cerró el periodo del régimen militar populista iniciado por el general Velasco Alvarado e inauguró en la década de los ochenta un amplio escenario democrático *ad hoc* para la reflexión jurídica y política, antes que su verificación en la realidad. Sobre todo por el establecimiento de un moderno diseño constitucional democrático y social, donde destacó la creación de la jurisdicción constitucional, la incorporación de los derechos humanos y la jurisdicción supranacional, las garantías constitucionales y el Tribunal de Garantías Constitucionales¹¹⁶. Pero, paradójicamente, en el marco de la democracia constitucional, también se dio inicio a la etapa de violencia política y crisis económica, que marcó el desarrollo de la Constitución en la década de los ochenta y el funcionamiento de la justicia constitucional.

nal, diario político y literario, Lima, 1858; Manuel Atanasio Fuentes, *Derecho constitucional filosófico*, Lima, 1873; Luis Felipe Villarán, *La Constitución peruana*, Lima, 1899; Manuel Vicente Villarán, *Exposición de motivos del anteproyecto de Constitución de 1931*, Lima, 1962.

112. Pedro de Vega García, *En torno a la legitimidad constitucional...*, *op. cit.*, pp. 803-825.
113. Karl Lowenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 152-157; hay versión castellana, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, pp. 218-222.
114. Hermann Heller, *Staatslehre*, Leinden Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1934, pp. pp. 184-198; hay versión castellana, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 199-216.
115. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1983, pp. 26-31.
116. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, UNSA, 1996, pp. 26 ss.

1. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO

La amplia oferta constitucional de la Constitución de 1979 se vio compulsada: por una parte, a nivel interno, por fuerzas centrífugas, como el peligroso y luego pavoroso accionar terrorista de Sendero Luminoso y el correspondiente reforzamiento del poder fáctico de las Fuerzas Armadas, y la incubación gubernamental de la hiperinflación que paradójicamente fortaleció a los grupos de poder económico. Por otro lado, a nivel externo, el Perú se caracterizó por las hipotecas políticas y económicas, fundamentalmente con Estados Unidos en materia de lucha contra el narcotráfico, el manejo de la deuda externa y el respeto de los derechos humanos.

Estos factores, aunque sobre todo los internos, dieron lugar a la progresiva institucionalización de las corrosivas prácticas gubernamentales, puestas de manifiesto en el abuso de las emergencias constitucionales —económicas y político-militares—, tomando como justificación para cualquier exceso la crisis del sistema político y económico clásicos; abriéndose, así, una vez más, la brecha entre el texto constitucional y la realidad, y poniendo en evidencia la débil vida constitucional y la precaria convicción democrática de los gobernantes del país.

Muestra de ello fue que durante la década de los ochenta, la democracia, basada en los partidos políticos y en el mandato representativo del pueblo, no fue capaz de resolver o reorientar dichas acciones desestabilizadora del sistema político y económico, a través de las instituciones constitucionales; como, también, que las elites políticas demostraron una falta de ética responsable con la ciudadanía, en tanto que las expectativas del pueblo sobre la democracia no se agotaban en que fuese legítima por su origen electoral, sino además eficiente en el cumplimiento de sus promesas.

Pero es del caso precisar que los causantes del resquebrajamiento del orden jurídico-democrático no fueron los partidos políticos, ni el deficiente sistema judicial, al contrario, ellos fueron la expresión visible de la crisis de las instituciones clásicas, basadas en un sistema jurídico positivista, que falseó los valores democráticos de libertad e igualdad, y se inculcó en el orden social establecido, reduciendo la conciencia cívica ciudadana al ejercicio del sufragio¹¹⁷.

117. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos*, pp.11-27 y Domingo García Belaunde, *Representación, partidos políticos: el caso del Perú*, pp. 59-71, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1995.

Desde mediados de la década de los ochenta, frente al escenario de crisis económica, aparecieron críticos severos, que postulando la vuelta al liberalismo económico, plantearon refundar la legitimidad social ya no en el Estado benefactor, sino en el seno de la sociedad y del mercado¹¹⁸; en virtud de lo cual el gobierno recién electo de Fujimori en 1990, promovió la incorporación del liberalismo económico, infringiendo radicalmente sus promesas electorales y vaciando de contenido, en la mayoría de los supuestos, el claro *indirizzo social* de la Constitución de 1979.

Desde la perspectiva política, de grave conflicto interno creado por el accionar de los movimientos terroristas, las Fuerzas Armadas con el apoyo del nuevo gobierno y los grupos económicos, sostuvieron la necesidad de restaurar el orden civil y la seguridad ciudadana, en base a las concepciones y estrategias militaristas de la seguridad nacional¹¹⁹. De acuerdo con esta exclusiva voluntad, el Estado debía imponer con fuerza y eficacia su derecho frente al caos y a la fragmentación social creada por Sendero Luminoso, y en menor medida por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Para lo cual se aseguró, mediante legislación delegada del Congreso al Poder Ejecutivo, el refuerzo del poder militar en la lucha contra el terrorismo, de lo cual se sirvió la Fuerza Armada para extender sus prebendas estamentales a su cúpula militar y al dominio militar en ámbitos propios de la sociedad civil, bajo la dirección del servicio de inteligencia nacional y su mentor¹²⁰.

Con ambos supuesto, uno de liberalización económica y otro de seguridad nacional, el Presidente se atribuyó, la titularidad originaria de proteger los intereses del Estado, con el tácito apoyo de los poderes de facto y privados, haciendo, entonces, uso y abuso de las facultades presidenciales extraordinarias para expedir decretos legislativos y emitir decretos de urgencia en casos de interés nacional, tanto en materia económica y financiera¹²¹ como

118. Hernando de Soto, *El otro sendero*, Lima, ILD, 1986.

119. Vladimiro Montesinos, *Der staatliche Nachrichtendienst und die Subversion*, en *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, N° 29, Hamburg, Institut für Iberoamerika-Kunde, 1995, pp. 93-100.

120. Gustavo Gorriti, *Fujimori's Svengali, Vladimiro Montesinos: the betrayal of peruvian democracy*, *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, N° 29..., *op. cit.*, pp 101-115; asimismo, ver *Vladimiro Montesinos*, en *Without Impunity*, July 1998, VII, N° 2, en <http://www.derechos.org/wi/2/america.html>.

121. Juan Carlos Ruiz, *Control Parlamentario de los decretos de urgencia en el Perú*, tesis (Lic.), Lima, PUCP, 1998; César Castillo, *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993*, tesis (Lic.), Lima, PUCP, 1996; asimismo, Ana Velazco, *La Constitución Peruana de 1979 atribuciones legiferantes de los órganos ejecutivo y legislativo*, tesis (Br.), Lima, PUCP, 1988.

en declaración de los estados de emergencia en la mayor parte del territorio del país¹²².

El Congreso de entonces, compuesto por partidos políticos plurales ideológicamente y dos de ellos con experiencia de gobierno –Acción Popular y el Apra–, en legítima defensa de su fuero legislativo, aprobó en febrero de 1992 la Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República¹²³, que regulaba la expedición de los decretos de urgencia, decretos legislativos, decretos que establecían los estados de emergencia y los decretos de aprobación de los tratados simplificados. Por su parte, el Tribunal de Garantías Constitucionales en ese mes emitió tres resoluciones declarando inconstitucionales algunos decretos legislativos del gobierno de Fujimori, quien, entonces, se enfrentó al Congreso y al Tribunal que ejercían sus funciones de control político y jurisdiccional, tildándolos de entidades que eran un obstáculo para la modernización y el progreso del país¹²⁴.

Este embate del liberalismo económico gobernante contra el constitucionalismo social de la Carta de 1979, pronto necesitaría un ariete político, debido a que no contaba necesariamente con el respaldo de las instituciones representativas –partidos, parlamento, tribunal constitucional–. En tal sentido, el gobierno se asentó directamente en la opinión pública, a través de los medios de comunicación social, propulsores del modelo económico liberal y de una solución militar total al terrorismo, para lo cual apeló a la necesidad y urgencia, frente a la crisis del Estado de Derecho y de la democracia de los partidos tradicionales –Acción Popular y el Partido Aprista– e hizo de las normas legales un mero instrumento de la voluntad gubernamental, que la elevó al rango de derecho, en base a un positivismo decisionista, sin mayor ética jurídica¹²⁵.

Por ello, se puede señalar que a partir de la década de los noventa, la Constitución de 1979 terminó siendo válida en función de la ley, más concretamente de los decretos de urgencia y decretos legislativos, o sea a los actos de voluntad del poseedor del poder: el Presidente Fujimori. Desde entonces, al igual que en otras degradadas experiencias, “la libertad económica,

122. César Landa, Daniel Soria y Joseph Campos, *Legislación y estados de emergencia en el Perú*, Lima, PUCP-MDC, documento, 1995, p. 70.

123. César Delgado Guembes, *El debate parlamentario de la Ley N° 25397*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1995, pp. 263-297.

124. César Landa, *Constitutional Justice in Peru*, en *JÖR*, Neue Folge/Band 44 (Herausgeben von Peter Häberle), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996, pp. 583-595.

125. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimer, la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 247 ss.

desregulada y salvaje, se ha convertido de este modo en el valor básico de la cultura del Gobierno, que hoy forma un todo con la cultura empresarial, en perfecta sintonía con la confusión de intereses públicos y privados personificada por el presidente del Gobierno¹²⁶.

En efecto, en un país como el Perú donde no existe tradición de estabilidad del Estado de Derecho, ni de instituciones democráticas sólidas, el Presidente Fujimori terminó en una relación de interdependencia con los poderes fácticos –Fuerzas Armadas y servicios de seguridad interior– y los poderes privados –gremios empresariales y medios de comunicación– en la elaboración de la agenda y el quehacer de los asuntos públicos: para contener al terrorismo y a la hiperinflación, a través de métodos jurídico-positivistas de carácter voluntarista expresados en normas legales y acciones políticas de los propios sostenedores del gobierno que trascendían el orden constitucional, pero sin legitimación popular. El Estado de Derecho, pues, se encontraba cada vez más vacío de contenido y sin la decisión gubernamental de fortalecerlo. Más aún, para el Presidente, la Constitución de 1979 era un obstáculo que impedía la realización de su programa de gobierno.

En esa situación contradictoria, desde el cuartel general del ejército, Fujimori apela a la razón de Estado para dar el autogolpe del 5 de abril de 1992. Las Fuerzas Armadas ofrecen su público apoyo, además de contar con el aval de los medios de comunicación, los gremios empresariales y la tácita anuencia de la opinión pública. En tal entendido, se clausuró el Congreso, se destituyó a los vocales de la Corte Suprema, lo que suponía que se concentraba en Fujimori y su Consejo de Ministros, la facultad legislativa y la designación de los nuevos magistrados de facto de la Corte Suprema. El Tribunal de Garantías también fue clausurado, eliminándose el control constitucional de las normas legales, dado que el inaugurado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional sometía la supremacía jurídica de la Constitución de 1979 a la de su Estatuto de Gobierno y a los decretos leyes y medidas que aprobaba el Poder Ejecutivo¹²⁷.

Establecido el régimen de facto, se instala la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, afectando además la competencia de los poderes públicos, representantes y autoridades electas, como también los derechos y

126. Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, (Perfecto Ibañez, editor), Madrid, Editorial Trotta, 1996, p. 20.

127. Fernando Rospigliosi, *Las fuerzas armadas y el 5 de abril. La percepción de la amenaza subversiva como una motivación golpista*, Lima, IEP, Documento de Trabajo N° 73, 1996, p. 82.

libertades de los ciudadanos, en particular los de la oposición. Se invierte, pues, la relación entre el derecho y el poder, estableciéndose un Estado de la fuerza *Machtstaat*, caracterizado por que la autoridad somete a la ley *-auctoritas facit legem-* y no la ley a la autoridad *-lex facit regem-*, este último principio válido en todo Estado de Derecho¹²⁸.

El régimen de facto sintió de inmediato la presión política internacional que suspendió y cortó la ayuda económica y financiera necesaria para la implementación de su programa económico, motivo por el cual tuvo que someter a la voluntad popular un proyecto de retorno a la democracia, mediante la convocatoria a elecciones generales para un Congreso Constituyente, y elecciones para renovar a los gobiernos locales, mas no para nuevas elecciones presidenciales sino hasta 1995¹²⁹.

En este accidentado proceso de retorno a la democracia, el gobierno de facto no se replanteó reconstruir el consenso quebrado con la medida inconstitucional, sino insistir en el proyecto político y económico, con la autosuficiencia del apoyo de los poderes fácticos y privados, en particular de las Fuerzas Armadas, los medios de comunicación, los grupos empresariales y el apoyo popular obtenido en elecciones para el CCD, no siempre de transparentes resultados, quienes anteponiendo sus intereses a los de la Constitución, configuraron un retorno constitucional mediocre¹³⁰.

En esta etapa se puso en evidencia el desinterés del poder a la vida constitucional y su débil convicción en la supremacía de su propio Estatuto de Gobierno, que fue reiteradamente "violado", convirtiendo al derecho en un instrumento sometido a la voluntad del poder. Pero, por otro lado, el gobierno obtuvo notoria legitimidad social, debido a la captura del líder máximo de Sendero Luminoso, entre otros, y al control de la hiperinflación. En base a estos logros en lo político y económico, la sociedad obtuvo una expectativa de paz civil, en virtud de la cual el gobierno hizo escarnio tanto de las instituciones democrático-representativas, en particular de los partidos políticos y del Poder Judicial, y, utilizó a este último como un instrumento de control y desviación de las demandas ciudadanas en defensa de sus derechos fundamentales y del Estado de Derecho. En tal sentido, García Belaúnde señalaría

128. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 21 ss.

129. CAJ, *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, en LTC N° 9, Lima, 1993, pp. 173 ss.; Eduardo Ferrero (editor), *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú*, Lima, CEPEI, 1992.

130. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, Lima, Seglusa editores, 1993, pp. 83-89.

en relación al gobierno que. "lo que diga la Constitución será válido en el momento que lo necesiten; no antes"¹³¹.

Siguiendo las huellas del inestable derrotero constitucional peruano, el Congreso Constituyente Democrático aprobó un nuevo texto constitucional que entró en vigencia el 30 de diciembre de 1993, el mismo que significó, por un lado, una respuesta política al Estado social de la Constitución de 1979, al cual el gobierno atribuyó un rol obstruccionista a las medidas de modernización en función de la economía libre de mercado, otorgando asidero a un pretendido pensamiento neoliberal, que cerró con la etapa del constitucionalismo social más nominal que real, y; por otro constituyó una salida política frente a la presión política interna y sobre todo económica internacional, producida a raíz del autogolpe de Estado de Fujimori de 1992.

En tal sentido, el esquema constitucional de 1993 expresa jurídicamente el programa político y con más relieve, el programa económico del gobierno¹³². Y sirve de carta de garantía para los inversionistas, a través de la consagración de una Constitución económica de mercado y de la eliminación de la planificación democrática o concertada, libre de los atavismos empresariales estatales y del control de precios; defensora libérrima de la propiedad privada, sin posibilidad de la expropiación por interés social; y, la exclusión del tratamiento preferencial de ciertos sectores sociales y económicos marginados. En ese sentido, uno de los mentores ha soslayado el verdadero carácter de este modelo constitucional, al decir que la "Constitución puede ser calificada como de un liberalismo social, moderno, que intenta insertarse en una economía internacional de mercado..."¹³³.

Con transparencia, se puede afirmar que la Constitución refuerza el régimen presidencialista, a través de la figura de la reelección presidencial inmediata y el debilitamiento del Congreso, convertido en unicameral y con algunas competencias reducidas¹³⁴. También extiende el poder militar para juzgar los delitos de terrorismo y condenarlos a la pena de muerte¹³⁵, y reduce los ingresos y las competencias de los gobiernos descentralizados¹³⁶.

131. Domingo Garcia Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú*, en LTC N° 12, Lima, 1996, p. 31.

132. Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo 1, Madrid, CEC, 1984, p. 11.

133. Carlos Torres y Torres Lara, *Alcances de la nueva Constitución del Perú*, en *Ius et Praxis* N° 25, Universidad de Lima, Lima, 1995, p. 48.

134. Raúl Ferrero Costa, *Equilibrio de poderes*, en *Ius et Praxis* N° 25, art. cit., pp. 86 ss.

135. César Azabache, *Sobre la pena de muerte*, en LTC N° 10, pp. 67-82.

136. César Landa, *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*, en LTC N° 10, pp. 237-251.

Asimismo, el texto constitucional redimensiona nominalmente el sistema judicial existente, ampliando las competencias del Tribunal Constitucional, creando la Defensoría del Pueblo, otorgándole al Jurado Nacional de Elecciones carácter de máximo organismo en materia jurisdiccional electoral, despolitizando la elección de los vocales de la Corte Suprema de Justicia, mediante su nombramiento por un organismos técnico como el Consejo Nacional de la Magistratura¹³⁷.

Al convertirse la Constitución en un simple instrumento para la consagración de los cambiantes objetivos político y económico de los poderes fácticos y privados, su *auctoritas* ha sido devaluada. Al punto que se puede hablar de una crisis no sólo jurídica de la Constitución, porque se reduce notablemente la aspiración de generalidad y permanencia de la Constitución al puro juego de las relaciones de fuerza, sino también de una crisis política de la Constitución, porque ve afectada su aspiración de establecer un orden unitario y estable, ya que regula ideológicamente dicho orden falseando en la norma, lo que en realidad es un desorden político y social. Por ello, como señala con toda lucidez Pedro de Vega: “ni todo el derecho procede ya de la Constitución, ni, lo que es más grave todavía, el derecho emanado en consonancia con la normativa constitucional, es el considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana”¹³⁸.

Por lo tanto, otro será otro el escenario gubernamental privilegiado: el de la comunicación pública del Presidente Fujimori y el pueblo, en virtud de lo cual el poder de los medios de comunicación privados adquiere un valor político concreto para el régimen, hasta el punto de llegar a una dependencia absoluta de ellos¹³⁹. En consecuencia, el gobierno reduce la importancia de los problemas de la constitucionalidad y el Derecho en el debate político—gracias a su mayoría parlamentaria e informativa en los medios de prensa—y plantea un discurso de medidas de gobierno concretas para los problemas económicos y de seguridad interior del país, convirtiendo los asuntos del Estado de Derecho en problemas de técnicos, burócratas, jueces y en todo caso de políticos obsecuentes, más no del debate, interés y opinión de la ciudadanía interesada. Por ello, puede decirse, la Constitución de Fujimori necesita de una ciudadanía apolítica, en la que incluso pudiendo participar

137. Domingo García Belaunde, *La judicatura en el proyecto constitucional*, en *Ius et Praxis*, N° 25, op. cit., Lima, 1995, pp. 54 ss.; asimismo, Enrique Bernales con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, Lima, ICS editores, 1996, pp. 537-592.

138. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 104.

139. Carlos Reyna y Eduardo Toche, *La ilusión del poder, la escena política de 1997*, Lima, Desco, 1997, pp.44-49.

más en la vida pública a través de elecciones, decida menos en los asuntos de Estado¹⁴⁰.

En ese sentido, se puede entender que el modelo constitucional consagrado en la Constitución de 1993, y en particular el relativo a la justicia constitucional amplíe la participación ciudadana y de las instituciones sociales en los procesos judiciales ante el Tribunal Constitucional, acercándose a ser un tribunal para los ciudadanos¹⁴¹. Sin embargo, las pretendidas aspiraciones participacionistas y de modernización de la nueva Constitución, en definitiva, sirven para que primen las decisiones fácticas del gobierno sobre el derecho, en base a apelar al estado de necesidad y urgencia de las reformas económicas y al liderazgo presidencial, abriendo así más la brecha entre la norma y la realidad, esto es, entre la legalidad y la legitimidad constitucional.

Por ello, es precisamente a partir de la praxis de la jurisdicción constitucional, no obstante la crisis que la dificulta, que se pueden vislumbrar no sólo los límites, sino también la viabilidad de los aportes al errático proceso constitucional peruano. Habida cuenta que a la jurisdicción constitucional le corresponde juridificar cada vez más los conflictos sociales y políticos en base a la Constitución, no lo podrá llevar a cabo sino cuenta para ello con una base dogmática que le permita encontrar soluciones sustentables, dada la crisis de maduración del Estado constitucional. Pero, si en ese derrotero la justicia constitucional, difusa y concentrada, no es la solución a los problemas de la democracia peruana, sí constituye un importante centro de impulsión del proceso de maduración del Estado constitucional. De allí, la responsabilidad de los magistrados constitucionales de sustentar un activismo judicial moderado, en base a las viejas y nuevas técnicas de la interpretación constitucional¹⁴²; un control del equilibrio de poderes y la defensa de los derechos fundamentales, como límites al poder. Ya que todo esto constituye la base material que contribuirá a la integración democrática del Estado constitucional peruano¹⁴³.

140. Francisco Miró Quesada Rada, *Democracia directa: un análisis comparado*, en *Ius et Praxis* N°25..., *op. cit.*, pp. 64 ss.; asimismo, Luis Huerta, *El derecho fundamental a la participación*, en *LTC* 12, Lima, 1996, pp. 59-89.

141. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1977, pp. 359-360.

142. Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, Madrid, CEC, 1984; Héctor Fix-Zamudio, *Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional*, en la Jurisdicción Constitucional, Seminario sobre Justicia Constitucional, III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional, San José, Costa Rica; asimismo, Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1994.

143. Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985, pp. 225-235.

De lo contrario, seguir concibiendo y aplicando el Derecho Constitucional a partir de un positivismo jurídico voluntarista (Jellinek), formalista (Kelsen) o sociológico (Duguit)¹⁴⁴, podría significar estar encubriendo ingenuamente, bajo el manto de la Constitución, a las antiguas y nuevas apuestas autoritarias de los poderes públicos y privados, que siempre aparecen como abanderadas de las medidas extraordinarias de la modernización constitucional. Lo que no es óbice para entender a la Constitución como la manifestación más alta del derecho positivo, y de los valores irreductibles de libertad e igualdad¹⁴⁵.

En consecuencia se puede señalar, de manera general, que en la historia constitucional del Perú se han dado procesos espasmódicos de modernización utilizando las instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico. A partir de la década de los noventa, el gobierno de Fujimori muestra una práctica jurídica de rasgos autocráticos, devaluando así su propia Constitución, en la que expresa su orientación neoliberal en lo económico y neoconservadora en lo político. Debido a que el Presidente no distingue entre la naturaleza de un gobierno fuerte y un gobierno autoritario, lo que finalmente crea inestabilidad constitucional en el mediano o largo plazo, con el agravante del gran costo social de su intolerancia jurídica¹⁴⁶.

Por otro lado, se puede señalar que por primera vez en la historia del derecho en el Perú, la idea de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución sobre la ley viene madurando, aunque con dificultades, a partir de la creación de la justicia constitucional con el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 y con el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1993. En adelante, es indiscutible que la ley queda sometida de manera concreta a una relación de adecuación con el estrato más alto del derecho: la Constitución política del Perú. Con lo cual hay que advertir que no es un simple cambio de la tradicional prevalencia en la práctica de la ley sobre la Constitución, sino por el contrario, se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política¹⁴⁷. De ahí que la quiebra de la norma suprema constitucional en 1992, a diferencia de la derogación arbitraria de

144. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico*, op. cit., pp. 205-219.

145. Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

146. Ernesto Garzón Valdés, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, CEC, 1987, pp. 11 ss.

147. Manuel García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de derecho*, en (J. de Belaunde, compilador), *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, Lima Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1988, pp. 23 ss.

una ley, haya implicado la ruptura del sistema democrático contemporáneo, es decir del equilibrio y balance entre los poderes y la desprotección de los derechos fundamentales.

Por eso, en resumidas cuentas, se puede señalar que la concepción positivista del Derecho Constitucional –voluntarista, formalista, sociológica– se resiste a asumir su fracaso en el Perú, debido a que tiene auténticas dificultades para comprender la esencia del constitucionalismo: la racionalización del poder a través de la articulación política entre el gobierno y la oposición, entre la mayoría y la minoría, en aras de la defensa eficaz y no sólo nominal de los derechos fundamentales. No obstante, ello no es “menester centrar la problemática constitucional: ni en una especulación hiperformalizada ni en una relativización sociologizante”¹⁴⁸, sino en el marco jurídico-político que explica el perfil mixto (democrático-autocrático) del constitucionalismo peruano, escenario desde el cual sólo es factible analizar auténticamente el surgimiento de la jurisdicción constitucional contemporánea en el Perú.

2. INCORPORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Se puede señalar que la recepción contemporánea de la jurisdicción constitucional en el Perú, ha estado a camino entre el control difuso y el control concentrado de las leyes, pero sin lograr una identidad propia sobre el rol de control judicial de las leyes y, menos aún, una articulación del organismo encargado de dicha función en relación a los demás poderes públicos, como en el *common law* y en el *Rechtsstaat*. En el fondo de estas dos corrientes de control de las leyes, se establecen frenos a la soberanía del legislador, es decir, a los representantes de la voluntad nacional. Por ello, lo más significativo de la justicia constitucional contemporánea, es la capacidad que tiene para transformar la legitimidad constitucional de origen de la ley en legítima constitucionalmente por sus resultados, cuando es sometida al control judicial, en vía incidental o concentrada. Es cierto que en regímenes de democracias nominales se pueden crear dichas instituciones para servir al poder¹⁴⁹, sin embargo, antes de la creación de la justicia constitucional

148. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico...*, op. cit., p. 168.

149. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, IEP, 1971, pp.15-30; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, Universidad Autónoma de México, 1997, pp. 229-235.

concentrada en la Constitución de 1979, nunca hubo la convicción política y jurídica suficiente para la implementación del control de inconstitucionalidad de las leyes.

En efecto, sin nos remontamos a la Constitución Bolivariana o Vitalicia de 1826, que estuvo inspirada en la Constitución Consular del Año VIII de Napoleón, vemos que se otorgó al Senado Conservador peruano funciones difusas de protección de la Constitución. En las constituciones posteriores de 1828, 1834 y 1839 se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores. Pero es con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, donde se estableció en su artículo 10° que “es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Sin embargo, esta disposición no tuvo desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial, debido a que dicha constitución duró sólo cuatro años, y que el derecho público de entonces estaba aún inmaduro para desarrollar una institución propia de la siguiente centuria. Lo que no impidió que el Consejo de Estado jugase un rol a veces destacado en materia de defensa de la Constitución¹⁵⁰.

Sólo en el Anteproyecto de Constitución de 1931 (artículo 142°), elaborado por la Comisión Villarán, es que se plantea la posibilidad de incorporar el control judicial –*judicial review*– de las leyes al estilo norteamericano, mas no el control abstracto de las leyes, debido a los cándidos temores al exceso de demandas en contra de las normas de Congreso¹⁵¹. Sin embargo, ni una ni otra iniciativa fue recogida por los autores de la Constitución de 1933. Aún así, en esta Constitución se introdujo una suerte de control político, por cuanto el artículo 26° dispuso que “pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución” y el artículo 123° señaló que el Congreso estaba facultado para “examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”. Este sistema de control político-legislativo¹⁵² de la constitucionalidad, se vio complementado con la incorporación de la “acción popular”, como el recurso judicial a interponer contra decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo que infrinjan la Constitución o la ley.

150. Daniel Soria, *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Lima, PUCP, 1997, p. 253.

151. Manuel Vicente Villarán, *Ante-proyecto de Constitución de 1931*, op. cit., pp. 72, 157 ss.

152. Domingo García Belaunde, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1989, p. 94. Este tipo de control político fue propio en Francia del senado consulto de la Constitución de 1852 y de su reforma de 1869, en virtud del cual se atribuía el título de guardián del pacto fundamental, revisar François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, op. cit., p. 11.

Si bien el control de las leyes del Parlamento se incorporó en la Constitución de 1993, ya antes estuvo consagrado a nivel legislativo en el Código Civil de 1936, cuando en el artículo XXII del Título Preliminar señalaba que "cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera". Sin embargo, los propios jueces fueron reacios a la aplicación de la misma, debido a que "a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) que en todo caso se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no del derecho público (que es con frecuencia en donde más hallamos este tipo de violaciones), y c) que se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior"¹⁵³. Es recién con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 que se reglamenta, en el artículo 8°, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria, correspondiendo pronunciarse en última instancia a la Corte Suprema sobre la inaplicación de una ley por inconstitucionalidad, lo que se produjo sólo en muy contadas oportunidades y sin mayor trascendencia.

No obstante estos escarceos del control judicial de la leyes en vía incidental, lo cierto es que la idea de la supremacía constitucional sobre la ley y, en consecuencia, el control judicial de la leyes, tuvo su origen nominal en la legislación civil y judicial, pero sin una autoconciencia en la práctica de la élite judicial sobre el rol jurídico-político que implicaba controlar al poder. Apenas la doctrina constitucional peruana de entonces recogió, del derecho comparado, la experiencia de la justicia constitucional, divulgándola en cuanto a sus alcances y límites, así como también proponiendo la reforma de la Constitución de 1933 para incorporarla¹⁵⁴.

Sólo cuando la élite política tomó conciencia de la necesidad de fortalecer el Estado constitucional y la democracia, es que puso en movimiento la práctica positivista del Congreso de importar leyes e instituciones españolas por razones de idioma, cultura y tradición, y en menor medida instituciones de la legislación francesa, italiana y alemana¹⁵⁵; lo que dió lugar a la creación

153. Domingo García Belaunde, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, op. cit., pp. 94-95.

154. Raúl Ferrero Rebagliati, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, Lima, 1960, pp. 87 ss; asimismo, José León Barandiarán, *El tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad*, en *Revista del Foro*, N° 1, CAL, Lima, 1969. Posteriormente, conferencias de Alfonso Benavides Correa, *Control constitucional* y Domingo García Belaunde, *Control constitucional*, en *Revista del Foro*, Nos. 2-3-4, CAL, Lima, 1979, pp. 27-40 y 41-49.

155. Jorge Basadre, *Historia del derecho peruano*, Lima, s/ed., 1937, p. 266; asimismo, sobre la influencia de la legislación extranjera en la formación del derecho penal peruano, se puede revisar a José Hurtado Pozo, *La ley importada*, Lima, CedyS, 1979.

del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero sin desvincularlo del positivismo jurídico, ni compatibilizarlo con el control difuso y en general con el régimen presidencialista, que históricamente ha llevado a la politización de la justicia¹⁵⁶.

Pero, si se considera que en los países donde se ha implementado el tribunal constitucional "ha sido establecido esencialmente para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones y límites, a fin de garantizar los derechos y libertades del ciudadano"¹⁵⁷, entonces, se podría decir que en el Perú la justicia constitucional no es una institución concebida racionalmente en ese sentido, sino por su valor simbólico de defensa del Estado de Derecho, reiteradamente quebrantado por los golpes de Estado. Por eso, el origen de la jurisdicción constitucional en el Perú no es un indicador necesariamente de buena salud democrática, ni de conciencia jurídica del país, sino precisamente de todo lo contrario¹⁵⁸.

En esa línea de pensamiento, en la innovadora Constitución de 1979 se establece, por primera vez en el Perú, la jurisdicción constitucional concentrada a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, tomada de la experiencia constitucional española de la Segunda República¹⁵⁹. No obstante que en el anteproyecto del título de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979, se consignaba una extensa relación de competencias y atribuciones¹⁶⁰, el pleno constituyente sólo le confirió al Tribunal de Garantías Constitucionales competencias para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y para expedir resoluciones casatorias de las sentencias denegatorias del Poder Judicial, en materia de habeas corpus y acciones de amparo¹⁶¹.

156. Enrique Bernaldes con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, op. cit., pp. 718-719.

157. François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, op. cit., p. 19.

158. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, op. cit., p. 40.

159. Domingo García Belaunde, *La influencia española en la Constitución peruana (A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)*, en *Teoría y praxis de la constitución peruana*, tomo I, Lima, Eddili, 1989, pp. 287-295; José Palomino Manchego, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española (una lección que no debemos olvidar)*, en *Ius et Praxis* Nos. 21-22, Enero-Diciembre, Lima, Universidad de Lima, 1993, pp. 223 ss.

160. *Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, 1978-1979*, tomos, III y VIII; asimismo, revisar los antecedentes constituyentes y legislativos del TGC, recogidos por Javier Valle Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales, el caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Editorial Labrusa, 1986, pp. 7-84.

161. José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, tomo I, Lima, Eddili, s/f, pp. 487 ss.; Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución*, Lima, Editores Importadores S.A., 1986, pp. 351 ss.; y Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada*, Lima, 1979, pp. 327 ss.

La vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su implementación en 1982 hasta su clausura en 1992, por el autogolpe de Estado de Fujimori, dejó la débil convicción en la ciudadanía, y ante los poderes públicos, de que los magistrados constitucionales fuesen los voceros autorizados de la Constitución, debido a que no lograron construir legitimidad social en la opinión pública, como órgano constitucional encargado de controlar los excesos del poder. Más aún, durante su clausura entre abril de 1992 y hasta el reinicio de las funciones como Tribunal Constitucional en junio de 1996, se llegó a concebir el nuevo orden de facto y luego constitucional, sin la práctica existencia del control jurisdiccional de las leyes. Lo cual es un indicador preocupante de que la justicia constitucional pasase inadvertida para la población, siendo un órgano encargado de la defensa de los derechos ciudadanos y que se implementase en un falso ambiente político democrático, poco propicio para su desarrollo institucional.

Es que el proceso constituyente de 1993 se inicia con pie forzado, que constituye la voluntad del poder de facto militar y de las élites económicas, sostén del gobierno de Fujimori, de incorporar en el proyecto constitucional sus políticas de corto y largo plazo, centrándose en garantizar un modelo económico de libre mercado, constitucionalizar la pena de muerte para los delitos de terrorismo y asegurar la reelección presidencial. Como el gobierno obtuvo la mayoría constituyente, sometieron los temas claves de una Constitución, como los derechos fundamentales y el equilibrio y balance de poderes, a esos tres objetivos del gobierno¹⁶².

En ese marco autoritario se eligió e instaló en enero de 1993 el Congreso Constituyente Democrático (CCD), bajo críticas no siempre marginales sobre la transparencia electoral de dichos comicios. En el CCD la mayoría parlamentaria electa fue obsecuente al gobierno de facto de Fujimori; motivo por el cual, procedió a legalizar, mediante leyes denominadas como leyes constitucionales¹⁶³, los decretos leyes, medidas y demás actos del gobierno de facto dadas desde el 5 de abril hasta el 31 de diciembre de 1992.

Durante la etapa de funcionamiento del CCD, se puede decir que el régimen político de facto relativo que rigió fue el de un sistema constitucional flexible, donde no existió diferencia entre las leyes ordinarias y la Constitución¹⁶⁴, en tal sentido, el gobierno se caracterizó por la inexistencia de límites

162. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Grijley, 1994, pp.19 y 39.

163. *Ibidem, op. cit.*, pp. 233-250, donde se recopilan las ocho leyes constitucionales dictadas por el CCD.

164. James Bryce, *Flexible and rigid constitution*, en *Studies in history and jurisprudence*, volume 1, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, reprint of the edition Oxford 1901, pp. 163 ss.

constitucionales objetivos, sino que el principio de supremacía constitucional fue supeditado a la voluntad de la representación parlamentaria, más concretamente de la mayoría oficialista, mediante la aprobación de leyes constitucionales. Que incluso modificaron periódicamente el propio estatuto del llamado gobierno de emergencia y reconstrucción nacional.

La ley constitucional es una nomenclatura antigua que se otorgaba a las leyes de reforma o interpretación constitucional, propia de las etapas de inestabilidad jurídica y política¹⁶⁵, aunque también ha sido frecuentemente utilizadas por los regímenes dictatoriales, retomando el antiguo concepto de *lex fundamentalis*. La ley constitucional también ha servido para modificar la Constitución por vías y procedimientos no previstos en la propia Constitución, creando un orden jurídico que dependía de la voluntad del gobernante, sea un Presidente o una Asamblea, lo cual es propio del clásico constitucionalismo flexible con una sólida democracia como la inglesa, pero no de los países con tradición de un constitucionalismo rígido, donde su uso ha sido manifestación de la existencia de un gobierno autocrático. Por ello, se puede decir que la ley constitucional en el Perú es la expresión normativa de un gobierno de los hombres, no de un gobierno de la Constitución.

Con la instrumentalización y desnaturalización de estos conceptos de constitucionalismo flexible y de las leyes constitucionales, el gobierno de facto de 1992 ejerció el principio hobbesiano absolutista de que la autoridad y no la verdad hacen las leyes: *-auctoritas, non veritas facit legem-*. En mérito de lo cual el periodo de convalidación de las medidas del gobierno de facto absoluto estuvo a cargo del Congreso Constituyente, y la realizó durante todo el año de 1993¹⁶⁶. Para tal efecto, el CCD dictó ocho leyes constitucionales¹⁶⁷. El 30 de diciembre de 1993 se publicó la Constitución, y entró en vigencia el 31 de diciembre. Estas leyes constitucionales son relevantes en tanto, sirvieron de bisagra al marco de transición constitucional entre el gobierno de *facto* absoluto de 1992 y el gobierno constitucional de *iure*, a implementarse en 1994, con lo cual se debía retornar plenamente al sistema democrático, luego de que en el año de 1993 se ejerció un gobierno de facto relativo.

165. Joseph Barthélemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, en RDP, t. XXVI, Paris, 1909, pp. 5-47; asimismo, Raymond Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'État*, op. cit., pp. 420 y 527-528, donde se exponen las tesis de Esmein, Jellinek, Hauriou y Ducroq.

166. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, op. cit., pp. 139-140; *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú* (Eduardo Ferrero, editor), Lima, 1992.

167. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993*, op. cit., pp. 233-250, donde se recopilan las ocho leyes constitucionales dictadas por el CCD.

En tal sentido, la primera ley constitucional del CCD fue dictada el 9 de enero, en virtud de la cual se restauró la vigencia de la Constitución Política de 1979, dejando a salvo los decretos leyes expedidos entre el 5 de abril y el 30 de diciembre de 1992 por el gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, manteniendo su vigencia en tanto no fuesen revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático. Reestablecer la vigencia de la Constitución de 1979 y a su vez legitimar los decretos leyes que la violaban, significó, primero, trasladar del órgano Ejecutivo al órgano Legislativo la capacidad de decisión sobre lo constitucional e inconstitucional, y, segundo, convalidar las decisiones políticas inconstitucionales del Presidente Fujimori y de su mayoría parlamentaria, como constitucionales¹⁶⁸.

Esta aporía constitucional se consagró en la segunda Ley Constitucional -15/01/93-, cuando el gobierno dispuso que las leyes constitucionales tenían igual rango que la Constitución Política, en tanto no entrasen en vigencia las reformas totales o parciales a la Constitución. Es en este periodo, de la autoproclamación del CCD como un poder constituyente permanente¹⁶⁹, en que se permitió la convivencia de las normas constitucionales con normas inconstitucionales. Esta situación se acentuó con una nueva intervención al Poder Judicial, mediante la cuarta Ley Constitucional -13/03/93-, que creó al Jurado de Honor de la Magistratura, como el organismo encargado de revisar todas las destituciones y nombramientos de los magistrados, jueces y fiscales del país, acaecidas en 1992¹⁷⁰.

En esta etapa, caracterizada por un constitucionalismo flexible y autoritario; el gobierno de Fujimori abandonó el principio de la supremacía constitucional, propio de cualquier sistema constitucional democrático, sea rígido como el nuestro o flexible como el modelo inglés¹⁷¹; motivo por lo cual resultaba imposible el restablecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, por más nombramiento de magistrados que hubiese podido realizar el CCD, apelando a su mayoría parlamentaria. Debido a que, primero, no existía un referente normativo constitucional -único, supremo y claro- con qué ejercer el control de constitucionalidad; y, segundo, en la medida en que lo constitucional o inconstitucional de las leyes se había transformado en una cues-

168. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome troisième, *La Théorie Générale de L'État...*, op. cit., pp. 696 ss.; asimismo, asimismo, revisar *Enciclopedia del DIRITTO*, Italia, Ed. Giuffrè, 1973, voz "Legge Costituzionale", pp. 930-938.

169. Pedro de Vega, *Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 24-38.

170. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993*, op. cit., pp. 238 ss.

171. James Bryce, *Flexible and rigid constitution*, op. cit., pp. 242 ss.

ción exclusiva de la voluntad del gobernante, sin considerar a la oposición política, se hacía inmune a cualquier control judicial, sea por parte de la justicia constitucional e inclusive por la justicia ordinaria.

En ese entonces se presentó la figura atípica de normas constitucionales inconstitucionales o mejor dicho, de decretos leyes constitucionalizados, no obstante su inconstitucionalidad, no sólo por su origen sino también en la mayoría de los casos por el fondo. Esto sólo es entendible en el proceso de legitimación del gobierno de facto, donde convivían simultáneamente y desarticuladamente el poder y el derecho. Cuestión ésta de las normas inconstitucionales constitucionales, que ciertamente ha sido tratada apenas en la doctrina comparada¹⁷².

La consecuencia lógica de este constitucionalismo flexible y autoritario, fue que la producción legislativa del gobierno de facto y luego del CCD, se convirtieron en cuestiones políticas no justiciables con carácter general, debido a la clausura del TGC, quedando tan sólo la opción del control difuso de inconstitucionalidad de las leyes o de los actos basados incluso en normas legales, en virtud de lo que disponía el art. 236º de la Constitución de 1979 y el art. 3º de la Ley Nº 23506; a cargo de un Poder Judicial intervenido y amedrentado por el gobierno de facto absoluto y relativo.

En ese marco de un constitucionalismo flexible y autoritario, se puede entender que en los improvisados documentos y anteproyectos constitucionales elaborados por la mayoría del Congreso Constituyente Democrático (CCD) en 1993¹⁷³, no se incorporó al Tribunal Constitucional sino que sólo se le reincorporó a partir del debate y la crítica de la opinión pública, que exigió al Pleno del CCD, encargado de la aprobación final del texto constitucional, no eliminar la jurisdicción constitucional concentrada de la Constitución¹⁷⁴.

No obstante la incorporación final de la jurisdicción constitucional, ese proceso puso en evidencia dos cosas: por un lado, que al gobierno no le era funcional la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo, que se

172. Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein, Athenäum, 1979, pp. 19 ss.; asimismo, Paulo Bonavides, *O art. 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, 1995, pp. 5-34.

173. Carlos Torres y Torres Lara, *La nueva constitución del Perú 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*, Lima, Desarrollo y Paz, 1993, pp. 239 ss.

174. Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad*, Lima, Editorial Ersá, 1996, pp. 88 ss.

encarguese del control constitucional de las leyes del poder político; y; por otro, que en todo caso fuese la Corte Suprema (siempre dócil al poder), quien asumiese una que otra competencia propia de un Consejo de Estado, pero no atribuciones propias de un Tribunal Constitucional. Si no, cabe revisar el Anteproyecto gubernamental de Constitución; el proyecto constitucional elevado al Pleno con el Dictamen de la mayoría constituyente y; el dictamen constitucional de la Comisión de Redacción ante el Pleno de la mayoría gubernamental, donde se señala que “La Sala Constitucional de la Corte es el órgano de control de la Constitución. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado,…””. Lo cual refleja el desconocimiento y desaprensión de la mayoría constituyente en el tratamiento del tema medular de la jurisdicción constitucional: el control constitucional de las leyes¹⁷⁵.

Sin embargo, en el debate constituyente, los sectores más conservadores y temerosos a la creación del Tribunal Constitucional¹⁷⁶ no tuvieron más remedio que sucumbir, aunque sin mayor convicción ética, sobre la necesidad del control constitucional de las leyes, tanto por la tendencia histórica contemporánea del establecimiento de la justicia constitucional concentrada en las nuevas democracias mundiales, como por la unánime opinión pública especializada en materia de derecho constitucional, que promovió la plena y mejorada restauración de la jurisdicción constitucional, a través del Tribunal Constitucional, y que contó con el apoyo de los congresistas de la mayoría: César Fernández Arce y Carlos Ferrero Costa¹⁷⁷. De este modo quedó reincorporada la justicia constitucional concentrada en el Tribunal Constitucional, en el Proyecto de Constitución de 1993.

Ese texto del proyecto de Constitución Política del Perú fue aprobado por referéndum popular en una votación de discutida transparencia¹⁷⁸. En ese

175. *Ibidem, op. cit.*, p. 90.

176. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, Editorial Nerman, 1994, pp. 442 ss.

177. *Proyecto de reforma constitucional del Título V de las Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979*, que presentaron al Congreso de las República en 1991, un grupo de profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Católica, agrupados en torno al Centro de Estudios Constitucionales; se puede ver la propuesta en LTC N° 8, Lima, 1992, pp. 255 ss. De otro lado, CAL, *Proyecto de Reforma de la Administración de Justicia*, Lima, 1993.

178. Domingo García Belaunde, *Representantes y partidos políticos: el caso del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, 1995, p. 88, para quien “lamentablemente, al parecer y merced a los milagros de la informática, en el camino sucedieron cosas extrañas, a tal extremo que el representante del Colegio de Abogados de Lima y miembro del Jurado, Juan Chávez Molina, denunció públicamente la adulteración de resultados, que habrían dado,

sentido, la Constitución así dispuso la creación del Tribunal Constitucional, pero sin la fuerza normativa que tuvieron otras instituciones u objetivos constitucionales predilectos del gobierno de facto relativo. De ahí que la nueva versión del Tribunal Constitucional, creada a las postrimerías del debate constituyente en 1993, no fue implementada por el gobierno de Fujimori sino hasta junio de 1996, es decir, dos años y medio después, fecha en que se instaló y empezó a operar, debido al celo del gobierno, y de su obsecuente mayoría parlamentaria, hacia las tareas de control de las instituciones independientes del poder. Así, por ejemplo, sólo recién en enero de 1995 se promulga la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) mediante Ley N° 26435, la misma que fue modificada por primera vez por la Ley N° 26446 en abril del mismo año y así sucesivamente por las leyes Nos. 26541, 26618, 26622, 26853, 26954.

Esta tendencia a minusvalorar el rol de la jurisdicción constitucional se puede apreciar también en el propio texto de la LOTIC¹⁷⁹, que se caracteriza básicamente por limitar el control de la constitucionalidad de las leyes consagrada en la Constitución. Debido a que para declarar inconstitucional una norma con rango de ley, se requiere seis votos conformes de los siete magistrados; de modo que si cinco magistrados estuvieran por la inconstitucionalidad, no obstante ser mayoría, no podrían llegar a declararla inconstitucional. Más aún, se desprende de esta ley que se considera a esta decisión mayoritaria, aunque no lo suficiente para declarar la inconstitucionalidad, como una sentencia denegatoria de inconstitucionalidad y que en consecuencia ya no cabe interponer en el futuro otra acción de inconstitucionalidad contra dicha ley. Consagrando así, la mayoría parlamentaria en la LOTIC, el derecho de veto a la declaración de inconstitucionalidad con sólo dos votos de los magistrados.

De otro lado, el legislador de la LOTIC no precisó si el Tribunal Constitucional podía realizar el control de constitucionalidad de los decretos leyes y las leyes constitucionales, que precisamente por ser normas legales espúrias de un gobierno de facto, debió facultar expresamente al Tribunal Constitucional para que resuelva sobre su inconstitucionalidad material. Asimismo, la mayoría parlamentaria eliminó el párrafo del artículo primero del proyecto de la LOTIC, que reconocía al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución, quedando tan sólo consagrada indirectamente en los artículos 39° y 48°, así como en su Primera Disposición General. En ese

según él, un resultado adverso, esto es un voto mayoritario por el no y desventajoso para el sí. De esta suerte, habría habido manipulación que favorecía claramente al Gobierno”.

179. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional*, en LTC N° 8, art. cit., pp. 284-285.

sentido, se dejó abierta legalmente la posibilidad de que sus resoluciones puedan ser contradichas por leyes del Congreso y eventualmente por resoluciones del Poder Judicial, cuando realicen el control difuso de constitucionalidad; hechos que se han venido produciendo¹⁸⁰, (ver Parte III, Cap. III, 2 y Cap. IV, 2).

El problema de las ausencias de los magistrados, por renuncia, salud o destitución, bien pudo ser superado mediante la incorporación en la LOTC de los magistrados suplentes. Problema tampoco previsto en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales que causó en muchos casos la expedición de “pronunciamientos” y no sentencias, por la falta de opiniones colegiadas o de quórum de votación. En este último supuesto, debido a las frecuentes ausencias por enfermedad, renunciaciones o cualquier otra circunstancia. Por eso, en la LOTC, se debió garantizar que la labor del Tribunal Constitucional no se vea paralizada por la falta de quórum de asistencia y de votación de los magistrados, para hacer sentencias de inconstitucionalidad de las leyes o de protección de los derechos fundamentales.

Más aún, si se considera que las acciones de garantía que protegen los derechos fundamentales son procesos concretos y sumarios, en tanto los afectados sufren un daño a sus libertades y derechos personales, que podría quedar como irreparable, no hizo bien el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en otorgar en la ley vacaciones para los magistrados constitucionales en el mes de febrero, sin haber previsto la suplencia de los mismos. Al parecer, el diseño básicamente político del tribunal, que ideó la mayoría parlamentaria, configuró un sistema de selección político antes que jurídico de los magistrados, que dejó fuera de competencia a candidatos independientes del poder político de la mayoría y minorías¹⁸¹.

La inoperancia del Tribunal, para realizar el control constitucional de las leyes, se puso en evidencia con el conflictivo requisito de los seis votos conformes de los siete magistrados para declarar una ley inconstitucional, el mismo que sería causante de uno de los mayores enfrentamientos al interior del Tribunal Constitucional, en el caso de la ley de la reelección presidencial. Pero este no ha sido el único escollo en la implementación de la justicia constitucional, sino también el de la nominación política de los magistrados del Tribunal Constitucional¹⁸².

180. César Landa, *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Derecho y Sociedad*, Año 5, N° 8-9, Lima, 1994, p. 27

181. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 294 ss.

182. César Landa, *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 28 ss.

En ese sentido, se trasluce que la táctica gubernamental fue en todo caso implementar legislativamente a los organismos constitucionales encargados del control, como el Tribunal Constitucional, pero reduciendo o desnaturalizando sus competencias y atribuciones, en previsión a que se constituyan entidades susceptibles de alterar los objetivos programáticos del gobierno. Colocando, así, la voluntad del gobierno sobre la voluntad de la Constitución o sea, tomando arteralmente la supuesta voluntad del pueblo sobre la voluntad de la ley *-vox populi, vox dei-*. Con razón Zagrebelsky ha dicho que "ello expresa un concepto totalitario de la democracia como fuerza, y como fuerza absoluta"¹⁸³.

Es así que la dación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no fue el resultado pacífico de la competición legislativa, sino que constituyó la continuación de un conflicto político no resuelto, por ello, dicha ley orgánica no es garantía absoluta de la implementación del control constitucional de las leyes que manda la Constitución, sino que es sólo un instrumento que produce inestabilidad y deslegitimación social a la jurisdicción constitucional.

Conforme a lo señalado, el Tribunal Constitucional se ha convertido en un débil aparato institucional, en donde se busca dar solución jurídica a los profundos problemas políticos irresueltos en el sistema político, entre la mayoría y la minoría parlamentaria, o dicho más claramente entre el gobierno y la oposición. Lo que revela la ingenuidad de quienes desde un positivismo jurídico se someten a la justicia constitucional de un régimen presidencialista, que se muestra reacio a someterse al control constitucional, en la medida que su Constitución no es producto del consenso político, sino de la decisión política de realizar la modernización económica del país, incluso a costa de las instituciones democráticas e independientes. Lo cual ha quedado reflejado en el proceso de nominación de los primeros magistrados del Tribunal Constitucional.

No obstante la voluntad gubernamental ajena al control constitucional, de acuerdo con la Constitución a mediados de 1995, se inició el proceso de convocatoria para los candidatos al Tribunal Constitucional, que luego de un año de una bochornosa etapa de candidaturas y desacuerdos lamentables, entre la mayoría y la minoría parlamentaria, se logró nombrar a los siete magistrados del Tribunal Constitucional¹⁸⁴ (ver Parte II, Cap. III, 1.). De ese modo, a fines de junio de 1996 se instaló el Tribunal Constitucional, quedando

183. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 101.

184. EL COMERCIO, *Editorial: Actitudes irresponsables en la elección del Tribunal Constitucional*, Lima, 18 de mayo de 1996, p. 2A.

cerrado el ciclo de cuatro años de clausura y no implementación –de 1992 a 1996– de la jurisdicción constitucional en el Perú. Lo cual supuso la paralización de la emisión de las resoluciones en última instancia de las garantías constitucionales de la libertad –acciones de habeas corpus y acciones de amparo–, así como de la falta de control de la constitucionalidad de las normas con rango legal, como las leyes, los decretos de urgencia, los decretos legislativos del gobierno a partir de 1994, así como de los decretos leyes y leyes constitucionales del gobierno de facto absoluto en 1992 y gobierno de facto relativo en 1993.

Por lo señalado, se puede decir que la incorporación de la justicia constitucional concentrada en la Constitución de 1993, nace sin el respaldo sincero de los poderes públicos susceptibles de control, como el Presidente de la República y el Congreso. Por eso, de vez en cuando se escuchan voces progubernamentales contrarias a la existencia de la justicia constitucional, en base a una concepción elitista y populista de la democracia¹⁸⁵. De ahí que la justicia constitucional, al gozar del poder jurisdiccional encargado de fiscalizar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos –legislativo, judicial y sobre todo del ejecutivo–, sólo podrá limitarlos cuando sea capaz de someterlos al control constitucional, en particular al reacio régimen presidencialista peruano¹⁸⁶.

Por ello, la incorporación de la justicia constitucional concentrada en la Constitución de 1993, nace no sólo con gran desconfianza por parte de los poderes públicos autoritarios susceptibles, al ver que las normas que el Parlamento y el Poder Ejecutivo emiten son objeto de control, sino también con reticencia de la Corte Suprema, que dejaba de ser la última instancia judicial en materia de las viejas y nuevas garantías constitucionales –habeas corpus, acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento–. Sin embargo, entendemos que ningún Tribunal Constitucional ha nacido sin enemigos en regímenes intolerantes y antipluralistas; conductas propias de sociedades cerradas, es decir, sin una cultura de la libertad¹⁸⁷.

185. Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Demokratie und Mißtrauen*. Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 40 ss.

186. Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 1994, dos volúmenes.

187. Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Germany, Athenäum, 1980, pp. 79-105; asimismo, Daniel Franklin y Michael Baun (editors), *Political culture and constitutionalism. A comparative approach*, London, Sharpe, 1995, pp. 119 ss.

Si los problemas que presenta la democracia en la lucha contra el autoritarismo, en principio son universales, éstos sólo son resolubles exclusivamente en la vía política a través de las instituciones democráticas o en la vía judicial a través de la jurisdicción constitucional. Esto es, “el proceso dramático a través del cual se ha conseguido transitar hacia la democracia en estos países se refleja de manera inequívoca en el sentido que se le da a la Justicia Constitucional”¹⁸⁸. Lo que supone una implementación de la jurisdicción constitucional, no exenta de conflictos de carácter sistémicos con el poder, es decir conflictos no resueltos democráticamente bajo el imperio de la Constitución, sino contrasistémicos. Por ello, frente a los intentos de control constitucional de la justicia constitucional, la respuesta del gobierno de Fujimori ha sido la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1992 y la anulación del Tribunal Constitucional en 1997, poniendo en evidencia que la Constitución en el Perú es una simple hoja de papel para el poder autoritario.

En el Perú, pues, la justicia constitucional originaria, que creó al Tribunal de Garantías Constitucionales, fue un producto de la desconfianza de los constituyentes en la administración de justicia ordinaria y de la defensa del Estado de Derecho; pero no de una mayor reflexión sobre su rol en el quehacer político, como es su implicancia en las relaciones entre el derecho y la política, es decir, el replantamiento de la teoría de la división de los poderes¹⁸⁹. Con la creación del Tribunal Constitucional no se ha actuado ingenuamente, sino que las fuerzas reaccionarias fueron derrotadas por el propio peso de la justicia constitucional, sin haber percibido que “lo definitivo y nuevo es que las sentencias del Tribunal Federal Constitucional penetran en el campo de lo político y tienen efectos y consecuencias políticas”¹⁹⁰, susceptibles de convertirse en un problema de poder.

En consecuencia, el juez constitucional ya no es solamente un fiel vigilante de la aplicación de la ley, sino que se ha convertido, al decir de Leibholz, en el “supremo guardián de la Constitución”¹⁹¹, en consecuencia, el Tribunal Constitucional es el encargado de hacer cumplir a los poderes y demás órganos constitucionales el ordenamiento formal y material de la Constitución, para lo cual tiene la función básica de controlar la constitucionalidad de las leyes que aprueben los legisladores del Congreso, las normas legales que

188. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, op. cit., p. 40.

189. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, 1983, pp. 16 ss.

190. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, op. cit., p. 192.

191. *Ibíd.*, pp. 148 ss.

dicte el Presidente de la República y las resoluciones que expida la Corte Suprema de Justicia.

No por esto se ubica jerárquicamente sobre los clásicos poderes del Estado, premunidos directa o indirectamente de una legitimidad democrática, sino que el Tribunal Constitucional participa coordinadamente en la elaboración de la voluntad estatal, mediante sus decisiones judiciales que interpretan de manera suprema el contenido de las normas constitucionales y, en consecuencia, declaran válida o inválida una norma legal o una sentencia judicial.

En este contexto histórico y conceptual, adquiere pleno sentido que se diagnostiquen no sólo las limitaciones sino también las virtudes del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional, en aras de elaborar un diagnóstico práctico y teórico necesario para la recomposición y funcionamiento mejorado del Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos legislativos y judiciales.

BALANCE DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La evaluación del funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), desde el 19 de noviembre 1982 (fecha en que se instaló), hasta el 5 de abril 1992 (fecha en que fue clausurado), hay que hacerla desde los resultados de su función jurisdiccional, de garantizar la libertad y controlar los excesos legislativos del poder y no solamente desde la crítica o la ponderación del modelo constitucional que le dio su origen¹⁹².

Sin embargo, es el caso recordar que la Constitución de 1979, otorgó al TGC dos competencias: Por un lado, declarar la inconstitucionalidad parcial o total de las normas con rango de leyes, vale decir de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, por contravenir la Constitución por la forma o por el fondo, y, por otro, resolver en vía de casación las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus y de acción de amparo¹⁹³. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC), por su parte, fue prácticamente una copia de la ley española correspondiente¹⁹⁴, la misma que fue materia de sagaz observación, al señalarse que dicha norma "apunta hacia una despolitización de las funciones básicamente públicas que la Constitución le asigna..."¹⁹⁵. Pero, el proceso de judicialización de la política, terminó contrariamente politizando a la justicia constitucional, antes que despolitizando al Estado y a su Constitución social de 1979

Durante los diez años de funcionamiento del TGC, se presentaron más de veinticinco acciones de inconstitucionalidad, pero fueron resueltas sólo quince (15) demandas. En este ámbito, se puede clasificar el funcionamiento

-
192. César Landa, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 73-114.
193. Alfredo Corso Masías, *El Tribunal de Garantías Constitucionales prontuario*, Arequipa, Edigraf S.A., s.f., p. 359.
194. Carlos Cárdenas Quirós, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución política del Perú de 1979*, en *Revista del Foro* N° 2, CAL, Lima, Julio-Diciembre, 1981, pp. 20 ss.
195. Alberto Bustamante, *Legalidad: mucho ruido y pocas nueces*, en *Quehacer* N° 10, Desco, Marzo-Abril, Lima, 1981, pp. 102 ss.

del Tribunal en dos claros periodos, uno desde la instalación del Tribunal a fines de 1982 hasta mediados de 1990 y otro entre el segundo semestre de 1990 hasta abril de 1992 (Ver Cuadro N°1).

CUADRO N° 1
RESOLUCIONES SOBRE LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
(1982-1992)

RESOLUCIONES	Inconstitucionalidad	Constitucionalidad	Inadmisibilidad	Pronunciamientos ¹⁹⁶
1. Ley N° 23339. Corporación Departamental de Desarrollo.		X		
2. Ley N° 23331 (art. 2). Delito de desacato y Dec. Leg. N° 46 (art. 6) Terrorismo.		X		
3. Ley N° 23331 y Dec. Leg. N° 46 (segunda demanda).				X
4. Ley N° 23903 (art. 6). Votos válidamente emitidos.				X
5. Ley N° 23903 (arts. 10, 11, 12 , 20). Voto preferencial en la elección parlamentaria.				X
6. Ley N° 24617 y Dec. Leg. N° 371. Reorganización de la Policía Nacional.			X	
7. Ley N° 25202. Bolsa de Trabajo Sindical		X		
8. Ley N° 25051. Expropiación de un predio en Chanchamayo.	X			
9. Ley N° 24243. Estado expropia terreno y lo adjudica al Club Yurimaguas.				X
10. Decreto Supremo N° 057-90-TR (decreto de urgencia) limita convenios colectivos.		X		
11. Ley N° 25334 (arts. 20 y 21) y Ley N° 25303 (art. 292). Limita incrementos salariales y condiciones de trabajo.	X	X		
12. Dec. Leg. N° 651. Liberaliza precio del transporte público.	X	X		
13. Dec. Leg. N° 674 (art. 27). Limita actividad de empresas públicas.	X	X		
14. Dec. Leg. N° 650. Compensación por tiempo de servicios cancelatoria.	X	X		
15. Ley N° 24243 Estado expropia terreno y lo adjudica al Club Yurimaguas (segunda demanda).				X

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el diario oficial *El Peruano*. Gabriela Guillén, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en *Ius et Praxis* N° 17, Universidad de Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

196. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385, estableció en el art. 8, que se declaraba inconstitucional una ley sólo con seis votos *conformes* de los nueve magistrados; sin embargo, cuando prácticamente cada magistrado emitía un voto singular

Lo más significativo del primer periodo de 1982 a 1990 fue que durante casi ocho años, con los gobiernos de Acción Popular y del APRA, se resolvieron sólo nueve acciones de inconstitucionalidad, habiéndose declarado inconstitucional una ley sólo en un caso, la Ley N° 25051, que expropió un predio agrícola en la Selva Central. El resto de las acciones de inconstitucionalidad fueron declaradas infundadas o los magistrados del tribunal no alcanzaron el número de seis votos, de los nueve magistrados, para emitir una sentencia, sino tan sólo para emitir un pronunciamiento sin vinculación jurídica positiva.

El segundo periodo del Tribunal Constitucional se inició en Julio de 1990 con el gobierno de Fujimori, cuando se aplica el "shock económico liberal", que dio inicio a una activa labor jurisprudencial del TGC en materia de control constitucional de las normas legales del gobierno. En efecto, el programa de ajuste económico lo lleva a cabo el Presidente mediante la expedición de un conjunto de medidas legislativas, como decretos supremos de urgencia y decretos legislativos, sin perjuicio de los principios constitucionales de la economía social de mercado y los derechos sociales laborales, que la Constitución de 1979 garantizaba. Posteriormente, Fujimori radicaliza su programa al ámbito político y evalúa como necesario dar el autogolpe de Estado de 1992, dejando de lado a las instituciones de la democracia representativa, expresada en el rol de los partidos, la fiscalización del Congreso, la independencia del Poder Judicial y del Tribunal de Garantías Constitucionales. Produciéndose más que temporalmente una ecuación entre liberalización económica y autoritarismo, en el marco de la apología al modelo económico¹⁹⁷.

De acuerdo a esta periodificación esbozada, es del caso analizar los dos periodos del Tribunal de Garantías Constitucionales en base a las sentencias emitidas sobre las demandas de inconstitucionalidad de las leyes.

1. CUSTODIO DE LA LEY

El restablecimiento de la democracia representativa en el Perú se llevó a cabo en 1980 con la transferencia del gobierno del Presidente general Morales Bermúdez, Jefe de la Junta Militar de Gobierno, al Arquitecto Fernando Belaunde Terry, Presidente Constitucional, del partido Acción Popular, electo por cinco años en el marco de la entonces nueva Constitución de 1979;

a favor o en contra pero con distintos fundamentos, el TGC no lograba emitir una sentencia, pasando a denominar a éstas decisiones como **pronunciamientos**.

197. Alberto Bustamante, *Perú: Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?*, en LTC 12, Lima, CAJ-Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 213 ss.

cerrándose, así, un largo proceso político y social de crisis de la democracia oligárquica y de los militarismos populistas¹⁹⁸.

El desarrollo institucional que demandaba la programática Constitución de 1979, dio lugar a que a fines de 1981 el Congreso dictara la Ley N° 23339, Ley de Corporaciones Departamentales de Desarrollo, de acuerdo con el mandato de la Décima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en tanto señalaba que “el Gobierno Constitucional restablece a partir de 1981 la vigencia de las corporaciones o juntas departamentales de desarrollo, de acuerdo con sus respectivas leyes de creación y las rentas a ellas asignadas”.

Contra la ley de las Corporaciones Departamentales de Desarrollo, la minoría parlamentaria planteó una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución. La demanda se basó en que si bien la Constitución disponía que se iniciara la descentralización mediante la recreación de las antiguas Corporaciones Departamentales de Desarrollo, la ley no respetaba la Constitución, porque en esencia no se estaban restableciendo en base a sus antiguas leyes de creación, que databan desde la década de 1930, sino que en una sola ley, la N° 23339, había uniformizado a todas esas instituciones descentralizadas, dejando de lado sus particularidades departamentales (e inclusive en algunos casos el cobro de algunos impuestos especiales), reconocidos por sus respectivas leyes de creación¹⁹⁹.

No obstante los argumentos de la demanda, el tribunal en su primera sentencia de inconstitucionalidad declaró infundada la misma, quedando convalidada la constitucionalidad de dicha ley. La sentencia se fundamentó en que restablecer las leyes originarias para cada una de las 23 corporaciones departamentales expedidas a partir de 1933, se hacía imposible debido a que posteriormente a las mismas, se había creado otro sistema de descentralización administrativa regional, conocidos como las ORDES (Organismos Regionales Descentralizados), que hacían imposible reponer al estado anterior la administración descentralizada para los años ochenta.

De ahí que el TGC interpretó la voluntad del constituyente de un modo abierto, a fin de dar en su primera sentencia de inconstitucionalidad pasos seguros hacia la descentralización no sólo administrativa sino también económica del gobierno, que disponía la Constitución de 1979 con el modelo de

198. Henry Pease, *A manera de prólogo*, en Marcial Rubio y Enrique Bernal, *Perú: Constitución y sociedad política*, Lima, Desco, 1981, pp. 11-54.

199. Instituto Nacional de Planificación, *Leyes orgánicas de las corporaciones departamentales de desarrollo (documento de trabajo)*, Lima, INP, Dirección General de Planificación Social, Dirección de Análisis de la Estructura del Estado, 1981.

la regionalización²⁰⁰, para lo cual la Ley N° 23339 era el eslabón legislativo entre la voluntad constituyente de restablecer las corporaciones departamentales de desarrollo y el proceso de la regionalización del país²⁰¹. Con este objetivo, la ley en cuestión perfiló las bases del modelo donde se asentarían los futuros gobiernos regionales como entidades autónomas en los económico, administrativo e inclusive político, debido a que la población regional elegiría a sus propias autoridades regionales, las mismas que se organizarían en asambleas regionales con potestades legislativas y un Consejo Regional con competencias de gobierno en su región.

El debate sobre el desarrollo institucional, al inicio de la década de los ochenta, estuvo marcado tanto por el retorno de la democracia como por la aparición del fenómeno del terrorismo. En efecto, en mayo de 1980 se da inicio a la lucha armada del movimiento Sendero Luminoso, lo que motivó que el Congreso diese facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo en materia de reforma del Estado, y se dictase entre otros el Decreto Legislativo N° 46, que penalizó como delitos especiales el desacato y el terrorismo, pero creando figuras penales en blanco, como en el caso de la apología del terrorismo, es decir, sin tipificar legalmente el hecho delictivo, sino dejando la configuración del tipo penal –abierto– a la discrecionalidad del juez²⁰².

En ese mismo sentido, el Decreto Legislativo N° 46

Establece el delito de terrorismo, derogando los decretos leyes Nos. 19049 y 20323. Es el primer instrumento legal que utiliza la política criminal para combatir el terrorismo, siendo duramente criticado en sus cimientos. Estas críticas podemos resumirlas en las siguientes: la introducción de la apología, la defectuosa técnica legislativa y la vaguedad de las descripciones típicas, siendo la propia Constitución Política un decisivo argumento para su derogación²⁰³

En tal entendido, se planteó la segunda acción de inconstitucionalidad contra la norma que penaliza el terrorismo y el desacato, pero al incumplir el requisito de contar con veinte firmas necesarias de senadores para deman-

200. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad contra la ley 23339*, Arequipa, 29 de mayo de 1984, p. 5.

201. Instituto Nacional de Planificación, *Plan Nacional de Regionalización*, Lima, INP, 1982.

202. José Hurtado Pozo, *Terrorismo y la ley*, en *Revista de Arte, Ciencia y Sociedad*, N° 4, Lima, 1981, pp. 1 ss.; asimismo, Gerardo Eto, *Vigencia y validez de la ley antiterrorista*, en *Revista de la Integración de las Ciencias Sociales*, N° 3, Faena, Trujillo, 1984, pp. 15 ss.

203. Raúl Peña Cabrera, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista –Delito de terrorismo–*, Lima, Grijley, 1994, p. 60.

dar, ya que sólo fue firmada por los senadores apristas Luis Alberto Sánchez y Carlos Enrique Melgar, fue declarada inadmisibile por el tribunal. Poco después, los senadores de la oposición aprista completaron las veinte firmas correspondientes y fue nuevamente planteada la acción de inconstitucionalidad, pero los magistrados no llegaron a emitir sentencia sino sólo un pronunciamiento, debido a que el artículo 8° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales dispuso que para haber sentencia se requería seis votos conformes o unitarios de los nueve magistrados que no lograron. En tal sentido, el 21 de setiembre de 1984 se publicó el acuerdo mayoritario de los magistrados, del TGC, señalando que “en cuanto al fondo de las acciones de inconstitucionalidad, no habiéndose alcanzado el número legal, el Tribunal considera que no existe posibilidad de dictar sentencia”²⁰⁴. De esta manera, los magistrados constitucionales dieron inicio a la nociva práctica de emitir pronunciamientos antes que sentencias, además de votos singulares.

Con motivo de las elecciones políticas parlamentarias y presidenciales de 1985, el gobierno y la oposición empezaron a pulsar sus respaldos políticos en el Congreso, mediante el debate y la dación de leyes electorales de directa incidencia en el proceso electoral que ya se iniciaba a fines de 1984. Así, la mayoría parlamentaria de Acción Popular y el Partido Popular Cristiano aprobó Ley N° 23903, que por un lado interpretó directamente el artículo 203° de la Constitución, que establecía que “el Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”, otorgando validez a los votos blancos y nulos para las elecciones presidenciales, y; por otro lado, dicha mayoría parlamentaria modificó el sistema del voto preferencial individual por la modalidad del doble voto preferencial para las elecciones parlamentarias.

Frente a esta ley, en primer lugar, la minoría parlamentaria obtuvo el número de sesenta firmas, exigidas para que los diputados pudiesen accionar contra una ley ante el TGC. Así, la oposición parlamentaria encabezada por el diputado del Partido Aprista Javier Valle Riestra, planteó una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley N° 23903, por cuanto permitía que se cuenten los votos nulos y blancos como votos válidamente emitidos, a efectos de que la mitad más uno de los votos requeridos, para ser electo Presidente en primer vuelta, se elevase hasta un tercio más del número de sufragantes. Haciendo de esta manera más difícil el acceso del candidato del Partido Aprista Peruano Alan García a la Presidencia de la República, quien era el único con posibilidades de ganar las elecciones, debido al grave dete-

204. Ana María Vidal, *Funcionamiento del tribunal de garantías constitucionales*, en *Revista del Foro* N° 2, Lima, CAL, 1984, p. 53.

rioro del gobierno de Acción Popular y su aliado menor el Partido Popular Cristiano, en el primer quinquenio de democracia.

En segundo lugar, paradójicamente, el Partido Popular Cristiano (PPC) encabezó otra demanda de inconstitucionalidad contra la misma ley, con el senador Ernesto Alayza Grundy y Ramírez del Villar, por considerar que los artículos que aplicaban el sistema del voto preferencial parlamentario, crearía rivalidades internas y disidencias en los partidos. Ciertamente el PPC estaba centralizado férreamente en su elite nacional, como cualquier partido estalinista, y no tenía arraigo provincial, más que en Lima.

Debido al ambiente pre-electoral de 1985, se tensó el debate jurídico-político en torno a esta ley electoral contraria al candidato aprista, quien tenía la mayor posibilidad de ganar las elecciones. En este escenario de confrontación política se acumularon las dos demandas sobre la misma ley, debatiéndose en el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero con argumentos cargados de silogismos jurídicos antes que de interpretaciones constitucionales²⁰⁵. Para finalmente no llegar a emitir sentencia, debido a la total dispersión de votos y argumentos, quedando ambas acciones de inconstitucionalidad sólo con un pronunciamiento, es decir que no se resolvió la cuestión demandada; sino que cada magistrado del tribunal encontró en sus propios votos singulares la justificación de su opinión, sin buscar hacer una sentencia colegiada y uniforme²⁰⁶. Con esa sentencia, el TGC perdió legitimidad social, por no construir una sentencia de mérito de manera colegiada, lo que fue materia de críticas y defensas²⁰⁷.

En ese sentido, quedó convalidada la ley electoral del partido gobernante. Por ello, se ha señalado, que “durante el régimen que ha fenecido el T.G.C. ha estado parcializado totalmente en favor del régimen belaudista”²⁰⁸. No obstante, el APRA ganó las elecciones presidenciales y parlamentarias de mayo de 1985, iniciándose así después de cincuenta años de luchas políticas y sociales e incluso civil, el primer gobierno con un Presidente aprista con Alan García.

Durante los cinco años de gobierno aprista, se puede señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales resolvió apenas sobre cuatro accio-

205. Javier Valle Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y en blancos...*, op. cit., pp. 230 ss.

206. Domingo García Belaunde, *Una democracia en transición*, Lima, Okura, 1986, pp. 111 ss.

207. Manuel Aguirre Roca, *Las “sentencias” del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica*, en *Themis* N° 7, segunda época, Lima, 1987, pp. 13 ss.

208. Jorge Carrión Lugo, *Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Revista del Foro* N° 2, Lima, CAL, 1985, p. 216.

nes de inconstitucionalidad, lo que no quiere decir que el Congreso aprista no se haya excedido en su función legislativa, sino que los organismos legitimados para el control constitucional de las leyes –usualmente la oposición parlamentaria– no otorgaron legitimidad al tribunal al hacer caso omiso del rol de control constitucional de las leyes a cargo del TGC.

Durante el periodo gubernamental aprista, la violencia política se extendió e incrementó exponencialmente por el país. Mientras que la respuesta gubernamental durante el primer quinquenio de democracia había sido otorgar poderes especiales a las Fuerzas Armadas, desplazando a la Policía Nacional de su rol de proteger la seguridad ciudadana. El gobierno aprista inicia un proceso de reorganización de las mismas, mediante la destitución de alrededor de quinientos policías, la unificación de las tres policías –Guardia Civil, Guardia Republicana y Policía de Investigaciones– en una sola Policía Nacional, lo que requirió la primera reforma constitucional de la Constitución de 1979. Mientras que para las Fuerzas Armadas y su sistema de defensa nacional se aprobó un nuevo ordenamiento legal, orientado a hacer más transparente y eficiente el gasto público en la compra de armamentos. En tal sentido, a partir de 1986 se expidieron un conjunto de leyes y decretos legislativos que reformaron la organización, las relaciones y el manejo presupuestal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, generando muestras de tensión en las relaciones civiles-militares²⁰⁹.

En este marco de nuevas políticas en materia de seguridad y defensa, la minoría parlamentaria de Acción Popular, encabezada por el senador Sandro Mariátegui, planteó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 24617 y el Decreto Legislativo N° 371 relativos a la reorganización de la Policía Nacional, fundamentalmente por violación del plazo dado por la ley autoritativa del Congreso para dictar decretos legislativos, en el entendido que el “exceso en el ejercicio de la delegación por parte del Gobierno constituye una causa formal de inconstitucionalidad”²¹⁰ y; por el desconocimiento de la estabilidad laboral y el derecho de defensa de los miembros de la fuerzas policiales, establecidas en la Constitución. Sin embargo, como en oportunidades anteriores, sobre el fondo del caso, los magistrados del tribunal no llegaron a emitir sentencia, sino tan sólo otro nefasto pronunciamiento²¹¹.

209. Enrique Obando (editor), *Nuevas amenazas a la seguridad y relaciones civiles militares en un mundo en desorden*, Lima, CEPEI, pp. 273 ss.

210. Javier Salas, *El Tribunal Constitucional y los poderes del Estado*, en REDC, Año 2, N° 6, Septiembre-Diciembre, Madrid, CEC, 1982, p. 157.

211. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Demanda de inconstitucionalidad, planteada por 21 señores senadores contra la Ley N° 24617 y el Decreto Legislativo N° 371. Sentencia*, en Normas Legales, sección Jurisprudencia Constitucional, pp. 11 ss.

A mediados de 1987, el ejecutivo aprista inicia un periodo gubernamental bastante conflictivo de reformas económicas, con la expedición de una serie de decretos de urgencia y la proposición de una ley de estatización de la banca, que afectaba la propiedad de los grandes grupos empresariales nacionales, dependientes económicamente del sistema bancario y financiero. Estas medidas implementadas a medias, incidían directamente en el manejo económico de los banqueros nacionales, que generaron una radical respuesta en las clases propietarias y emergentes, dando lugar a un movimiento político liberal nunca antes conocido: el Movimiento Libertad liderado por el novelista Mario Vargas Llosa²¹².

Roto así el pacto del Presidente Alan García con los “doce apóstoles”, nombre que se le dio a los doce grupos empresariales-familiares más importantes económicamente del país, el Congreso dicta una serie de leyes laborales relativas a la negociación colectiva articulada por federaciones o ramas de actividad, así como la Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical, Ley N° 25202. Contra esta ley, el Fiscal de la Nación planteó una acción de inconstitucionalidad, además de la acción de amparo que interpusieron los empresarios de la construcción civil ante el Poder Judicial, para impedir que se les aplique la ley de la bolsa de trabajo.

Resultó significativo que mientras que el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad de la ley con una serie de argumentos constitucionales programáticos, en cambio la Corte Superior de Lima sin perjuicio de la opinión del Tribunal declaró fundada la acción de amparo, es decir que la Ley de la Bolsa de Trabajo era inconstitucional en el caso concreto demandado por los empresarios. Sin lugar a dudas, la sentencia de la Bolsa de Trabajo es la resolución del tribunal que mayor debate jurídico constitucional motivó, ya que puso en la encrucijada constitucional las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal de Garantías Constitucionales; razón por la cual es analizada en concreto más adelante (ver Tercera Parte, Cap. IV, 2. 2.1.).

A las postrimerías del periodo gubernamental del Apra a finales de 1989 y comienzos de 1990, el Fiscal de la Nación presenta ante el Tribunal otras dos acciones de inconstitucionalidad una sobre la Ley N° 25051 que expropia un predio en la Selva Central en Chanchamayo y, otra sobre la Ley N° 24243 que expropia un terreno en Lima para adjudicárselo al Club Yurimaguas. Si bien la propiedad es un derecho fundamental recogido en su función social en la Constitución de 1979, el debate y la resolución de dichas

212. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú*, op. cit., p. 22.

normas legales no tuvieron la trascendencia política ni social de alcance nacional de los casos anteriores, dado su efecto prácticamente individual y concreto en beneficio de particulares.

Sin embargo, es significativo señalar que sobre la acción de inconstitucionalidad que expropió un predio agrícola en la Selva Central, se declaró por primera vez fundada una demanda; es decir, la inconstitucionalidad de la Ley N° 25051. Mientras que en relación a la segunda acción de inconstitucionalidad no hubo sentencia sino pronunciamiento, por no haberse alcanzado los seis votos para declararla inconstitucional. En cambio dejaron vigente el derecho de los accionantes para replantear la demanda²¹³. La misma que fue incoada tiempo después, y resuelta en las postrimerías de la clausura del Tribunal de Garantías con el autogolpe de Fujimori en abril de 1992, caso en el cual el Tribunal de Garantías Constitucionales igualmente sólo logró otro pronunciamiento²¹⁴. Sentencias en las cuales los votos personales —no sentencias— constituyeron la norma y las sentencias colegiadas una excepción.

Hasta esta etapa se puede señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales no jugó ningún rol en la defensa y promoción del Estado Constitucional, debido, básicamente, a que no existía en la mayoría de sus magistrados una cabal idea del significado, no sólo de organismo judicial sino constitucional que tenía el TGC. Sólo va a ser con la acción legislativa neoliberal del gobierno de Alberto Fujimori a partir 1990, año en que ganó las elecciones, que el TGC asumirá un rol de defensor del modelo social de la Constitución de 1979.

2. DEFENSOR DEL ESTADO SOCIAL

En particular, es del caso recordar que la Constitución de 1979 estableció en el Capítulo V, Del Trabajo, del Título I Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, un conjunto de principios y normas constitucionales que consagraron al trabajo como la fuente principal de la riqueza, además de considerar al trabajo como un derecho y un deber²¹⁵. Además, en el marco propio del Estado social de Derecho, la Constitución de 1979 definió al Perú

213. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Inconstitucionalidad planteada por el señor Fiscal de la Nación contra la Ley N° 24243. Pronunciamiento*, en el diario oficial *El Peruano*, 2 de octubre de 1990, Lima, pp. 9 ss.

214. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Inconstitucionalidad planteada por el señor Fiscal de la Nación contra la Ley N° 24243. Pronunciamiento*, en el diario oficial *El Peruano*, Año II, N° 89, Lima, 4 de abril de 1992, pp. 987 ss.

215. Javier Neves (director), *Trabajo y Constitución*, Lima, Editorial Cuzco, 1989, pp. 56 ss.

como una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo.

En tal sentido, correspondía al Estado promover las condiciones económicas y sociales para asegurar la eliminación de la pobreza y la igualdad de oportunidades en el empleo útil, así como también se protegía contra el desempleo y el subempleo²¹⁶. Más aún, la Constitución prohibía que en toda relación laboral existiese cualquier condición que impidiese el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores o que desconociesen o rebajasen su dignidad. El trabajo según la Constitución era objeto de protección del Estado, de modo que se consagró la estabilidad laboral, la remuneración mínima vital, la jornada de ocho horas diarias, los derechos de sindicación, huelga, negociación colectiva, entre otros.

No obstante lo establecido en la Constitución de 1979, en la primera etapa del gobierno de Fujimori, se expidió por ejemplo, el decreto de urgencia económica DS N° 057-90-TR, que limitó el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas. Así también, el Congreso promulgó las leyes 25334 y 25303 que establecieron restricciones a la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores y empleados de la administración pública.

De otro lado, se dictaron un conjunto de decretos legislativos como el N° 650, que modificó el régimen de pensiones de los trabajadores, permitiendo que el sistema bancario y financiero privado capte obligatoriamente esos depósitos²¹⁷; el N° 651, que transfirió al Gobierno Central la competencia constitucional de regular el transporte público de las municipalidades y liberalizar el precio del transporte público urbano e interurbano; el N° 674, que limitó la actividad empresarial del Estado, en particular las actividades económicas de las empresas públicas; el N° 677, que privó de la participación en la propiedad, utilidad y gestión a los trabajadores de las empresas públicas y la restringió en las empresas privadas. Único decreto contra el cual cincuenta mil ciudadanos —miembros de las comunidades industriales— interpusieron una acción de inconstitucionalidad.

216. Magdiel González, *Los derechos económicos, sociales y culturales como normas constitucionales*, en *La excepcionalidad en la Constitución*, Arequipa, Ediciones UNSA, 1988, pp. 83 ss.

217. Carlos Blancas Bustamante, *Comentario sobre la sentencia del TGC relativa al decreto Legislativo N° 650*, en *Thémis* N°22, Lima, 1980; asimismo, en la misma revista: Pedro Morales, *La compensación por tiempo de servicios y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, y; Aníbal Quiroga, *La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. 650*.

De otro lado, se dictaron: los decretos legislativos N° 688, que incorporó a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas; el N° 718, que creó un sistema privado de pensiones, complementario del sistema público de pensiones, administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social; el N° 727, que creó las administradoras privadas de fondos de pensiones.

Por último, el gobierno de Fujimori avanzó en la llamada flexibilización del mercado de trabajo, eliminando la estabilidad laboral y desprotegiendo el trabajo, mediante la dación del Decreto Legislativo N° 727, que promovió la inversión privada en la construcción, excluyendo a las empresas constructoras de las obligaciones laborales señaladas en la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical, que el TGC la había declarado constitucional en 1989. El Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento al Empleo, que igualmente aseguró la reducción de los costos del trabajador en favor del empresario. Y, finalmente, dentro de ese paquete de decretos, el gobierno aprovechó para dar el Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, con artículos constitucionalmente controversiales contra los cuales se planteó una acción de inconstitucionalidad.

Con estas leyes, entre otras normas, se configuró el paquete legislativo dictado por el Poder Ejecutivo²¹⁸ que dio lugar a la interposición de quince nuevas acciones de inconstitucionalidad, la mayoría fueron planteadas por la oposición parlamentaria; siendo resueltas sólo cinco de ellas hasta antes de que fuera clausurado el Tribunal. Una, el decreto de urgencia económica fue declarado inadmisibles porque, a pesar de tener fuerza de ley, no era pasible del control constitucional abstracto que permitía taxativamente la Constitución de 1979, según la mayoría de los magistrados constitucionales, sin perjuicio de la opinión de la doctrina nacional y comparada que ha planteaba su control constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad²¹⁹.

En tanto que de las cuatro siguientes y últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (una contra una ley de presupuesto —limitando la negociación colectiva de los trabajadores del Estado— y tres contra otros tantos decretos legislativos), el TGC declaró sobre el fondo del asunto fundadas las acciones de inconstitucionalidad, aún cuando por la forma en estos últimos tres casos las desestimó. Mientras que en la última resolución del

218. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú...*, op. cit., pp. 24 ss; asimismo, José del Castillo (compilador), *Los decretos del nuevo Perú*, dos tomos, Lima, ADEX, 1992.

219. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 104; asimismo, Gerardo Eto, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Ediciones Derecho y Sociedad, 1992, p. 27.

TGC sobre la Ley N° 24243, publicada en el diario oficial *El Peruano* —un día antes del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992—, no se llegó a emitir sentencia, sino tan sólo un pronunciamiento, debido a que no se lograron los seis votos que exigía la ley para declarar fundada una acción de inconstitucionalidad.

Los restantes decretos legislativos demandados por inconstitucionales se quedaron pendientes de resolución, debido a la clausura de facto del Tribunal. Sin embargo, con la reapertura del Tribunal Constitucional en 1996, estas causas no fueron resueltas sino que quedaron sin efectos y archivadas por mandato de la séptima Disposición Transitoria de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435, del 10 de enero de 1995).

De las quince sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad del TGC, sobresale en el primer periodo el caso de la bolsa de trabajo, y, en el segundo, el de la liberalización de las tarifas de transporte público, porque en ambos casos se puso en tensión jurídica dos modelos distintos de ordenación social: uno, caracterizado por priorizar la cuestión social y la redistribución del poder, y otro, basado en la subordinación de lo social al mercado y a la concentración del poder. En otras palabras, en estas sentencias se puede apreciar con claridad los fundamentos jurídicos encontrados que sostienen el modelo del Estado social y el modelo del Estado neoliberal. Conflicto que fue resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales en el marco de la Constitución y de las leyes.

Por otro lado, estos casos pusieron de manifiesto, en un periodo de transición política, la falta de acuerdo político entre el gobierno y la oposición, entre otros temas, sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo y el Decreto Legislativo sobre la liberalización de las tarifas de transporte público. Apareciendo entonces, a partir de 1990, el TGC como la válvula de escape a la falta de consenso político en el seno del poder, promovida por el saliente gobierno del Presidente Alan García y el entrante gobierno del Presidente Fujimori y las minorías parlamentarias, que encontraron en el TGC una forma de canalizar su oposición parlamentaria, en torno a la aprobación de leyes y decretos legislativos, que Fujimori, los poderes fácticos y los grupos de presión económicos promovieron desde el interior del nuevo gobierno.

En este ambiente, algunos conflictos políticos irresueltos entre el gobierno y la oposición fueron transferidos al TGC, como ha ocurrido en otras experiencias²²⁰, convirtiéndose la tensión socio-económica del proceso políti-

220. José Luis Cascajo, *Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Monografías 4, 1986, pp. 14 ss.

co en una tensión constitucional en sede judicial del TGC, donde los magistrados actuaron unas veces como instrumentos de control, otras menos como órgano de poder del Estado²²¹ e incluso como órgano del gobierno; pero, en cualquiera de los casos, se pusieron en evidencia los álgidos conflictos e intereses entre el modelo del Estado social de la Constitución de 1979 y el modelo del Estado liberal del gobierno de Fujimori. Esta tensión fue resuelta por el TGC en favor de la supremacía constitucional del primero y motivo de la confrontación del Poder Ejecutivo y de sus voceros, primero contra los magistrados del TGC y su interpretación constitucional, y luego contra la existencia misma de la justicia constitucional. Por eso, a continuación se analizan las sentencias de la Bolsa de Trabajo y la sentencia sobre la liberalización de las tarifas de transporte público, que ejemplifican tanto el conflicto entre el constitucionalismo social y el constitucionalismo neoliberal, como los argumentos jurídico y social positivistas de los magistrados del TGC.

3. SENTENCIA SOBRE LA BOLSA DE TRABAJO

La sentencia sobre la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo del 13 de agosto de 1990, tuvo un carácter paradigmático, debido a que se sentó un precedente sobre los principios de la igualdad y la libertad, propios del constitucionalismo social de la Constitución de 1979²²². Principios que sólo pudieron ser desmontados en sede judicial, merced a una controvertida resolución de la Corte Superior de Lima en vía de acción de amparo de marzo de 1991, que declaró inaplicable para los demandantes la ley de la Bolsa de Trabajo por inconstitucional, a pesar de que la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales había declarado infundada la acción de inconstitucionalidad contra dicha ley.

En virtud de la Ley N° 25202, se facultó a los sindicatos de la industria de la construcción civil para que designen hasta el veinticinco por ciento (25%) de los obreros que demandaba una empresa de la construcción. Por su parte, el Fiscal de la Nación obrando en el marco de la legitimidad activa que le otorgó la Constitución de 1979, interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202, demandando que dicha ley fuese declarada inconstitucional, porque se obligaba a una afiliación gremial al otorgar al sindicato la facultad de cubrir el 25% de los puestos de trabajo en las obras civiles del

221. Jorge Reinaldo Vanossi, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982, pp. 292-293.

222. César Landa, *La sentencia del tribunal de garantías constitucionales sobre la constitucionalidad de la ley de la bolsa de trabajo y los principios de la igualdad y libertad*, en *Derecho* N° 45, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, pp. 433 ss.

Perú. Más aún, argumentó el Fiscal de la Nación que dicha norma era discriminatoria a favor de las personas registradas en el sindicato, en perjuicio de las no sindicalizadas.

Con tales consideraciones la demanda de inconstitucionalidad, planteó que se violaban los derechos constitucionales a la libertad de sindicación, libertad contractual y el principio de no discriminación, rompiendo el equilibrio entre los empleadores y trabajadores del ramo de la construcción civil y colocando en una posición de ventaja al sindicato frente al empleador²²³.

En este sentido, cabe analizar los distintos argumentos de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, a raíz de que la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) que agrupa a los empresarios de este ramo, presentó casi simultáneamente a la demanda de inconstitucionalidad una acción de amparo, con idénticos argumentos sostenidos por el Fiscal de la Nación.

La decisión del tribunal puede ser abordada en función de los tres derechos constitucionales demandados.

3.1 Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley es un derecho fundamental de toda persona, recogido en el artículo 2°, inciso 2 de la Constitución de 1979²²⁴, pero también constituye un principio fundante del Estado de Derecho, que alcanza ribetes de valor constitucional constitutivo del modelo de Estado democrático y social basado en la justicia²²⁵, que estableció el artículo 79° de la mencionada constitución.

La igualdad, entonces, no constituía sólo un derecho y un valor supremo al igual que la libertad, sino también fue concebido como un operador constitucional de la transformación económica y social, como estableció el art. 100° de la norma suprema, al señalar que “el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social...”.

223. Desde una perspectiva del derecho laboral revisar: Guillermo Boza, Juan Cortez, David Lobatón y otros, *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: ensayos a propósito de la sentencia de la bolsa de trabajo*, Lima, ADEC-ATC, Desco, 1992, 294 p.

224. Marcial Rubio y Enrique Bernaldes, *Perú: Constitución y sociedad política*, Lima, Desco, 1981, pp. 54 ss.

225. John Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1973, p. 7.

Si bien la igualdad constitucional presentaba tres dimensiones o niveles, como derecho fundamental, valor constitucional y garantía transformadora, la sentencia del TGC se limitó a pronunciarse sobre la igualdad ante la ley. En ese sentido, desde el punto de vista histórico, la igualdad ante la ley responde al hecho de que el sistema jurídico pre-republicano se fundaba en un conjunto de privilegios, en razón del *status* u origen de las personas, según nobleza, clase u oficio. De ahí que las demandas por la independencia de España de la clase criolla peruana, se fundamentase tanto en la libertad como en la abolición de los privilegios personales de los españoles peninsulares, lo que quedó consagrado tanto en el principio de la igualdad ante la ley, como también en el principio de que podían expedirse leyes especiales sólo cuando los exigiese la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas.

De esta manera, la igualdad liberal remeció los privilegios estamentales de la nobleza española, pero no modificó las estructuras sociales y económicas, base de la desigualdad social republicana. En ese sentido, el constitucionalismo peruano de los siglos XIX y XX, respondió al principio de la igualdad formal, hasta la Constitución de 1979 que avanzó hacia una concepción de igualdad sustantiva propia de un Estado de derecho con justicia social²²⁶.

En efecto, al amparo del principio del Estado social y al sistema de valores que contiene, la sentencia estipuló que

la ley veinticinco mil doscientos dos debe considerársele como uno de los elementos jurídicos del nuevo modelo de Estado que propugna la Constitución. No se le debe ver con criterios del liberalismo de fines del siglo XIX y comienzos del presente; porque, en todo caso, los derechos que se consignan en el Capítulo V del Título I de la Constitución del 79 se inspiran en el constitucionalismo social que nace con la Constitución Mejicana de Querétaro, se ensancha con los nuevos aportes constitucionales que aparecen después de la Primera Guerra Mundial para consagrarse definitivamente como derechos sociales elevados a la jerarquía constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que resulta irreverente apreciar a la norma legal cuestionada con criterios civilista y privatistas, como si se tratara de un precepto de derecho civil, cuando en realidad, se trata de una norma jurídica de Derecho Social, donde la voluntariedad civil no tiene la misma trascendencia que la voluntad social²²⁷.

226. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 60 ss.

227. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley N° 25202*, Arequipa, 13-9-90, ff. 16-17.

En ese marco histórico y conceptual, la Ley de la Bolsa de Trabajo atizó el conflicto entre los intereses del capital con los del trabajo, sobre todo en una sociedad cerrada como la peruana, con abismos de orden económico, social y cultural. Pero, como en un Estado de Derecho los conflictos sociales se institucionalizan y procesan a través de la justicia constitucional²²⁸, cabe delimitar los casos cuando una norma legal especial se convierte en *discriminatoria*, quebrando el principio de la igualdad ante la ley, o cuando una norma es *diferenciadora*, con lo cual no se viola el principio de la igualdad formal.

Como quiera que no toda desigualdad de *iure* es discriminatoria, hay que examinar cuáles son y cuáles no son. La diferenciación radica en que una ley será discriminatoria, cuando esta sea irrazonable, para lo cual su comprobación exige tres tests, según la doctrina comparada europea²²⁹ y norteamericana²³⁰.

Test de la desigualdad. Se requiere que la desigualdad exista, lo cual supone que el demandante constate la desigualdad, demostrando que la norma conlleva consecuencias jurídicas distintas para dos o más personas o grupos iguales. Pero, no cabe solicitar la igualdad de una ilegalidad, es decir, que no se aplique una norma a uno por que el administrador o juez no la aplicó a otra personas o empresa. Si bien la administración y el juez tienen potestades en la interpretación y aplicación de las leyes, éstas en efecto pueden dar lugar a la desviación de poder. En este supuesto el que comete el acto tiene que probar que no es arbitrario.

Test de la Relevancia. No basta con señalar que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias diferentes, para dos personas iguales; hay que demostrar que tales situaciones son gravosas o perjudiciales.

Test de la Razonabilidad. Este test se aplica cuando se trata de una desigualdad establecida en una norma o es producto de una simple diferencia de interpretación de la ley. Consiste en que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable, de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida

228. Rubén Hernández, *Fundamentos y límites de la justicia constitucional*, en *Ius et Praxis* N° 25, art. cit., pp. 26-32.

229. Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 206 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein, Athenäum, 1979, pp. 61 ss, así como pp. 215 ss.

230. Michael Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1982, pp. 133 ss., donde desarrolla las tesis de Rawls y Dworkin sobre la discriminación positiva.

considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Los valores constitucionales son los soportes del test de razonabilidad.

La discriminación, en ese sentido, se produce cuando se otorga una preferencia en base a la ley o en función de actos públicos, o, incluso, de actos privados con efectos sociales²³¹, que ocasionan una restricción o exclusión que tiene por objeto menoscabar el reconocimiento del goce o ejercicio de los derechos fundamentales, en términos de igualdad entre las personas e incluso instituciones²³².

De ahí que el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución de entonces, estableciese que la igualdad ante la ley no permitía discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Claro está que dichas causas no eran las únicas formas de discriminación, ni que la Constitución que se fundaba en el respeto de la persona humana hubiese soslayado la discriminación por razones de edad, origen étnico, estado civil, impedimento físico, o hacia personas jurídicas, entre otras formas.

La omisión constitucional sobre las nuevas formas discriminatorias no constituía un silencio negativo, sino un silencio positivo que permitía interpretar el artículo 2º, inciso 2, en materia de derechos de la persona, como una cláusula abierta, orientada a proteger a las personas de cualquier tipo de discriminación legal que afectase a la dignidad humana y no solamente a las formas prescritas en el texto constitucional. Más aún, en concordancia con el artículo 4º de la Constitución de entonces, la enumeración de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, no excluía a los demás que la Constitución garantizaba, ni otros derivados de la dignidad de la persona humana, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Postulados propios de un renacimiento de la concepción neo-iusnaturalista de los derechos humanos y de una interpretación constitucional abierta y pluralista²³³.

Por su parte, desde el derecho internacional, que formaba parte del derecho nacional, según el artículo 101º de la Constitución de entonces²³⁴, se

231. Reinhold Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 280.

232. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1988, pp. 373 ss.

233. Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie. AG, 1975, pp. 430 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, op. cit., pp. 45 ss.

234. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, op. cit., p. 24.

puede señalar que el Convenio N° 111, Convenio relativo a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado y ratificado por el Perú, definió y estableció los alcances de la prohibición de las discriminaciones a los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen local. Sin embargo, por otro lado, el convenio reconocía que la diferenciación no contrariaba a la igualdad ante la ley, cuando a determinados grupos de personas basados en razones de sexo, edad, invalidez, carga de familia o nivel social o cultural, se les reconoce una protección o asistencia laboral especial.

En ese sentido, no todo trato diferente entre las personas, amparado en un acto o una ley, configura un supuesto de discriminación, como en el caso del pago diferenciado del impuesto a la renta, en función de los ingresos de las personas. El principio de diferenciación mas no discriminación, es aplicable a diversos ámbitos de la actividad humana sea en las relaciones ciudadanas con los poderes públicos, inclusive en las relaciones privadas entre los particulares. Pero, "siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho consustancialmente diferentes y que expresan; de modo proporcionado, una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma; los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir, no pueden proseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"²³⁵.

Esta doctrina de la discriminación positiva o *affirmative action*, parte de reconocer la distinción entre la igualdad como política y la igualdad como derecho²³⁶. Es decir, la igualdad como política se basa en las decisiones gubernamentales dentro del marco del programa constitucional, que postulaba en la Constitución de 1979 (el interés social y la igualdad ciudadana como la forma sustancial del Estado peruano), mientras que la igualdad como derecho se vincula tanto al derecho a la igualdad de tratamiento que es el derecho a una equitativa distribución de oportunidades (como al derecho a ser tratado como igual, es decir, a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera otra persona)²³⁷.

Partiendo de esta doctrina, no contratar a obreros por sus ideas sindicales o ser mayores de cuarenta años, constituía un típico caso de discrimi-

235. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, op. cit., p. 374.

236. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 327 ss.

237. Ronald Fiscus, *The constitutional logic of affirmative action*, Duke University Press, USA, 1992, pp. 83 ss; asimismo, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 332; asimismo, Julio Faúndez, *Affirmative Action. International Perspectives*, Geneva, International Labour Office, 1994, pp. 62.

nación, por cuanto se causaba daño al interés legítimo de una minoría protegida por la Constitución, así como se perjudicaba el interés y la utilidad de la comunidad en tanto creaba conflicto social. Pero también constituía un caso de abuso del derecho, en el entendido que el uso discriminatorio de la autonomía de la voluntad, a través de la libertad de contratación en el ámbito privado, fundado en razón de la edad o las ideas sindicales, constituía una violación constitucional, “no porque se actúe al margen del ordenamiento jurídico sino dentro de los límites de él, pero contrariando sus fines, violando su espíritu, lo cual lo convierte en contrario al derecho”²³⁸.

Esta situación ofensiva a la dignidad de la persona humana, constituía una discriminación de facto que repugna al principio de la igualdad como política de los derechos fundamentales que postuló el *indirizzo politico* la Constitución de 1979. En ese sentido, la discriminación de facto vino a ser superada por la Ley N° 25202, por una diferenciación proporcional de *iure*, otorgando un 25% de cuota de empleo al sindicato y el 75% de la cuota de empleo al empresario, con lo que se niveló parcialmente el trato discriminatorio del empleador. Por eso, en la sentencia del TGC, los magistrados señalaron que “la ley veinticinco mil doscientos dos, lejos de atentar contra la igualdad de trato, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato perdida por la discriminación patronal introducida por el empleador”²³⁹.

En esta misma línea argumental a nivel del Derecho Constitucional Comparado, también se había pronunciado el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia del 10 de julio de 1981, en la que señaló que

el principio de igualdad ha de entenderse en función de circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el que se convoca [...]. Sólo podría deducirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos²⁴⁰.

Más aún, no habría sido inconstitucional la ley si hubiese tenido por objeto asegurar a estos grupos marginados o discriminados por edad, ideas o afiliación, un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades fundamentales conculcadas en la práctica. Así, por ejemplo lo ha entendido la legisla-

238. Aníbal Torres Vásquez, *El abuso del derecho*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Vol. 45, años 1981-1985, Lima, 1989, p. 114.

239. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley N° 25202*, p. 13.

240. Enrique Alvarez Conde, *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 115.

ción internacional, a través de la Convención de la Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. En esa misma corriente de pensamiento, la legislación norteamericana confirma la protección de las minorías en cualquiera de sus formas, porque, "si bien es imposible eliminar todas las formas de discriminación en el empleo, el Tribunal Supremo y el Congreso de los Estados Unidos han visto apropiado crear la protección en el empleo para ciertos grupos de gente que son usualmente discriminados por el simple motivo de poseer una característica grupal"²⁴¹.

En consecuencia, se puede señalar que la búsqueda de la realización de la igualdad, a través del principio de diferenciación o discriminación positiva, amparada en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución de 1979, estuvo vinculada estrechamente con la igualdad como política y a la igualdad en el trato, compatible con la forma de Estado social de derecho, que promovía el respeto de los derechos y libertades de las personas, que de lo contrario esta minoría de trabajadores hubiese quedado excluida de la obtención del empleo, dado los prejuicios de los empleadores contra sus ideas sindicales y edad.

Cabe plantear ahora si los trabajadores que no se hubiesen inscrito en el registro sindical de la Bolsa de Trabajo, hubieran sido afectados en su derecho a ser tratados iguales que los registrados en la Bolsa de Trabajo. Al respecto, que los trabajadores registrados tuviesen una opción laboral en la cuota del 25%, no afectaba el derecho de los trabajadores no interesados en inscribirse en el Registro de la Bolsa Sindical que llevaba el sindicato, porque, como se puede entender, los trabajadores no discriminados tenían mejores opciones proporcionalmente de ser contratados por los empleadores, pudiendo eventualmente mejorar su opción laboral, inscribiéndose en el mencionado registro sin estar afiliados al sindicato²⁴².

Por otro lado, podría pensarse que la discriminación de los trabajadores marginados, se compensaba con la utilidad de la empresa y de la comunidad que se vería beneficiada con la contratación de trabajadores que no promoviesen huelgas o que tuviesen un alto rendimiento físico; sin embargo, la razonabilidad de esta política empresarial no era útil socialmente y menos valorativa y normativamente constitucional. Por un lado, debido a que ello era

241. Geoffrey Stone, Luis Seidman, Cass Sunstein, Mark Tushnet, *Constitutional law*, Boston, 1986, p. 240; asimismo, W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution*, op. cit., pp. 1110 ss.

242. Alfredo Villavicencio y David Lobatón, *La bolsa de trabajo, razón de ser y fundamento constitucional*, en *Derecho y Sociedad*, Año 2, N° 3, Lima, PUCP, 1990.

contrario a los principios y normas constitucionales, dada la posición preferencial del trabajo en relación al capital, y, por otro, en razón a que la utilidad particular o colectiva no se podía fundar en el perjuicio a los valores y principios constitucionales como la igualdad, sino que por el contrario había que ir desmantelando las prácticas sociales discriminatorias²⁴³.

3.2 Libertad de sindicación

En relación a la libertad de sindicación, la demanda señaló que la ley planteaba una exigencia de afiliación sindical para poder ocupar una de las plazas del 25% de una obra asignada al gremio laboral. Si bien la Ley N° 25202 sólo estableció que las plazas “serán cubiertas por los Sindicatos de Trabajadores de Construcción Civil de la República...”, tal precepto dio lugar a que la demanda se formulase en términos de que se exigía la afiliación sindical para participar en la Bolsa de Trabajo. Sin embargo, el Decreto Supremo N° 022-90-TR, reglamentario de la ley, publicado con posterioridad a la demanda, aclaró en su artículo 7° que “los trabajadores de construcción civil, deberán registrarse en los sindicatos que representen a dicha actividad, a efecto de gozar del beneficio a que se contrae la Ley N° 25202, sin requerirse para ello su previa afiliación”.

Es decir, que se creaba un registro especial distinto al registro sindical, para los trabajadores interesados en participar en la Bolsa de Trabajo, con lo cual no se afectaba en lo mínimo la libertad sindical positiva o negativa, consagrada en el artículo 51° de la Constitución de 1979: el derecho de los trabajadores de afiliarse o retirarse de la organización sindical. En efecto, la libertad positiva otorga el derecho a fundar y participar en una o más asociaciones, el derecho a establecer su propia organización; el derecho a incorporarse y retirarse voluntariamente de una asociación; y, el derecho a desarrollar las actividades necesarias para el logro de los fines lícitos de dicha entidad. Mientras que por la libertad negativa nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación y, en consecuencia, goza del derecho de retirarse cuando así libremente lo estime²⁴⁴.

En ese sentido, los magistrados del tribunal encargados de hacer el control abstracto de constitucionalidad de la ley, hicieron más bien una defensa de la legalidad, al señalar que “ni expresa ni implícitamente la Ley

243. Lawrence Tribe, *Constitutional choice*, *op. cit.*, pp. 221 ss.

244. Javier Neves, *Reseña y comentario de la sentencia del tribunal de garantías constitucionales en el proceso por inconstitucionalidad de la ley 25202 iniciado por el fiscal de la nación*, en *LTC* N° 6, 1991, pp. 165 ss.

cuestionada ni su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número cero veintidós noventa-TR de veintisiete de Abril de mil novecientos noventa obligan a los trabajadores de construcción civil a afiliarse al sindicato para ser beneficiarios de la Bolsa de Trabajo²⁴⁵. Sin embargo, un problema central de la sentencia constituye la interpretación de la Constitución que hizo el Tribunal, en base a la ley y sobre todo a su reglamento, para deducir lo infundado de la demanda en ese extremo.

La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, se verifica en tanto dicha norma haya violado la Constitución por el fondo o por la forma, pero el argumento del Tribunal fue estrictamente de carácter positivo –normativista–, es decir, que tanto la ley de la Bolsa de Trabajo, como su reglamento, habían establecido claramente la no obligatoriedad de la inscripción en el registro sindical para participar de la Bolsa de Trabajo, en virtud de lo cual no se había producido una violación al artículo 51° de la Constitución.

En ese sentido, la sentencia del TGC no interpretó el artículo 51° de la norma constitucional, relativo a la libertad sindical positiva y negativa, donde quedaba claramente establecido que el Estado reconocía a los trabajadores el derecho de sindicalización sin autorización previa, así como también que nadie estaba obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo, sino que en una lógica jurídica infraconstitucional fundamentaba la validez de la Constitución en la ley. O dicho en otras palabras, sostuvo la inconstitucionalidad de la demanda en cuanto a la libertad sindical en función de la ley y su reglamento.

Sin embargo, ello no significó que en la labor de interpretación constitucional del Tribunal no podía referirse a otro conjunto de normas que ni estaban incluidas en la Constitución ni delimitaban competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen. En efecto, “toda interpretación de la Constitución es, en estos procesos, interpretación ante un problema singular que la ley suscita -no ilustración abstracta- y en tal sentido, aunque sólo en el él, cabe hablar de una *Gesetzkonforme Auslegung der Verfassung*”²⁴⁶.

Esta interpretación de la Constitución conforme a la ley, encontró fundamento en la idea según la cual, “puesto que el derecho constitucional

245. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad... op. cit.*, p. 6.

246. Javier Jiménez Campo, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, en Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Madrid, CEC, 1997, pp. 31.

como derecho del hecho político, además de las libertades fundamentales, debe preocuparse de la vigencia real y, por ende, de la efectividad de la prescripción, puede conectarse también con actos formalmente no calificados de constitucionales, como, por ejemplo, leyes y sentencias de los Tribunales o con hechos normativos²⁴⁷. Otorgando a la norma constitucional un complemento no sustantivo pero sí residual.

Sobre el particular, el artículo 21° de la Ley N° 23385, LOTGC, tomado del Art. 28.2 de la LOTC española, facultaba al Tribunal de Garantías Constitucionales para resolver sobre la inconstitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, considerando además de la Constitución, las leyes que determinaban las competencias de los órganos del Estado. La misma que en una interpretación abierta, significaba que la norma constitucional no bastaba siempre y por sí sola para verificar la constitucionalidad o no de una norma legal, sino que ocasionalmente debían añadirse las leyes que completaban la norma constitucional, formando así el llamado *bloque de constitucionalidad*²⁴⁸.

Por ello se puede señalar que, en la sentencia del Tribunal el bloque constitucional integrado por la Constitución, la ley y sobre todo el reglamento de la bolsa de trabajo, operaron como el parámetro constitucional contra el cual se verificó la invalidez de la demanda de inconstitucionalidad de la mencionada ley en lo relativo a la libertad sindical. Pero, lo cierto es que el reglamento de la ley incoada jugó un rol determinante en la desestimación de la acción de inconstitucionalidad, en cuanto a la libertad sindical. Ahora bien, la alternativa del Tribunal, para no apelar al reglamento y evitar esta suerte de disritmia constitucional, que supuso flexibilizar tanto la noción de bloque constitucional que una norma infraconstitucional e infralegal, en este caso cumpliera el rol de cerrojo contra la inconstitucionalidad de una ley, hubiese sido que, al no encontrar elementos de juicio dirimientes en la Ley N° 25022, para afirmar o negar la inconstitucionalidad de la norma por violación de la libertad sindical, el TGC se pronunciase en función del *indirizzo politico* y la realidad social, estableciendo el derrotero constitucional de carácter social, al cual subordinar los lineamientos del contenido legislativo y reglamentario, desarrollados por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, el tribunal resolvió directamente sobre la causa y para el efecto apeló al reglamento de la ley cuestionada, en un proceso excesivo de

247. Giuseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, p. 139.

248. Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, en *REDC*, Año 9, Número 27, Setiembre-Diciembre, Madrid, CEC, 1989, pp. 13 ss.

ingeniería constitucional, según la cual la actuación constitucional no se redujo a la defensa del ordenamiento del sistema jurídico constitucional, en base a normas exclusivamente, sino también en función a criterios constitucionales de carácter político, económico y social. En efecto, la doctrina italiana señala que “la ingeniería constitucional es una compensación socio-política a las tendencias expansionistas del método técnico-jurídico concebidas como simple jurisprudencia de conceptos”²⁴⁹. Lo cual tenía mayor vigencia en el Perú de entonces, caracterizado por una grave crisis constitucional –política, económica y social– donde la defensa de la Constitución no podía reducirse absolutamente a estrechas consideraciones normativas o institucionales, manejadas con métodos y técnicas jurídicas positivistas.

En tal sentido, el criterio interpretativo del TGC fue de entender la Constitución como un operador de la transformación institucional que reclamaba el constitucionalismo social de la Constitución de 1979.

3.3 Libertad de contratar

En cuanto a la libertad de contratar, la demanda señaló que la Ley de la Bolsa de Trabajo vulneraba la autonomía de la voluntad, que era esencial para ejercer la libertad de contratación, por cuanto la norma obligaba al empleador a contratar un veinticinco por ciento de los obreros registrados en el sindicato de construcción civil.

Al respecto, la contratación es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de las personas. Sin embargo, su vigencia esta a condición de que sus fines sean lícitos y que se salvaguarde los principios de justicia social y se evite el abuso de derecho, según disponía el artículo 2° inciso 12 de Constitución de 1979.

La autonomía de la voluntad empresarial estaba protegida por la Constitución y delimitada por la ley, en consecuencia, la ley podía establecer obligaciones de hacer o dejar de hacer a fin de garantizar los preceptos constitucionales que delimitaban la libertad contractual. Claro está que la labor de desarrollo legislativo de un derecho fundamental tenía a su vez límites y barreras, que garantizan que el respeto del contenido esencial del derechos a la libertad de contratar, como de los demás derechos y principios fundamentales²⁵⁰.

249. Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 125.

250. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 187 ss.

Podría señalarse que en el caso de colisión de derechos fundamentales de las personas, priman los derechos fundamentales absolutos²⁵¹, es decir, aquellos que para su goce y ejercicio no se someten a una ley previa, como el derecho a la vida, la libertad de conciencia, el derecho a la libertad personal o el derecho a la libertad de religión. Mientras que los derechos fundamentales relativos en su goce y ejercicio quedan arreglados a ley, como la libertad de contratar, libertad de industria o derecho de propiedad, que se ejercen con las formas y las garantías que establece la ley. En este caso, el intercambio económico se rige por la libertad de contratación, de acuerdo al Código Civil y demás leyes especiales, en sus formas, garantías y límites. Sin embargo, no es plenamente satisfactorio en una Constitución pluralista y tolerante que la vigencia de un derecho fundamental se realice sobre la base de violar otro derecho fundamental.

Pero ello no niega que, si bien la libertad de contratar es un derecho fundamental relativo sujeto a regulación legal, las “leyes dirigidas contra el abuso de posiciones dominantes en el mercado, «limitan», además de otras, la libertad contractual, obviamente en el sentido superficial”²⁵². Este sentido superficial supone la integración de ambos derechos: libertad contractual e igualdad de trato o no discriminación en el derecho al trabajo.

En este caso de conflicto de derechos fundamentales, no se trata de encontrar el derecho mejor garantizado en la Constitución, por cuanto, al haberse incorporado ambos derechos fundamentales en el seno de la norma constitucional, aún cuando gocen de distinta eficacia normativa, se parte de entender que la Constitución protege a ambos. De modo que el goce de un derecho fundamental no puede ser interpretado como excluyente del otro, sino parcialmente en su ejercicio. En este entendido, se trata de “establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad”²⁵³.

La proporcionalidad o el *balancing* de los derechos a la libertad de contratación y el derecho al trabajo, debe edificarse sobre la base del principio de unidad de la Constitución, que supone concebir a los derechos fundamentales desde una perspectiva institucional, es decir, que los derechos se enlazan en una unidad íntima, que se actualizan en casos concretos, a través de sus contenidos y límites. Así, la libertad contractual si bien parte de la

251. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 169 ss.

252. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 206.

253. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 48.

autonomía de la voluntad se encuentra sujeta a vínculos constitucionales fuertes: fines lícitos, principio de justicia y evitar el abuso del derecho. La institución del contrato, entonces, se encuentra delimitada en su contenido esencial, lo que supone un goce y ejercicio responsable con sus obligaciones constitucionales. Con razón se ha señalado que “la fuente de la obligación sólo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta un poder suficiente y a quien el ejercicio de dicho poder le autoriza para constituir entre particulares relaciones jurídicas de derecho privado”²⁵⁴.

Pero, reflexionando más allá de lo dispuesto con el *ius imperium* del Estado, fue razonable y proporcional desarrollar las normas del constitucionalismo social de la Constitución de 1979, asegurando de acuerdo con la Ley N° 25202, un setenta y cinco por ciento de la mano de obra de las obras civiles a la libre disponibilidad del derecho a contratar del empleador y reservar un veinticinco por ciento de dicha asignación a los trabajadores discriminados usualmente por las empresas constructoras, a fin de garantizar la igualdad de oportunidad en el empleo.

En ese sentido, la actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales estuvo conforme a la ideología, organización y estructura constitucional de la economía social de mercado, que apuntaba al objetivo, según el cual, para que pueda darse la democracia, la idea de la igualdad ha de agregarse a la de la libertad, limitándola²⁵⁵.

4. SENTENCIA SOBRE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN EL TRANSPORTE PÚBLICO

Con la derrota electoral de los partidos políticos en las elecciones de 1990, se inició el gobierno del Presidente Alberto Fujimori, pero sin una mayoría parlamentaria en ninguna de las dos cámaras del Congreso y sin un respaldo político organizado. El nuevo Presidente sin partido y sin programa de gobierno, obtuvo el rápido respaldo de las Fuerzas Armadas y el apoyo técnico de burócratas públicos y privados. No obstante que en su campaña electoral ofreció un mensaje antiliberal, ya en el gobierno asumió el mensaje

254. Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1983, p. 406. Una posición crítica pero también desde el derecho privado, señala que “es antiético de la libertad de contratar la obligación de contratar con determinadas personas... [sin embargo]... las legislaciones están llenas de casos en que existe esta limitación a la libertad de contratar”, en Manuel de la Puente, *Estudios del contrato privado*, tomo I, Lima, Editorial Cuzco, 1979, p. 63.

255. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie...*, op. cit., pp. 93 ss.

económico neoliberal de su contendor –Mario Vargas Llosa– de promover el mercado y el ajuste estructural, para la reinserción económica internacional del país²⁵⁶.

En efecto, el Presidente electo pronto optó por seguir los lineamientos en política económica de los voceros nacionales del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, sin consideración ética responsable a sus promesas electorales y al respaldo electoral obtenido²⁵⁷. En ese entendido, el modelo de la descentralización de la Constitución de 1979, que reconocía gobiernos locales y regionales con autonomía económica y administrativa²⁵⁸, significaba un obstáculo a los postulados del shock económico y al manejo directo de todos los recursos públicos, concentrado en las decisiones del Poder Ejecutivo. Además del temor de que los gobiernos locales y regionales se encontraban en manos de los partidos democráticos, a quienes había derrotado en las elecciones políticas generales.

Por eso, a partir del segundo semestre de 1990, se inicia la paralización del proceso de descentralización, primero dejando de transferir y luego recentralizando las empresas públicas y proyectos especiales a las regiones, mediante decretos de urgencia. Posteriormente, en el ámbito de los gobiernos municipales ocurre un fenómeno similar, el gobierno empieza a reducir las transferencias del Tesoro Público para las municipalidades, así como a desactivar o a controlar totalmente el manejo de los fondos de promoción de la inversión municipal, en función del argumento de la crisis fiscal.

La mayoría del Congreso integrada por representantes del Frente Democrático (Fredemo), Partido Popular Cristiano (PPC) y la bancada gubernamental de Cambio-90, fue receptiva a la reforma radical del modelo económico “heterodoxo” heredado del gobierno aprista. En este entendido, el Poder Ejecutivo solicitó delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para legislar mediante decretos legislativos en materia de pacificación nacional, fomento del empleo, crecimiento de la inversión y reforma del Estado, pedido que aprobó Cambio-90 con el respaldo del Fredemo y el PPC, básicamente, mediante Ley N° 25327, pero sólo para las tres primeras materia solicitadas.

256. Alberto Bustamante, *Perú: Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?...*, op. cit., pp. 213-215.

257. Marion Hörmann, *Neoliberalismus a la Fujimori. Zum Verhältnis von Wirtschafts- und Sozialpolitik in Peru*, en *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, N° 29..., op. cit., pp. 36 ss.

258. César Landa, *Balance constitucional de la regionalización*, en revista *Derecho*, Nos. 43-44, art. cit., pp. 215-263.

Al amparo de dichas facultades delegadas, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo N° 651, estableciendo la libre competencia en la fijación de las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país, el libre acceso a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano, asimismo, autorizó a que las personas naturales y jurídicas pudiesen prestar servicios de transporte público urbano e interurbano en cualquier tipo de vehículo automotor, entre otras medidas. Con esta norma se transfería al libre juego de la oferta y demanda, el establecimiento de los precios y tarifas del transporte público, restando esta competencia a las Municipalidades Provinciales.

Congresistas de la oposición parlamentaria interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad contra el mencionado Decreto Legislativo N° 651, siendo acumuladas por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en virtud de que existía conexión objetiva entre ambas demandas. Las demandas se fundaban en que la norma del Ejecutivo no podía ni debía dejar la regulación de las tarifas del servicio público de transporte público urbano e interurbano a la libre competencia, ya que eso trasgredía no solamente Ley Orgánica de Municipalidades, sino también la norma constitucional. En la demanda, además, se señaló que el Dec. Leg. 651 había excedido la ley de delegación de facultades legislativas, por cuanto la materia de crecimiento de la inversión privada, no facultaba al Poder Ejecutivo a regular sobre tarifas de transporte, ni a modificar la estructura del Estado, ni las competencias de los gobiernos nacional, regional y local²⁵⁹. De donde los demandantes concluyeron que las tarifas de transporte público debían seguir siendo establecidas por las municipalidades provinciales, en el marco de la economía social de mercado postulada por la Constitución de 1979.

Al respecto, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró fundada la demanda en la primera parte, relativa a que se violaba el derecho constitucional de las municipalidades de ejercer sus competencias de regulación de las tarifas de transporte público, mientras que por otro lado declaró infundada la demanda, en el extremo de que el D.L. N° 651 violaba la autorización legislativa para regular materia de crecimiento de la inversión privada, salvo el voto singular en contra del magistrado Espinal. Los argumentos constitucionales que sostienen la sentencia merecen un somero análisis, debido a que en este caso se condensan problemas jurídico-constitucionales no delimitados en la Constitución ni en las leyes, como tampoco en la jurisprudencia o doctrina nacional sobre la materia.

259. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, Arequipa, 29-1-92, pp. 1-2.

Por ello, con el aporte del derecho constitucional comparado, a continuación se trata de plantear algunos temas tales como la naturaleza y características de la autonomía municipal; la garantía institucional como límite a la legislación. Así como las relaciones entre la ley orgánica y el decreto legislativo, utilizando para el efecto los principios, técnicas y tests que permitan apreciar las distintos tema-problemas constitucionales apenas insinuados o no recogidos en la presente sentencia.

4.1 Autonomía municipal

Dentro de la estructura constitucional del Estado peruano, la Constitución de 1979 estableció por un lado, en el artículo 79°, que el gobierno era “unitario, representativo y descentralizado”, y, por otro, en el artículo 252°, que las municipalidades eran órganos del gobierno local con “autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia”. En ese sentido, “la descentralización política [...] no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos”²⁶⁰.

En efecto, las municipalidades al constituir organismos de gobierno descentralizados, gozaban de facultades normativas para dictar ordenanzas municipales. Esta potestad normativa estaba reconocida complementariamente en el artículo 298°-1 de la Constitución, cuando se disponía contra las ordenanzas municipales cabía interponer acciones de inconstitucionalidad, tal como contra las demás normas legales con fuerza de ley. En virtud de lo cual, se puede decir que la descentralización supone no sólo la capacidad de una comunidad para elegir a sus propias autoridades, sino que también éstas gocen de la capacidad para dictar autónomamente las normas necesarias para su localidad. Por ello, como señala Kelsen, “los órganos del municipio pueden tener competencia también para establecer normas generales que no tendrán el nombre de *leyes*, pero que lo serán, en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por el cuerpo colegial representativo, o un consejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio”²⁶¹.

En este marco constitucional, el Poder Ejecutivo por más facultades delegadas que tuviese del Congreso, no podía franquear los mandatos cons-

260. Pedro de Vega, *Poder constituyente y regionalismo*, en *Federalismo y Regionalismo*, Gurmesindo Trujillo (editor), Madrid, CEC, 1979, p. 354.

261. Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 240.

titucionales relativos a la autonomía municipal y a la descentralización. Más aún, la Constitución de 1979 no previó controles de tutela del gobierno central sobre las municipalidades, salvo mediante el control de constitucionalidad de las ordenanzas municipales²⁶², acción que también podían interponerse contra los decretos legislativos del Poder Ejecutivo, como fue el caso.

De donde se puede colegir que, la consagración de la autonomía municipal sin ningún tipo de control de tutela legislativa -como por el contrario si existía para las regiones en el Art. 267° de la Constitución de 1979-, había que entenderla en el marco del modelo de gobierno unitario y descentralizado, no sólo en lo económico y administrativo, sino también en lo político. Lo que no es óbice para señalar con La Pergola, que “no existe un sistema de autonomía sin algún tipo de control jurisdiccional”²⁶³.

De ahí que se pueda señalar que la descentralización política reposaba en la autonomía municipal, la misma que no suponía la subordinación jerárquica municipal al gobierno central, en tanto los gobiernos locales electos por el pueblo no constituían agencias dependientes del Poder Ejecutivo, sino el establecimiento de relaciones de coordinación con el gobierno central y, en todo caso, el ejercicio de los controles jurisdiccionales a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante la acción de inconstitucionalidad contra leyes u ordenanzas municipales. En ese sentido, se puede señalar que “la esencia de la autonomía radica en la potestad que tiene una entidad pública de darse leyes en sentido material (que son diversas de las simples normas jurídicas) destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal”²⁶⁴.

Ahora bien, la autonomía municipal en materia de transporte público como concepto jurídico abierto requería delimitarse, de ahí que la Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 23853 estableció como

función de las Municipalidades en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito: 1) regular el transporte urbano y otorgar licencias o concesiones correspondientes, de conformidad con los reglamentos de la materia; 2) regular el transporte colectivo y controlar el cumplimiento de las normas y requisitos que correspondan de acuerdo a ley; 3) otor-

262. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La constitución peruana de 1993...*, op. cit., pp. 29-30 y 101-116. Asimismo, Ernesto Blume, *El control de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 73 ss.

263. Antonio La Pergola, *La técnica constitucional de la autonomía*, en *Ius et Praxis* N° 11, Universidad de Lima, Lima, 1989, p.14.

264. Pietro Virga, *Las regiones*, Milano, 1949, p. 167; asimismo, Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 166 ss.

gar permisos para el uso de vehículos menores; 4) organizar y mantener los sistemas de señales y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos.

En base a estas disposiciones y a los acuerdos previos de las autoridades y técnicos municipales con los representantes del transporte urbano e interurbano, las municipalidades provinciales fijaban las tarifas del transporte público urbano e interurbano, teniendo en cuenta los factores económicos y sociales a fin de que los usuarios no se viesen afectados en sus economías familiares, dado el uso masivo de estos medios de transporte por la población.

Tal planteamiento suponía que los gobiernos locales desarrollaron mecanismos de coordinación e integración social, sin embargo, debido al vacío normativo del constituyente, no se establecieron instancias, principios y/o técnicas de integración jurídica-administrativa entre los distintos niveles de gobierno: central, regional y local. Más aún, la Constitución de 1979 estableció, por un lado, que el Poder Ejecutivo podía dictar decretos legislativos con fuerza de ley y además era responsable de dirigir y gestionar los servicios públicos confiados a sus ministerios, según los artículos 188°, 211°-10 y 212° de la Constitución. Por otro lado, a los gobiernos locales y regionales les otorgaba materias competenciales y funciones, sin delimitar las fronteras de actuación de los gobiernos descentralizados con el propio gobierno central²⁶⁵.

En ese entendido, por un lado el gobierno central y por otro lado los gobiernos locales gozaban de competencias en materia de servicios públicos, sin que hubiese precisado las barreras tanto de las facultades legislativas del Congreso y del Poder Ejecutivo, como las competencias de la autonomía municipal en materia de transporte público. Sin embargo, es necesario subrayar que el contenido y los límites esenciales de la autonomía, apareció como problema, cuando el Poder Ejecutivo reguló la materia de transporte urbano, sin que hubiese una relación de subordinación *a priori* con las municipalidades, sino más bien una relación de respeto y coordinación de las áreas competenciales, establecidas para cada cual en la Constitución. No obstante, debe aclararse que "la autonomía no es soberanía y aún este poder tiene límites, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de ésta donde alcanza su verdadero sentido"²⁶⁶.

265. Marcial Rubio y Enrique Bernal, *Perú: Constitución y sociedad política...*, op. cit., pp. 356 ss., 388 ss., 398 ss. y 617 ss.

266. Francisco Ignacio Sosa, *La autonomía local*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (Coordinador Martín-Retortillo), tomo IV, Madrid, Civitas, p. 3210.

En consecuencia, dada la naturaleza del gobierno unitario y descentralizado —mas no federal— de la Constitución de 1979, si bien la autonomía municipal no se encontraba definida taxativamente en sus límites y sus alcances, sí estaba delimitada en materia de transporte público, como una competencia municipal. Desde el razonamiento de los magistrados del TGC, la regulación de la tarifa del transporte público se incardinaba en la competencia general de la regulación del transporte público, a pesar de que la gestión municipal del transporte público coexistía con la administración de los servicios públicos a cargo de los ministerios del Poder Ejecutivo.

En ese sentido, en la sentencia se consideró que

de conformidad con el artículo doscientos cincuenticuatro de la Constitución las Municipalidades son competentes para fijar tarifas del servicio público de transporte de pasajeros. La interpretación y aún la simple lectura de dicha proposición jurídica no permite otra conclusión por cuanto el concepto: «Regular el Transporte Colectivo» significa ordenar, mediante reglas ese servicio público. El concepto «Regular el Transporte» no se agota en el establecimiento de normas de organización del tránsito, esto es, no sólo está referido a las rutas, a los horarios, a las condiciones materiales del transporte, sino fundamentalmente a la calidad del transporte, a su costo, vale decir, al contrato de transporte: pues, el transporte colectivo no solamente implica el simple traslado de pasajeros, sino que debe realizarse en determinadas condiciones y situaciones de seguridad, tiempo y tarifas razonablemente determinadas y con criterio evolutivo²⁶⁷.

Pero, no es suficiente hacer una jurisprudencia de conceptos interpretando el contenido esencial de la competencia municipal en materia de transporte público, sino también analizar hasta qué punto el Decreto Legislativo N° 651 podía establecer nuevas reglas en materia de regulación de las tarifas de transporte público, al no existir disposición expresa a nivel constitucional ni legislativo, que facultase a los municipios a normar expresamente las tarifas de transporte, según la demanda de inconstitucionalidad.

4.2 Garantía institucional de la autonomía local como límite a la ley

La autonomía local consagrada en la Constitución constituía un límite a la acción legislativa del Congreso y del Poder Ejecutivo; en consecuencia, la naturaleza de la autonomía municipal respecto del gobierno central, no

267. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, Arequipa, 29-1-92, p. 7.

quedó circunscrita a las disposiciones que taxativamente se delimitaron en nuestro ordenamiento constitucional, sino que debía articularse con el núcleo de materias competenciales que se vinculaban directamente con la misma, alcanzándoles la protección de la esfera de la autonomía municipal.

Ahora bien, en esa línea argumental cabe señalar que “dentro de la diversidad de acepciones y facetas de la idea de autonomía, en la dimensión que aquí nos interesa la opinión dominante la entiende en su significado más propio y literal, esto es, en el que Massimo Severo Giannini la califica de autonomía normativa”²⁶⁸. En ese sentido, la resolución del TGC señaló que “es necesario acotar que la Municipalidad, en ejercicio de la soberanía local de la que está investida constitucionalmente, tiene potestad normativa para «producir» legislación municipal mediante Ordenanzas, Edictos, Resoluciones; de modo que, tiene competencia para reglamentar las funciones específicas que le competen en las materias de Gobierno que le encomienda la Constitución”²⁶⁹.

Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853) desarrolló la autonomía normativa municipal planteada en la Constitución de 1979, concretando la autonomía económica y administrativa constitucional, al establecer facultades normativas para dictar ordenanzas municipales que tenían rango de ley, aplicar dichas normas mediante su poder administrador y, en todo caso, ejercer el derecho de acción en defensa de su autonomía.

Es así que tanto de las normas constitucionales como de la Ley Orgánica de Municipalidades, se desprende el tejido de competencias municipales, conforme al cual el TGC debía verificar la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 651. De acuerdo con esta tesis del bloque de constitucionalidad²⁷⁰, postulada en el artículo 22° de la propia Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, se estableció que para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales materia de control —entre ellas los decretos legislativos— el Tribunal debía considerar además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado.

268. Ignacio de Lojendio, *Autonomía y consenso*, en *Federalismo y regionalismo*, op. cit., p. 64.

269. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, op. cit., p. 7.

270. Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (Coordinador Martín-Retortillo), tomo I, op. cit., pp. 3 ss.

Sin embargo, el razonamiento judicial de la sentencia de TGC no se apoyó conscientemente en el mandato de utilizar el bloque de constitucionalidad, como parámetro de valoración de la inconstitucionalidad o no de una ley, sino más bien en una suerte de positivismo social y normativista, debido a que la raíz última para declarar inconstitucional al D.L. N° 651 fue que “la regulación del transporte urbano compete exclusivamente a la Municipalidad para que se establezca un equilibrio justo entre el interés del usuario (del pueblo) y la razonable rentabilidad del empresario para el mejoramiento del servicio dentro de la economía social de mercado”, así como que en la Ley Orgánica de Municipalidades en la medida que se “especifican las funciones y competencias de acuerdo a los principios de Justicia Social, en especial en la presente coyuntura sin agraviar al pueblo usuario del servicio”²⁷¹.

Pero, es del caso dilucidar si el D.L. N° 651 llenaba un vacío normativo de la legislación municipal, o si por el contrario modificaba la LOM, afectando el bloque constitucional en materia de autonomía municipal. Al respecto, es del caso señalar que si bien el Poder Ejecutivo justificó su función legislativa derivada, lo realizó en base a la doctrina política de la soberanía de la representación del Congreso, la misma que estaba supeditada a la doctrina jurídica de la soberanía de la Constitución, en tanto fuente suprema de derecho²⁷². La supremacía de la norma constitucional imposibilitaba al gobierno, como a la mayoría parlamentaria, normar ilimitadamente materias relativas a la autonomía local. Dicho en otras palabras, el D.L. N° 651 debía supeditarse lealmente a los mandatos constitucionales que aseguraban la defensa del fuero municipal.

En tal sentido, la autonomía municipal garantizada en la Constitución se vio violentada, a través de la delegación de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, en mérito al poder del Presidente de la República de establecer su voluntad en el Consejo de Ministros como decisión legislativa, cabía aplicar la tesis de la «garantía institucional» como una barrera que protección de la autonomía municipal. Más aún, cuando en el Perú el poder presidencial de Fujimori había sometido al poder legislativo a su decisión política, en virtud de un mesianismo económico neoliberal incontrolable²⁷³.

271. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651...*, op. cit., pp. 7-8.

272. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 27 ss.

273. Cynthia McClintock, *Presidents, messiahs, and constitutional breakdown in Peru*, en *The failure of presidential democracy, the case of Latin America*, Volume 2, op. cit., pp. 304 ss.

Ante este ejercicio absoluto del poder legiferante del Presidente, se hubiera podido oponer la doctrina de la garantía institucional, que encuentra sus raíces en la doctrina constitucional alemana que estudió la Constitución de Weimar en 1919²⁷⁴, debido a que la regulación de las libertades públicas y las organizaciones constitucionales básicas, quedaron establecidas débilmente en un entresijo de derechos, garantías y órganos, sin asegurar medidas protectoras que les diesen eficacia a los contenidos constitucionales, frente a las disposiciones del legislador ordinario que las desvirtuasen, usualmente en periodos de dictadura parlamentarias.

En tal sentido, en los casos de dictaduras presidenciales que se arrojan las facultades legislativas delegadas o ejercen abusivamente sus facultades normativas extraordinarias mediante los decretos legislativos o los decretos de urgencia, se pudo plantear la vieja institución de la garantía institucional; en tanto, "la finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución en la medida en que estas han pasado a ser esenciales e identificativas de la misma"²⁷⁵.

La garantía institucional tampoco es una panacea para controlar los excesos legiferantes del presidencialismo, sino una vía más de racionalización del ejercicio de las funciones legislativas del Presidente y del Congreso. En cuanto tal, el Tribunal de Garantías Constitucionales podía haber ejercido su control constitucional, estableciendo que la competencia municipal para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito, reconocida en el artículo 254°-5 de la Constitución junto con los artículos 10°-5, 69° de la Ley Orgánica de Municipalidades, delimitaban la autonomía municipal en materia de regulación del transporte público. Instituto que estaba protegido por una garantía institucional que no podía ser vulnerada por las leyes del Congreso o los decretos legislativos del Poder Ejecutivo. En ese sentido, el DL N° 651 contrario a la garantía institucional de la autonomía municipal en materia de transporte urbano, era una norma inconstitucional por cuanto desconocía o vaciaba de contenido a la autonomía local.

La garantía institucional de la autonomía municipal de la Constitución de 1979 contenía mandatos obligatorios del poder constituyente, que se podían hacer efectivos en conexión con el cumplimiento de las funciones establecidas para las municipalidades en la LOM. Por eso, la facultad legislativa delegada del Poder Ejecutivo no era ilimitada, por el contrario, la soberanía

274. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 175 ss.

275. Luciano Parejo, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981, p. 23.

de su poder constituido no podía vulnerar el principio de la autonomía municipal establecido en la Constitución por el poder constituyente. En ese sentido, el Poder Ejecutivo no podía modificar o vaciar el contenido de la Constitución, ni de la Ley Orgánica de Municipalidades, debido a que el mandato constitucional de protección de la garantía institucional de la autonomía municipal lo impedía; más aún, la propia Ley Orgánica de Municipalidades, por su aprobación parlamentaria reforzada de más de la mitad del número legal de sus miembros en cada Cámara, era un mecanismo de protección reforzada de la autonomía municipal, en todo caso modificable por otra ley orgánica²⁷⁶.

En tal sentido, en la jurisdicción constitucional comparada, "la cuestión de la autonomía local ha sido la materia natural donde el Tribunal Constitucional y la doctrina ha utilizado ampliamente la expresión garantía institucional. Nada hay que objetar a esta técnica, salvo que no es más que una abreviatura para la correcta expresión de *institución garantizada por la Constitución*"²⁷⁷.

Avanzando en la configuración de la garantía institucional, se podría decir entonces que la aplicación de la garantía institucional, se debe entonces, a una interpretación o aplicación de la Constitución, por parte de los legisladores que llevan a la supresión o vaciamiento del contenido esencial de la autonomía económica y administrativa de las municipalidades. Ahora, las características jurídicas de la garantía institucional de la autonomía local son las siguientes²⁷⁸:

- a. Estructura normativa de carácter jurídico-público formada, es decir, delimitada y diferenciable. Tal es el caso de la autonomía municipal que la Constitución le asignó competencias en lo económico y administrativo.
- b. Sujeto de derecho, titular del bien jurídico-constitucional establecido, ya sea una institución o una persona, lo cual no siempre es un requisito. De acuerdo a la Constitución, las municipalidades son los sujetos titulares de la autonomía municipal.

276. José Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 107 ss.

277. Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, 1994, p. 165.

278. Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1979, pp. 23-24.

- c. Reconocimiento de derechos objetivos accionables con la garantía institucional. En efecto, la autonomía local era un instituto tutelable y exigible de protección, como se procedió ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante la acción de inconstitucionalidad contra el D.L. N° 651.

De ese modo hubiera quedado configurada la garantía de la autonomía local como límite al Decreto Legislativo N° 651, con un grado de eficacia argumental que podía haberse instrumentalizado por el TGC, armonizando el decreto legislativo con el bloque constitucional. Pero es importante agotar el análisis de los núcleos de regulación de las normas en conflicto, mediante el test de la competencia y no apelar sólo a la distribución de competencia sin demostrarla, como fundamentó la sentencia: “Por consiguiente es inconstitucional la norma jurídica de menor jerarquía mediante la cual se sustraiga la materia constitucionalmente reservada a la competencia del Gobierno Local o cuando dicha norma modifique o aboliere dicha competencia”²⁷⁹.

4.3 Test de la competencia

Dentro de los parámetros constitucionales delineados no había lugar para una interpretación unilateral de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo ni de la Ley Orgánica de Municipalidades, sino a partir de dilucidar si las competencias sobre la materia de la fijación del precio del transporte público eran materia del decreto legislativo del Poder Ejecutivo o era una materia propia de la Ley Orgánica de Municipalidades y por ende del Congreso.

Para lo cual, es necesario precisar que la integración del D.L. N° 651 y la LOM, requería de un examen o razonamiento jurídico de dichas normas, basado en principios y reglas de lo que se denomina el test de la competencia²⁸⁰:

a. Principio de unidad. La unidad del gobierno con respeto de los gobiernos descentralizados, constituyó el fundamento de la organización y funcionamiento de la estructura del Estado peruano. La articulación de la diversidad dentro de la unidad constitucional, se basaba en la redistribución

279. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, op. cit., p. 6.

280. Santiago Muñoz Machado, *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 72 ss; asimismo, César Landa, *Balance constitucional de la regionalización*, op. cit., pp. 244 ss.

funcional y territorial del poder, en virtud de la cual se debía asegurar la independencia y la autonomía del gobierno local en relación al gobierno central, dentro de la fórmula política del gobierno unitario y representativo del artículo 79° de la Constitución de 1979.

Por ello, los magistrados del TGC señalaron que “es verdad que el Municipio «no es un Estado dentro de otro Estado»: pero, también es verdad que es ineludible el deber jurídico constitucional de respetar las competencias de cada nivel de gobierno descentralizado; y, ese respeto, a su vez, genera la necesidad de compatibilizar sus concreciones para lograr un adecuado dinamismo y desarrollo del Estado y de la Nación”²⁸¹.

En ese sentido, el principio de unidad con respeto de la descentralización suponía subordinar el principio de la jerarquía normativa al de la competencia, lo que no era impedimento para que se ponderase la preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses locales, pero en el marco de las competencias y atribuciones establecidas en el bloque de la constitucionalidad. De ahí que se podía aplicar una suerte de cláusula residual, en caso de duda razonable sobre quién era el titular de la competencia o atribución, siempre que luego de aplicar el test de la competencia no fuese determinable el titular de la competencia.

En tal sentido, en el presente caso no se podía aplicar dicha presunción a favor del Decreto Legislativo N° 651, por cuanto el transporte público y la regulación de las tarifas no eran una materia propia del Gobierno Central, sino que se trataba de una materia propia del interés local, como es el precio del transporte público urbano e interurbano. Este vacío constitucional sobre las competencias del Estado, usualmente se definen en las constituciones de los Estados descentralizados —federales y regionales—²⁸².

b. Principio de competencia. Se puede hallar la distribución de las competencias en el bloque de constitucionalidad, a través de los siguientes pasos:

Lista de materias. Se refiere a la relación pormenorizada de las competencias que se asignan a los sujetos constitucionales en el bloque de constitucionalidad. Las competencias se refieren a materias, que también pueden ser generales y específicas. Así, en la Constitución se mencionaba

281. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, op. cit., p. 6.

282. Eduardo García de Enterría, *La significación de las competencias exclusivas del estado en el sistema autonómico*, en REDC, Año 2, N° 5, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1982, p. 66.

con carácter general en el artículo 255° que “las municipalidades provinciales tienen a su cargo, además de los servicios públicos locales, lo siguiente...”; mientras que con carácter específico se señalaba en el artículo 254° que “las municipalidades son competentes para: ... 5.- Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito...”. De otro lado, la Constitución señalaba con carácter general en el artículo 212° que “la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas a los Ministros en los asuntos que competen al ministerio de su cargo”.

La asistemática regulación de la materia de los servicios públicos, no era impedimento para apreciar que en base a la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades estableció que el manejo de la materia de transporte, en el marco del bloque de constitucionalidad, correspondía a las municipalidades.

Cláusulas generales. Se refiere al reparto de funciones generales entre los distintos órganos constitucionales. Así, las clásicas funciones de legislar para el Poder Legislativo, administrar para el Poder Ejecutivo y juzgar para el Poder Judicial son válidas pero insuficientes. Por cuanto, la potestad legislativa también la podía desarrollar el Poder Ejecutivo mediante decretos legislativos, como fue el caso del Decreto Legislativo N° 651, pero en el ámbito de la delegación de facultades o de sus competencias.

De ahí que el decreto legislativo en cuestión, debió no solamente articularse con la ley autoritativa sino también con la Ley Orgánica de Municipalidades, en un ámbito de *colaboración internormativa*²⁸³. Habida cuenta que si bien la reserva material, en la cual actuaba la ley orgánica, impedía que el decreto legislativo extendiese su competencia normativa a cualquier esfera legislativa, sino residualmente a la que le correspondía. No era menos cierto que si la ley autoritativa hubiera sido aprobada por más de la mitad del número legal de miembros de ambas Cámaras –votación válida para leyes orgánicas– y se hubiera aprobado la delegación de facultades en materia de reforma del Estado, hubiese sido más discutible plantear que el decreto legislativo había desnaturalizado o vaciado de contenido a la autonomía municipal en materia de regulación de los precios del transporte público.

Asimismo, en base al concepto de fuerza de ley²⁸⁴, la Ley Orgánica de Municipalidades tenía *fuerza pasiva* frente al Decreto Legislativo N° 651, es

283. Enrique Linde, *Leyes orgánicas*, Madrid, Linde editores, 1990, pp. 46 ss.

284. Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en *RAP*, Nos. 100-102, p. 420 ss.

decir, que podía resistir a las modificaciones que pretendía realizar el Poder Ejecutivo, mediante el mencionado decreto legislativo, debido a que la función legislativa delegada dada sus características de ser tasada, temporal y excepcional, no gozaba de una *prius* presunción de constitucionalidad ante la Ley Orgánica de Municipalidades, sino que ésta dado su carácter agravado de aprobación por el órgano por excelencia representativo y legislativo, gozaba de un *plus* en la presunción de constitucionalidad²⁸⁵.

También se pudo señalar que la fuerza de la ley asignó al Decreto Legislativo N° 651 también una *fuerza activa*, en mérito a lo cual podía innovar el ordenamiento jurídico, modificando normas de igual rango, en el ámbito de las materia y por el tiempo que el Congreso le había habilitado; pero, a excepción de la Ley Orgánica de Municipalidades.

De modo que era el principio de competencia, y no el de jerarquía, que debía regular las relaciones entre una ley orgánica y una ley ordinaria. Por ello, para terminar de aclarar estas relaciones entre la ley orgánica y el decreto legislativo,

es preciso tomar como punto de partida la distribución constitucional de los posibles contenidos de la ley en dos bloques distintos (definido positivamente sólo uno de ellos, y residualmente el otro), correspondientes a cada una de las dos modalidades legislativas. Ambas tienen su ámbito material propio y no es posible una violación de las reglas constitucionales sobre distribución de las materias objeto de una y otra, ni en un sentido ni en el otro²⁸⁶.

En ese sentido, la diferencia entre la LOM y el D.L. N° 651 no se verificaba en virtud del principio de la jerarquía, ya que ambas normas eran *per se* de rango legal, sino en razón del principio de la competencia originaria y derivada. Vale decir que la ley orgánica era competente para regular materias que, a juicio de las Cámaras del Congreso, requería de la votación de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara²⁸⁷. Mientras tanto los decretos legislativos eran competentes sólo para regular las materias, y en el plazo determinado que la ley autoritativa del Congreso aprobaba.

285. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997, pp. 141 ss.

286. Juan Peman Gavin, *Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (Coordinador Martín-Retortillo), tomo I, *op. cit.*, p. 148.

287. La Constitución de 1979 dispuso que algunas materia en particular fuesen reguladas por ley orgánica: municipalidades, garantías constitucionales, poder judicial y ministerio público.

Ahora bien, las competencias podían estar distribuidas de la siguiente manera²⁸⁸.

i. Competencias exclusivas. Referidas a aquellas materias asignadas en exclusividad a favor de un organismo constitucional. Estas podían ser, a su vez, *positivas*, cuando son competencia única del gobierno local o central, y *negativas*, cuando los gobiernos central o local tenían prohibido o estaban impedidos de delegar dichas materias a otros entes. Este no era el caso de la materia de transporte público, dado que el gobierno central también regulaba una parte del servicio público de transporte en el ámbito de su competencia.

ii. Competencias compartidas. Se trataba de aquellas competencias en las que una misma materia estaba dividida en determinadas áreas de atención, distribuyendo responsabilidades entre dos o tres niveles de gobierno. En efecto, en materia de transporte público, era frecuente que hubiese materias compartidas, pero también sin una rígida división entre los mismos en la ley. Lo cual no fue óbice para que mediante la interpretación constitucional, el TGC delimitase los ámbitos competenciales de los niveles de gobierno en conflicto.

En efecto, sin perjuicio de que los magistrados del TGC asumieran primero una postura autolimitativa —*self restraint*— de sometimiento a la norma legal, en virtud de lo cual señalaron que “en el caso del problema de la vialidad y el transporte urge una nueva normatividad jurídica que regule de manera diferenciada pero interrelacionada: aquello que es de competencia del Gobierno Nacional, la parte que compete al Gobierno Regional y lo que es materia propia del Gobierno Local”. En segundo lugar, pasaron inmediatamente a plantear positivamente, propio de una sentencia orientadora o *sentenze-indirizzo*²⁸⁹, que

corresponde al Gobierno Central normar tanto básica como específicamente la vialidad y transporte de carácter nacional, pero en lo que concierne al transporte colectivo urbano debe concretarse únicamente a prever normas declarativas (que fijen solamente criterios básicos, rectores) inherentes al Modelo para que el Gobierno Local concre-

288. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 1981, pp. 267 ss.

289. Gustavo Zagrebelsky, *La corte costituzionale e il legislatore*, en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia* (a cura di Paolo Barile, Enzo Cheli, Stefano Grassi), Firenze, Sociedad editrice Il Mulino, 1982, pp. 105 ss.

te la regulación específica mediante Ordenanza Municipal en ejercicio regular y autónomo de su función normativa²⁹⁰.

iii. Competencia concurrente. Relativas a aquellas competencias que dan lugar a que dos o más organismos constitucionales asuman funciones específicas comunes. Así, las municipalidades tenían facultades para regular las tarifas de transporte público como el Congreso para legislar sobre el Código de Tránsito, o el Ejecutivo para organizar y dirigir la policía de tránsito, y cobrar las multas por las infracciones al Código de Tránsito. Es decir, había una relación de complementariedad que reposaba en la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, entre otras normas fundamentales, pero integradas bajo el principio de la supremacía constitucional como concepto teórico y práctico²⁹¹.

5. VALORACIÓN DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La labor del TGC puede ser caracterizada por sus resultados, no sólo como órgano judicial encargado de producir sentencias, sino también como un órgano constitucional en cuanto a sus modos de razonar judicialmente en causas políticas²⁹². Si bien el trabajo se centra en las funciones de control constitucional de las leyes, en la valoración del TGC resulta ineludible considerar también a los derechos fundamentales. En este sentido, a continuación se hace una breve caracterización de la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales.

5.1 Como organismo constitucional

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 –hasta antes del 5 de abril de 1992– se dictaron dos mil doscientas (2200) leyes por el Congreso, setecientos sesenta y siete (767) decretos legislativos y dos mil doscientos sesenta y dos (2262) decretos de urgencia presidenciales con fuerza de ley por el Poder Ejecutivo (ver Cuadro N° 2). Mientras que durante casi esa misma década el TGC sólo emitió (15) quince sentencias de inconstitucionalidad.

290. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 65,1 op. cit.*, p. 6.

291. Andreas Auer, *De la suprematie et de la dependance de la Constitution: un essai*, en *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, (Faculté de Droit de Genève), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991, pp. 15 ss.

292. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, en *REDC*, Año 2, N° 5, *art. cit.*, p. 37.

lidad de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia sobre las escasas 25 demandas de inconstitucionalidad recibidas. El contraste salta a la vista: en promedio, por cada trescientos cuarenta y ocho (348) normas legales dictadas por el gobierno sólo una norma (1) fue materia de control constitucional por parte del TGC. Más aún, del total de cinco mil doscientas veintinueve (5229) normas legales aprobadas en ese periodo de diez años, sólo cuatro (4) fueron declaradas inconstitucionales.

CUADRO N° 2
ACTIVIDAD LEGIFERANTE GOBIERNO/PARLAMENTO

	Belaunde (1980-1985)	García (1985-1990)	Fujimori (1990-1992)*
Leyes**	1080	980	140
Decretos Legislativos	348	263	156
Dec. Supremos de Urgencia	667	1033	531
Decretos Supremos Extraordinarios	—	—	31

* Hasta el 5 de abril de 1992
** Incluye las 30 Resoluciones Legislativas dadas en el periodo

Fuente: Diario Oficial *El Peruano*, Boletín Oficial.

Elaboración: Juan Jiménez Mayor, *Las relaciones parlamento-ejecutivo y el sistema legislativo, algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, 1994, Lima, p. 150.

En consecuencia, se puede afirmar en términos generales que el TGC tuvo una insignificante labor de defensa constitucional de las violaciones de las normas legales de la mayoría parlamentaria y que, por el contrario, fue un activo defensor de la legalidad, debido sobre todo a las no-sentencias que emitieron. Pero, en términos específicos, se puede señalar que durante los dos primeros años del primer gobierno de Fujimori —de 1990 a 1992— el TGC actuó como un activo defensor de la Constitución social de 1979, en las pocas causas que resolvió. Lo cual pone el acento en el problema de la falta de homogeneidad jurídica, de la mayoría de los magistrados, para tomar resoluciones colegiadamente. Problema que no se superaba sólo con la probidad y honorabilidad de los magistrados²⁹³.

293. Ernesto Blume Fortini, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Ius et Praxis*, Año III, Lima, Universidad de Lima, 1984, pp. 111 ss.

La existencia de escasas quince sentencias, recaídas sobre las acciones de inconstitucionalidad demandadas ante el TGC, en un periodo de diez años aproximadamente, ha tratado de explicarse señalando que el requisito para plantear dicha acción por parte de la ciudadanía era excesivo —50,000 firmas—, además del escaso y/o nulo ejercicio de la acción por el Presidente de la República, un tercio de los Senadores o Diputados, la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal de la Nación²⁹⁴. Es decir, que si bien la legitimidad procesal activa estaba reservada fundamentalmente para las principales autoridades constitucionales del país, la alta exigencia de firmas ciudadanas prácticamente eliminó la participación de la población afectada, por ello sólo llegaron a presentar una acción de inconstitucionalidad —en la demanda que interpusieron los trabajadores de las comunidades industriales (en enero de 1992, contra una ley que vulneraba sus derechos constitucionales; no llegó a resolverse la causa por la abrupta clausura del tribunal).

Sin embargo, el problema no radicaba solamente en la falta de una mayor legitimidad procesal activa, sino que existiendo organismos y magistraturas constitucionales encargadas de defender la Constitución, directa o indirectamente, algunos no plantearon ninguna acción de inconstitucionalidad, los Presidentes de la República Fernando Belaunde y Alan García —aunque sí vetaron algunas leyes— y la Corte Suprema de Justicia. Correspondiéndole a los diputados y senadores de la oposición parlamentaria la tarea principal de interponer el mayor número de las demandas de inconstitucionalidad. Mientras que al Fiscal de la Nación le cupo plantear tres acciones y a los ciudadanos una demanda. Lo cual pone de manifiesto que tanto el Presidente de la República como las mayorías parlamentarias, legislaron sin buscar el consenso político de las minorías parlamentarias, de ahí que la oposición parlamentaria hiciera uso, relativamente frecuente, de las acciones de inconstitucionalidad en la defensa de la Constitución y de sus intereses²⁹⁵.

Ahora, la valoración constitucional del Tribunal de Garantías Constitucional debe apreciar junto al control constitucional abstracto de las leyes, el control constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. En materia de protección de los derechos fundamentales, se puede observar una significativa utilización de las garantías constitucionales ante el Poder Judicial, pero una escasa utilización de los recursos casatorios contra las sentencias

294. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales*, Trujillo, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994, p. 87; asimismo, Manuel Aguirre, *La razón principal del fracaso del TGC*, op. cit., p. 7.

295. Juan Jiménez Mayor, *Las relaciones parlamento-ejecutivo y el sistema legislativo, algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana*, art. cit., p. 153, y; César Landa, *La tolerancia política en el quehacer parlamentario*, art. cit., p. 38, ambos, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1994.

judiciales en materia de acciones de amparo y sobre todo de habeas corpus en el periodo de vigencia de la Constitución de 1979 (ver Cuadro N° 3).

Esta situación fue así, no obstante que la década 1982 y 1992 estuviera caracterizada, por un lado, por la frecuente violación de los derechos humanos, debido a la acción terrorista de Sendero Luminoso y a la acción represiva legal e ilegal de las Fuerzas Armadas, sobretodo bajo los estados de emergencia²⁹⁶; y, por otro, por la crisis económica, social e institucional que fomentó la arbitrariedad de las autoridades, y de los poderes privados y particulares, contra los derechos constitucionales económicos y sociales de los trabajadores y servidores públicos básicamente, en función del modelo económico aplicado²⁹⁷.

CUADRO N° 3
CAUSAS VISTAS EN MATERIA DE ACCION DE AMPARO Y
DE HABEAS CORPUS

AÑOS	AMPARO	HABEAS CORPUS	TOTAL
1983	27	03	30
1984	54	15	69
1985	25	05	30
1986	56	13	69
1987	68	13	81
1988	43	09	52
1989	32	02	34
1990	75	07	82
1991	68	15	83
1992*	46	01	47
TOTALES	494	83	577

* Hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el TGC.

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el diario oficial *El Peruano* y Gabriela Guillén Fernández, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en *Ius et Praxis* N° 17, Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

296. José Eguiguren, *El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988*, en AA.VV., *La Constitución diez años después...*, op. cit., pp. 263 ss.; asimismo, Guillermo Vargas, *Habeas corpus en los Estados de Excepción: Perú 1986-1987*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 203 ss.

297. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el Péndulo...*, op. cit., pp. 157 ss.; asimismo, Fernando Sánchez, *Aplicación y resultado del régimen económico de la Constitución*, en AAVV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 75-135.

Resulta paradójico que durante este periodo, con la existencia de gobiernos democráticos, basados en el Estado constitucional y las situaciones de violencia política y crisis económica, haya sido escaso el ejercicio cívico de los agraviados en la defensa de sus derechos fundamentales ante el TGC. Esta situación se explicaría, en buena medida, por la falta de conocimiento o legitimidad que le asignaron los justiciables a los recursos casatorios de sentencias sobre las denegatorias de las acciones de garantía constitucionales del Poder Judicial, dada la crisis del Estado de Derecho y la falta de una tradición de defensa de la libertad. En efecto, "la libertad solamente se hace real a través de la cultura, más allá del estado natural, en la globalización por medio de la familia, del estado constitucional y de la comunidad de los pueblos"²⁹⁸.

Pero, resulta aún más preocupante que el propio TGC, organismo llamado a tutelar los derechos fundamentales, desestimó la mayoría de los recursos casatorios contra las resoluciones denegatorias de la Corte Suprema en materia de *habeas corpus* y *amparo*, poniendo en evidencia la poca relevancia que le otorgaba la justicia constitucional, a los escasos procesos constitucionales que inició la ciudadanía (ver Cuadro N° 4).

CUADRO N° 4
RESOLUCIONES SOBRE LAS ACCIONES DE AMPARO Y
DE HABEAS CORPUS (1982-1992*)

	CASADAS	NO-CASADAS	PRONUNCIAMIENTOS	TOTAL
AMPAROS	89 (18%)	377 (76.4%)	27 (5.4%)	493
HABEAS CORPUS	08 (9.6%)	67 (80.7%)	08 (9.6%)	83
TOTALES	97 (16.8%)	444 (77%)	35 (6%)	576

* Hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el TGC.

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, diario oficial *El Peruano* y Gabriela Guillén, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en *Ius et Praxis* N° 17, Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

298. Peter Häberle, *El concepto de los derechos fundamentales*, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (editor José Sauca), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 103. Asimismo, del mismo autor, *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, en *Pensamiento Constitucional...*, op. cit., pp. 54-57.

52 Como órgano judicial

El razonamiento judicial de los magistrados del Tribunal se caracterizó, en términos generales, por un positivismo normativista y social, lo que creó una jurisprudencia de conceptos, antes que una jurisprudencia innovativa, basada en principios y métodos de interpretación constitucionales. Debido, por un lado, a la falta de experiencia de vida democrática y constitucional del Perú, que dio lugar a una reflexión constitucional elemental desvinculada de la realidad concreta, poco uniforme y poco creadora²⁹⁹. Lo cual, en parte, es explicable. Por otro lado, en razón a la trayectoria profesional civilista, procesalista o judicialista más no constitucionalista de la mayoría de los magistrados constitucionales, que ejercieron su función de control constitucional con los vicios propios de un proceso judicial ordinario.

En efecto, el razonamiento judicial de la mayoría de los magistrados constitucionales estuvo atado a una práctica judicial positivista. Si bien existen varios modelos de resolución judicial positivista: a) el modelo silogístico de la subsión del caso en una norma preestablecida; b) el modelo realista, donde el juez primero decide y luego justifica; c) el modelo de la discreción judicial, que defiende el poder político del juez, y; d) el modelo de la respuesta correcta, donde el juez carece de discreción y por tanto de poder político³⁰⁰. Lo cierto es que la justicia constitucional peruana estuvo inmersa en la mayoría de sus sentencias en un concepto positivista-normativista. En virtud de la cual muchas veces se disoció la norma de la realidad; es decir, que los magistrados constitucionales fueron sólo la *bouche de la loi* constitucional, sin incorporar en su razonamiento judicial fenómenos de la realidad social concreta y no sólo teórica, que explicasen la existencia de su jurisdicción constitucional –silogístico–. En otras decisiones, los magistrados del Tribunal, a partir de la idea de considerarse meros aplicadores de la Constitución, instrumentalizaron la norma constitucional en el marco de un positivismo-social propio de una justicia decisionista o de discreción judicial.

Otra de las características más saltantes de la actividad jurisprudencial fue la falta de sentencias del TGC, debido a la diáspora de opiniones de los magistrados que no llegaron en cinco casos –un tercio de sus sentencias sobre inconstitucionalidad de las leyes– a emitir sentencias, sino sólo pronunciamientos. Amparados en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley N° 23385), que estableció que se declaraba inconstitucional una ley sólo con seis votos **conformes** de los nueve

299. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo*, op. cit., pp. 144-145.

300. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 20 ss.

magistrados, los magistrados no lograron emitir sentencia en los casos de la Ley de Terrorismo y Desacato; Ley de los votos válidamente emitidos; Ley del voto preferencial en la elección parlamentaria; y, Ley de expropiación de terrenos en favor del Club Yurimaguas (en dos oportunidades). Denominándolas a estas “no sentencias” como **pronunciamientos**, sin vinculación ni eficacia jurídica alguna.

Lo singular del caso es que, si bien por el principio colegiado de las sentencias de los tribunales, es deseable que las opiniones de los magistrados se expresen en un fallo unitario, esto no es incompatible con que se incorpore la opinión minoritaria o separada, mediante votos singulares³⁰¹. Pero, en las resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, un tercio de las causas no tuvieron sentencias debido a los fallos disidentes, que se convirtieron en la regla y no en la excepción.

La razón de esta práctica judicial de votos singulares —no exento de cierto protagonismo—, como fuente de dispersión en la búsqueda de una opinión colegiada, deslegitimó al propio TGC, porque reflejó no sólo el enfrentamiento entre ideologías jurídicas en el seno del tribunal, sin llegar ninguna a triunfar, al no obtener seis votos necesarios para hacer sentencia, sino que también expresó el carácter político conflictivo de ciertas causas —como la acción de inconstitucionalidad contra la primera ley antiterrorista; contra la ley de los votos válidamente emitidos para la elección presidencial; y contra la ley electoral del doble voto preferencial para las elecciones parlamentarias—. El tribunal prefirió abstenerse de fallar y sólo emitió “pronunciamientos” acompañados, eso sí, de sendos votos singulares.

Votos particulares que por un lado expresaron discrepancias subjetivas sobre la valoración de la Constitución y, por otro, la defensa del interés público, en tanto primaba la responsabilidad de algunos jueces ante la Constitución, facilitando a la sociedad, con la publicación de sus votos particulares, un medio de control de su actividad como magistrados³⁰². Pero llevado al extremo los pronunciamientos, socavaron la propia eficacia y el respeto a la Constitución, en tanto no conseguían hacer sentencias.

Esta lógica positivista de resolución judicial, también se puede apreciar en la tutela de los derechos fundamentales a cargo del TGC. La Ley Orgánica

301. Antonin Scalia, *Remarks on dissenting opinions*, en Corte Costituzionale, *L'opinione dissenziente* (a cura di Andele Anzon), atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con una antologia di opinioni dissenzienti di Giudice costituzionali e internazionali, Milano, Giuffrè editore, 1995, pp. 411 ss.

302. Francisco Ezquiaga, *El voto particular*, Madrid, CEC, 1990, pp. 142 ss.

del Tribunal de Garantías Constitucionales estableció que agotada la vía judicial ordinaria, la función casatoria del tribunal podía darse en contra de resoluciones judiciales, cuando hubiesen violado la ley, aplicado falsa o erróneamente la ley o cometido infracciones en el procedimiento constitucional. Sin embargo, el razonamiento de la mayoría de los magistrados constitucionales fue fallar sobre el fondo del asunto antes que casar o no casar las resoluciones judiciales puestas a su consideración. Convirtiéndose el TGC en una suerte de cuarta instancia judicial, con el agravante de que la mayoría de las resoluciones de habeas corpus (80.7%) y amparo (76%) fueron por la no casación³⁰³, a pesar de los comentarios optimistas entorno a las virtudes teóricas de la justicia constitucional³⁰⁴.

En efecto, la labor casatoria en materia de habeas corpus fue apenas de un 9.6% y en materia de amparo un 18%. Lo que demuestra una jurisprudencia constitucional residualmente garantista de la protección de los derechos fundamentales invocados por los justiciables. Una explicación de estos resultados se encuentra en que el razonamiento judicial fue

a) Las acciones de garantía (demandas de amparo y de habeas corpus) tienen por objeto la defensa de los derechos constitucionales; b) por tanto, si en ellas no se prueba la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, procede desestimarlas; y, c) en consecuencia, —¡oh terrible y nefasta consecuencia!— las resoluciones llegadas en casación no deben revocarse (“casarse”), cuando en los autos correspondientes no se demuestre el atentado (violación, lesión o amenaza) contra algún derecho constitucional, aun cuando en dichas resoluciones recurridas aparezcan las causales de casación³⁰⁵.

Este razonamiento judicialista, basado en el principio de la economía procesal, también partía de asumir virtualmente que no se podía resarcir la violación de los derechos fundamentales, a menos que el interesado hubiese probado la afectación de su derecho, cuando en realidad en un ambiente de violencia y crisis social, eran el Estado y los poderes privados los agentes proclives al quebrantamiento de los derechos fundamentales y, en consecuencia, existían supuestos reales que razonablemente podían llevar al TGC a un activismo judicial en aras de la tutela de los derechos humanos³⁰⁶.

303. Samuel Abad, *Selección de jurisprudencia constitucional, habeas corpus y amparo*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1990; asimismo, Julio Carrión Lugo, *Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Revista del Foro* N° 2, CAL, Lima, 1985, pp. 185 ss.

304. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional*, op. cit., p. 92.

305. Manuel Aguirre, *La razón principal del fracaso del TGC*, op. cit., p. 10.

306. Alberto Borea, *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, p. 47; asimismo, Oscar Aliaga, *Constitución peruana*,

En definitiva, la valoración de la jurisdicción constitucional, si bien se enmarca en la propia crisis de maduración democrática del Estado constitucional peruano, se puede decir que el TGC cumplió un tímido rol como órgano de control de la Constitución; jugó un opaco papel en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y una relativa labor de control constitucional de tutela judicial de los derechos fundamentales³⁰⁷. Pero también dejó sentada la premisa de que la supremacía constitucional, y los valores democráticos que ella incorpora, resultaron eficaces, cuando los magistrados asumieron una «voluntad de Constitución» (*Wille zur Verfassung*)³⁰⁸, de defensa del constitucionalismo social de la Constitución de 1979.

No obstante, en este último empeño, los magistrados constitucionales no lograron la unidad y la legitimidad constitucional necesarias para la defensa de su labor de control constitucional, motivo por el que, con el autogolpe de Estado del Presidente Fujimori, el 5 de abril de 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue clausurado junto a otras instituciones, abriéndose una etapa de gobierno de facto absoluto, con un constitucionalismo flexible y autoritario, que dejó sin defensa a los derechos fundamentales de los ciudadanos y sin control constitucional al gobierno de Fujimori. Poder de facto absoluto, que pronto se vio sometido a la presión nacional y sobre todo a la presión internacional. En función de las cuales se organizó el retorno a la democracia, mediante la dación de una nueva Constitución que consagró un modelo constitucional para la justicia constitucional, que a continuación se presenta en sus características más saltantes.

derechos humanos y libertad física, en *La Constitución peruana del 1979 y sus problemas de aplicación* (F. Eguiguren editor), Lima, Cultural Cuzco, 1987, p. 91.

307. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional...*, op. cit., p. 87.

308. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 26 ss.

MODELO DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL

El análisis del modelo de jurisdicción constitucional incorporado en la Constitución de 1993, no está desvinculado del proceso que aconteció a partir del 5 de abril de 1992, es decir la etapa en que se desarrolló el periodo del gobierno de facto absoluto de Fujimori³⁰⁹, que se inició con la clausura, entre otras instituciones, del propio Tribunal de Garantías Constitucionales por Decreto Ley N° 25422, al cesar inconstitucionalmente a todos sus magistrados. A su vez, el Presidente modificó la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo para impedir la interposición de garantías constitucionales, como el habeas corpus, y sobre todo la acción de amparo. También reformó la propia Ley Orgánica del TGC, cuando ya no podía actuar como instancia casatoria, debido a su clausura, para evitar que particulares pudiesen ejecutar una sentencia de amparo desfavorable al Estado.

Todo esto significó que el control constitucional de las leyes, y la revisión de las resoluciones denegatorias sobre garantías constitucionales a cargo del TGC, quedaron proscritas. Apenas los habeas corpus y las acciones de amparo, que tutelaban los derechos fundamentales de la Constitución de 1979, podían ser incoadas ante el Poder Judicial. Pero su mérito era resuelto en última instancia por una pléyade de vocales y magistrados nombrados por decretos leyes, amedrentados o sometidos al poder de facto político y militar³¹⁰.

Esta realidad constitucional se vio reflejada en el debate constituyente en el CCD, como se ha señalado, en tanto se eliminó al Tribunal Constitucional en los dos anteproyectos y dictamen constitucional de la mayoría

309. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, op. cit., pp. 101 ss.; Fernando Rospigliosi, *Las fuerzas armadas y el 5 de abril...*, op. cit., pp. 66 ss.; CAJ, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*, en LTC N° 9, pp. 146 ss.; Eduardo Ferrero (editor), *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú*, Lima, 1992.

310. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, IDL, 1994, pp. 79-86; este informe fue el resultado de un acuerdo de entendimiento entre el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno del Perú, para que una comisión, presidida por el Profesor Robert Goldman, evalué las características más importantes del sistema judicial y las reformas legales y constitucionales introducidas.

fujimorista, hasta su incorporación final en el pleno del CCD sin mayor debate u oposición gubernamental. Por ello, sólo nominalmente se puede señalar que el modelo de jurisdicción constitucional consagrado, en la Constitución de 1993, continúa parcialmente la senda iniciada en la Constitución de 1979, incorporando en su seno dos sistemas, el difuso y el concentrado de jurisdicción constitucional³¹¹, configurando de este modo un modelo dual imperfecto de jurisdicción constitucional.

Es así que la Constitución de 1993 reconoce en el Capítulo VIII del Poder Judicial, del Título IV De la Estructura del Estado, por un lado, la potestad del *judicial review* o control difuso de la Constitución, en tanto que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”, según el Art. 138º *in fine*. Por otro lado, le corresponde también al Poder Judicial resolver en primera y segunda instancias las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, mientras que la acción popular, la justicia ordinaria la resuelve en todas sus instancias judiciales, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 200º-5 y 202º-2 de la Constitución. Cabe precisar que el Tribunal Constitucional goza de un rol prevalente sobre el Poder Judicial, en tanto subordina las resoluciones judiciales a sus decisiones, en materia de garantías constitucionales y en asuntos de interpretación y, en consecuencia, de aplicación de la Constitución.

En efecto, el Título V De las Garantías Constitucionales reconoce al Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución, y lo convierte en instancia de fallo, en tanto que tiene competencia para resolver en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, según el Art. 200º incisos 2, 3, 4 y 6. También le faculta para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales con rango de ley, así como para resolver los conflictos de competencias y atribuciones entre los poderes y organismos constitucionales³¹².

-
311. *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit., p. 837, también publicado en Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, con un estudio preliminar de Gerardo Eto, Trujillo, Marsol editores, 1998, p. 40; asimismo, Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad*, op. cit., p. 92.
312. Carlos Mesía, *La jurisdicción constitucional en el Perú en la Constitución de 1993*, en *Derechos Humanos. Instrumentos internacionales y teoría* (Walter Gutiérrez y Carlos Mesía, compiladores) Lima, Edición W.G. editor oficial, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 616 ss.

El número de magistrados del Tribunal Constitucional es de siete, correspondiéndole al Congreso de la República la nominación de todos los magistrados constitucionales, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de congresistas, esto es, con ochenta votos de los ciento veinte representantes. Si bien una de las pocas críticas gubernamentales fundamentales al TGC fue su excesiva politización, sobre todo en la primera etapa del gobierno de Fujimori –1990 a 1992–, la Constitución abandona el sistema de la designación tripartita por parte del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo de sus nueve magistrados, por un sistema cien por ciento político de elección de los siete magistrados por el Congreso³¹³.

Sin embargo, el actual sistema de elección concentrado en el Congreso unicameral, requiere de una mayoría de dos tercios que obliga al pacto entre los grupos parlamentarios, con lo cual la mayoría y las minorías parlamentarias quedan tácitamente obligadas a votar en conjunto. Es del caso señalar que el Congreso unicameral integrado por 120 parlamentarios, en el periodo 1995-2000, donde el gobierno cuenta con 67 escaños y la oposición con 53, no llegaron pacíficamente a elegir a los magistrados del TC durante un año, debido al veto de algunos de sus candidatos (ver Tercera Parte, Cap. III, 1).

Sin perjuicio de los alcances y límites de la nominación de los magistrados constitucionales, corresponde perfilar las características o elementos fundamentales de los procesos constitucionales.

1. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.1 Legitimidad procesal

La legitimidad procesal activa para interponer la acción de inconstitucionalidad ha sido consagrada extensivamente al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo, a veintiocho congresistas, a cinco mil ciudadanos, a los colegios profesionales en los asuntos de su especialidad. Pero si se tratase de incoar ordenanzas municipales, puede demandar el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito municipal, siempre que ese número no exceda de las cinco mil firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, y por los Presidentes de Región, con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales, con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia según dispone el art. 203º de la Constitución³¹⁴.

313. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, op. cit., pp. 453-454.

314. Enrique Bernal con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, op. cit., p. 725.

Sin embargo, por un lado, cabe precisar que la máxima autoridad regional goza de capacidad para interponer una acción de inconstitucionalidad contra las normas regionales de carácter general, según el art. 200º-4 de la Constitución, aunque hubiera sido coherente también otorgar legitimidad procesal activa a un porcentaje determinado de ciudadanos regionales interesados, para interponer una acción de inconstitucionalidad contra las normas legales regionales. Por otro lado, en comparación con el sistema anterior que exigía cincuenta mil firmas de ciudadanos y no distinguía si se trataba de normas locales, regionales o sectoriales, lo cual fue criticado en su momento³¹⁵, esta Constitución amplía la base social para las demandas ciudadanas en busca de control y límite constitucional de las normas con rango de ley.

La Constitución, asimismo, innova al ampliar la legitimación constitucional a los gremios profesionales, a los cuales la Constitución también les ha reconocido una participación social más activa, en otras instituciones como en el Consejo Nacional de la Magistratura; facultando que un representante de los Colegios de Abogados del país y otro de los demás colegios profesionales integren dicho Consejo (Art. 155º, incisos 3 y 4), así como también otorgando al Colegio de Abogados de Lima la atribución de elegir a un representante ante el Jurado Nacional de Elecciones (Art. 179º, inciso 3).

No obstante lo señalado, la democratización de la legitimidad procesal activa ha recibido crítica: “A nuestro entender la legitimación comentada ha sido regulada por la nueva Constitución con una, a todas luces, desmedida amplitud”³¹⁶. Es del caso ponderar lo citado, considerando que la pobrísima experiencia del TGC en materia de expedición de resoluciones sobre inconstitucionalidad de las leyes, comentada anteriormente, en parte se debió a esta falta de democratización de la legitimación ciudadana e institucional de la acción de inconstitucionalidad.

Es preciso mencionar, por un lado que dada la nueva estructura unicameral³¹⁷, con una composición, organización interna y funcionamiento de una mayoría absoluta sin el concurso de la oposición parlamentaria, como por otro, un presidencialismo que ha dado muestras de ser capaz de quebrar

315. Colegio de Abogado de Lima, *Pronunciamento. Acción de inconstitucionalidad (Constitución Política, Art. 298º 1)*, en *Revista del Foro* N° 1, Enero-Junio, Lima, 1987, p. 17.

316. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993, op. cit.* p. 115.

317. Antonio Torres del Moral, *El Parlamento: monocameralismo y bicameralismo*, en *Ius et Praxis* N° 25, art. cit., pp. 40-41.

el orden constitucional. Las posibilidades de la aprobación unilateral de leyes, tratados, reglamentos del Congreso, decretos legislativos y decretos de urgencia, se convierte en una realidad no virtual sino concreta. Este desbalance del poder gubernamental requiere equilibrarse con el ejercicio de los derechos de las minorías –parlamentarias, municipales y regionales– y de la propia sociedad civil –ciudadanos y sus asociaciones profesionales–, para salvaguardar el principio de la supremacía constitucional de las leyes y el respeto de los valores democráticos³¹⁸.

Por ello, es del caso relieves la disminución del número de firmas de los congresistas para incoar una acción de inconstitucionalidad, por cuanto en el sistema anterior el requisito era de un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados –sesenta– o de Senadores –veinte–, que las minorías parlamentarias lograron reunir para plantear diversas acciones de inconstitucionalidad. En tanto que ahora, al reducirse al veinticinco por ciento de las firmas de los congresistas, se amplía también la protección de la justicia constitucional hacia la oposición y las minorías sociales, ya que sumando veintiocho firmas los congresistas pueden incoar normas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional.

La ampliación de la legitimación procesal al Defensor del Pueblo, institución creada específicamente en la Constitución de 1993, aparece como necesaria y refuerza las atribuciones constitucionales de defender los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos que ofrece a la ciudadanía, según dispone el art. 162º de la Constitución.

Finalmente, si bien “la legitimación procesal activa es muy vasta”³¹⁹, resulta paradójico que a la Corte Suprema titular en última instancia del control judicial de las leyes, se le haya excluido la potestad de plantear acciones de inconstitucionalidad, como le estaba reconocido en la Constitución de 1979. Lo que puede interpretarse como una clara ponderación de las funciones judiciales sobre las funciones constitucionales de la Corte Suprema, pero también supone una reserva casi absoluta del control constitucional de las leyes en torno al Tribunal Constitucional, en la medida que los jueces ordinarios están facultados constitucionalmente, en el caso de colisión entre una

318. Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I, São Paulo, Edição Saraiva, 1962, pp. 85 ss. y 129 ss.

319. Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit., p. 838.

norma constitucional y una legal, a preferir la primera. No obstante, es el control constitucional directo, mediante la acción de inconstitucionalidad, la garantía que caracteriza a la jurisdicción constitucional.

1.2 Funciones del control constitucional

El control constitucional de la ley tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional *-función de valoración-*; sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso es la eliminación de la norma incoada por inconstitucional *-función pacificadora-* del ordenamiento jurídico. Decisión que tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores -públicos y privados- de las normas jurídicas *-función ordenadora-*³²⁰. Sin lugar a dudas, la experiencia constitucional peruana, caracterizada por las emergencias y vaciamientos constitucionales, exige cuando menos otorgar algunas funciones adicionales a la acción de inconstitucionalidad, en el marco constitucional establecido.

Para tal efecto, hay que señalar que la Constitución de 1993 profundiza el esquema del sistema del control de constitucionalidad de la Constitución de 1979, en tanto reconoce al Tribunal como el órgano de control constitucional, encargado de resolver en única y definitiva instancia las acciones de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley. También le faculta a resolver en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. Asimismo, le autoriza a decidir sobre los conflictos de competencia o de atribuciones, según dispone el art. 202º de la Constitución³²¹.

El control constitucional de las normas con rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, tratados, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución, por el fondo o por la forma, es un control represivo y no preventivo, es decir, las normas legales sólo pueden ser incoadas por inconstitucionales una vez que hayan entrado en vigencia, o sea al día siguiente de su publicación. Pero, en base a la *función de la fuerza normativa* de la

320. Javier Jiménez Campo, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, en *Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 24 ss.

321. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, op. cit., pp. 101 ss.

Constitución³²², la no publicación de leyes o decretos de urgencia porque el gobierno los considera "secretos" no es óbice para demandar su inconstitucionalidad cuando menos por violación formal de la Constitución, al tener conocimiento extraoficial de los mismos. Lo cual es posible en el proceso de la acción popular contra normas administrativas que aún no han sido publicadas.

Otro tema sobre el cual guarda silencio la Constitución, es el control constitucional por omisión, previsto en otros ordenamientos constitucionales³²³, debido a que es usual que diversos mandatos constitucionales, expresos y con plazo fijo, no sean desarrollados legislativamente por el Congreso. Tal es el caso de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que estableció como primera prioridad de leyes de desarrollo: "las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995". Sin embargo, no se dictó dicha ley, ni se renovaron las autoridades regionales. En este sentido, entre otros, la omisión en *stricto sensu* del expreso mandato del constituyente, es una trasgresión de la norma constitucional debido a la inercia del legislador, constituyendo una auténtica violación a la Constitución³²⁴. En ese sentido, se puede decir que la función del control constitucional no debe reducirse sólo al examen de la ley, sino que la acción de inconstitucionalidad también debe cumplir una *función integradora*³²⁵ de la Constitución, mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Por otro lado, dado el uso frecuente de la legislación de emergencia, que opera en los bordes de las fronteras constitucionales, para no aludir al quebrantamiento directo de las mismas, cabe pensar que la acción de inconstitucionalidad cumpla una *función de eficacia integradora*³²⁶ de la Constitución derivada de lo anterior, pero, orientada a hacer respetar la unidad o núcleo

-
322. Konrad Hesse, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 16 ss.
323. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 978-979; asimismo, Jorge Miranda, *Inconstitucionalidade por omissão*, en *Estudios sobre a Constituição*, tomo I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, pp. 334 ss.
324. Gerardo Eto Cruz, *La inconstitucionalidad por omisión*, Trujillo, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales, 1992, pp. 246 ss.; asimismo en Julio Fernández Rodríguez, *La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado*. El caso Español, 1998, Civitas, Madrid, pp. 486.
325. Rudolf Smend, *Integrationlehre* e Integration, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 475-486.
326. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 50; asimismo, Rudolf Smend, *Integrationlehre* e Integration, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, op. cit., pp. 187-198.

constitucional, promoviendo la superación de las situaciones reales de emergencia a través del respeto de las normas constitucionales permanentes y estables, antes que otorgar normalidad y continuidad a leyes basadas en las emergencias constitucionales.

1.3 Tipos de sentencias de inconstitucionalidad

La identidad entre norma legal y contenido de la ley, ha situado a los magistrados constitucionales en la corta perspectiva de mantener o la plena validez de una ley o declararla inconstitucional, ya sea parcial o totalmente, dejando de lado la labor de interpretación constitucional, que va más allá de una maniquea opción: constitucional o inconstitucional. Precisamente, es del caso observar atentamente el modelo de jurisdicción constitucional europeo, que ha delineado un sistema de control constitucional abierto, permitiendo a sus tribunales constitucionales desarrollar dentro del género de sentencias de inconstitucionalidad una variedad de tipos de sentencias, que se van ajustando a las necesidades del caso concreto, al fortalecimiento de sus vínculos con los poderes públicos y a la obtención de la legitimidad social necesaria en sus decisiones.

En tal entendido, se puede señalar un abanico de sentencias de inconstitucionalidad, planteadas en el derecho alemán³²⁷, español³²⁸ e italiano³²⁹, que se presentan adaptadas para el desarrollo de la jurisdicción constitucional peruana, en función al grado de infracción constitucional cometido y a las necesidades y posibilidades del modelo constitucional:

-
327. Theodor Maunz, Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Gerhard UlsamerKlaus, *Bundesverfassungs-gerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck., 1995, Art. 31°-1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, pp. 1-31; Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Verlag C.H. Beck, 1997, pp. 260 ss.; Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, op. cit., pp. 58 ss.; asimismo, Torstein Stein, *Tipos de sentencias constitucionales*, en LTC N°12, art. cit., pp. 143 ss.
328. Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, REDC, Año 8, N° 22, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1988, pp. 9 ss.; Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid, IEAL, 1982, pp. 235 ss.
329. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pp. 150 ss.; Nicola Occhicupo, *La Corte Costituzionale como giudice di opportunità della leggi*, en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociate. Bilancio di venti anni di attività*, (a cura di Nicola Occhicupo), Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1978, pp. 26 ss.; Temistocle Martínez, *Diritto Costituzionale*, quinta edición, Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 580-596; asimismo, Roberto Romboli, *La tipologia de las decisiones de la corte constitucional*, en REDC, Año 16, No. 48, Setiembre-Diciembre, Madrid, CEC, 1996, pp. 35 ss.

a. *Infracción grave a la Constitución*

La jurisdicción constitucional tiene como regla última declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, siempre que éstas violen material o formalmente de manera grave la Constitución *in toto*. Lo que supone que el Tribunal Constitucional desarrolle el control de la constitucionalidad de las normas incoadas, pero considerando la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas democráticamente. Esto supone que para declarar la nulidad de una ley, basta que se haya aprobado abiertamente en contra de la Constitución y de los principios democráticos que ella contempla.

Es cierto también que la infracción grave presenta aristas que es necesario perfilarlas. Así, si se considera que la sentencia del TC tiene validez análoga a la ley por mandato constitucional, la aplicación de la resolución del TC en el tiempo es un tema homologable al de la ley. En efecto, se debe recordar que el artículo 204° de la Constitución señala que la “sentencia del Tribunal que declara una norma legal inconstitucional se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”. El artículo 103° de la Constitución es claro y expreso: “ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”; asimismo, el artículo 109° dice que “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

De lo contrario, resulta indiscutible que si bien la sentencia que declara inconstitucional una norma legal, sólo tiene efectos a futuro —*ex nunc*— y no efectos retroactivos —*ex tunc*—, presenta excepciones de aplicación retroactiva de la ley benigna, prevista en la Constitución. De modo que los efectos de las normas son solo hacia futuro y por excepción se aplica retroactivamente cuando éstas, de forma benigna, favorecen al reo, señala el artículo 103° de la Constitución mencionada³³⁰. Sin embargo, al parecer, ésta no es la única excepción constitucional.

Si bien las sentencias de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos —salvo para el caso mencionado— es evidente que la norma legal que ha quedado sin efectos sea inválida por ineficaz. Pero los efectos de la sentencia no anulan todos los actos y consecuencias jurídicas producidas por la norma

330. Torstein Stein, *Tipos de sentencias constitucionales*, en LTC N° 12, art. cit., pp. 146; asimismo, Víctor García Toma, *Conflictos de leyes en el tiempo*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°. 2, Lima, W.G. editores, 1996, pp. 33 ss.

legal, antes de que sea declarada inconstitucional, salvo que hayan afectado derechos fundamentales, garantizados especialmente en la Constitución³³¹.

En tal entendido, por un lado, se puede plantear que las normas legales tributarias que violan los derechos fundamentales, la igualdad y el principio de reserva de ley, establecidos en el artículo 74° de la Constitución, no surten efectos algunos, es decir dicha ley es nula. En ese sentido, el artículo 40° de la LOTC, ha dispuesto que “las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° y último párrafo del artículo 74° de la Constitución”. Por otro lado, también se encuentran normas constitucionales que sancionan el carácter irrenunciable de los derechos laborales constitucionales –artículo 26°, inciso 2–. En estos casos, la sentencia del TC también podría tener efectos retroactivos, a fin de no convalidar normas nulas desde su origen³³². En consecuencia, la nulidad de la ley por inconstitucional es a futuro y sólo por excepción la nulidad puede ser retroactiva.

b. *Incompatibilidad constitucional de la ley*

Si bien los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad deben producir como consecuencia lógica un fallo de nulidad, esto no siempre debería ser así. Es decir, la fundamentación válida para considerar una ley inconstitucional, en muchos casos podría generar un perjuicio mayor si el fallo fuera anulatorio³³³. Este tipo de sentencia esta vinculado a los casos de inconstitucionalidad parcial de la norma, donde en particular es importante que con la anulación *in toto* de una ley, no se perjudique un grupo ciudadano, dando tiempo al Congreso en dar una nueva ley que integre a todas las personas por igual.

Con un ejemplo se verá más clara la propuesta. Pongamos el caso hipotético de una ley de impuestos que concede una exoneración tributaria a las Comunidades Campesinas por la venta de sus tierras protegidas en la

331. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, op. cit., p. 726; asimismo, una interesante postura en contrario en relación al TGC, se encuentra en Alberto Bustamante, *La irretroactividad de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Derecho* N° 36, Diciembre, Lima, 1982, p. 63.

332. Enrique Bernaldes con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: Análisis comparado...*, op. cit., pp. 726-727.

333. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., pp. 194 ss.

Constitución, pero olvidando a las Comunidades Nativas. En este supuesto, la declaratoria de nulidad de la ley tributaria por discriminatoria perjudicaría a los campesinos, pero no se trata de eliminar la exoneración tributaria que la ley ha establecido, sino ampliarla a los nativos de la Selva, que están en igualdad de condiciones y de protección constitucional.

El TC para evitar una decisión que afecte a los campesinos y en vez de declarar nula la ley, no obstante los fundamentos por la inconstitucionalidad, podría declarar a la ley incompatible con la Constitución, dejando, así al Congreso la oportunidad de corregir en la ley su falta de una correcta apreciación constitucional de los grupos campesinos y nativos a promover.

Esta constatación de una incompatibilidad constitucionalidad, es cierto que podría generar ciertas incertidumbres sobre lo que debe ser válido, por eso, los fundamentos del fallo deben ser asumidos por el Congreso con la fuerza de ley de toda sentencia del TC. No obstante, "mientras la anulación no se produzca, el juez ordinario sigue estando sujeto sólo a la ley, que interpreta con libertad"³³⁴.

Es evidente que en este tipo de sentencia, la mayoría del Congreso debe ser receptiva a la opinión del Tribunal, para que los legisladores configuren mejor la norma cuestionada, que aún sigue vigente. Considerando que si el TC declarase la nulidad de la ley, se produciría una mayor incompatibilidad con el ordenamiento constitucional por el daño que causaría.

c. *Infracción por vaciamiento de la Constitución*

Se trata de los supuestos en que la inconstitucionalidad de una ley no se manifiesta abiertamente, sino que *hic et nunc* la ley es constitucional o interpretada constitucionalmente, pero queda latente que en conexión con otras normas legales podrían formar un complejo normativo inconstitucional, en tanto que las otras normas legales están igualmente ubicadas en las fronteras porosas entre la precaria constitucionalidad de una norma legal y la simple inconstitucionalidad³³⁵.

Es el caso que las mayorías parlamentarias y el Gobierno puedan ir articulando un conjunto de leyes y decretos legislativos o de urgencia, que individualmente y por sí mismos no serían abiertamente inconstitucionales,

334. Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho...*, op. cit., p. 32.

335. Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur...*, op. cit., pp. 56 ss.

pero que puestos en conjunto se podría formar un complejo normativo, que estaría vaciando de contenido a una institución constitucional. Es el caso de las leyes que regulan la reforma del Poder Judicial, que si bien individualmente se encuentran en los límites de la constitucionalidad, y en un caso, incluso, el TC la declaró inconstitucional parcialmente. En conjunto, configuran una intervención del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial, poniendo en cuestión la independencia y la autonomía judicial consagradas en la Constitución³³⁶.

En estos casos, el TC eventualmente podría declarar en su fallo una “doble resolución” o medida “suspensoria”³³⁷, en virtud de la cual la norma legal que vacía de contenido la Constitución, tiene un plazo de caducidad; vencido éste y si el Congreso no ha modificado la norma legal, queda sin efecto la norma impugnada o se reabre el proceso constitucional. En este último supuesto, la resolución bien podría declarar la nulidad de la ley.

Esto sería factible, si entendemos que la demanda de inconstitucionalidad de una ley determinada, no es un límite para que los magistrados constitucionales aprecien el conjunto normativo, en el cual la norma impugnada devendría en inconstitucional, por vaciamiento de la norma constitucional. Más aún, el artículo 22° de la LOTC, ha establecido que “para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 20°, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado”.

d. Interpretación de la ley conforme a la Constitución

Cuando una norma legal da lugar a ser interpretada de varias maneras, una inconstitucional y otra constitucional, señala la doctrina, que debería preferirse la interpretación que esté totalmente acorde con la Constitución³³⁸.

336. Tribunal Constitucional, *Sentencia del Tribunal Constitucional, declara fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra disposiciones de la Ley N° 26623*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 6 de noviembre de 1996, p. 144080.

337. Roberto Romboli, *La tipología de las decisiones de la corte constitucional...*, op. cit., p. 63. Frente a estos supuestos se ha planteado también el control electoral de los ciudadanos mediante el referéndum, ver Víctor Julio Ortecho, *Nuevos ámbitos de control constitucional*, ponencia al V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996, p. 3.

338. Niklaus Müller, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*, Berr, Verlag Stämpfli & Cie. AG, 1980, pp. 89 ss; Ramón Peralta, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 130 ss.; asimismo, Torstein Stein, *Tipos de sentencias constitucionales*, en *LTC* 12, op. cit., pp. 150.

En ese sentido, la ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada conforme a la Constitución, en razón a que se parte de la presunción a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de duda. Pero considero que dicha presunción es *iuris tantum* y no *iure et de iure*, en un sistema democrático débil, con una peligrosa mayoría parlamentaria y un Presidente autocrático, que niegan un proceso democrático abierto³³⁹. Por eso, sólo “en los Estados con una jurisdicción constitucional consolidada se considera superada la contraposición legislador democrático-Tribunal Constitucional”³⁴⁰.

No obstante lo señalado, la variante de la interpretación de la ley conforme a la Constitución fue utilizada defectuosamente por el Tribunal Constitucional peruano en la revisión del artículo 4° de su propia ley orgánica, en lo relativo a la exigencia de seis votos de los siete magistrados, para declarar una ley inconstitucional. En efecto, el fallo que se analiza más adelante (ver Primera Parte, Cap. V, 2.), se basó en que “toda norma o acto público debe presumirse como constitucional en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental, puedan ser armonizadas con aquella”³⁴¹.

Sin embargo, fue un argumento retórico sólo para declarar infundada la demanda, y no para otorgar una interpretación constitucionalmente adecuada al sistema de votación del Tribunal, que dificulta la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Desconociendo que la interpretación conforme a la Constitución reduce o modifica su aplicación, sin llegar a inconstitucionalizar el texto de la ley.

En tal sentido, la interpretación conforme a la Constitución parece razonable aplicarla sólo en las controversias de índole puramente políticas, distintas de los conflictos de contenido político y planteamiento jurídico³⁴², como fue el caso de la sentencia del TC sobre el art. 4° de la LOTC. Sobre todo, si la presunción de constitucionalidad de las leyes está a condición de la existencia previa de un ejercicio democrático del poder.

339. Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus...*, op. cit., pp. 45 ss; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, op. cit., pp. 105 ss; asimismo, Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., pp. 268-275.

340. Albrecht Weber, *Jurisdicción constitucional en Europa occidental*, REDC, Año 6, Nº. 17, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1985, p. 80.

341. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145384.

342. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, op. cit., p. 154.

1.4 Efectos de las sentencias

Las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal tiene efectos para todos *—erga omnes—* y para el futuro *—ex-nunc—*. Es decir, al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal, queda sin efecto la norma legal. A diferencia de la Constitución de 1979, en la cual el TGC comunicaba al Congreso para que derogase la norma legal. Y si en el plazo de cuarenta y cinco días naturales no lo había hecho, dicha norma quedaba derogada con la publicación de la resolución en el diario oficial.

Ahora las sentencias del Tribunal Constitucional, según el artículo 35° de la LOTC, “tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación”. En este sentido, se puede señalar que las sentencias del TC se caracterizan por gozar de una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y efecto vinculante para terceros:

a. *Fuerza de ley.* Se parte de romper con el principio positivista de que una ley sólo puede ser derogada por otra ley, por cuanto también una sentencia del TC, declarando inconstitucional una ley, tiene fuerza de ley *—Gesetzeskraft—* para dejar sin efectos generales a una ley. En efecto, “la ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”, como señala el Art. 103° de la Constitución.

Dejar sin efectos una norma legal supone no sólo que ya no es eficaz, sino que tampoco es válida, por una declaración judicial de siete jueces y no por un acto legislativo de los poderes políticos representativos *—Parlamento o Poder Ejecutivo—*. Pero no hay que entender a esta potestad de la justicia constitucional de manera excluyente de los otros poderes, sino más bien integradora. Por ese motivo, como señala Kelsen, “el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica”³⁴³. Esta función de perfeccionamiento judicial de la ley por parte del Tribunal Constitucional, le otorga, pues, una facultad como organismo constitucional de cooperación en la formación del ordenamiento jurídico³⁴⁴.

De otro lado, se puede señalar que la fuerza de ley de la sentencia que declara inconstitucional una ley por el Tribunal Constitucional, goza de un doble carácter: fuerza pasiva, en tanto no puede ser revocada por otra sen-

343. Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, op. cit., p. 395.

344. Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 250 ss.

tencia judiciales o derogada por otra norma legal, salvo por otras sentencias del propio Tribunal, así como también fuerza activa, en tanto deja sin efecto a la norma legal que haya sido declarada inconstitucional y a todas las demás que se opongan al fallo³⁴⁵.

b. *Cosa juzgada*. Sobre la base del precepto constitucional, que otorga a una sentencia del TC la eficacia derogatoria de una ley sobre otra, se deriva el carácter de cosa juzgada de las sentencias que declaran inconstitucional una ley *-Rechtskraft-*. Es en mérito de haber pasado en autoridad de cosa juzgada, según el artículo 37° de la LOTC, propio de las sentencias firmes de todo tribunal, según el artículo 139°-2 de la Constitución, que dicho fallo constitucional no puede ser contradicho por razón procesal de forma *-cosa juzgada formal-* o por razón sustantiva del fallo *-cosa juzgada material-*, en sede judicial ordinaria o especial, ni modificarse por una nueva ley del Congreso o del Poder Ejecutivo³⁴⁶. Más aún, el mencionado artículo 37° LOTC lleva al extremo: la “sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional”; es decir, se consagra la cosa juzgada material y formal.

Lo postulado no obsta para que si varían ostensiblemente las situaciones de hecho, el Tribunal pueda estimar una nueva acción de inconstitucionalidad sobre una nueva ley que norma idéntica materia que la anterior, cambiando su precedente jurisprudencial, de acuerdo a la mayoría super calificada de seis votos sobre siete magistrados, que demanda el artículo 55° de la LOTC. Lo cual ciertamente garantiza el poder de veto a los magistrados de la minoría en el seno del Tribunal.

El carácter mutable de una sentencia lleva a señalar que “la cosa juzgada no crea ni una presunción ni una ficción de verdad”³⁴⁷. De ahí que una nueva acción contra dicha norma legal, sólo ante el Tribunal Constitucional fundada en idéntico precepto constitucional, no sería inconstitucional, si la interpretación que se haga de la ley y de la norma constitucional, se basen en nuevos elementos de juicio, derivados del cambio de circunstancias sociales, políticas o económicas, que deberían ser materia de evaluación concreta de los magistrados del Tribunal.

c. *Aplicación vinculante a los poderes públicos*. La afirmación de que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una ley,

345. Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, op. cit., p. 422.

346. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989, p. 69.

347. Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, tomo III, Buenos Aires, Ejea, 1962, p. 321.

por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios –*Bindungswirkung*– para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. En efecto, como señala el artículo 204° de la Constitución, “la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”.

Es decir, el carácter vinculante de la sentencia del TC tiene consecuencias más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, porque es exigible no sólo a las partes del proceso, sino a todos los órganos constitucionales y para todos los casos futuros, no sólo por lo dispuesto en el fallo de la sentencia, sino también en los fundamentos y consideraciones de la misma³⁴⁸. Como en el caso de la cosa juzgada, el TC es el único que no queda vinculado a su sentencia, sea ésta estimatoria o desestimatoria de la demanda de inconstitucionalidad de una ley.

En particular, los jueces y tribunales ordinarios y demás autoridades administrativas, se encuentran sometidos a la jurisprudencia del TC, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma legal, como si ha sido desestimada la demanda. En este sentido, el artículo 39° de la LOTC dispone que “los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”.

1.5 Supremacía de la interpretación constitucional

La prevalencia de la interpretación del TC, en materia de declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, y en consecuencia su inaplicación por el Poder Judicial, es incuestionable³⁴⁹. Pero se debate el tema de la supremacía de dicha interpretación constitucional, cuando habiéndose desestimado la inconstitucionalidad de una ley, es decir, cuando ha quedado confirmada su constitucionalidad, el Poder Judicial y demás entidades con atribuciones jurisdiccionales, a través del control difuso de constitucionalidad de esa misma ley, pretenden inaplicarla en un caso concreto.

Si bien hay mandato expreso de la LOTC (art. 39°) en el sentido de que “los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido con-

348. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, op. cit., p. 58.

349. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 285 ss.; asimismo, Samuel Abad, *La jurisdicción constitucional en la carta peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas*, en LTC N°4, 1995, pp. 216 ss.

firmada por el Tribunal”, existe otro que se encuentra en el art. 138° de la Constitución, por el cual “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”. Es en mérito a la supremacía normativa constitucional sobre la legal, que algunos tribunales, como se ve en el caso de la acción de amparo contra la sentencia del TGC sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo, o la acción de amparo contra la sentencia del TC, que declaró inconstitucional la ley de la reelección presidencial (ver Tercera Parte, Cap. IV, 2.1.), han pretendido desmontar el sistema de control abstracto, mediante el control concreto.

El problema aparece porque la Constitución no ha establecido formalmente que el Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución, lo que obviamente no quiere decir que siéndolo materialmente pretenda ser el único. Porque la interpretación en un sentido jurisdiccional, como ya se ha señalado, la comparte con el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), pero subordinándolos a la interpretación constitucional de la ley que realice el propio Tribunal Constitucional³⁵⁰.

Más aún, el Tribunal Constitucional al operar como última instancia de fallo en materia de acciones de garantías, somete las resoluciones denegatorias en materia de garantías constitucionales que hayan resuelto previamente los jueces y cortes ordinarias, al fallo final de los magistrados constitucionales. Sin embargo, como no existe revisión judicial de las decisiones electorales del JNE, no hay un mecanismo de control directo. Lo que no obsta para que en las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones, se encuentren sometidas a las resoluciones estimatorias o desestimatorias de constitucionalidad de una ley por el TC, debido a que estas resoluciones constitucionales son cosa juzgada, tienen fuerza de ley y vinculan a todos los poderes públicos³⁵¹.

En ese sentido, la integración de las decisiones del Poder Judicial y concretamente del Jurado Nacional de Elecciones a las sentencias del Tribunal Constitucional, no es un tema constitucionalmente interpretable, sino de eficacia de su ejecución, en razón a que el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución y supremo intérprete de la misma³⁵².

350. Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, N° 4, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1982, pp. 232 ss.

351. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional... op. cit.*, p. 233.

352. Ramón Peralta, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado... op. cit.*, pp. 132 ss.

Sin embargo, es constitucionalmente inevitable que hasta cuando el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial pueda resolver por la inaplicación de dicha norma en un proceso judicial de su competencia. Debido a que el sistema jurisdiccional peruano no prevé la suspensión de los procesos judiciales incidentales o de garantías constitucionales -salvo en materia de acción popular-, hasta que el TC resuelva la acción de inconstitucionalidad de la norma legal, impugnada en abstracto en sede constitucional y en concreto en sede judicial. Entonces, sin perjuicio de que el TC, como última instancia de fallo en materia de resoluciones de acciones de garantía, deba integrar sus resoluciones en materia de garantías constitucionales, con sus resoluciones estimatorias o desestimatorias sobre la constitucionalidad de las leyes. Cabe plantear que cuando en el Poder Judicial, en vía incidental o en materia de garantías, se ha concedido el derecho demandado por inaplicación de una ley, estos deban ser resueltos en última instancia en forma de casación y usando la vía del *certiorari* por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, la tarea del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, también tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales, como el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional³⁵³. En ese sentido, las garantías constitucionales incorporadas en la Constitución de 1993, deben ser entendidos como instrumentos procesales que permiten, de manera directa, la defensa de los derechos fundamentales que la Constitución ha establecido de manera abierta, cuando éstos sean afectados.

2. HABEAS CORPUS

La Constitución de 1993 ha consagrado esta garantía constitucional, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (Art. 200º-1). El modelo del habeas corpus se innova en relación a la Constitución anterior, en tanto reconoce como el núcleo duro a la libertad individual, pero incorpora implícitamente a los derechos vinculados directamente con ella³⁵⁴.

353. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 55 ss.

354. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional*, op. cit., pp. 131-160 y; Francisco Eguiguren, *Libertad personal y detención arbitraria: las novedades en la Constitución de 1993*, *Ius et Veritas*, N° 10, Lima, 1995, pp. 209-215. Desde una perspectiva penal, José

Esta ampliación de la tutela de los derechos de la libertad, a través del habeas corpus, supone la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales en torno a la libertad individual, directamente tutelados por el habeas corpus como la libertad y seguridad personal, integridad personal y la libertad de tránsito —*ius movendi e ius ambulandi*—. Las cuales muchas veces son vulneradas en conexión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho de residencia, la libertad de comunicación o inclusive el derecho al debido proceso sustantivo³⁵⁵.

La experiencia judicial de los habeas corpus en el Perú, a un nivel práctico antes que teórico, ha sido asumir una interpretación restringida de la libertad individual, en particular de la libertad física, seguridad personal, y libertad de tránsito, básicamente. A pesar de que el art. 12 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece enunciativamente los supuestos de la procedencia de dicha garantía. Habiendo quedado desprotegida la libertad en la mayoritaria jurisprudencia nacional, en los casos vinculados al derecho a la vida, en las demandas por detenidos-desaparecidos; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicado; y a la excarcelación, en el caso del reo absuelto, entre otros supuestos³⁵⁶.

Sin embargo, con la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia en materia de protección de la libertad personal y derechos conexos a ella, fue mayoritariamente tutelar³⁵⁷, aunque ha ido variando ostensiblemente. En ese sentido, no obstante que los habeas corpus tengan un escaso desarrollo jurisprudencial, se puede encontrar jurisprudencia minoritaria e innovadora, que tiende a resolver en términos generales por el *indubio pro homine* y no *indubio pro stato*, siguiendo el derrotero de Volpe, según el cual, “los jueces controlan al legislador como resultado lógico del *Völksgemeinschaft*: hay que decir que el derecho no está en el derecho positivo sino en el espíritu y en la historia del pueblo”³⁵⁸.

Ugaz, *Libertad, seguridad personal y debido proceso*, en LTC N° 12..., art. cit. pp., 45 ss.

355. John Hart Ely, *On constitutional*, New Jersey, Princeton University Press, 1996, pp. 279 ss.
356. Alberto Borea, *Las garantías constitucionales: habeas corpus y amparo*, JUC, 1992; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1990.
357. V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996; en particular las ponencias de Edgar Carpio “Tribunal Constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento” y de César Landa “Libertad de tránsito y el Tribunal Constitucional”; asimismo, revisar la revista *Diálogo con la Jurisprudencia* (W. Gutiérrez, Director), Nos. 1- 4, W.G. editores, Lima, 1995 a 1997.
358. Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, CEC, 1985, op. cit., p. 47.

2.1 Tipos de habeas corpus

En ese marco conceptual, se puede señalar que la nueva normativa constitucional abre la opción de entender el habeas corpus no de manera restringida, sino con una variada gama de matices jurídicos especiales, en función de la libertad fundamental reclamada³⁵⁹. En tal sentido:

- a. *Habeas corpus reparador*. Frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física, por orden policial, mandato judicial civil o del fuero militar, o decisión de un particular, procedería el habeas corpus *reparador*, que busca reponer las cosas al estado anterior de la violación (Art. 1 de la Ley N° 23506). Este habeas corpus es la clásica institución romana del *interdictum homine libero exhibendo*.
- b. *Habeas corpus restringido*. Ante una continua y pertinaz limitación de la libertad personal, como las restricciones a la libertad de tránsito por un particular o autoridad, las reiteradas citaciones policiales infundadas o las permanentes retenciones por control migratorio, cabría postular un habeas corpus *restringido*, que busque el cese de la afectación continua en tanto está conexas a la vulneración o amenaza de la libertad individual.
- c. *Habeas corpus correctivo*. En los casos de actos lesivos a la integridad personal –física, psicológica o moral–, procedería un habeas corpus *correctivo*, en tanto se busca que cesen los maltratos contra un detenido, reo en cárcel, preso, o interno de instituciones totales –privadas o públicas–, como centros educativos en calidad de internados, entidades encargadas del tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales, etc. Incluso, este habeas corpus sería extensible al caso de retención por violencia doméstica o familiar hacia las mujeres, menores de edad, ancianos y otros dependientes.
- d. *Habeas corpus preventivo*. Cuando se amenace de manera cierta y concreta, la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal, cabe interponer un habeas corpus *preventivo*. La amenaza real es un asunto casuístico que debe valorar el juez, en base al principio constitucional de la presunción de inocencia, a la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y a la interpretación restrictiva de la limitación de la misma, según se desprende el artículo 1° de la

359. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 236-344.

Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de sus dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

- e. *Habeas corpus traslativo*. Si se produjese mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva³⁶⁰, en virtud de lo cual continuase detenido un reo, luego del plazo límite previsto en la ley para la audiencia oral, donde se resuelva sobre su culpabilidad o inocencia; o, si ya hubiese cumplido su condena y continuase en prisión, correspondería plantear un *habeas corpus traslativo*, para que sea llevado inmediatamente a la instancia judicial correspondiente, o sea liberado. En este caso, como es evidente, se busca proteger la libertad o la condición jurídica del *status* de la libertad de los procesados o condenados, afectadas por las burocracias judiciales y penitenciarias, que indebidamente pudieran estar extendiendo la restricción o privación de la libertad de los detenidos en un proceso judicial, o de los reos que ya han cumplido su condena pero siguen en cárcel.
- f. *Habeas corpus innovativo*. A pesar de haber cesado o haberse convertido en irreparable la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un *habeas corpus innovativo*, siempre que el afectado de esa manera no vea restringido a futuro su libertad y derechos conexos. En efecto, “el *habeas corpus* debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiese sido consumado”³⁶¹. Este sería el caso de una persona que es detenida arbitrariamente por la policía y expulsada inmediatamente, pero que el *habeas corpus* por ser extemporáneo podría ser declarado improcedente, por sustracción de la materia. Pero, como fue expulsado ilegalmente se entendería fundado su *habeas corpus*, para que tenga el derecho de regresar libremente y no encontrar una ficha policial, que restrinja o afecte su libertad personal por haber sido expulsado del país.
- g. *Habeas corpus instructivo*. Ante el caso de una persona detenida-desaparecida por autoridad o particular, que es imposible de ubicar; se ocasiona a la persona afectada la violación de sus derechos a la libertad, a la comunicación y por lo general a la vida y a la integridad personal. Situación perversa usualmente de la autoridad que al negar la detención, sólo quedaría la posibilidad de identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la

360. Domingo García Belaunde, *El habeas corpus en América Latina*, en REP N° 97, Julio-Septiembre, CEC, Madrid, 1997, pp. 120 ss.

361. Domingo García Belaunde, *Constitución y Política*, Lima, Eddili, 1991, p. 148.

vía ordinaria, mediante un habeas corpus *instructivo*, en base al art. 11º de la Ley 23506. Ello es posible porque “el habeas corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida”³⁶².

De otro lado, un cambio significativo operado en el Art. 200º *in fine* de la Constitución de 1993, es el reconocimiento de las acciones de habeas corpus y de amparo, no obstante que se hayan declarado los estados de excepción en ese ámbito territorial³⁶³. En virtud de esta tesis del *control judicial parcial*, los jueces quedan facultados para examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, no correspondiéndole cuestionar la propia declaración del estado de excepción, tesis del *control judicial total*, sino tan sólo los actos de ejecución de la misma que afecten los derechos fundamentales. Sobre el particular

la razonabilidad: 1) es un reconocimiento implícito que la subsión del supuesto de hecho en la norma fundamental no es automática [...] significa que el resultado posible de una deducción del tipo constitucional es, cuando menos, de un amplio espectro; 2) Asegura que ninguna actuación política que se mueva dentro del sistema constitucional va a estar exenta del control del TC; 3) Posibilita que este control no suponga una usurpación de poderes constitucionalmente otorgados al resto de los órganos del Estado³⁶⁴. Por otro lado, cabe precisar que “el principio de proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados”³⁶⁵.

Esta disposición constitucional supone reconocer que en mérito de la suspensión de los derechos constitucionales, bajo los estados de excepción, éstos no queden anulados sino tan sólo restringidos en la medida de lo necesario. Necesidad que será examinada preventiva o posteriormente por el juez, a través de los habeas corpus o acciones de amparo que planteen los afectados por los agentes del Estado durante los estados de excepción. Se constitucionaliza así la tesis del control judicial parcial, contradiciendo la generalizada práctica judicial de la década del Ochenta, en la cual se desestimaban los habeas corpus en estados de emergencia, con excepciones

362. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Pez*, sentencia de 3 noviembre de 1997, mimeo. San José, Costa Rica, 1997, p. 23.

363. Guillermo Vargas, *Habeas corpus y estado de excepción*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 216 ss.

364. Angel Carrasco Perera, *El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional*, REDC, Año 4, N° 11, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1984, p. 48.

365. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., p. 127.

jurisprudenciales³⁶⁶. En efecto, en virtud de la tesis del *poder político discrecional*, se entendía la suspensión de los derechos fundamentales en estados de excepción, como una anulación temporal y territorial de los mismos, en base a la no justiciabilidad de las decisiones políticas del gobierno por "razón de estado"³⁶⁷.

En consecuencia, en el actual modelo constitucional, el habeas corpus es factible de interponer contra actos y decisiones, no sólo de una autoridad policial o de un particular, sino también contra resoluciones de un juez común o juez militar, siempre que dichas resoluciones judiciales sean contrarias abiertamente a la libertad individual constitucional; que la afectación de la libertad se haya producido o sea inminente; que el daño sea irreparable; y, que se viole el debido proceso del detenido. Al respecto, dado que el habeas corpus cubre no sólo a la libertad individual sino a los derechos conexos a ella, según dispone el artículo 200°-1 de la Constitución, resulta evidente que la libertad de una persona puede ser y es afectada usualmente, con decisiones en los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos fundamentales del debido proceso, que a continuación se identifican.

2.2 Garantías del debido proceso

La constitucionalización del debido proceso, en el artículo 139°-3 de la Constitución de 1993, se inspira en el *due process of law*, que se descompone en *el debido proceso sustantivo*, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y *el debido proceso adjetivo*, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales³⁶⁸. *El debido proceso sustantivo*, también se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables, mientras que *el debido proceso adjetivo* alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia³⁶⁹.

Lo cierto es que este derecho encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales, que se ubican en las cuatro etapas esenciales del proceso

366. Samuel Abad, *Selección de jurisprudencia constitucional, habeas corpus y amparo*, op. cit., pp. 103, 141-146, 150-161 y 215-219.

367. Diego García-Sayán, *Habeas corpus y estados de emergencia*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1989.

368. John Hart Ely, *On constitutional ground...*, op. cit., pp. 311 ss; asimismo, John Nowak y Ronald Rotunda, *Constitutional law*, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451.

369. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2..., op. cit., pp. 328 ss.

penal: acusación, defensa, prueba y sentencia, sin perjuicio de las garantías a la tutela judicial (ver más adelante punto 3.2.2.), que se traducen en otros tantos derechos que a continuación se plantean³⁷⁰:

- a. *Derecho de información.* Es el derecho a ser informado de las causas de la detención, en forma inmediata y por escrito, según disponen reiterativamente los incisos 14 y 15 del artículo 139º de la Constitución.
- b. *Derecho de defensa.* Es el derecho a defenderse de la acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir al defensor, obligatoriedad del defensor de oficio y defensa eficaz, facultades establecidas en el inciso 14 del artículo 139º de la Constitución.
- c. *Derecho a un proceso público.* La publicidad de los procesos permite el control de la eventual actuación parcial de los jueces, lo cual “fue un ideal liberal de sustraer al individuo a los arbitrios de las prisiones secretas, a los arbitrios de las torturas...”³⁷¹. Pero, si bien la publicidad permite el control de la opinión pública a los procesos existen también procesos reservados de acuerdo a ley. Sin embargo, los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, por delitos de prensa o por derechos fundamentales, son siempre públicos, según establece el inciso 4 del artículo 139º de la Constitución.
- d. *Derecho a la libertad probatoria.* Se parte del supuesto de que quien acusa debe probar judicialmente su acusación, sin embargo, en los casos en que los delitos son atribuibles a los agentes del Estado y éste con el poder disciplinario que tiene no ofrece u oculta al Poder Judicial las pruebas de la responsabilidad de su funcionario, podría operar la libertad probatoria en contrario. Fundándose en que “la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”³⁷². Es decir, la carga de la prueba recaería sobre el Estado demandado.

370. Francisco Fernández Segado, *La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción*, en *RGD*, N° 600, Valencia, 1994, pp. 9257-9284.

371. Mauro Cappelletti, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América, , 1974, p. 25.

372. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegría y otros, Sentencia del 19 de enero de 1995*, mimeo, San José, Costa Rica, 1995, p. 21; Germán Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 11-38.

- e. *Derecho a declarar libremente.* No sólo es la facultad de declarar sin presión, malos tratos, tratos humillantes o tortura, sino que las pruebas obtenidas de esta manera son ilícitas, según lo establece el artículo 2º-24-h de la Constitución. En ese sentido, estas confesiones o testimonios inconstitucionales, producen la nulidad del proceso y si éste ha vencido, a la indemnización de las víctimas.
- f. *Derecho a la certeza judicial.* Es el derecho de todo justiciable a que las sentencias estén motivadas, es decir, que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según dispone el artículo 139º-5 de la Constitución. De aquí se desprende el derecho de cualquier persona a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho delictivo *-non bis in idem-*.
- g. *Derecho a la cosa juzgada.* Si bien la figura de la cosa juzgada está reconocida indirectamente en el artículo 139º, incisos 2 y 13 de la Constitución, existe doctrina, legislación (art. 361º del Código de Procedimientos Penales y el art. 178º del Código Procesal Civil) y práctica judicial, en virtud de la cual la cosa juzgada tiene que haber sido arreglada y de conformidad con el derecho para que sea válida³⁷³. Por cuanto, la finalidad de la cosa juzgada debe siempre ser asegurar el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos³⁷⁴.

Finalmente, cabe señalar que el habeas corpus se tramita ante los jueces comunes y sus Cortes Superiores, sin embargo, al amparo de la Ley N° 26955, el gobierno ha dictado el Dec. Leg. N° 895, que faculta a los jueces militares del Fuero Privativo Militar a resolver los habeas corpus de los acusados por delitos en banda, asimilándolos antijurídicamente al delito de terrorismo, y, al amparo del Dec. Leg. N° 900, se somete al habeas corpus en Lima y Callao a la jurisdicción de los jueces especializados de Derecho Público. Ambas disposiciones son inconstitucionales, por cuanto, primero, las garantías constitucionales es una materia que solo puede ser regulada por ley orgánica, según dispone el artículo 200º de la Constitución; segundo, porque el fuero militar sólo juzga delitos de función militar y no delitos comunes; y, tercero, porque restringir el acceso a la justicia atenta contra el derecho a la tutela jurisdiccional³⁷⁵. Sin embargo, cabe señalar también que cuando las

373. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial...*, op. cit., pp. 575 ss.; Roger Zavaleta, *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso*, ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, PUCP, Lima, Editora Normas Legales, 1996, pp. 33-38.

374. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944, pp. 216-218.

375. Defensoría del Pueblo, *Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley N° 26955*, en <http://www.mbudsmn.gob.pe>.

sentencias sean estimatorias de la libertad de los accionantes causarán estado de cosa juzgada. De lo contrario, si sus fallos son denegatorios, el habeas corpus se resolverá en última instancia por el Tribunal Constitucional.

3. ACCIÓN DE AMPARO

La Constitución de 1993 ha mantenido la garantía constitucional de la acción de amparo, reconocida constitucionalmente por vez primera en la Constitución de 1979³⁷⁶. Procede la Acción de Amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos a los de la libertad individual o conexos a ella. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, señala el inciso 2 del artículo 200° de la Constitución. No obstante, cabe señalar algunos comentarios.

3.1 Amparo contra normas y resoluciones judiciales

La relativa novedad constitucional, en materia del amparo, es que no procede esta acción contra las normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, disposición que ya se encontraba recogida indirecta y directamente en los Arts. 3° y 6°-2 de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, respectivamente.

En ese entendido, si bien la acción de amparo no cabe plantearla contra las normas generales, en cambio sí se puede accionarla, en todo caso contra los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dichas normas. De modo que el impedimento constitucional es de interponer acción de amparo contra las normas legales en abstracto –*abstrakte Normenkontrolle*– y no en vía incidental –*konkrete Normenkontrolle*– o mediante un acción de amparo –*Verfassungsbeschwerde*–³⁷⁷.

Sin embargo, la práctica legislativa peruana ha dado lugar a la dación de leyes que no siempre emanan de un procedimiento regular, ni que responden al principio de la generalidad, abstracción, impersonalidad y atemporalidad, debido a las exigencias propias del Estado contemporáneo. Por el con-

376. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, op. cit., pp. 435-438.

377. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú; aproximación a la Constitución de 1993...*, op. cit., pp. 102-103.

trario, en las últimas décadas los gobiernos han entendido que demandan de leyes medida o concretas, con destinatarios particulares y de aplicación inmediata³⁷⁸, lo que ha afectado derechos fundamentales, incluso sin necesidad de que medien actos materiales de ejecución de las normas legales. Si bien estas leyes-medida pueden afectar derechos fundamentales de una persona, ésta no puede interponer directamente una acción de inconstitucionalidad, ya que no tiene legitimidad procesal activa para demandar directamente la inconstitucionalidad de dicha ley, salvo que reúna 5 mil firmas. Esto plantea la cuestión de la procedencia o no de la interposición de una acción de amparo contra una ley de contenido particular, admitida en el derecho constitucional comparado³⁷⁹.

Al respecto, cabe recordar el uso y abuso gubernamental en la afectación de los derechos fundamentales a particulares mediante ley, como fueron los casos de las leyes de expropiación en favor del Club Yurimaguas; la expropiación de un predio en Chanchamayo, accionadas por el Fiscal de la Nación y resueltas por el Tribunal de Garantías Constitucionales; los decretos leyes dictados en 1992, mediante los cuales se destituyeron a magistrados judiciales y demás funcionarios; asimismo, los decretos leyes que resolvieron legislativamente contratos del Estado con particulares, prohibiéndoles a los afectados la interposición de acciones de amparo. Pero también hay ejemplos de las leyes ordinarias dictadas por el Congreso, que han afectado legislativamente a personas en concreto, como la intervención gubernamental de la Universidad Particular San Martín de Porres, el receso de la Universidad Privada Los Angeles, o la modificación de los contratos de estabilidad tributaria celebrados por empresas particulares con el Estado³⁸⁰.

No cabe duda que si la Constitución de 1993 impide expresamente la procedencia del amparo contra normas legales, esto debería ser interpretado restrictivamente, en tanto que la ley tiene un valor democrático y constitucional que no puede ser vulnerado, por vías paralelas, mediante leyes-medida que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos en particular. Si bien la Constitución peruana ha tomado partido por una concepción formal de ley, que hace depender su validez del órgano y el cumplimiento de los

378. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudio sobre el estado constitucional y el constitucionalismo en el Estado social...*, op. cit., pp. 312 ss.

379. Peter Häberle, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JöR*, 45, 1997, p. 109, hay traducción al castellano de C. Ruiz Miguel, en P. Häberle, *El recurso de amparo en el sistema germano-federal*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., p. 252.

380. César Landa, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional...*, art. cit., pp. 86-89; asimismo, Samuel Abad, *El amparo contra leyes*, en *LAC*, N° 3, Lima, 1994, p. 14.

procedimientos competentes³⁸¹, ello no garantiza que las leyes vayan a ser generales, abstractas e intemporales, sino que por el contrario pueden vulnerar, como lo han venido haciendo, cualquier derecho fundamental de las personas, sin posibilidad de accionar directamente en la vía judicial contra ellas.

De modo que no resulta constitucionalmente razonable que el afectado no pueda incoar directamente, mediante la acción de amparo contra estas leyes autoaplicativas, que no requieren mediación de actos para vulnerar sus derechos fundamentales; legitimidad procesal activa que sí existe en otras experiencias comparadas, no tan lejanas como el amparo mexicano contra leyes³⁸².

Entre tanto, bien podría el Defensor del Pueblo, como uno de los titulares de la acción de inconstitucionalidad y encargado de proteger los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, plantear acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, a fin de salvar la indefensión a la que se encontraría el afectado. Sin perjuicio, que el afectado interponga una acción de amparo como control concreto, contra los actos derivados de la aplicación de la norma legal violatoria, en función del principio del *preferred position* de los derechos fundamentales sobre las leyes medida de carácter patrimonial, por ejemplo.

Pero, este no es el único supuesto concebido para la interposición del amparo, sino también que las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento de su competencia, emite resolución o disposición que lesione un derecho constitucional. Si bien “la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendiendo por regularidad el debido proceso legal)³⁸³, se da la excepción de la procedencia de la acción de amparo contra las resoluciones judiciales, siempre que este proceso judicial se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de la tutela judicial y el debido proceso.

De esta suerte, “el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que sólo tiene

381. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pp. 83-84.

382. Jorge Carpizo, José Cossío, Héctor Fix-Zamudio, *La jurisdicción constitucional en México*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 762 ss.

383. Domingo García Belaunde, *El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas*, LTC N° 6, Lima, 1992, pp. 77-78; asimismo, Samuel Abad, *Procede el amparo contra resoluciones judiciales?*, en LTC, N° 2, Lima, 1988.

tres) o como una articulación no prevista dentro de las causales de nulidad procesal³⁸⁴. Lo que supone que el Tribunal Constitucional, por vía directa del amparo o vía indirecta de contradicción de un proceso judicial ordinario—demandada también a través de la acción de amparo— resuelva en la práctica acerca de las resoluciones judiciales que han violado los derechos fundamentales y en particular de la tutela judicial y el debido proceso.

3.2 Garantías de la tutela judicial

Resulta importante delinear los principios y derechos que tutelan un proceso judicial, debido a que la mayoría de las acciones de amparo recaen contra sentencias judiciales. En tal sentido, se puede señalar que en nuestro sistema constitucional se encuentran sentadas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función del cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional³⁸⁵; sin perjuicio de las garantías del debido proceso (ver más arriba el punto 3.1.2.).

Si se parte de concebir que el Poder Judicial es constitucionalmente el organismo encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, le corresponde entonces asegurar el derecho que reclamen los justiciables, para lo cual es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales básicas. En virtud de lo cual se pueden ejercer enunciativamente los siguientes principios y derechos implícitos o explícitos³⁸⁶:

- a. *Derecho de acceso a la justicia*. Es el derecho de poder acudir ante los jueces y tribunales, para obtener de ellos una sentencia o mandamiento judicial. El derecho a la acción viabiliza este derecho a la jurisdicción, que también es un deber porque el ciudadano está vinculado al ordenamiento jurídico, según el artículo 38º de la Constitución. En consecuencia, “si una ley incurre en cualquier violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...] será una ley inconstitucional”³⁸⁷.

384. Domingo García Belaunde, *El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas*, en *LTC*, N° 6, p. 66.

385. Miguel Aparicio Pérez, *La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional*, en *RCEC*, N° 3, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1989, pp. 71 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción*, en *RGD*, N° 600..., art. cit., pp. 9236-9257.

386. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, op. cit., pp. 340 ss.

387. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, p. 267.

- b. *Derecho a la instancia plural.* Aquí radica el derecho a recurrir razonablemente de las resoluciones judiciales, ante instancias superiores de revisión final, para lo cual, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139º-6 de la Constitución. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las resoluciones denegatorias de las garantías constitucionales, según el artículo 202º-2.
- c. *Principio de igualdad procesal.* En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes: los abogados, el fiscal, el abogado de oficio, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, del artículo 2º-2 de la Constitución.
- d. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.* Se trata de administrar justicia rápida dentro de lo razonable. Lo razonable será establecido por el juez en la medida del tipo de proceso en retraso, según se trate de una violación grave de derechos fundamentales o de un proceso administrativo no contencioso. También cabe advertir que la justicia rápida, como la que realiza el fuero privativo militar, no siempre es garantía de respeto de los derechos del procesado, que toda jurisdicción debe asegurar.
- e. *Deber judicial de producción de pruebas.* Los magistrados deben extremar sus cuidados para obtener las pruebas, diligenciarlas y darles su mérito probatorio en la sentencia.

3.3 Medida cautelar

Un tema que hacía potencialmente eficaz a la acción de amparo, es la potestad de solicitar con la demanda una medida cautelar, para que se ordene judicialmente la suspensión provisional del acto reclamado, en la medida que se busque evitar que se consume el daño, según disponía la Ley N° 23506³⁸⁸. En efecto, la concesión de la medida cautelar con la demanda, supuso que se adelantaba un juicio sobre la comprobación de un hecho, que si bien era discutido en el proceso del amparo, quedaba a resultas de una posterior y definitiva resolución. Siempre que a juicio interpretativo del magistrado, la demanda se hubiese interpuesto para evitar que se cause un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios a las personas, y que la medida

388. Juan Monroy Gálvez, *La medida cautelar en el proceso de amparo peruano*, en LTC N° 3, Lima, 1989, en la misma revista, revisar entre otros artículos sobre el tema a: Domingo García Belaunde, *Las vueltas del amparo*, pp. 121.127.

cautelar estuviese dirigida a impedir que el fallo definitivo termine siendo inejecutable³⁸⁹.

Sin embargo, en virtud del Decreto Ley N° 25433 se ha procedimentalizado la medida cautelar, disponiendo el traslado de la demanda cautelar a la otra parte, la intervención del fiscal, la apelación del auto concesorio en doble efecto y, finalmente, que la medida de suspensión ordenada no debe implicar la ejecución de lo que es materia del fondo de la acción de amparo. Con lo cual prácticamente, la eficacia e inmediatez del amparo ha quedado cercenada desde entonces.

Esta anulación de la medida cautelar del amparo se ha debido al abuso judicial del mismo, sin embargo, la medida cautelar no busca entorpecer la vigencia de las normas, o la ejecución de las sentencias judiciales. Aún cuando se haya hecho ese uso en materia de resoluciones judiciales, y de manera extraordinaria para la inaplicación de leyes autoaplicativas e inclusive proyectos de leyes, sino asegurar la protección antelada de un derecho fundamental. En la actualidad, las virtudes originales de la medida cautelar del amparo han sido introducidas a las normas del proceso civil.

4. HABEAS DATA

La Constitución de 1993 incorpora por primera vez la garantía constitucional del habeas data, tomado del derecho constitucional comparado³⁹⁰ pero de manera singular. Por cuanto, la protección del “derecho a la autodeterminación informativa”³⁹¹ ha aparecido a finales de los años sesenta en los países informatizados o computarizados, como una manifestación de la tutela del derecho a la intimidad frente a la voráGINE de la obtención, registro y procesamiento de datos personales de los sistemas informáticos públicos y privados³⁹².

389. Juan Monroy Gálvez, *La medida cautelar en el proceso de amparo peruano*, en LTC N° 3, Lima, 1989, pp. 109-112; Samuel Abad, *La medida cautelar en la acción de amparo*, en Derecho, Nos. 43-44, op. cit., pp. 409-414; asimismo, Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales...*, op. cit., pp. 175 ss. .

390. Diomar Ackel Filho, *Writs constitucionais (Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)*, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 111-127.

391. Pablo Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 147-196; asimismo, David O'Brien, *El derecho del público a la información, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América y la primera enmienda constitucional*, México, 1983, pp. 144-155.

392. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 345 ss.

Sin embargo, en la Constitución de 1993, se incorporó el habeas data fundamentalmente como una garantía tutelar del derecho a la información de los ciudadanos, y de la defensa del derecho a la intimidad; motivo por el cual, el habeas data podía ser invocado en los siguientes supuestos:

- a. El derecho a solicitar información de las personas naturales y jurídicas a cualquier entidad pública, con excepción de informaciones relativas a la intimidad, seguridad nacional u otros límites que establezca la ley (Art. 2°-5).
- b. El derecho de las personas naturales y jurídicas a que los servicios informáticos o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (Art. 2°-6).
- c. El derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (primer párrafo del Art. 2°-7).
- d. El derecho de rectificación de forma gratuita, inmediata y proporcional en los medios de comunicación, por afirmaciones inexactas o agraviantes contra una persona (segundo párrafo del Art. 2°-7).

Estos derechos consagrados en el art. 2º, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución, con caracteres de valores y principios constitucionales³⁹³, eran pasibles de protección mediante el habeas data, en virtud de lo dispuesto en el art. 200º-3 de la Constitución. Sin embargo, en 1995 la Constitución fue rápidamente reformada por Ley Nº 26470, como se explica a continuación, eliminando el inciso 7 del art. 2º de la Constitución de la protección del habeas data, relativo al derecho a la rectificación en los medios de comunicación, desvinculando así el habeas data de la tutela del derecho a la intimidad, cuando es afectada por los medios de comunicación³⁹⁴.

En efecto, en 1994 el Poder Judicial admitió las dos primeras acciones de habeas data, procesándolas y desestimándolas ante la falta de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales que normase ese nuevo proceso constitucional. Estos procesos, pusieron en evidencia en el debate de los medios de comunicación los alcances peligrosos del habeas data en relación al derecho a la libertad de expresión. Como también los peligros al derecho a la

393. José María Desantes, *El derecho a la información en cuanto valor constitucional*, Piura, UP, 1992, pp. 41-49.

394. Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, 1981, pp. 30-43.

intimididad personal y familiar de algunos medios de comunicación social que abusan de la libertad de expresión.

En ese entonces, los habeas data se interpusieron ante juzgados penales. El primero por la negativa del pedido del abogado Paz de la Barra, para que un programa político del Canal 4 de televisión rectificase la información vertida en una de sus emisiones, en la cual se le involucraba como asesor virtual en la adquisición de unos bonos para el Centro Latinoamericano de de Asesoría Empresarial (CLAE), dirigido por el empresario Carlos Manrique (en ese entonces prófugo de la justicia nacional), insinuación que Paz negaba enfáticamente.

El segundo caso de habeas data, se originó por la negativa de los diarios *El Comercio*, *La República*, *El Expreso* y otros, de publicar una carta en calidad de réplica del abogado Sanguinetti —habiéndose ya publicado una primera rectificatoria—, en relación a los supuestos comentarios críticos que realizaron dichos diarios al informar que “la Novena Sala Penal Superior había revocado su acción de habeas corpus contra un grupo de alcaldes distritales por ocupación de la vía pública”.

Estas dos acciones de habeas data fueron desestimadas judicialmente, por no ser la vía penal la adecuada, al no haberse agotado la vía previa del pedido de rectificación y por no existir una ley que desarrolle dicha garantía constitucional³⁹⁵. Estas razones y la presión de los medios de comunicación, movilizaron urgentemente a la mayoría parlamentaria a dictar la Ley N° 26301 Ley de Habeas Data y Acción de Cumplimiento, dirigida por un lado fundamentalmente, a regular que el trámite de dichas acciones sea la vía civil, así como también en caso de que el habeas data se plantease contra un medio de comunicación, se permita el apersonamiento del apoderado. Por otro lado, para que la acción de habeas data se procese siguiendo los trámites para la acción de amparo, en lo que fuere aplicable.

Asimismo, mediante reforma constitucional realizada el 12 de abril de 1995, por Ley N° 26470 del Congreso Constituyente Democrático, se modificó el art. 200°-3 de la Constitución que regula al habeas data; eliminándose el supuesto de la protección del derecho a la intimidad y/o el derecho a la rectificación que tiene «toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social...», establecido en el art. 2° inciso 7 de la Constitución. Se impidió así, la posibilidad de que mediante

395. Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional...*, op. cit., pp. 83 ss.; asimismo, Samuel Abad, *Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales*, en LTC, N° 10, Lima, 1994, pp. 270-272.

el Art. 2°-7 vuelvan a colisionar concretamente el derecho a la rectificación con el derecho a la libertad de expresión, cuando ese fuese reclamado preventivamente; habida cuenta que en materia de libertad de expresión, la Constitución prohíbe (Art. 2°-4) cualquier tipo de censura o impedimento previo alguno³⁹⁶.

En efecto, ante la amenaza de violación del derecho al honor por un medio de comunicación social, podía interponerse un habeas data preventivo para impedir que se propale dicha información. Sin embargo, esta postura entraba en confrontación con lo establecido en el art. 2° inciso 4 de la Constitución, que garantiza el ejercicio de

las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...]. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común... Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o lo impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Pero es del caso mencionar que el derecho a la intimidad del art. 2°-7, no queda en indefensión por la reforma constitucional dictada sino que, a nivel de su protección constitucional, cabría plantear residualmente una acción de amparo, inclusive de carácter preventivo, según dispone el art. 200°-4 de la Constitución. Dejando a salvo el ejercicio de las acciones judiciales ordinarias del presunto afectado, a fin de que el juez determine las responsabilidades civiles de ley. Más aún, el agravio o la afectación mencionada podría tornarse en un supuesto de responsabilidad penal contra el autor y/o responsables de la información del medio de comunicación, si se determinase judicialmente que hubo difamación o injuria grave, mediante la difusión de la información denunciada³⁹⁷.

En consecuencia, si la Constitución ofrece el derecho de rectificación, y en todo caso la responsabilidad penal por los delitos de prensa, es lógico entender que para la libertad de información no exista ningún tipo de limitación o censura previa, sino responsabilidad posterior en caso que el ejercicio de esa libertad vulnere derechos fundamentales de las personas. De lo

396. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales...*, op. cit., pp. 175 ss.; asimismo, Néstor Pedro Sagües, *Habeas data: alcances y problemática*, en *Ius et Praxis* N° 25, op. cit. pp. 16-17.

397. P. Barroso Asenjo, *Límites constitucionales...*, op. cit., pp. 56-57.

contrario, entender que antes el habeas data o ahora la acción de amparo protege el derecho de rectificación, incluso de manera preventiva según se desprendería del art. 200°-4 de la Constitución, significaría consagrar virtualmente en la Constitución de 1993 la posibilidad del impedimento o censura previa de la libertad de expresión, situación que se encuentra expresamente prohibida en el art. 2°-4 de la propia Constitución. Más aún, si el derecho a la intimidad y al honor personal y familiar puede ser exigido que se respete en los medios de comunicación, mediante la vía del amparo correctivo o mediante procesos ordinarios civiles y penales.

En ese sentido, el proceso constitucional del habeas data se presenta sólo como una garantía constitucional que protege el derecho a la “autodeterminación informativa”, compuesta del derecho al acceso a la información pública y el derecho a que la información computarizada no sumistre datos que afecte el derecho a la intimidad personal y familiar, establecidos en el Art. 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución y los tratados internacionales de los que el Perú es parte³⁹⁸. Entonces, desde una perspectiva analítica y reflexiva, se puede señalar que los objetivos del habeas data son:

- a. *Acceder a la información.* Se garantiza el derecho de cualquier persona a conocer los datos o registros no sólo respecto de ella, que se encuentren en archivos estatales o en bancos de datos informatizados públicos o privados, que sean factibles de publicidad a terceros.
- b. *Actualizar la información.* Se permite que la persona no solamente conozca los datos, sino que ponga al día la información registrada, corrigiendo la información caduca u obsoleta referida a ella.
- c. *Rectificar la información.* Se busca enmendar la información inexacta, errónea o inapropiada, tanto porque afecta directamente el derecho a la intimidad del interesado, como por que afecta el derecho a la verdad de los ciudadanos.
- d. *Excluir información.* Se trata de borrar o impedir la difusión de información sensible que afecte el derecho a la intimidad³⁹⁹; como son los datos sobre el origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, estado de salud, vida sexual e inclusive condenas penales.

398. CAJ, *Protección de los Derechos Humanos*, Lima, 1997, pp. 173-303.

399. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 356. Néstor Pedro Sagüés, *Hábeas data: su desarrollo constitucional*, en LTC, N° 3, Lima, 1994, pp. 90-92.

Finalmente, el proceso constitucional del habeas data se estructura básicamente conforme a las normas de la acción de amparo, según la Ley N° 26301. De ahí que la legitimidad para obrar requiere de legítimo interés informativo, que puede ser moral, económico o estadístico. Sin embargo, antes de iniciar el proceso constitucional del habeas data, se debe requerir extrajudicialmente a la persona natural, jurídica o autoridad, para que cumpla notarialmente con lo solicitado. Pero si se tratase de una persona natural, podrá ser emplazado directamente ante el juez civil de turno.

5. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El artículo 200° inciso 6 de la Constitución peruana de 1993, señala que la acción de cumplimiento procede «contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley»⁴⁰⁰.

La acción de cumplimiento, es una garantía constitucional que actúa sobre la base de dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos, y segundo, la legalidad de los actos administrativos. Pero no basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sean aprobados, cumpliendo los requisitos formales de la norma y que además estén conforme a las disposiciones sustantivas establecidas en la Constitución y en la ley, sino que tengan vigencia. En este sentido, la acción de cumplimiento esencialmente busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de las normas legales y actos administrativos por parte de la autoridad, en un derecho fundamental de los ciudadanos.

Esta nueva garantía constitucional pretende que el Estado de Derecho, consagrado en la Constitución, según los artículos 38° (relativo al deber de los ciudadanos de respetar el ordenamiento jurídico), 51° (referido a la supremacía de la Constitución sobre la ley, de ésta sobre los decretos) y, 138° (concebido para que los jueces puedan hacer el control judicial de las leyes), no sean normas meramente declarativas que reconocen la existencia de un sistema de fuentes del derecho, sino que la misma sea eficaz creando un proceso constitucional especial en caso de incumplimiento.

No obstante, la Ley N° 26301, Ley de Habeas Data y de la Acción de Cumplimiento, consagra apenas dos disposiciones procesales para su ejecu-

400. César Landa, *La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993*, *Revista del Foro*, CAL, Año LXXXI, N° 1, Lima, CAL, Lima, 1993, pp. 53 ss.

ción judicial, relativas al requerimiento notarial a la autoridad pertinente, para el cumplimiento de la norma legal que se considera debida; el cumplimiento del correspondiente acto administrativo, o hecho de la administración, con una antelación no menor de quince días, antes de interponer la acción de garantía, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La acción de cumplimiento incorporada por primera vez en nuestro sistema constitucional, y tomada del sistema colombiano⁴⁰¹, encuentra sus antecedentes en el derecho constitucional comparado; en particular, en el derecho anglosajón⁴⁰², donde según el viejo derecho inglés, el *writ of mandamus*, "se expide por las cortes [...] a cualquier individuo o entidad que tenga un cargo público, para que cumpla con sus funciones en caso de pasarlas por alto"⁴⁰³.

En tal sentido, el cumplimiento de los mandatos legales y administrativos, si bien es una obligación jurídica concreta de las autoridades y funcionarios estatales, se convierte ahora también en un derecho subjetivo de los ciudadanos. Con la suficiente validez para demandar judicialmente la expedición de una orden o mandato judicial de cumplimiento que compela, tanto a las autoridades y funcionarios públicos como a los particulares, que prestan servicios públicos, cuando éstas se resistan a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan⁴⁰⁴.

La ley orgánica que reglamente plenamente esta nueva garantía constitucional, o la jurisprudencia que sobre la materia, sin perjuicio de los contenidos básicos del proceso de acción de cumplimiento⁴⁰⁵, podría tomar en cuenta lo siguiente:

- a. Definir taxativa o enunciativamente los tipos de normas legales y actos administrativos específicos, cuyo incumplimiento baste para la interposición de esta garantía constitucional, y no sólo mencionar de manera genérica a éstos, como lo ha hecho la ley comentada.

401. Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 42.

402. Hilaire Barnett, *Constitutional and administrative law*, Great Britain Covendish Publishing Ltd., 1996, pp. 784.

403. H.H.A. Cooper, *Diez ensayos sobre el common law*, UNMSM, Editorial Universo, Lima, 1967, p. 123; asimismo, revisar Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú...*, *op. cit.*, p. 58.

404. César Landa, *La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993*, *Revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, 1993, p. 55.

405. Ernesto Rey y María Rodríguez, *La acción de cumplimiento en el Perú*, en *RJP*, Año XLVIII, N° 16, Julio-Setiembre, Trujillo, 1998, pp. 89-105; asimismo, Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 211-214.

- b. No debería exigirse a los accionantes el agotamiento de las vías previas, salvo que se trate de actos administrativos, ya que en estos supuestos se cuentan con los recursos impugnatorios que confieren las normas generales sobre procedimientos administrativos. Pero en el caso del manifiesto incumplimiento de una norma legal, por parte de la autoridad o funcionario, podría accionarse directamente la acción de cumplimiento. Es decir, si la acción de cumplimiento debe ser una acción residual, excepcionalmente no se debería requerir el agotamiento de las vías previas.
- c. Otorgar medidas cautelares provisionales, siempre que la demanda se haya interpuesto, para evitar que se cause un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios. Pero, en cualquier caso, debería instaurarse la cautela o contracautela, con fianzas patrimoniales, que disuadan los recursos obstruccionistas de la justicia constitucional.
- d. Si la acción de cumplimiento fuese declarada fundada, demostraría en principio la responsabilidad de la autoridad o funcionario en el incumplimiento de las normas legales. Lo que salvo falsa o errónea interpretación o inaplicación de las normas, habría responsabilidad del funcionario o autoridad, esto es, el desconocimiento, el abuso o desviación de poder, debería ser materia de sanción legal en el procedimiento judicial que corresponda, a nivel penal, civil o administrativo.

Finalmente, es interesante vincular la acción de cumplimiento y la acción de amparo desde dos perspectivas: una, como vías paralelas, y la otra como vías en conflicto. En tal sentido, se puede concebir la acción de cumplimiento como una vía paralela de la acción de amparo, por cuanto ésta protege directamente derechos fundamentales subjetivos y concretos de rango constitucional. En todo caso, se interpone para impedir que los efectos de una norma se apliquen a una persona por lesionar derechos constitucionales, siendo que la acción de cumplimiento protege derechos infraconstitucionales, como es la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Que se caracteriza básicamente por ser un derecho objetivo, pero con un componente subjetivo subsidiario y no menos importante, en tanto que el incumplimiento de dichas normas y actos afecta derechos líquidos y concretos de los ciudadanos⁴⁰⁶.

Sin embargo, se podría presentar el caso de vías en conflicto, cuando una persona demande en vía de la acción de amparo que no se aplique una norma legal que afecta sus derechos fundamentales, mientras que la persona

406. Jorge Danós, *El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la constitución peruana de 1993*, en LTC N° 3, Lima, 1994, pp. 206 ss.

demandada podría interponer una acción de cumplimiento, para que la autoridad o funcionario cumpla, o no sea renuente de cumplir con dicha norma o acto administrativo, que seguramente le otorga o reconoce un derecho. Por ejemplo, en el caso de la intervención del gobierno a la Universidad Particular San Martín de Porres mediante Ley N° 26251 del Congreso, la Comisión Interventora creada por ley no pudo ocupar ni cumplir sus funciones, por impedimento de las autoridades destituidas. Sucedió que las autoridades plantearon una acción de amparo para que no se aplique la norma legal, en tanto violaba el derecho constitucional a la autonomía universitaria. La Comisión Interventora evaluó al parecer, plantear una acción de cumplimiento, para que se aplique la ley en mención por los funcionarios universitarios.

Pues bien, de haberse concretado la acción de cumplimiento, sobre el mismo bien jurídico en conflicto, podrían haber habido sendas sentencias estimatorias. Lo cual, luego de las apelaciones correspondientes, sólo hubieran podido ser integradas uniformemente ante el Tribunal Constitucional, si es que hubiesen recibido en segunda instancia sentencias desestimatorias a sus respectivas demandas. En tal situación, el Tribunal Constitucional como instancia final de fallo de las resoluciones denegatorias de las acciones de amparo y de cumplimiento, entre otras, hubiera podido integrar jurisprudencialmente ambas acciones llegadas con resoluciones judiciales en contra. Lo cierto es que la Universidad San Martín de Porres obtuvo sentencia favorable del Poder Judicial a su acción de amparo, y la comisión gubernamental no pudo intervenir la mencionada universidad particular⁴⁰⁷.

6. ACCIÓN POPULAR

La Constitución de 1993 ha regulado en el artículo 200° inciso 5, la acción popular dentro de las garantías constitucionales⁴⁰⁸. Al respecto, el mencionado artículo señala que: “la acción popular, procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la emanen”. Si bien las demás garantías constitucionales son resueltas en última instancia por el Tribunal Constitucional, la Constitución ha omitido indicar que este proceso constitucional sea de competencia del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, como a este poder se le otorgó en la

407. Corte Superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo, en los seguidos por Universidad San Martín de Porres con Superior Provincial de la Orden Dominica y otros*, Expediente N° 020-95, p. 6.

408. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales...*, op. cit., pp. 221 ss.

Constitución de 1979 y en la Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular, aún vigente.

La acción popular por sus orígenes históricos, que se remontan al siglo XIX, ha sido usualmente entendida como el recurso para formular denuncias contra las autoridades que cometían infracciones y delitos contra los deberes de función, a fin de que fueran procesadas y sancionadas. Al respecto se puede ver el artículo 157° de la Constitución de 1920 y en el artículo 231° de la Constitución de 1933, como últimos antecedentes, pero en estos casos la acción popular tenía un carácter procesal penal⁴⁰⁹. Sin embargo, será a partir del artículo 133° de la Constitución de 1933, el artículo 295° de la Constitución de 1979 y el artículo 200-5 de la Constitución de 1993, que se regula la acción popular como una garantía constitucional⁴¹⁰.

La acción popular, como garantía constitucional, cabe definirla como un proceso constitucional de tipo jurisdiccional, encargado del control constitucional y legal contra las normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Constitución y a la ley. Es decir, como garantía constitucional tiene una serie de características sustantivas y procesales que permiten delimitar sus alcances y eficacia normativa.

Desde el punto de vista sustantivo, la acción popular está estrechamente vinculada a la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, en la medida que su propósito también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero examinando las normas inferiores a la ley. En ese sentido, mediante la acción popular, los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad con carácter general de la norma infralegal que sea contraria a la Constitución y a las leyes. Este control abstracto de constitucionalidad y legalidad, sin embargo, no concluye en la expulsión judicial de la norma infractora del ordenamiento jurídico, sino que los jueces sólo pueden declararla inaplicable parcial o totalmente, pero con efectos generales, que casi es lo mismo a declararla nula.

Al respecto, cabe mencionar que el control de los decretos, reglamentos y demás normas administrativas, debe realizarse no sólo en relación a las

409. Manuel Alvarez Simonetti, *El petitorio de inconstitucionalidad por acción popular*, Tesis de Bachiller, PUCP, Lima, 1974; asimismo, Jorge Danós y Martha Souza, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*, en F. Eguiguren (editor), *La Constitución Peruana de 1979...*, op. cit., pp. 322 ss.

410. Carlos Parodi Remón. *La defensa de la legalidad en la Constitución Política del Perú de 1979*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1, Derecho Constitucional..., op. cit., pp. 568-569.

normas constitucionales y legales, sino también a las sentencias del Tribunal Constitucional que hayan desde luego estimado o desestimado la declaración de una ley como inconstitucional. Es tan necesaria la unidad jurisprudencial en materia constitucional, que el artículo 39° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida su resolución”.

En cuanto los aspectos procesales, cabe mencionar que siendo la protección del orden constitucional y legal valores supremos no sólo del Estado, sino también de la sociedad, la legitimidad procesal activa es aformal y material. Es decir, cualquier ciudadano puede incoar disposiciones reglamentarias y administrativas ante el Poder Judicial, por inconstitucionales e ilegales, incluso los ciudadanos extranjeros residentes en el país pueden ser titulares de esta acción, así como también el Poder Judicial debe tutelar ese derecho a la acción de cualquier ciudadano⁴¹¹.

A diferencia de la acción inconstitucionalidad con la acción popular se puede dar el control previo de constitucionalidad. También contra las normas reglamentarias y administrativas que no han entrado en vigencia, es decir, a aquellas que no han sido aún publicadas en el diario oficial, se puede interponer un proceso de acción popular⁴¹². Esta disposición del artículo 5° de la Ley N° 24968, permitirá el control constitucional y legal contra normas administrativas secreta. Sin embargo, esta posibilidad no significa en la práctica que preventivamente cualquier ciudadano pueda iniciar una acción popular, en la medida que no existe ley que obligue a las autoridades administrativas a la pre-publicación de la normas que van a dictar, para conocimiento, opinión o críticas de los interesados; sino que depende del conocimiento de dicho proyecto o norma secreta, que ha pedido del conocimiento oficial del juez deja de tener ese carácter.

Como quiera que el plazo para incoar la acción popular contra las normas administrativas prescribe a los 5 años, si se trata de normas constitucionales, y de 3 años si se trata de normas legales, según dispone el artículo 6° de la Ley N° 24968, eso no impide que luego de la prescripción, los jueces puedan hacer uso del artículo 138° de la Constitución. Es decir, en caso de conflicto entre una norma constitucional y otra legal, así como de una

411. Miguel Marienhoff, *La legitimación en las acciones contra el Estado*, en *La Ley*, 1986, pp. 899 ss.

412. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales...*, op. cit., p. 226.

norma legal y una norma administrativa, los jueces prefieren la norma superior sobre toda otra norma de rango inferior. Ello podrían inaplicar normas administrativas contrarias a la Constitución y a la ley, vencido el plazo prescriptorio, pero en vía incidental en un proceso judicial ordinario, más ya no en un proceso de acción popular.

Finalmente, resulta incongruente que la acción popular siga siendo competencia de la justicia ordinaria, cuando es a la jurisdicción constitucional a quien le corresponde la función del control constitucional y eventualmente legal; en este sentido, la acción popular si bien podría tramitarse en sede judicial debería en última instancia ser resuelta en sede constitucional, afín de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional.

7. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

Como una innovación dentro de las facultades clásicas del Tribunal Constitucional, el artículo 202° inciso 3 de la Constitución peruana de 1993, señala que corresponde al Tribunal Constitucional «conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución conforme a ley».⁴¹³ Al respecto, la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha regulado en siete artículos el conflicto constitucional. Este supuesto se materializa cuando los poderes y organismos constitucionales autónomos disputen entre sí una competencia o atribución constitucional, mediante la emisión de actos, disposiciones, resoluciones o inclusive normas legales. El antecedente más cercano del conflicto constitucional lo encontramos en el debate de la Constitución de 1979, y en el desarrollo legislativo de la regionalización. El novedoso —aunque ciertamente tímido— esquema descentralista que asumió dicha Constitución, provocó inevitables conflictos entre el gobierno central y los gobiernos locales o regionales, lo que se intentó solucionar con la institución del «conflicto de competencia territorial a nivel legal».⁴¹⁴ De esta manera, el artículo 71° de la Ley N° 24650, Ley de Bases de la Regionalización, señalaba que «los conflictos entre un gobierno regional y un gobierno local, entre gobiernos regionales y entre un gobierno regional y el gobierno central son resueltos por la Corte Suprema, tramitándose

413. César Landa, *El conflicto de competencia en la Constitución del Perú de 1993*, en *revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, CAL, Lima, 1994.

414. El proyecto constitucional de 1979 asignaba al Tribunal de Garantías Constitucionales la potestad de «resolver los conflictos de competencia entre el Poder central y los órganos departamentales y regionales, así como de éstos entre sí»; pero, finalmente, esta facultad no fue aprobada.

el proceso en primera instancia ante la Segunda Sala Civil y en segunda instancia ante la Primera Sala civil de la Corte Suprema». Sin embargo, por diversos motivos, esta institución no tuvo el desarrollo jurisprudencial deseado. Pero en base a estos escauceos normativos, la Constitución de 1993 incorporó esta nueva garantía o proceso constitucional denominado «conflicto de competencias y atribuciones», que se manifiesta en los conflictos competenciales entre poderes y organismos constitucionales de rango constitucional, como en conflictos territoriales entre los organismos constitucionales descentralizados entre sí, o contra el gobierno central, como señala el art. 46º de la LOTC.

Esta garantía constitucional protege fundamentalmente dos principios: uno, la separación de poderes y de organismos constitucionales –división horizontal–, y; dos, la redistribución territorial del poder –división vertical–, postulados en los artículos 43º y 44º de la LOTC.

Aunque la Constitución no define la noción de conflicto de competencia y atribuciones, podemos aproximarnos en virtud de la LOTC, a diferenciarla de otros tipos de conflicto: a) Conflicto jurisdiccional, que genera una «contienda de competencia», que es resuelta por la Corte Suprema. b) Conflicto inter-orgánico infraconstitucional, o sea cuando éste se produce entre distintas administraciones públicas del Estado, pero de un rango legislativo o administrativo, es decir infraconstitucional. c) Conflicto intraorgánico de jerarquía, cuando se produce al interior de un mismo ente, cuya resolución le corresponde al organismo superior.

Descartados esos tipos de conflictos, se puede reconocer el conflicto de competencias y atribuciones por dos elementos fundamentales⁴¹⁵: uno subjetivo, que el conflicto importe la competencia de por lo menos un órgano constitucional. Otro objetivo, que verse en torno a la aplicación o interpretación de normas constitucionales relativas a la distribución de competencias. De aquí se desprende que en primer lugar, no basta que exista un conflicto de competencia y atribuciones, sino que es necesario que éste sea de rango constitucional, es decir, que la materia o atribución en conflicto goce del reconocimiento constitucional –elemento objetivo– y que por lo menos uno de los sujetos en conflicto tenga jerarquía constitucional –elemento subjetivo–. En segundo lugar, por la imprecisión en la terminología constitucional, será necesario acudir a principios y métodos de interpretación, inspirados en el derecho y en la doctrina constitucional comparada, para definir los casos de

415. Enrique Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen II, Los órganos constitucionales. El Estado Autonómico, Madrid, 1993, p. 333.

conflictos de atribuciones y competencias, tanto funcionales como territoriales⁴¹⁶.

Ahora bien, cabe señalar que el conflicto constitucional puede ser de dos clases: a) Conflicto positivo, cuando dos o más entidades constitucionales se disputan entre sí una competencia o atribución constitucional. b) Conflicto negativo, cuando dos o más entidades constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional⁴¹⁷. En el primer caso, la legitimidad procesal para actuar recaerá en él o los organismos que se consideren afectados, por la intromisión de otro organismo en sus competencias o atribuciones. En el segundo caso, la legitimidad procesal activa podrá reposar en un particular –persona natural o jurídica– afectado por la negativa de la entidad estatal, para asumir una competencia o atribución por otro órgano del Estado, según señala el art. 49º de la LOTC.

En cuanto a la oportunidad de accionar, el conflicto constitucional de competencia y atribuciones aparecerá cuando haya una aplicación, errónea o falsa, de las normas constitucionales en torno a la distribución de competencias y atribuciones constitucionales entre dos poderes u organismos autónomos constitucionales, y en la medida que éste se materialice en un acto, disposición o resolución que incluso puede ser una ley, señala la LOTC apartándose de la doctrina comparada, que excluye a las normas legales⁴¹⁸. Además, no debería existir una relación jerárquica entre los sujetos constitucionales en conflicto. Para resolver el conflicto, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debería utilizar los criterios antes mencionados e interpretar la Constitución, sobre la base del concreto conflicto de competencias que se le presente para resolver. De modo que la resolución se estructure sobre realidades concretas y no sobre silogismos jurídicos, en el marco de las técnicas de interpretación constitucional. Ahora bien, la Constitución peruana no es particularmente precisa en lo relativo a la asignación de competencias y atribuciones, pudiendo generar así conflictos constitucionales por vacíos normativos. En ese sentido, cuando el Tribunal Constitucional deba verificar a quién le corresponde la competencia o atri-

416. María Trujillo Rincón, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, pp. 243 ss.; Angel Gómez Montoro, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, pp. 324-351; asimismo, Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 43 ss.

417. Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, *El Tribunal Constitucional. Formularios y doctrina procesal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 237 ss.; asimismo, María Trujillo Rincón, *Los conflictos entre órganos constitucionales del estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, pp. 243 ss.

418. Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, pp. 163 ss.

bución constitucional, muchas veces no bastará con el propio texto constitucional, sino que será necesario interpretar la Constitución conforme a la ley *-Gesetzkonforme Auslegung der Verfassung-* tal como lo prevén los artículos 22° y 46° de la propia LOTC.

Sin embargo, ante la falta de leyes que desarrollen la norma constitucional, u oscuridad de las mismas en la delimitación de competencias de cada organismo constitucional en conflicto, el Tribunal Constitucional podría apelar en lo que fuese factible al concepto de bloque de constitucionalidad⁴¹⁹, recogido en los artículos 46° y 47° de la LOTC. Pero en cualquier caso, el Tribunal Constitucional sí tendrá que interpretar la Constitución de conformidad con los principios y técnicas para la delimitación de las competencias, que se condensan en una suerte de *test de la competencia* (ver Primera Parte, Cap. 4, 4.3.). Estos de manera sintética son:

El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar el principio de jerarquía al de la competencia, generando una preeminencia de los intereses generales del Estado sobre los intereses de los poderes y organismos constitucionales, pero en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir, que existiendo duda sobre el titular de la competencia o atribución se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones.

El principio de la competencia⁴²⁰, que se expresa en la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente. Finalmente, en virtud del bloque de constitucionalidad y el *test de la competencia*, el Tribunal Constitucional deberá realizar una función creativa y técnica de interpretación constitucional, pero no especulando dogmáticamente con las normas sino concretándolas al problema planteado, de acuerdo con los principios y métodos constitucionales, para hallar razonablemente la delimitación competencial correspondiente.

419. Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad* (Simposium franco-español de Derecho Constitucional), Madrid, 1991, pp. 201-202.

420. Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, pp. 67 ss; asimismo, Carlos Viver y Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989, pp. 19 ss.

BALANCE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La caracterización de los problemas del funcionamiento del Tribunal Constitucional, desde el 30 de junio de 1996, fecha en que se instaló y hasta la actualidad, hay que hacerla tanto desde los resultados de su función jurisdiccional, de garantizar la libertad y controlar los excesos legislativos del poder; como desde su rol de organismo constitucional que tuvo que afrontar en las causas políticas del sistema de votación del propio tribunal y sobre todo de la ley de la reelección presidencial, donde se puso en evidencia el conflicto político no resuelto en el Congreso entre el gobierno y la oposición, a través del enfrentamiento abierto de razonamientos judiciales y concepciones del modelo jurisdiccional *ad hoc* al gobierno⁴²¹.

Aún cuando para los propósitos del balance del tribunal, interesa centrar la observación propuesta en la función jurisdiccional, y en el rol de organismo constitucional del Tribunal Constitucional, es el caso esbozar el contexto de implementación y desimplementación de la atribución fundamental del Tribunal Constitucional: la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Este proceso aparece con todo su dramatismo cuando el TC declaró la inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial, en el marco de los valores, principios y normas constitucionales, realizando una nada pacífica interpretación constitucional, para poder utilizar el control difuso de las leyes y no el control abstracto, bloqueado en la propia LOTC, que estableció un sistema agravado de votación para declarar una ley inconstitucional.

El gobierno, por su parte, asumió como inaceptable el control de la ley de la reelección presidencial, dando lugar a la destitución de tres magistrados constitucionales. En ese sentido, se puede decir que son en las causas límites o políticas donde se puede apreciar con más claridad la posición constitucional del Tribunal Constitucional, que si bien no fue siempre de enfrentamiento entre sus miembros, sí adquirió rasgos definidos de una grave controversia cuando el TC asumió una posición clara de control constitucio-

421. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1997, pp. 251 ss.

nal, ante el vandalismo constitucional del gobierno y su mayoría parlamentaria. Política que ha marcado el ocaso de la jurisdicción constitucional, que a continuación se presenta⁴²².

1. DESARROLLO Y VACIAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional como organismo judicial encargado de la custodia de la Constitución, hay que evaluarlo desde su legitimidad en función de sus sentencias. Sin perjuicio de considerar el escenario gubernamental que rodeó la creación y al implementación de este tribunal, como ya se ha esbozado anteriormente (ver Primera Parte, Cap. II, 2). En ese sentido, se puede señalar que durante el primer año de funcionamiento, el Tribunal Constitucional resolvió dieciséis (16) acciones de inconstitucionalidad (ver Cuadro N° 5), hasta el abrupto desmontaje del control constitucional de las leyes, estando pendientes de resolución 17 acciones de constitucionalidad por sentenciar⁴²³.

Lo que no obsta para que en el Tribunal Constitucional se haya debatido y resuelto con interesantes argumentos, en particular dos causas constitucionales límites, una sobre la ley del sistema de votación del propio Tribunal y otra sobre la ley de la reelección presidencial, que son analizadas más adelante. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su primer año, en materia de control constitucional de las normas legales, hay que enmarcarla en tres etapas, caracterizadas por el rápido tránsito de sus relaciones institucionales pacíficas con los poderes públicos, hasta la acusación constitucional de cuatro de sus magistrados y la expulsión de tres de ellos por la mayoría del Congreso.

a. *Primera etapa (junio a octubre de 1996)*. Instalado el Tribunal el 24 de junio, eligen a Ricardo Nugent como su Presidente y a Francisco Acosta como su Vice-Presidente⁴²⁴. El Tribunal se estableció en el antiguo local del Instituto Nacional de Cultura, al costado de la iglesia San Francisco, en el centro de Lima; sin dejar de señalarse que en la sede de Arequipa –antiguo

422. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú*, en LTC N° 13, Lima, 1997, pp. 117 ss.

423. EL COMERCIO, *Tribunal Constitucional propone disminuir votos para resolver inconstitucionalidad*, en edición de Lima, 30.11.98, en <http://www.elcomerciooperu.com.pe/fs5nl.htm>; asimismo, LA REPÚBLICA, *Acosta niega la posibilidad que la Suprema asuma función del Tribunal Constitucional*, 20 de junio de 1997.

424. Tribunal Constitucional, *Acta de Instalación y de elección de Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional*, Lima, 24 de Junio de 1996, p. 5.

CUADRO N° 5
RESOLUCIONES SOBRE LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
(1996-1997)

	FUNDA- DA	INFUN- DADA	IMPROCE- DENTE	INAPLI- CABLE	NU- LO
1. Ley N° 26623. Crea el Consejo de Coordinación Judicial.	X	x			
2. Ley N° 26435 (Art. 4) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que exige 6 votos de 7 para declarar inconstitucional una ley.		X			
3. Ley N° 26592. Exige 48 votos del Congreso para convocar a referendium.		X			
4. Ley N° 26657. Ley de interpretación auténtica de la reelección presidencial.		x		X	
5. Ley N° 26637. Modifica la administración del Programa del Vaso de Leche.		X			
6. Ley N° 26599. Inembargabilidad de los bienes del Estado.	X				
7. Decreto Legislativo N° 853. Sobre FONAVI.					X
8. Decreto Legislativo N° 767 (Art. 184). Ley Orgánica del Poder Judicial.			X		
9. Decreto Ley N° 25967. Modifica goce de pensiones de jubilación.	X	x			
10. Decreto Legislativo N° 817. Régimen previsional de pensiones a cargo del Estado.	X	x			
11. Ley N° 26457 y Ley N° 26614. Intervención a universidades públicas.		X			
12. Decreto Ley N° 22633 (Art. 317°). Código de Procedimientos Penales.			X		
13. Ley N° 26479 y Ley N° 26492. Amnistían a los militares que violaron derechos humanos.			X		
14. Decreto Legislativo N° 295, Código Civil (Art. 337°). Causales de divorcio.	X				
15. Decreto Ley N° 25662. Establece el doble de pena a los policías que cometan delitos.			X		
16. Ley N° 26530 (Art. VI) Establece la esterilización como política nacional de población.			X		

Fuente: Normas Legales del diario oficial *El Peruano*, del 6-11-96 al 31-5-97.

Elaboración: César Landa.

local del Tribunal de Garantías Constitucionales—, realizaron la primera audiencia pública a inicios de agosto, para ventilar y resolver las primeras acciones de garantías. Sus primeras tareas fueron organizativas, autorreglamentarias y financieras; necesarias para asumir su labor jurisprudencial.

Así, según declaraciones del Vice-Presidente del Tribunal Constitucional⁴²⁵, iniciadas las actividades jurisdiccionales, se encontró con mil setenta y seis causas ingresadas, de las cuales 961 eran acciones de amparo, 76 habeas corpus, 7 acciones de cumplimiento, 2 habeas data, 32 quejas y un conflicto de competencia. Pero es del caso aclarar que el Tribunal Constitucional recibió la mayoría de esta carga de trabajo, como causas pendientes de resolución del clausurado Tribunal de Garantías Constitucionales en 1992, así como de la absurda disposición legal del gobierno de facto de, incluso, regular la presentación de los recursos casatorios, no obstante estar clausurado el TGC⁴²⁶.

Lo más significativo de la corta experiencia del Tribunal Constitucional, en el control de la constitucionalidad de las leyes, fue la primera etapa de activismo judicial. Que se caracteriza por el uso sobrecargado de un positivismo constitucional, en vez de utilizar fundamentos teórico-constitucionales y métodos de interpretación constitucionales aplicados a los casos concretos⁴²⁷.

En este periodo, se expiden los primeros pronunciamientos sobre derechos fundamentales, con una vocación protectora de los mismos, en materia de derechos pensionarios, laborales, sociales, así como en libertad de tránsito y libertad personal. Aún cuando en materia de detención policial preventiva, el Tribunal adoptó una controvertida jurisprudencia donde la restricción extraordinaria de la libertad personal de una persona sospechosa, quedaba configurada por la apreciación policial, decisión que se aprobó principista-mente con un voto singular del magistrado Aguirre Roca⁴²⁸.

425. Francisco Acosta Sánchez, Vice-Presidente del Tribunal Constitucional, en *TC resolverá mil 300 expedientes en 1997, señala magistrado*, diario oficial *El Peruano*, 18 de Octubre, 1996, p. 4.

426. EL COMERCIO, *Más de 800 acciones de amparo atiborran estantes*, edición del 25 de febrero de 1996, p. A7.

427. Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 682.

428. Edgar Carpio, *Tribunal constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento*, p. 9 y César Landa, *Libertad de tránsito y el Tribunal Constitucional*, pp. 10, ponencias al V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996.

Pero es a inicios de setiembre de 1996 donde muchas de las polémicas leyes que venía aprobando el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin debate público o integración de las minorías parlamentarias (como la ley de la reelección presidencial, las leyes que recortó la participación ciudadana y la ley del programa del “vaso de leche”, entre otras), dieron lugar a que se vayan preparando y presentando acciones de inconstitucionalidad. Sobredimensionándose las expectativas políticas del gobierno y la oposición sobre la decisión del Tribunal Constitucional, en las primeras demandas de inconstitucionalidad incoadas por los gremios de abogados y sobre todo las minorías parlamentarias⁴²⁹.

b. *Segunda etapa (noviembre de 1996 a mayo de 1997)*. Caracterizada porque el Tribunal Constitucional se aboca a la resolución de las acciones de inconstitucionalidad recibidas contra leyes del Congreso y decretos legislativos del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la resolución de los recursos de protección de los derechos fundamentales. En este periodo se decantan rápidamente las corrientes jurídico-políticas, esbozadas previamente al interior del Tribunal en la resolución de algunos polémicos casos de derechos fundamentales, donde convalidó la potestad policial para la detención preventiva de un ciudadano, fuera de las causales prevista en el artículo 2°-24-F de la Constitución⁴³⁰.

Se podría señalar que con las primeras acciones de inconstitucionalidad, se fue perfilando una moral de trabajo interno planteada por el Presidente del Tribunal Constitucional, consistente en buscar el consenso en torno a la inconstitucionalidad o no, de lo que más era posible. Lo que inicialmente se logró con la primera acción de inconstitucionalidad contra la Ley del Consejo de Coordinación Judicial, que fue estimada de inicio como inconstitucional. Sin embargo, pronto se pone en evidencia el fuerte compromiso de los magistrados Acosta y García con el gobierno, al cambiar de opinión sobre el sentido de la sentencia lograda y revisar el acuerdo de sentenciar por la inconstitucionalidad de la ley, para finalmente suscribir la inconstitucionalidad parcial de dicha ley. Estos episodios resquebrajaron la iniciativa de una moral de trabajo unitario y sobre todo independiente del poder político, según se trasluce de los votos singulares⁴³¹.

429. EL COMERCIO, *Son once las acciones de inconstitucionalidad presentadas al Tribunal*, edición del 4 de diciembre de 1996, p. A4.

430. EL PERUANO, *Sentencia del Tribunal Constitucional de habeas corpus. Exp. N° 046-96-HC/TC*, Lima, edición del 18 de octubre de 1996, p. 2346.

431. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., p. 121 ss.

Con la segunda acción de inconstitucionalidad, se demandó que se declare inconstitucional el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en tanto se exigían seis votos conformes de siete para declarar una norma legal como inconstitucional. Con lo cual en el fondo se discutía el derecho de veto que tenían los dos votos políticos, que podían paralizar a cualquier mayoría de cinco votos para declarar una ley inconstitucional, como sucedió con la primera demanda de inconstitucionalidad. Es así que la tercera causa sobre la ley de referéndum al obtener sólo cinco votos por la inconstitucionalidad y dos por las constitucionalidad de la misma, primó esta última, lo que puso en evidencia por tercera vez el problema del veto de dos votos contra cinco votos, en la sentencia sobre la ley de la reelección presidencial⁴³².

Pero es en la polémica demanda contra el sistema de votación del TC, establecido en el artículo 4° de la LOTC, que se destacaron los magistrados Aguirre, Revoredo y Terry, por intentar desbloquear el control de constitucionalidad sometido en última instancia a dicho veto, a través de incorporar el control difuso de las leyes aplicable a las demandas de control abstracto. En virtud de lo cual, para declarar inaplicable una ley, se hubiese requerido sólo mayoría simple, en base a buscar otorgar eficacia normativa al poder de control constitucional del Tribunal Constitucional⁴³³.

En esta línea de activismo judicial principista, los magistrados Nugent y Díaz acompañaron en la votación más bien a los magistrados Acosta y García, asumiendo una interpretación restrictiva de la Constitución y una defensa positiva de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dejando a los otros tres magistrados mencionados en minoría. Sin embargo, quedó establecido por unanimidad que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes para demandas de control abstracto era factible de realizar, como jueces encargados de evaluar y preferir la Constitución antes que una ley, pero en caso de "incompatibilidades manifiestas... control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros"⁴³⁴.

Con estas primeras polémicas sentencias, se puede señalar que se crearon tres corrientes de opiniones jurídicas entre los magistrados del Tribunal Constitucional: una, en pro del activismo judicial radical integrada por Aguirre,

432. Duncan Sedano, *Entrevista al doctor Manuel Aguirre Roca. Magistrado del Tribunal Constitucional*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4, Octubre-Diciembre, Trujillo, 1996, pp. 15-16.

433. Néstor Pedro Sagüés, *Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones*, mimeo, Rosario, 30 de agosto de 1996, p. 10.

434. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, art. cit., p. 145383.

Revoredo y Rey; otra, en pro de la autolimitación formada por Nugent y Díaz; y otra política, en pro del gobierno compuesta por Acosta y García.

Estas corrientes pusieron de manifiesto sus convicciones políticas y jurídicas en toda su magnitud, con las dos sentencias que expidieron sobre la ley de la reelección presidencial: una, que declara inaplicable la ley de la reelección presidencial, y otra, que declaró infundada la misma acción de inconstitucionalidad, por no haber obtenido los seis votos de siete que se requería para declararla como inconstitucional⁴³⁵.

Desde el momento que se recibieron los alegatos escritos y orales, tanto del demandante Colegio de Abogados de Lima, como del apoderado del Congreso, se puso en evidencia que se trasladaba la confrontación político-parlamentaria sobre la reelección presidencial de Fujimori, hacia un debate de carácter jurídico-político en el Tribunal Constitucional, que dada su trascendencia se convirtió en el centro del interés público, así como de los medios académicos y de comunicación.

Los magistrados del Tribunal Constitucional, por su parte, guardaron celosa y permanente reserva de esta causa, como con ninguna otra en curso. Más aún, vencidos los plazos procesales para que el Tribunal expidiese su sentencia el 3 de enero de 1997, comunicaron a la opinión pública que debido a las circunstancias de estupor nacional que atravesaba el país, con motivo de la toma de cientos de rehenes en la residencia del Embajador del Japón en Lima, por parte del MRTA, que se abstenían de publicar la sentencia de la polémica causa, hasta que no se hubiese normalizado la situación política⁴³⁶.

Sin embargo, al término del año se filtra a la prensa que el 23 de diciembre el Tribunal Constitucional habría declarado inaplicable la ley de la reelección presidencial del Presidente Fujimori, por cinco votos contra dos abstenciones, utilizando el principio constitucional del control difuso, que requería sólo la mayoría simple y no calificada de seis votos⁴³⁷. Pero este fallo nunca sería publicado por la práctica interna de dos magistrados de consultar y reexaminar sus votos, so pretexto de fundamentar sus abstenciones. Sin

435. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la ley de interpretación auténtica de la reelección presidencial*, EL PERUANO, Lima, 17 de enero de 1997, pp. 146045-146050.

436. LA REPÚBLICA, *Es legal la decisión del Tribunal Constitucional de no divulgar fallo sobre la reelección*, <http://larepublica.com.pe/1997/Enero/pdf5/home.htm>.

437. EL COMERCIO, *Problemas internos en Tribunal Constitucional genera versión extraoficial de supuesta sentencia, respecto a la ley 26657 interpretativa de la reelección. No existe documento oficial*, edición del 30 de diciembre de 1996, p. A4.

embargo, los magistrados García y Acosta remitieron una primera carta pública, y declararon a los medios de comunicación que no se había producido todavía sentencia en el sentido difundido extraoficialmente por la prensa, “porque para que haya una sentencia ésta tiene que haberse firmado por los magistrados”⁴³⁸. A renglón seguido descalificaban la decisión del Tribunal, motivo por el que el Presidente del Tribunal convocó a sesión del Pleno y llamó la atención a los magistrados que hicieron estas desleales declaraciones públicas.

En medio de estas circunstancias de presión gubernamental, trascendió tácitamente que los magistrados Nugent y Díaz cambiaron de opinión en relación a este caso y se sumaron a los votos de Acosta y García que se abstenían. En efecto, “inicialmente no fuimos sólo tres magistrados los que nos pronunciamos por el control difuso, sino fuimos cinco. La sentencia sale el 27 de diciembre con cinco firmas y dos en contra. Lo que pasa es que después estos dos señores quintacolumnistas hacen tremendo escándalo y consiguen que dos de los firmantes reconsideren sus votos”⁴³⁹.

Asimismo, días previos se había extraviado, entre otros documentos, el proyecto de resolución de inaplicación de la ley elaborado por el magistrado ponente Guillermo Rey. Se vinculó a este grave hecho al magistrado José García, según la denuncia presentada oportunamente por la magistrada Delia Revoredo⁴⁴⁰. Quien, por otro lado, pone a conocimiento de la opinión pública, a través de los medios de comunicación televisivos, acerca de los graves sucesos que estaban ocurriendo en el interior del Tribunal, en contra de su propia seguridad personal y familiar, atribuidas a agentes militares del Servicio de Inteligencia Nacional⁴⁴¹. Situación que se agravó dada la tensión política que se había abierto en el país con la captura de rehenes en la residencia del embajador japonés en Lima, por parte del MRTA.

438. LA REPÚBLICA, *Tribunal Constitucional resolverá este jueves sobre reelección*, edición del 31 de diciembre de 1996, en <http://larepublica.com.pe/diciembre/pdf31/espec5.htm>.

439. Manuel Aguirre Roca, *Todo ha sido una emboscada*, en *Idéele*, N° 98, junio 97, IDL, 1997, Lima, p. 7; asimismo, Duncan Sedano, *Entrevista al doctor Manuel Aguirre Roca. Magistrado del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 16.

440. Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Luis Delgado Aparicio, miembro de la Subcomisión acusadora, contra cuatro señores del Tribunal Constitucional, realizada en la sesión plenaria del Congreso*, en *Pensamiento Constitucional Año IV*, N° 4, 1997..., *art. cit.*, p. 436.

441. Jaime Mur Campoverde, *Testimonio de un Contrabandista*, en <http://ekeko.rcp.net.pe/Caretas/1998/1521/mur/mur.htm>; quien como esposo de la magistrada Revoredo, da testimonio de la presión militar sufrida en ese entonces y que posteriormente los llevó al exilio de mayo a octubre de 1998 en Costa Rica.

En este escenario de confrontación interna y de acoso del Servicio de Inteligencia Nacional, a mediados de enero, la mayoría parlamentaria envía una carta notarial en vía previa de una acción de cumplimiento al Presidente del Tribunal Constitucional, inquiriéndole para que no haga uso del control constitucional difuso de las leyes⁴⁴². Tan desproporcionada actitud de la mayoría parlamentaria, dio lugar a que el Presidente del Tribunal rechazara públicamente esta violación de la autonomía e independencia jurisdiccional, amparado en la independencia y reserva jurisdiccional⁴⁴³, que al igual que la reserva de ley del Congreso, también constituía un límite constitucional al ejercicio de la jurisdicción constitucional por los demás poderes del Estado.

Sin embargo, la filtración a la mayoría parlamentaria del proyecto de resolución del Tribunal Constitucional, que declaraba inaplicable la ley de la reelección presidencial, al parecer fue el detonante de tan desatinada acción política del oficialismo de amedrentar al Tribunal Constitucional. Medidas, además, que, antes habían surtido efecto en algunos magistrados, quienes se autolimitaron en el control constitucional de las leyes.

Es entonces que el Presidente del Tribunal ordena publicar el 17 de enero dos sentencias sobre la ley de reelección presidencial: una, declarando inaplicable la ley de la reelección al Presidente Fujimori —esta vez ya no por cinco votos contra dos, sino por tres votos contra cuatro abstenciones—, y otra, declarando infundada la demanda por no haberse obtenido seis votos conformes de los siete magistrados.

Por otro lado, la vergonzosa carta notarial del oficialismo parlamentario fue prueba suficiente para que el congresista de la minoría, Javier Diez Canseco, presentase una denuncia constitucional por infracción a la Constitución contra los cuarenta congresistas de la mayoría firmantes de dicho documento⁴⁴⁴. Denuncia que no prosperó por el bloqueo de la propia bancada

442. Víctor Joy, Luz Salgado, Carlos Torres y otros, *Carta Notarial de 40 congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría*, Notaría Felipe Salgado, Lima, 14 de enero de 1997.

443. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, pp. 129-134.

444. Congreso de la República. *Denuncia constitucional contra cuarenta señores congresistas de la mayoría, suscriptores de la Carta Notarial enviada el 14 de enero del presente al Tribunal Constitucional, por la violación de los principios constitucionales de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y de independencia del Tribunal Constitucional, la violación de las prohibiciones y deberes que les establece el Reglamento del Congreso y la comisión de los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad y Contra la función jurisdiccional, en agravio del Tribunal Constitucional, Acusación Nº 070, del 24-01-97, presentada por Javier Diez Canseco, Congresista de la República; asimismo, José Palomino, Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el control constitucional (a propósito de la reelección presidencial), en RJP, Año XLVI, Nº 4, art. cit., p. 26.*

gobiernista, incapaz de controlar a sus integrantes de la mayoría parlamentaria ante el tema de la reelección presidencial de Fujimori.

En ese sentido, se puede decir que la resolución de control difuso del Tribunal Constitucional, declarando inaplicable la ley de la reelección presidencial, será la causa de la investigación y posterior acusación constitucional por el Congreso contra los tres magistrados firmantes de la misma. Así como de la apertura de investigación y acusación constitucional contra el Presidente del Tribunal. Siendo finalmente destituidos los magistrados Aguirre, Rey y Revoredo, mientras que a Nugent le reservaron el proceso de acusación. Esta separación de los jueces por razones políticas, sólo puede ser asimilada a la decisión autoritaria acaecida con el autogolpe de Estado de 1992, de sometimiento de la justicia al poder de turno⁴⁴⁵.

No obstante este retorcido proceso parlamentario, hasta antes de la destitución de los magistrados, el Tribunal siguió resolviendo las acciones de inconstitucionalidad pendientes, casi con el mismo juego de poderes establecido en su funcionamiento interno. Aunque dadas las causas menos conflictivas, políticamente fue perceptible una casi generalizada uniformización en el sentido de los votos de los magistrados, en aras de evitar una mayor confrontación jurídico-política. Lo cual no fue óbice para que, mientras eran acusados constitucionalmente cuatro magistrados constitucionales, el TC fuese blanco también de las acervas críticas del Poder Ejecutivo, en particular del Ministro de Economía, por una importante acción de amparo que restableció los derechos pensionarios de un colectivo de jubilados.

c. *Tercera etapa (28 de mayo de 1997 a la actualidad)*. Se inicia con la destitución de los magistrados Aguirre, Revoredo, Terry⁴⁴⁶ y la renuncia irrevocable del Presidente del Tribunal Constitucional, Ricardo Nugent⁴⁴⁷. Esta etapa se caracterizó, por que el Tribunal Constitucional se queda sólo con tres de sus siete magistrados, más su Presidente renunciante, debido a que no se puede retirar del cargo hasta que no se elija a uno nuevo del seno de sus siete miembros. Tarea que sólo es posible una vez que el Congreso nombre a los cuatro magistrados faltantes del Tribunal Constitucional, lo que no es una prioridad para el gobierno y su mayoría parlamentaria, de ahí que

445. Para ver algunos ejemplos de la intervención política en la justicia en los Estados Unidos y Francia, revisar: Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 88 ss..

446. Congreso de la República, Resoluciones Legislativas Nos. 01, 02, 03 y 04 del 29 de mayo de 1997.

447. Tribunal Constitucional, Resolución N° 037-97-P/TC, del 4 de Junio de 1997; por la cual se acepta la renuncia y se declara la vacancia del magistrado Nugent.

pasado más de un año y medio todavía no lo hayan hecho. Lo cual ha devenido, como se ha señalado, en la inconstitucionalidad del funcionamiento del TC con cuatro miembros y sin capacidad de resolver las acciones de inconstitucionalidad, ya que los artículos 201° y 202° de la Constitución establece que el TC se compone de siete magistrados y que resuelve en única instancia las demandas de inconstitucionalidad contra las normas legales que violen la Constitución por el fondo o por la forma⁴⁴⁸.

A partir de esta tercera etapa, el control de la constitucionalidad de las leyes, a cargo del Tribunal Constitucional, queda nuevamente paralizado por la acción gubernamental, que es renuente a asumir el principio democrático de que la supremacía constitucional subordina al principio de la legalidad y su soberanía parlamentaria⁴⁴⁹. Entre tanto, desde entonces, sólo existe la posibilidad de resolver las acciones de garantías constitucionales –habeas corpus, acciones de amparo, habeas data, acción de cumplimiento– por mayoría de cuatro votos –ya no de cinco–, y no caben las abstenciones de acuerdo con la Ley N° 26801, modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aprobada por el Congreso sólo una semana antes de la destitución de los magistrados antes mencionados.

Por su parte, los magistrados destituidos presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, que sesionaba precisamente en Lima, la primera semana de junio de 1997, una queja por la arbitraria separación. La misma que fue acogida por los integrantes de dicha Comisión, quienes emitieron un pronunciamiento cautelar, recomendando al gobierno peruano que cese la medida de separación⁴⁵⁰.

Por cuanto, es evidente que las motivaciones y los procedimientos parlamentarios también pueden estar plagados de vicios que invalidan las decisiones parlamentarias. Como en todo acto jurídico, el acto parlamentario tiene una serie de elementos materiales. En este caso, no sólo provenientes de su reglamento, sino también de la Constitución; lo que hace que los actos jurídicos públicos, en última instancia, sean controlables en sede judicial y constitucional. Es decir, es legítimo interponer una acción de amparo contra

448. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 143.

449. Manuel García Pelayo, *Estado legal y estado constitucional de derecho...*, op. cit., pp. 30 ss.

450. LA REPÚBLICA, *OEA evaluará ilegal destitución de los tres magistrados del TC*, edición del 5 de junio de 1997, en el mismo diario, *Gobierno apelará ante la OEA por el informe crítico de Comisión de Derechos Humanos*, edición del 7 de junio de 1997.

los actos no legislativos del Congreso que violen derechos fundamentales. Con más razón si se ha aprobado una decisión parlamentaria sin respetar la pluralidad de la opinión pública, ni tolerancia con las minorías parlamentarias, quienes tienen el derecho de convertirse en mayorías⁴⁵¹.

En ese sentido, los actos parlamentarios particulares —como la destitución de los tres magistrados— y los que tienen relevancia jurídica externa, es decir que exceden el funcionamiento interno del Congreso, constituyen la materia típica para interponer una acción de amparo. Claro esta que el control jurisdiccional de los actos parlamentarios —particulares y externos— vía la acción de amparo, son admisibles en sede judicial, siempre que hayan vulnerado un derecho fundamental subjetivo u objetivo, que está constitucionalmente protegido por la garantía constitucional del amparo⁴⁵².

Tal es el caso del procedimiento de acusación constitucional y destitución de los mencionados magistrados del Tribunal Constitucional⁴⁵³. Por cuanto no estuvo sujeto al debido proceso sustantivo parlamentario, ya que se sustituyó la materia de la demanda de investigación constitucional, y no se aseguró la legítima defensa de los acusados. Más bien se montó una investigación vindicativa contra los magistrados constitucionales, que en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales declararon en sentencia firme inaplicable la ley de la reelección presidencial del Presidente Fujimori para el año 2000. En consecuencia, expidieron una resolución aclaratoria sobre los alcances jurídicos de dicha resolución, en la cual señalaron que no había nada que aclarar en la sentencia original⁴⁵⁴.

Por otro lado, la comunidad académica constitucional también expresó su protesta por la expulsión de los magistrados constitucionales por parte de

451. Angel Sánchez Navarro, *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, CEC, 1995, pp. 42-46; asimismo, Juan Fernando López Aguilar, *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Madrid, CEC, 1988, pp. 100-164 y; César Landa, *Derecho político del gobierno y la oposición democrática...*, op. cit., pp. 111-123.

452. Enrique Alvarez Conde y Arnaldo Alcubilla, *Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 50 ss.; Angela Figueruelo, *Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo*, en REP N° 81, pp. 60 ss.

453. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del Tribunal Constitucional*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° 1, Lima, 1997, pp. 272 ss.; La República, *Acción de amparo en contra de la resolución del Congreso*, edición del 15 de junio de 1997, en <http://larepublica.com.pe/1997/Junio/pdf15/home.htm>.

454. Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, art. cit. pp. 446 ss.

la mayoría parlamentaria, que dio muestras de actuar como una dictadura parlamentaria. En ese sentido, treintaitrés profesores de Derecho Constitucional de las universidades del Perú, expresaron entre otras cosas que

2. La Constitución consagra la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, señalando que sus miembros gozan de las mismas prerrogativas que los congresistas. Una de estas prerrogativas es la inviolabilidad que garantiza que los magistrados no sean responsables por los votos u opiniones efectuados en ejercicio de sus funciones, En consecuencia, carece de sustento constitucional, pues constituye una sanción impuesta por las opiniones o votos emitidos al resolver o aclarar una resolución⁴⁵⁵.

No por ello se debe soslayar la posibilidad del antejuicio político, previsto en la Constitución contra los magistrados del Tribunal Constitucional, cuando se haya cometido un delito o infracción constitucional. En ese sentido, es de entender que el Congreso realice sus funciones de control constitucional, mediante su atribución de investigación y si es el caso de acusación constitucional, en el marco de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, pero siempre que haya una infracción constitucional.

Es decir, que se haya tipificado previamente determinadas actuaciones como violaciones a la Constitución, pero nunca por los votos u opiniones emitidas en el curso de las actuaciones judiciales. De lo contrario, operan automáticamente los privilegios e inmunidades de que gozan los magistrados constitucionales y que la Constitución los asimila al de los parlamentarios⁴⁵⁶. En ese sentido, en virtud de contar con una mayoría parlamentaria, no se pueden crear *a posteriori* sanciones, para hechos o conductas que previamente no han sido definidas como antijurídicas, como se procedió con la destitución de los magistrados constitucionales. Por ello fue inválido el acto jurídico parlamentario que acusó y destituyó constitucionalmente a los magistrados del Tribunal Constitucional, por ejercer su función de protección de la constitucionalidad de las leyes⁴⁵⁷.

455. EL COMERCIO, *Pronunciamiento en Defensa del Tribunal Constitucional*, en sección Síntesis, Lima, 26 de junio de 1997.

456. Francisco Fernández Segado, *Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., pp. 304 ss.

457. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 267 ss.

Por otro lado, la destitución de los tres magistrados constitucionales se convirtió en un catalizador, no sólo de la opinión pública especializada, sino también que generó un fenómeno social de movilizaciones de estudiantes universitarios y de ciudadanos a nivel nacional, como hace una década no se producían, en defensa del Estado de Derecho y su Tribunal Constitucional. La misma que contó con la participación cívica de los magistrados defenestrados y el respaldo de un conjunto de gremios profesionales, universidades y asociaciones civiles de la población⁴⁵⁸. Este movimiento cívico ha sido una clara muestra de lo que la doctrina denomina el sentimiento constitucional «*Verfassungsgefühl*»⁴⁵⁹ o patriotismo constitucional «*Verfassungspatriotismus*»⁴⁶⁰.

Cabe puntualizar que los tres magistrados separados del Tribunal Constitucional eran los que postulaban el activismo judicial, aunque no siempre fueron minoría en el Tribunal, porque algunas veces recibieron el apoyo de los otros dos magistrados que se autolimitaban, pero en términos cuantitativos generales, las diferencias de votación no expresaron un conflicto de opiniones jurídicas de suma cero, salvo en las dos sentencias políticas por excelencia —ley del sistema de votación del TC y la ley de la reelección presidencial, que se analizan más adelante— (ver Cuadro N° 6).

Sin embargo, en las pocas alianzas que realizaron los magistrados que se autolimitaban —dos— con los activistas judiciales —tres—, lograron sólo victorias pírricas. Esto debido a que para hacer una sentencia de inconstitucionalidad de una ley, se requería seis votos conformes de los siete y al inicio del funcionamiento del TC, llegando a contar con cinco votos por la inconstitucionalidad y dos por la constitucionalidad, con lo cual dichas normas quedaron confirmadas como constitucionales.

El control y equilibrio de poderes, llevado a sus últimas consecuencias con el control constitucional de la propia ley del Tribunal Constitucional,

458. LA REPÚBLICA, *Universitarios vuelven a ganar las calles de Lima*, edición del 5 de junio de 1997; en el mismo diario, *Trabajadores y estudiantes marcharon contra la dictadura por la democracia*, edición del 6 de julio de 1997.

459. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus S.A., 1985, pp. 48 ss. y 120 ss.; asimismo, Ernst-Joachim Lampe (editor), *Das Sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band X, Westdeutscher Verlag, donde reúne las distintas ponencias sobre el sentimiento jurídico, de autores como Zippelius, Kriele, Müller-Dietz, Kaufmann, entre otros.

460. Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution. Kleine politische Schriften VII*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990, pp. 147 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 161 ss.

CUADRO N° 6
SENTIDO DE LOS VOTOS DE LOS MAGISTRADOS SOBRE
LAS 16 ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

	FUNDADA	INFUNDADA	IMPROCEDENTE	NULO	INAPLICABLE	ABSTENCIÓN
Ricardo Nugent	5	4	5	1	—	1
Guillermo Díaz	5	4	5	1	—	1
Francisco Acosta	5	4	5	1	—	1
José García	5	4	5	1	—	1
Manuel Aguirre	8	2	4	1	1	—
Delia Revoredo	6	4	4	1	1	—
Guillermo Rey	6	3	5	1	1	—

Fuente: Sentencias publicadas en el diario oficial *El Peruano*, entre el 6-11-96 y el 31-5-97.
Elaboración: César Landa.

sobre su sistema de votación, y sobre todo en el caso de la ley de la reelección presidencial, fue el punto de inflexión gubernamental para desarticular el control constitucional de las leyes, pieza fundamental en la jurisdicción constitucional. En tal sentido, la lógica gubernamental del liderazgo político fuerte⁴⁶¹, basado en las urnas y el proceso de modernización económica al servicio del mercado⁴⁶², se auto-exoneró del control de sus normas, lo cual afecta directamente no sólo a los principios constitucionales y a los valores democráticos del Estado de Derecho, sino al buen gobierno y el desarrollo institucional⁴⁶³.

A partir del marco cronológico del primer año del Tribunal Constitucional, y de las decisiones jurisprudenciales adoptadas, quedó claro que la tarea del TC tuvo importantes y a veces graves repercusiones en el poder político, que desde un punto de vista constitucional requiere de precisión, mediante el análisis de la sentencia sobre el sistema de votación del Tribunal para declarar inconstitucional una ley, como especialmente del análisis de las sentencias sobre la ley de la reelección presidencial. Ya que como *casos difíciles*, condensaron los diversos y opuestos principios y directrices políticas en el quehacer jurisdiccional del Tribunal Constitucional, en materia de

461. Peter Self, *Government by the market? The politics of public choice*, London, Mc Millan Press, 1993, pp. 70 ss.

462. *Ibidem.*, pp. 51 ss.

463. Patrick McAuslan, *Law, governance and the development of the market: practical problems and possible solutions*, en *Good government and law, legal and institutional reform in developing countries* (edited by Julio Faundez), London, MacMillan Press, 1997, pp. 28 ss.

control de la constitucionalidad de las leyes, lo que supone debatir sobre el *status* normativo de los jueces⁴⁶⁴.

2. SENTENCIA SOBRE EL SISTEMA DE VOTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional inicia su labor de control constitucional de las leyes recibiendo, entre las primeras demandas de inconstitucionalidad, una contra el artículo 4° de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala a la letra que el Tribunal “adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes”.

En ese entendido, la minoría parlamentaria promovió una acción de inconstitucionalidad, considerando que el requisito de seis votos conformes de siete magistrados para declarar inconstitucional una ley, era inconstitucional, por cuanto dificultaba y desnaturalizaba el mandato de control constitucional del Tribunal Constitucional, establecido en el artículo 201° de la Constitución, debido al requisito de seis votos de los siete magistrados. Con el agravante que de no obtener los seis votos, el pronunciamiento del Tribunal quedaría como cosa juzgada y vinculante para todos los jueces del país⁴⁶⁵.

La demanda también señaló que el legislador no tenía la posibilidad de limitar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, y que dicha mayoría supracalificada contenía un requisito irrazonable y desproporcionado. Que trasgredía el principio democrático de la mayoría simple, convirtiendo al Tribunal Constitucional en un organismo convalidador de leyes inconstitucionales, en vez de controlar a las mismas. Asimismo, que el mencionado artículo 4° de la LOTC conducía a un absurdo jurídico, según el cual el voto singular podría ser formado por la mayoría y no por la minoría de los magistrados⁴⁶⁶.

464. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 146 ss.; Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 121 ss.; asimismo, Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y Normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 181 ss.

465. Raúl Ferrero Costa, *Tribunal Constitucional: Son suficientes 4 votos?*, en *El Comercio*, 25 de noviembre de 1996, p A2.

466. Samuel Abad Yupanqui, *La inconstitucionalidad del artículo cuarto de la ley orgánica del tribunal constitucional*, p. 8 y Ernesto Blume Fortini, *Ponencia*, p. 1; ponencias al V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996.

Por todo ello, la oposición parlamentaria postuló en la demanda que, el Tribunal Constitucional pudiese “previamente y en ejercicio del control difuso –no aplicación de una norma al caso concreto– optar por resolver por mayoría simple, en la medida que la exigencia de la mayoría calificada, sólo se da cuando se decide sobre la inadmisibilidad de la demanda o se examina una acción de inconstitucionalidad, pero no en otros casos”⁴⁶⁷. De esa manera se pretendía que el TC, para resolver la demanda, no requería de los seis votos, siempre que antes de pronunciarse sobre la mencionada acción de inconstitucionalidad, de oficio decidiese, por mayoría simple y mediante el control difuso, sobre la inaplicación del mencionado artículo 4° de la LOTC.

Por su parte, en la contestación a la demanda se señaló que la LOTC había establecido un sistema de votación que no contradecía el texto de la Constitución, ya que ésta no disponía la forma de votación del TC. De ahí que la ley creó un sistema de votación de mayoría calificada, que buscaba dar seguridad absoluta, y que a juicio de uno de los voceros de la mayoría parlamentaria, el número de votos para declarar inconstitucional una ley no era materia revisable por la jurisdicción constitucional, como quedó en evidencia al responder a la pregunta si en el Tribunal Constitucional “sólo puede debatirse cuántos votos son necesarios? Pero es evidente que esa es función del legislador y no del juez”⁴⁶⁸.

En ese mismo sentido, otro vocero de la mayoría parlamentaria, en su informe oral ante el Tribunal Constitucional, enfatizó que

yo en el Congreso pedí siete votos; porque la postestad que hemos entregado a ustedes de sobreponerse al Congreso de la República en determinadas y graves circunstancias para declarar la nulidad de una norma por encontrarla violatoria del orden constitucional, es una potestad muy grave que exige una mayoría, que la pueden llamar como quieran, exagerada, hipercalificada, severa ; pero lo que no pueden es llamarla inconstitucional... La Constitución no les reconoce, señores magistrados, facultad de legislar. Si ustedes deciden ignorar el artículo 4° y lo substituyen con otro quórum de votación, habrían modificado el artículo 4°. Habrían legislado y, por consiguiente, habrían invadido atribuciones del Congreso de la República⁴⁶⁹.

467. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

468. Carlos Torres y Torres, *El Tribunal Constitucional: 6 votos*, artículo publicado como documento parlamentario por el Congreso de la República, en *El Comercio*, 4 de diciembre de 1996, p. A9.

469. Enrique Chirinos Soto, *Los seis votos del TC*, artículo publicado como documento parlamentario por el Congreso de la República, en *El Comercio*, 4 de diciembre de 1996, p. A9.

Con tales argumentos se justificaba que como la Constitución no había regulado el sistema de votación, era una tarea que el legislador realizó en el artículo 4° de la LOTC, sin límite constitucional alguno. Más aún, el número necesario de votos era un asunto propio del legislador y que, por tanto, los posibles excesos de la labor interpretativa del TC, en relación a utilizar el control difuso de las leyes para el caso *subiudice*, constituiría una invasión de competencias del Congreso.

En base a estos argumentos positivistas, dos ex-abogados progobiernistas (Acosta y García) y dos magistrados que se autolimitaban (Nugent y Díaz), consideraron que en la Constitución

no existe disposición que en forma específica contravenga lo dispuesto en el Artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y tampoco existe en forma genérica una disposición, como regla general, al caso de los órganos constitucionales colegiados... en consecuencia, para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no en base de interpretaciones o deducciones controvertibles⁴⁷⁰.

Esta postura conservadora aplicó lo que se conoce en la doctrina como la regla de la inconstitucionalidad manifiesta (*rule of clear mistake*), como condición para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, antes que realizar una interpretación constructivista⁴⁷¹.

Otro fundamento importante de la sentencia del Tribunal, que daría lugar posteriormente al control difuso en la sentencia contra la ley de la reelección presidencial, fue que si bien en este caso no procedía el control difuso, éste estaba reservado para resolver cuestiones litigiosas “respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, y no simples interpretaciones entre una norma legal y una constitucional (Artículo 138° de la Constitución) caso en que el Juez prefiere aplicar la norma constitucional o la de mayor jerarquía, si se trata de otra clase de disposiciones, control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros”⁴⁷². Es decir, se dejaba planteado en la sentencia del Tribunal Constitucional la legitimidad del uso del control difuso de las leyes, en casos de control constitucional abstracto de normas legales, vía la acción de inconstitucionalidad.

470. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

471. Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, *op. cit.*, pp. 124 ss.

472. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, *cit.*, p. 145383.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional admitió el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, propio del sistema norteamericano y de los tribunales constitucionales europeos⁴⁷³, en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental, aquellas podían ser armonizadas con la Constitución⁴⁷⁴. Asimismo, estimó que la decisión jurisdiccional del TC, en el marco del artículo 4° de la LOTC, no debía entenderse como el voto de la minoría contra la mayoría o viceversa, sino como el voto del Tribunal, quien por imperio de la ley debía pronunciarse obligatoriamente.

En tal sentido, el Tribunal falló declarando infundada la demanda, con el voto singular en contra de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. Este voto disidente encontró que “el problema, pues, no radica en el número de votos ni en el nivel de «mayorías calificadas», sino en la descomunal desigualdad procesal-constitucional consagrada en el Artículo 4 Tribunal Constitucional de la Ley N° 26435”⁴⁷⁵. Lo que trajo como consecuencia que la delicada tarea de control constitucional otorgada al TC, como cuerpo colegiado, terminó siendo decidido por dos de los siete magistrados.

Para mayor abundamiento, el voto singular señaló también que el sistema de votación del artículo 4° de la LOTC, convirtió al Tribunal Constitucional, en definitiva, en un defensor de la norma legal en perjuicio de la norma constitucional, invirtiendo y desnaturalizando su rol de controlar la constitucionalidad de las leyes. Así, pues, “la norma inferior gana con sólo uno o dos votos, mientras que la Constitución necesita no menos de seis votos”⁴⁷⁶. Motivos por el cual, los magistrados activistas judiciales emitieron un voto disidente, declarando fundada la demanda.

Al respecto, el debate en torno al artículo 4° de la LOTC, que exige seis votos sobre siete para declarar inconstitucional una norma legal, presentó básicamente los siguientes tema-problemas:

- a. Si bien el Tribunal era competente para realizar el control constitucional de las leyes, se planteó si también lo era para controlar su propia

473. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 131.

474. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit. p. 59.

475. *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, EL PERUANO Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145385.

476. Manuel Aguirre Roca, *La desnaturalización del TC, carta de un magistrado*, en *Expreso*, 4 de enero de 1997, p. A31.

ley orgánica. Sobre el particular, cuando el artículo 1° de la LOTC señala que el Tribunal Constitucional “se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”, esto podría significar que sus magistrados no pueden apreciar la constitucionalidad de su propia ley debido a que están sometidos a ella. Sin embargo, la propia Constitución, en el artículo 200°-4, faculta al TC a realizar el control constitucional de las normas legales, sin exceptuar a su ley orgánica. De ahí que la propia LOTC sea una materia legislativa justiciable por el Tribunal Constitucional y el sistema de votación, precisamente la primera cuestión a resolver en el sistema jurisdiccional peruano.

Asimismo, el artículo 201° de la norma suprema señala que el Tribunal Constitucional es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales, de modo que las leyes que dicte el Congreso regulan al TC, pero no la someten indefinidamente, ya que como norma legal puede ser materia de control constitucional y dejada sin efectos por inconstitucional. Más aún, si la propia ley que reforma la Constitución, no obstante su rango supremo, también podría ser materia de control constitucional, cuando vulnere la Constitución por la forma, aunque sería debatible su inconstitucionalidad por el fondo⁴⁷⁷. Resulta fácil entender que una ley orgánica, aún cuando sea la ley orgánica del Tribunal Constitucional, también está sometida al control constitucional de las leyes.

Es tan autónomo e independiente el Tribunal de los demás poderes públicos, en su rol de control de la constitucionalidad, que puede revisar no sólo las normas legales que dicte el Congreso y las que emita el Poder Ejecutivo, sino también las resoluciones del Poder Judicial en materia de garantías constitucionales, así como resolver los conflictos de competencia que se establezcan entre los poderes públicos y los organismos constitucionales. Lo cual significa que el Tribunal Constitucional no depende jurisdiccional ni administrativamente de poder público alguno⁴⁷⁸.

En este sentido, se podría señalar que el Tribunal Constitucional es el titular como *primus inter pares* de la supremacía de la soberanía constitucional, en tanto que las normas legales que dicten el Congreso

477. Flavino Ríos Alvarado, *Medio de defensa de un particular frente a una reforma a la Constitución, considerada inconstitucional*, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo II, México, UNAM, 1987, pp. 800-802; asimismo, Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?...*, *op. cit.*, pp. 4 ss.

478. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, *op. cit.*, pp. 278-279; asimismo, Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde..., *op. cit.*, p. 838.

y el Presidente de la República, como las resoluciones del Poder Judicial en materia de derechos fundamentales, dependen de sus resoluciones constitucionales. Pero esta tentación de considerar el fuerte *status* o posición jurídica de que goza el Tribunal Constitucional, no debe llevar a exagerar el mandato constitucional que le otorga la Constitución en las tareas de control de su propia ley orgánica, sobrepasando su rol de poder constituido. Esto es así, no obstante que el artículo 3° de la propia LOTC le haya otorgado al TC la competencia de las competencias, es decir, en ningún caso se puede promover contienda de atribuciones al TC, respecto de sus materias competenciales. Más aún, sólo el Tribunal puede apreciar de oficio su falta de competencia o atribuciones.

Esto supone que el Tribunal Constitucional, si bien gozaba de la competencia para revisar su propia ley orgánica, en el marco de la norma constitucional abierta que le asigna el rol de ser el organismo encargado del control constitucional, “nada de ese problema, por supuesto, aparta al juez de su papel de intérprete y aplicador de una norma, en nuestro caso la Constitución, ni nada lo libera de esa vinculación ni le permite alzarse, abierta o subrepticamente, con el papel de legislador, o, aún más grave, de poder constituyente o de revisión constitucional”⁴⁷⁹.

Ahora bien, dentro de la facultad de control constitucional de su propia ley orgánica, asumida como válida (tácita y expresamente) por todos los magistrados del Tribunal Constitucional, se debatió si era razonable o proporcional la exigencia de los seis votos de siete magistrados para declarar una norma legal inconstitucional. Al respecto, el raciocinio positivista de la mayoría de los magistrados fue que no se había probado que la norma cuestionada violase los principios de razonabilidad ni proporcionalidad, en tanto ello dependía de una adecuada ponderación de los valores y principios constitucionales⁴⁸⁰.

Pero en la sentencia no se llegó a fundamentar, ni menos a señalar, si la valoración de seis votos de siete para declarar inconstitucional una norma legal, estaba o no estaba de acuerdo con la norma constitucional que postula el control constitucional. De esta manera, implícitamente, se dejó librado a la reserva de ley la definición del número de votos, sin contemplar concretamente la posibilidad de que se pudiera cometer una

479. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 230.

480. John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review...*, *op. cit.*, pp. 43 ss; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación constitucional...*, *op. cit.*, pp. 436 ss.

violación constitucional en el desarrollo legislativo de esta delicada materia, para el normal funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Al parecer, a juicio de la mayoría de los magistrados, los vacíos constitucionales constituían materia de reserva legislativa abierta, de libre configuración del legislador, sin fundamentos ni límites constitucionales en su regulación positiva, según se desprende del austero razonamiento transcrito en la sentencia; y que expresa la vieja convicción de que el juez está sometido exclusivamente a la ley⁴⁸¹. De allí que se excluyese cualquier atisbo de derecho judicial y de derecho no positivo.

Los magistrados sólo fundamentaron la necesidad del sistema de votación, en la prevalencia del principio de seguridad sobre el principio democrático, en razón a que la decisión de un cuerpo colegiado, con atribuciones trascendentales, debía adoptarse por mayorías calificadas. Sin embargo, esta argumentación fue realizada en abstracto sin mencionar el caso concreto: si los seis votos de siete magistrados, constituían un exceso o no a la idea de la mayoría calificada.

Otra argumentación fundamental, tomada del derecho comparado, estuvo en apelar al principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo cual supuso que la labor de inconstitucionalización de las normas legales, a juicio de la mayoría de los magistrados, sólo era una labor residual, es decir, que “no se inconstitucionalice normas cuando éstas puedan, interpretativamente, compatibilizarse con la Carta Magna”⁴⁸². En efecto, la doctrina constitucional ha establecido entre las variantes de sentencias: la declaración de nulidad, declaración de incompatibilidad constitucional, resolución sobre una ley todavía conforme a la Constitución y la interpretación conforme a la Constitución⁴⁸³. Según este último tipo de sentencia, “la interpretación conforme a la Constitución conlleva, según los casos, una declaración de nulidad pronunciándose por el mantenimiento de la ley en una determinada interpretación («in harmony with the Constitution»)”⁴⁸⁴. Pero, en este caso, los

481. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 67 ss.

482. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, EL PERUANO, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145384.

483. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 53-57; asimismo, Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 215 ss.

484. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., p. 384.

magistrados no establecieron el tipo o forma de interpretación de la ley que sería acorde con la Constitución y cuál no; es decir, sólo usaron el nombre de la interpretación conforme a la Constitución para eludir resolver el meollo inconstitucional del sistema de votación.

Esta postura de la mayoría de los magistrados, enmarcada en una decisión positivista y del *self-restraint*, expresa en última instancia que

es la fórmula de la mayoría calificada la única opción que permite no convertir el proceso de inconstitucionalidad de las normas en un instrumento de cuestionamiento permanente y caprichoso, por lo que lejos de verse mellado en alguna forma el Principio Democrático o el valor Justicia, se ven integrados con el contenido de necesaria seguridad que toda decisión de trascendencia debe suponer⁴⁸⁵.

Al respecto, no pareció existir conciencia de que el rol de control constitucional supone la existencia previa de una diversidad de opciones legislativas, las mismas que deben ser evaluadas en el marco de la Constitución, cuantas veces sea demandada ante el Tribunal Constitucional, incluso si se trata de su propia ley orgánica, en aras de satisfacer no sólo la seguridad jurídica constitucional, con una aceptable razonabilidad, sino también en el marco de la interpretación y discusión constitucionales, propio de regímenes democráticos de pluralismo y tolerancia políticos⁴⁸⁶.

Pero en esta decisión hay una prevalencia de la seguridad legislativa, antes que la justicia constitucional. Lo cual supuso desvincular el concepto de la legislación del concepto de representación popular, que integra a la mayoría y a las minorías. Obviando que la justicia constitucional fiscaliza no sólo la voluntad constitucional de la mayoría, sino también protege a la oposición y a las minorías, que pueden sucumbir a las decisiones realistas, valorativas o neutrales de la mayoría parlamentaria, o, peor aún, que una transitoria mayoría gubernamental tiranice a la minoría⁴⁸⁷.

485. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en EL PERUANO, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145384.

486. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 290 ss.; la versión alemana es *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, pp. 324 ss.; asimismo, Aharon Barak, *Judicial Discretion*, New Haven and London, Yale University Press, 1989, pp. 111 ss.

487. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, *op. cit.*, pp. 73 ss.

- b. Si bien el Tribunal Constitucional gozaba de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de su propia ley orgánica, se planteó el problema de si los magistrados debían resolver la causa con el sistema de votación cuestionado o, podían decidir por mayoría simple, adoptar el sistema de votación también de mayoría simple para resolver la mencionada acción de inconstitucionalidad.

Al respecto, por un lado se señaló que “el Tribunal Constitucional no puede legislar y su sistema de votación está legislado. No puede modificar las leyes. Perfectamente puede declarar que una ley es inconstitucional. Yo no discuto esa facultad, si tiene seis votos para eso”⁴⁸⁸, mientras que por otro se argumentó que

la decisión del caso, por lo demás, podría adoptarse por mayoría simple de los vocales del Tribunal Constitucional, ya que siendo inconstitucional el dispositivo de mayoría articulado por el art. 4° de la ley 26.435, resultaría absurdo someterse a él para borrarlo del ordenamiento jurídico. El Tribunal está habilitado entonces para adoptar su veredicto y ante la invalidez de la norma objetada, tendría que decidir según las pautas lógicas y de sentido común habituales en un régimen democrático, vale decir, por mayoría⁴⁸⁹.

Al respecto, desde una perspectiva positivista-legalista, el TC debía utilizar el sistema de votación establecido en su ley orgánica para resolver la demanda de inconstitucionalidad planteada. Desde la perspectiva iusnaturalista, el TC gozaba de poderes implícitos e inherentes —que surgen de la naturaleza de las cosas—, que le facultaba a decidir autónomamente el sistema de votación (por mayoría simple o absoluta), a utilizar para resolver la demanda. Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, desde la perspectiva de una teoría constitucional institucional, la alternativa derecho natural o derecho positivo debe quedar fuera de lugar, ya que ha llevado al derecho constitucional a un fundamentalismo o a una formalización respectivamente anquilante del Estado constitucional. Frente a esto, se debería considerar una concepción institucional que integre los valores relativos de toda la sociedad, a través de procedimientos transparentes, propios de la sociedad abierta⁴⁹⁰.

488. EL COMERCIO, *El tribunal constitucional no tiene facultad para legislar (entrevista a Enrique Chirinos Soto)*, en edición del 27 de noviembre de 1996, p. A4.

489. Néstor Pedro Sagüés, *Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones...*, op. cit., pp. 7-8;

490. Peter, Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, en *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (P. Häberle), Duncker & Humblot/Berlin, 1978, pp. 103 ss.

Desde esta estructura teórico-democrática, se puede identificar la actuación de la jurisdicción constitucional con el sistema constitucional y viceversa⁴⁹¹. En mérito a lo cual, si la mayoría y la minoría de los magistrados del TC hubiesen estado de acuerdo en considerar que la exigencia de los seis votos era una suma irrazonable, y que el Congreso había actuado con deslealtad constitucional, entonces no se hubiera requerido adoptar el sistema de votación del artículo 4° de la LOTC, sino el de la mayoría absoluta.

En efecto, en casos límites como éste, el Tribunal Constitucional pudo haber aplicado la justicia constitucional material, y hecho prevalecer el principio y norma del control de constitucional del artículo 201° de la Constitución, sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes —que en el razonamiento judicial mayoritario sería sólo doctrina comparada—, debido a que esta presunción no es *iure et de iure*. De lo contrario no existiría el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, sino que es una presunción *iuris tantum*, es decir, la norma es constitucional hasta que se demuestre lo contrario, o sea, que hay un mandato de controlar la norma demandada por inconstitucional, para perfeccionar la validez constitucional de la misma y que no puede soslayarse, mediante mecanismos de votación supercalificados u otros que obstruyan el control constitucional efectivo de las leyes.

Por ello, si en el ejercicio de su potestad legislativa, el Congreso reglamenta el control constitucional, con un mecanismo de votación que supone la autoprotección legislativa, en vez de promover el control constitucional de las leyes⁴⁹², se está ante un claro dilema: o aceptar el ejercicio abusivo del legislador y su deslealtad constitucional, que ya resolvió la vieja tesis de los poderes implícitos del Juez Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), en el que estableció que “si el fin es legítimo y está en el ámbito de la Constitución, todos los medios que sean apropiados o que se adapten evidentemente a ese fin, que no estén prohibidos sino que concuerdan con la letra y el espíritu de la Constitución, serán constitucionales”⁴⁹³. O falsear el control de constitucionalidad.

491. Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, p. 147.

492. Néstor Pedro Sagüés, *Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones...*, op. cit., p. 6.

493. 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 4 L. Ed 5779 (1819), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol.../hit_deadings/words=4/pageitems=\[body\]](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol.../hit_deadings/words=4/pageitems=[body]); asimismo, ver los comentarios de W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, op. cit., p. 51,

dad de las leyes, por el de la tácita convalidación jurisdiccional de las mismas, en virtud de la presunción de constitucionalidad de las leyes. La respuesta de base es clara, el derecho y la jurisdicción constitucional son instrumentos para encontrar la verdad constitucional y crear un orden social justo, en caso que la ley se desvíe de los objetivos constitucionales⁴⁹⁴.

- c. Si los magistrados del Tribunal hubiesen llegado a inaplicar el sistema de votación para la declaratoria de inconstitucional de una norma legal, establecido en su ley orgánica, para utilizar el sistema que ellos hubiesen acordado por mayoría de votos, se hubiese planteado el caso de si no habrían usurpado la función legislativa propia del Congreso. Al respecto, el oficialismo señaló que “la Constitución le da facultades al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes... No le da facultad para legislar ni para modificar su propia legislación”⁴⁹⁵.

Pero esta rígida concepción de los límites de la labor del Tribunal Constitucional, hizo que la mayoría de los magistrados –progobiernistas y autolimitados– asumieran una cerrada defensa de los fueros legislativos, sin vislumbrar que la demanda podía resolverse de diferente manera y no sólo abdicando de la función de control constitucional. Así, pues, si bien el Congreso tiene la función de concretar la norma constitucional, no es una tarea monopólica la aprobación y derogación de las normas legales, sino que es una típica competencia compartida entre diferentes poderes y organismos constitucionales. Además, la libertad de configuración de la ley por el legislador presenta límites, como también la propia función de la justicia constitucional tiene límites (ver Tercera Parte, Cap. III, 3., 3.2.).

Así, el Tribunal Constitucional cumple con una función legislativa negativa⁴⁹⁶, que pudo desarrollarse a través de diversas variantes: declarando la incompatibilidad del art. 4° de la LOTC con el art. 201° de la Constitución, ecomendando al Legislativo la aprobación de un sistema

y; Carlos Gaviola, *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editora Argentina, 1965, p. 198.

494. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel...*, op. cit., p. 62.

495. El Comercio, *El tribunal constitucional no tiene facultad para legislar (entrevista a Enrique Chirinos Soto)...*, op. cit., p. A4.

496. VVDStRL, Heft 5, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...*, op. cit., informe de Hans Kelsen pp. 78 ss..

de votación razonable, lo que hubiera supuesto que la norma inconstitucional hubiese seguido rigiendo hasta su inaplazable reelaboración. O expediendo una resolución de recomendación (*Apellentscheidung*), en la que si bien la sentencia hubiese sido desestimada, se le hubiera encargado al legislador que formule una nueva redacción del sistema de votación. A modo de ejemplo, es del caso mencionar que, en un régimen político parlamentarista como Alemania, “el Tribunal ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa, incluso aún más, contra la ley, ya que la ley relativa al T.C.F. tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma”⁴⁹⁷.

Pero es precisamente en normas constitucionales abiertas, como las que consigna la Constitución de 1993, que no debería causar estupor a las conciencias jurídicas, que en afianzamiento de la democracia y de la constitucionalidad del Estado de derecho, el Tribunal Constitucional extraordinariamente hubiese resuelto un asunto de la mayor trascendencia jurídica y política, prefiriendo la norma constitucional del control constitucional a la norma legal, pero con creatividad judicial, a través del fallo interpretativo o aditivo mencionado. Es decir, adoptando en la resolución constitucional los lineamientos básicos del sistema de votación que no fuese inconstitucional. Es en ese sentido principista, que se pronunciaron en un voto singular los magistrados propulsores del activismo judicial Aguirre Roca, Revoredo y Rey, los mismos que serían “destituidos” por el Congreso cuando utilizaron el control difuso en una radical sentencia⁴⁹⁸.

En este caso “la intervención judicial para remover los obstáculos de la regla de mayoría podría ser menos intolerables que la autopetpetuación de la regla de la minoría”⁴⁹⁹ del art. 4° de la LOTC, que vacía de contenido a la función de control constitucional. Ciertamente, ésta no es la regla en la expedición de resoluciones, pero pudo ser la excepción, a efectos de no invadir la función legislativa –positiva– del Congreso, que si bien no es monopólica, debe quedar a salvo en aras de asegurar la división y equilibrio de poderes.

497. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán...*, op. cit., pp. 194 ss.

498. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 128.

499. W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, op. cit., p. 39; asimismo, Juan Chávez Molina, *La inaplicable resolución del Tribunal Constitucional*, en *El Comercio*, Lima, 7 de enero de 1997, p. A2.

Con esta controversial sentencia sobre el sistema de votación, y la clara decantación de las corrientes de opinión al interior del Tribunal Constitucional, en diciembre de 1996 se desarrolló el debate de la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de la reelección presidencial, que por su alto contenido político causó el mayor debate constitucional de entonces. Así también avivó las tendencias al interior del Tribunal, hasta el punto de que la judicialización de la política, a través del Tribunal Constitucional, trajo como consecuencia no sólo la politización de la justicia, sino también la intervención del Congreso al Tribunal Constitucional, como se analiza a continuación.

3. SENTENCIAS SOBRE LA LEY DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL

La mayoría del Congreso haciendo uso de las prácticas parlamentarias de excepción y de su número, aprobó en setiembre de 1996 la Ley N° 26657 que “interpretó de modo auténtico” el artículo 112° de la Constitución, a fin de permitir que el Presidente Fujimori pueda ser candidato a la reelección presidencial en el año 2000 y gobernar hasta el año 2005 de ser reelecto⁵⁰⁰. Con esta ley se puso al descubierto tempranamente: por un lado, el interés político de las fuerzas de *iure* y de *facto* gobernantes de continuar en el poder en desmedro de la alternancia de gobierno y, por otro, el desinterés gubernamental de respetar el contenido de la norma constitucional, aprobada por ellos mismos como mayoría constituyente en el CCD, de permitir la reelección presidencial consecutiva sólo por un periodo adicional⁵⁰¹.

En tal entendido, la mencionada ley de reelección presidencial dio lugar a un controvertido debate jurídico-político⁵⁰², acerca de los alcances de las discutidas sentencias del Tribunal Constitucional sobre dicha norma. En efecto, planteada la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26657,

500. José Palomino, *Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el control constitucional (a propósito de la reelección presidencial)*, Alfredo Quispe Correa, *Tribunal Constitucional. ¿Solución o confusión?*, Aníbal Quiroga, *A propósito del control difuso o judicial review en el Perú*, Sigifredo Orbegozo, *El tortuoso camino legal de una reelección más*, todos en *RJP*, Año XLVI, N° 4, art. *cits.*, pp. 23 ss., 27 ss., 33 ss., y 38 ss., respectivamente.

501. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, 11 de octubre de 1996, p. A2; Hubert Wieland, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en *LTC*, N° 12, Lima, 1996, pp. 197 ss.; asimismo, Enrique Bernaldes, *El artículo 112° de la Constitución y la ley N° 26657*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, Número 3, art. *cit.*, p. 104.

502. Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun*, Lima, Foro Democrático – Fundación Hanns Seidel, 1998; donde se reúne diversos ensayos sobre los límites a la reelección presidencial.

que faculta al Presidente Fujimori a la reelección presidencial en el año 2000, y luego de un tormentoso proceso, el Presidente del Tribunal Constitucional resolvió y mandó publicar simultáneamente el 17 de enero de 1997 dos sentencias: una, declarando la inaplicabilidad de la ley de la reelección al Presidente Fujimori, y otra, declarando infundada la demanda, al no haberse alcanzado la mayoría de los seis votos de siete, para que sea inconstitucional dicha ley.

Estas polémicas resoluciones dieron lugar a un debate más político que jurídico, dado el sensible tema de la perpetuidad del gobernante en el poder, de nefastas consecuencias en la historia política y constitucional del país, como en el caso del Presidente Leguía (gobernante entre 1919 y 1930, reelecto 2 veces consecutivas, en base a reformas de la Constitución de 1919, que dio luego de un golpe de Estado, y mandó aprobar por referéndum popular). Pero, desde una perspectiva constitucional presente y futura, cabe analizar jurídicamente las posiciones puestas de manifiesto en dichas sentencias, a través de la interpretación constitucional de las mismas, para determinar finalmente cual resolución es la válida y, en consecuencia, cuál tiene naturaleza de cosa juzgada (*Rechtskraft*), eficacia vinculatoria (*Bindungswirkung*) y fuerza de ley (*Gesetzeskraft*)⁵⁰³.

3.1 Control difuso de la ley

La resolución que declaró inaplicable la ley de la reelección, por ser contraria a la Constitución, puso en discusión si el Tribunal Constitucional, que estaba encargado de la declaración abstracta de inconstitucionalidad de las normas legales, también podía realizar el control concreto de las normas legales en los procesos sobre acciones de inconstitucionalidad. Al respecto, desde la postura judicialista del ex-magistrado Aguirre Roca, señaló que los jueces tanto del Poder Judicial como los magistrados del Tribunal Constitucional, podían declarar inaplicable una norma que fuese contraria a la Constitución, porque los magistrados del Tribunal eran también jueces. Además, sí podían declarar la inconstitucionalidad abstracta de una ley, siguiendo el aforismo jurídico de quien puede lo más puede lo menos. Inclusive, el mandato del Tribunal Constitucional de actuar como el órgano encargado del control de la Constitución, le confería dicha potestad máxime si la Constitución había consagrado el principio de supremacía constitucional⁵⁰⁴.

503. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 29 ss.

504. Manuel Aguirre Roca, *Todo ha sido una emboscada...*, op. cit., p. 8; Aníbal Quiroga, *A propósito del control difuso o judicial review en el Perú*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4..., op.

Es claro que el ejercicio del control difuso, por parte del Tribunal Constitucional, es aplicable a las acciones de garantías constitucionales que le compete resolver, en cambio, en base a los límites de la jurisdicción constitucional, no se admite pacíficamente la afirmación de que el Tribunal Constitucional, en vía de una acción de inconstitucionalidad –*abstrakte Normenkontrolle*– se pronuncie por la vía del control difuso –*konkrete Normenkontrolle*–. Es decir, mediante la inaplicación de la ley al caso concreto, cuando la demanda versa sobre el control constitucional de una norma abstracta y general, más aún, cuando el Tribunal Constitucional no procede de oficio sino en causas⁵⁰⁵.

Sin embargo, es del caso mencionar que, el proceso ante el Tribunal Constitucional no está basado en el principio de la justicia rogada, propio del proceso civil, sino en el procedimiento inquisitivo y tutelar, por el cual los magistrados constitucionales deben proceder de oficio para el esclarecimiento de la realidad objetiva demandada. Por eso, el Tribunal Constitucional a veces tiene que ir más allá de la demanda planteada, y así, “al examinar, por ejemplo, la constitucionalidad de una determinada ley, debe estudiar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posible, incluso cuando algunos de ellos no haya sido alegados expresamente por las partes”⁵⁰⁶. Por eso, se puede decir que los límites mayores a la jurisdicción constitucional provinieron posteriormente del poder político.

Pero es oportuno recordar que antes de este proceso, se puso a debate, en el marco de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su sistema de votación –seis de siete votos para declarar inconstitucional una ley–, que el Tribunal podía también realizar el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Lo cual, en el caso de la ley de la reelección presidencial, fue rechazado para la solución de ese caso concreto, desde la perspectiva de la justicia constitucional formal, sin embargo, desde la perspectiva de la justicia constitucional material⁵⁰⁷, quedó fundamentado en la sentencia sobre la ley del

cit., p. 35; asimismo, Omar Cairo, *El Tribunal Constitucional y el control difuso*, en *RPDP*, tomo II, Lima, marzo, 1998, pp. 623 ss.

505. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1958, pp. 296 ss.; Alfredo Quispe Correa, *Tribunal Constitucional. Solución o confusión?* Y, Sigifredo Orbezo, *El tortuoso camino legal de una reelección más*, ambos en *RJP*, Año XLVI, N° 4, *op. cit.*, pp., 27 ss. y 38 ss., respectivamente; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, *op. cit.* p. 38 ss.
506. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, *op. cit.*, p. 155.
507. VVDStRL, Heft 5, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co 1950, informe de Erich Kaufmann, pp. 1-16 y contestación de Martin Drath, pp. 17-112.

sistema de votación por el pleno de los magistrados: que el control difuso mantenía su plena vigencia para casos futuros de control abstracto de leyes⁵⁰⁸.

Dicho argumento constituyó en la resolución sobre la reelección presidencial, uno de los fundamentos jurídicos para expedir una sentencia de control difuso de constitucionalidad, sin que a su interior ninguno de los magistrados lo considerasen un exceso en el ejercicio de sus competencias constitucionales. En tal entendido, la sentencia de la inaplicación de la ley de la reelección fue debatida oficialmente en el Pleno Jurisdiccional del 3 de enero de 1997, y suscrita por los siete magistrados, sin perjuicio que tres de ellos votaran a favor de la inaplicación y cuatro votaran por la abstención, por haberse pronunciado públicamente con anterioridad sobre la reelección presidencial. Es decir, no se produjo un rechazo a la tesis de la inaplicación de la ley, ni siquiera en la fundamentación de las abstenciones.

Sobre la base de tal supuesto, los magistrados Rey, Aguirre y Revoredo ejerciendo un activismo judicial radical, señalaron en la sentencia que

existiendo, por lo visto, ostensible incompatibilidad entre la Ley N° 26657, impugnada en la demanda, interpretativa del Art. 112° de la Constitución, y este mismo dispositivo, precisa que expresemos la base jurídica de este fallo. Hemos decidido aplicar el «control difuso» –derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces– y no el «control concentrado» –derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional– porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del «control concentrado», y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo⁵⁰⁹.

Es claro que el Tribunal es competente para realizar el control constitucional abstracto de las leyes, incluso el de su propia ley orgánica, sin que signifique que mediante la interpretación de la Constitución este legislando. Pero, si bien la LOTC establece que el Tribunal Constitucional está sometido sólo a la Constitución y a su ley orgánica, desde una interpretación que supere al positivismo, esto significa que sus magistrados pueden apreciar la constitucionalidad concreta de una ley, al amparo de los valores, principios y normas que la Constitución les faculta para mantener el principio de su-

508. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

509. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, p. 146045.

premacía constitucional. Ejercicio para el cual el Tribunal es autónomo e independiente de cualquier intervención política o judicial, como intérprete supremo de la Constitución, sin llegar a sustituir al poder constituyente, porque estaría creando una segunda constitución⁵¹⁰.

El Tribunal, sin duda alguna, al revisar la validez constitucional de las normas legales del Congreso y del Presidente, así como las resoluciones judiciales denegatorias de las garantías constitucionales, que protegen los derechos fundamentales, se ubica en una posición prevalente sobre las partes en conflicto, sean organismos constitucionales políticos u judiciales, ya que tiene la suprema autoridad para interpretar la Constitución y con ello ejecutar la voluntad del «*pouvoir constituant*»⁵¹¹. De lo contrario, los poderes públicos como el Congreso, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial o el Jurado Nacional de Elecciones podrían evadir su compromiso de respeto a la Constitución y preferir sus normas legales, que si bien están premunidas de una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, como ya se ha señalado, esto es así sólo hasta que el Tribunal Constitucional sentencie lo contrario.

En consecuencia, en base al principio de supremacía constitucional de las normas constitucionales sobre las leyes, el Tribunal debe evitar que éstas desnaturalicen o vacíen de contenido no sólo a las normas constitucionales, sino también a los valores y principios constitucionales⁵¹². Ahora, si bien el Tribunal debería partir de asumir la presunción de constitucionalidad de la ley, esto no niega que ante la demanda de inconstitucionalidad de la ley de reelección presidencial, éste haya podido declararla como inconstitucional mediante la aplicación del control difuso. Prefiriendo la función de control constitucional consagrada en la norma constitucional, al de la presunción de constitucionalidad de las leyes que, además, no está prevista en la Constitución.

Por otro lado, si se parte de entender que la ley de la reelección presidencial no es una ley general, abstracta e intemporal sino que, por el contrario, es una ley personal, concreta y retroactiva: “este era el asunto de fondo, porque sólo a Fujimori se le podía aplicar la norma. A qué otra persona se le podía aplicar? Se trataba entonces de un caso concreto, porque «las

510. Manuel García Pelayo, *El “status” del tribunal constitucional*, en *REDC*, Vol. 1, Nº 1, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1981, pp. 20 y 30.

511. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, *op. cit.*, pp. 78 ss.

512. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*, en *REP*, Nº 7, Madrid, CEC, 1979, p. 218 ss.

cosas son lo que son y no lo que se denominan»⁵¹³. En efecto, dicha ley sólo es aplicable al Presidente Fujimori y no a los demás candidatos presidenciales; además, la ley agota sus efectos cuando el Presidente Fujimori inscriba su candidatura para las elecciones presidenciales del año 2000, estableciendo, asimismo su aplicación retroactiva, para facilitar la candidatura de Fujimori a una segunda reelección a la Presidencia de la República.

Todo esto lleva a argüir que el Tribunal Constitucional estaba legitimado materialmente para realizar el control difuso de la constitucionalidad de esta ley, no obstante que la LOTC no le facultara formalmente a realizar el control concreto, en una demanda de control constitucional abstracto de la ley⁵¹⁴. En este sentido, todo juicio constitucional no debe estar sometido a estrechas limitaciones formales, de allí que Leibholz, por ejemplo, apuntaba que “el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal no será basado en el principio de justicia rogada (*da mihi facta dabo tibi ius*) que inspira el procedimiento civil. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal se basa, por el contrario, en el principio inquisitivo, según el cual el juez debe proceder de oficio para el esclarecimiento de la materia”⁵¹⁵.

Es cierto que esta postura originó un grave enfrentamiento del Tribunal Constitucional con el Congreso y el gobierno, pero ello es normal en la experiencia inicial de los tribunales constitucionales, por eso “en los primeros tiempos de su actividad la Corte Constitucional Federal de Alemania se vio expuesta a violentos ataques, también por parte del gobierno y de la Cámara Baja”⁵¹⁶.

En consecuencia, en la medida que la ley de la reelección presidencial era de carácter particular, concreto y retroactivo, es decir, la mayoría del Congreso aprobó una ley especial en razón de la persona del Presidente Fujimori y éste la promulgó beneficiándose personalmente con la misma, en perjuicio de la disposición constitucional que prohíbe la segunda reelección presidencial consecutiva, se encuentran suficientes argumentos constitucionales formales y materiales para que se hubiese declarado la inconstitucionalidad.

513. Manuel Aguirre Roca, *Todo ha sido una emboscada...*, op. cit., p. 8.; asimismo, Omar Cairo, *El Tribunal Constitucional y el control difuso...*, op. cit., pp. 167-168.

514. Domingo García Belaunde, *Dos a Cero*, en *Expreso*, Lima, 21 de febrero de 1997; para quien el Tribunal Constitucional no llegó a decidir nada, debido a que procesalmente hablando, ninguna de los dos fallos constituyen sentencias.

515. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 152-153.

516. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XIX, Número 57, Setiembre-Diciembre de 1986, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 844.

lidad de dicha ley. En efecto, si no todo acto con forma de ley es ley, quién sino el Tribunal Constitucional para someterlo a control constitucional, a propósito de la iniciativa de parte, de lo contrario, no habría control para violaciones no previstas en la Constitución, como podría ser la aplicación de una norma legal que no haya sido publicada en el diario oficial.

En ese entendido,

la cuestión de saber si la Tribunal Constitucional esta llamado a jugar un rol activista o modesto no se discute en abstracto. Si se entiende la Constitución como la interpretación y el desarrollo de un sistema de derechos que valora el vínculo interno entre la autonomía privada y la autonomía pública, un ejercicio ofensivo del derecho constitucional, lejos de ser nocivo es normativamente requerido en el caso de que se trate de la implementación del procedimiento democrático y del modo deliberativo de la formación de la opinión y la voluntad política⁵¹⁷.

Lo cual no quiere decir que el Tribunal Constitucional pueda resolver problemas que no le hayan sido planteados, sino que “con cuidado, con razones jurídicas, con voluntad integradora y coherente el Tribunal interpreta la Constitución como un todo. Pero dentro del sistema que ésta es, nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”⁵¹⁸.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha llevado a su máxima expresión la facultad de control constitucional, lo cual no debería causar estupor a las conciencias jurídicas, que en el afianzamiento de la democracia y de la constitucionalidad del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional extraordinariamente resuelva asuntos de trascendencia jurídica y política, dejando a salvo la presunción de constitucionalidad de las leyes, por la primacía del principio de control constitucional, cuando las mayorías parlamentarias hacen usos propios de las dictaduras palamentarias⁵¹⁹.

Circunstancias ciertamente límites, pero donde el Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución debe resolver bajo el principio del

517. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes...*, op. cit., pp. 303-304.

518. Francisco Tomás y Valiente, *La constitución y el tribunal constitucional*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., pp. 32 y 33.

519. Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, (Peter Häberle, editor)...., op. cit., pp. 104 ss.

indubio pro constituyente, en vez del *indubio pro legislatore*, a riesgo de defender materialmente la democracia, antes que beneficiar a una dictadura encubierta; es decir, invirtiendo la presunción de constitucionalidad de las leyes⁵²⁰. Por ello, “no hay que asombrarse, por último, que se conceda al juez ampliamente la facultad de apartarse de la ley si ésta parece no coincidir con las relaciones cambiantes”⁵²¹; vieja tesis revitalizada por Luis Napoleón cuando señaló la necesidad de salir de la ley para regresar al derecho (*de sortir de la légalité por rentrer dans le droit*)⁵²².

En ese sentido, la experiencia de la jurisdicción constitucional ha desarrollado una rica jurisprudencia comparada, como se muestra en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a partir del caso *Marbury vs. Madison*, que no sólo controla la adecuada interpretación de los derechos fundamentales que hace la ley, sino también el proceso político de adopción de la ley en el Congreso, a fin de resguardar a las minorías de los procedimientos y la deliberación pública del sistema político, que puede ser violado por la mayoría parlamentaria⁵²³.

3.2 Control concentrado de la ley

La sentencia del Tribunal, que inaplicó la ley de reelección presidencial, fue publicada conjuntamente con el otro “fallo” que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, por no haberse alcanzado los seis votos de siete que se necesitaba para declarar fundada una acción de inconstitucionalidad, ya que cuatro magistrados se abstuvieron de votar –Nugent, Acosta, Díaz y García– por haber adelantado opinión, y los otros tres magistrados que estuvieron en contra –Aguirre, Revoredo y Terry– ni siquiera firmaron la resolución, a los que paradójicamente se les unió Nugent y Díaz. De modo que cinco magistrados no firmaron la resolución, lo cual significó desconocer la validez jurídica de la misma, quedando pues una sentencia que tan sólo fue suscrita por dos magistrados –Acosta y García–, que además se abstuvieron de votar.

Sobre esta dislocada resolución se ha dicho, no sin razón, que no constituye una sentencia, ya que no tiene efectos jurídicos una resolución en que

520. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit., pp. 268 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 121.

521. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)...*, op. cit., p. 86.

522. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 107.

523. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 125-134.

los únicos dos magistrados que la suscriben lo hacen para sustentar sus abstenciones⁵²⁴. Mientras que los demás magistrados no la firmaron, a pesar que dos de ellos también habían expresado sus abstenciones y los tres restantes estaban en contra. Por ello, también se ha señalado a esta resolución como ilegal, ya que para dictar una sentencia se requiere no sólo que haya quórum de asistencia en el Pleno Jurisdiccional, sino también que la suscriban sus miembros, aunque unos votos sean en pro o en contra de la inconstitucionalidad, u otros se abstengan. Por ese motivo, el Presidente del Tribunal Constitucional aclaró reiteradamente que la sentencia válida era la de inaplicación de la ley, pero no aclaró por qué entonces mandó publicar también el otro fallo o documento, que generó una gran confusión⁵²⁵.

Por el contrario, los magistrados constitucionales pro-gobierno señalaron que, al no haberse logrado declarar la inconstitucionalidad de la ley de la reelección que fue lo demandado, ésta sigue rigiendo⁵²⁶. Lo cual es obvio, la ley de la reelección sigue en vigencia, pero no es aplicable a su único potencial beneficiado, el Presidente Fujimori, por haber sido declarada inconstitucional⁵²⁷.

En consecuencia, será el Jurado Nacional de Elecciones, organismo encargado de validar las inscripciones de las candidaturas a la Presidencia de la República para el año 2000, el que tendrá que cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional de inaplicación de la ley de la reelección presidencial, aun cuando hay voces gubernamentales que señalan que con la expulsión de los tres magistrados del Tribunal Constitucional y la renuncia de su Presidente, no habrá impedimento para compeler al Jurado Nacional de Elecciones a que acate la ley de la reelección, antes que la resolución del Tribunal Constitucional inaplique la misma.

En cualquier caso, el Jurado Nacional de Elecciones también está facultado en el ejercicio de sus competencias como máximo organismo en materia electoral, para realizar el control difuso de constitucionalidad de las leyes electorales, como lo ha venido haciendo de manera independiente del poder político. Pero, dada la materia constitucional antes que electoral, de la

524. Pedro Planas, *La sentencia del tribunal constitucional*, en *El Comercio*, 23 de enero de 1997, p. A2.

525. EL COMERCIO, *Presidente del tribunal constitucional reitera que la ley de reelección es inaplicable, pero vicepresidente afirma que pronunciamiento que declaró inaplicabilidad es nulo*, edición del 29 de enero de 1997, p. A5.

526. *Ibidem*, p. 5; asimismo, LA REPÚBLICA, *Magistrados García y Acosta niegan validez a fallo del TC*, en edición del 17 de enero de 1997, p. 6.

527. LA REPÚBLICA, *La reelección de Fujimori es inaplicable*, *ibidem*, p. 6.

ley de la reelección presidencial, el Jurado Nacional de Elecciones está sometido a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁵²⁸.

En cuanto a los argumentos de la precaria resolución de control abstracto de inconstitucionalidad, estos no expresan razones ni fundamentos jurídicos o doctrinarios que la sustentan, sólo repiten parcialmente los argumentos de los demandantes y del apoderado del Congreso, manifestando a continuación, sin mayor consistencia argumentativa, las causas que llevan a los cuatro magistrados a abstenerse de votar —por haber adelantado opinión— Asimismo, en dos breves párrafos recojen el principio constitucional de no dejar de administrar justicia y el artículo 4° de LOTC, relativo a la necesidad de contar con seis votos para declarar una ley inconstitucional; para luego fallar declarando infundada la demanda por un criterio meramente positivista, por no haber obtenido los seis votos de siete que manda la ley⁵²⁹.

Esta errónea sentencia, sin embargo, puso en evidencia dos problemas fundamentales del proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Primero, la facultad legislativa de los magistrados de no votar, es decir, abstenerse, que creó este absurdo cuadro judicial, en el cual, pese a que cuatro magistrados no manifiestaron opinión judicial y que los tres restantes estaban por la inconstitucionalidad de la ley, esta norma terminó siendo convalidada en abstracto como constitucional por mandato del artículo 4° de la LOTC, pero inaplicable en concreto al Presidente Fujimori⁵³⁰. Es del caso señalar que la semana anterior a la destitución de los tres magistrados (representantes del activismo judicial del Tribunal Constitucional, Aguirre, Rey y Revoredo), el Congreso aprobó, mediante la Ley N° 26801, la supresión de las abstenciones y la modificación del quórum del Tribunal a cuatro magistrados.

Segundo, vinculado al tema anterior, se presentó el problema de la exigencia de los seis votos de siete magistrados para declarar una ley inconstitucional, como la fuente del problema. De ahí que la irrazonable y desproporcionada cuota de votación constituyese una de las causas del problema de la práctica anulación del control constitucional de las leyes, por cuanto se llegó al inequitativo cuadro de que si cinco magistrados estaban por la inconstitucionalidad, uno faltaba y otro estaba por la constitucionalidad,

528. César Landa, *Estamos viviendo una esquizofrenia constitucional*, (entrevista de José Vargas), en el diario *Arequipa al Día*, 20 de enero de 1997, p.12.

529. Tribunal Constitucional, *Exp. N° 002-96-1/TC, sentencia del Tribunal Constitucional*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, p. 146048.

530. Manuel Aguirre Roca, *Algunas discrepancias con Enrique Chirinos*, en *El Comercio*, Lima, 26 de enero de 1997, p. A2.

pues la ley no podía ser declarada inconstitucional por el voto de un magistrado contra el de los otros cinco.

Si el sistema de control constitucional de las leyes, consagrado en la Constitución, pretende ser una garantía de protección a las minorías y a la oposición parlamentaria, como plantea la doctrina, hubiera sido propio que el Congreso hubiese establecido un sistema de votación, no para favorecer la derogación de las leyes, sino para promover el control de los fáciles excesos de las mayorías parlamentarias, mediante un sistema de votación que asegurase tanto su función de control, como la integración de magistrados independientes del poder⁵³¹.

Es evidente que a través de estas sentencias se produjo un caso de judicialización de la política, en tanto que la mayoría parlamentaria no fue capaz de llegar a acuerdos políticos con la minoría parlamentaria, lo que originó que se llegue a la politización de la justicia constitucional. Aún cuando Kelsen pretendía una justicia constitucional técnica y eficaz que protegiese a la Constitución, alejada de las preguntas políticas⁵³², y aunque se estime que “en los estados con una jurisdicción constitucional consolidada se considera superada la contraposición legislador democrático-Tribunal Constitucional”⁵³³, es imposible eliminar en una democracia el conflicto político entre las mayorías y las minorías parlamentarias, (que se reproduce en la jurisdicción constitucional). De lo que se trata, más bien, es de resolverlo institucional e independientemente de las mayorías y minorías políticas⁵³⁴.

Por eso, “en el conflicto entre derecho y política, el juez sólo está obligado ante el derecho. Pero, le es lícito esperar que el legislador le evite este conflicto, no por su propio bien sino por respeto al derecho”⁵³⁵. La consecuencia, sin embargo, de este conflicto judicial sobre la ley de la reelección presidencial, fue el enfrentamiento y las desautorizaciones públicas entre los magistrados con una opción progubernamental y los que desarrollaron un activismo judicial radical, quedando los magistrados que se autolimitaban superados u obligados a definirse por una corriente u otra.

Después de esta causa sobre la reelección presidencial, que acarreó la politización de la justicia constitucional y la acusación constitucional contra

531. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.

532. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?...*, op. cit., p. 577.

533. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, op. cit., p. 80.

534. José Luis Cascajo, *Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario...*, op. cit., p. 15.

los magistrados defensores del activismo judicial y del Presidente del Tribunal Constitucional, se produjeron doce sentencias más sobre acciones de inconstitucionalidad (hasta antes de la destitución de los magistrados por la mayoría parlamentaria), en las cuales, los siete magistrados votaron de idéntica forma en las doce acciones de inconstitucionalidad, con la salvedad que hubieron votos singulares en contra del magistrado Aguirre Roca en dos casos, uno de la ley del programa popular del vaso de leche⁵³⁶ y otro de ley de amnistía contra violadores de derechos humanos⁵³⁷, así como de la magistrada Revoredo, en el caso de la ley sobre la esterilización como política de población⁵³⁸.

La causa judicial de la reelección presidencial, política por excelencia, fue tanto el detonante del reinicio de votaciones colegiadas y homogéneas en el Tribunal Constitucional, como también de la destitución de los tres magistrados activistas judiciales, con lo que quedó clausurada la función esencial del Tribunal Constitucional: el control de la constitucionalidad de las leyes.

4. LÍMITES Y POSIBILIDADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La experiencia del Tribunal Constitucional en el Perú como encargado del control constitucional de las leyes, ha demostrado hasta el momento que tanto como organismo constitucional como judicial, se encuentra marcada por la tensión política entre el gobierno y la oposición. Debido a que el Presidente Fujimori, y los poderes de *iure* y de *facto* en que se sustenta el gobierno, están aferrados a continuar garantizando directamente sus intereses económicos, políticos y militares, mediante la reelección presidencial de Fujimori en el año 2000, sin perjuicio de la prohibición de la Constitución y de la resolución del Tribunal Constitucional.

La destitución de los magistrados constitucionales, es una clara señal de que el gobierno ha olvidado que "la justicia constitucional es un elemento del sistema de medidas técnicas, que tienen por objetivo, asegurar el ejercicio

535. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 140.

536. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26637*, en *El Peruano*, Lima, 25 de enero de 1997, p. 146313

537. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26479 y la Ley N° 26492*, en *El Peruano*, Lima, 9 de mayo de 1997, pp. 149098 y s.; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 151-208; asimismo, APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad*, Lima, 1996, pp.46.

538. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26530*, en *El Peruano*, Lima, 31 de mayo de 1997, p. 149688 y s.

regular de las funciones estatales” pero además que, “las leyes incoadas de inconstitucionalidad forman el principal objeto de la justicia constitucional”⁵³⁹. Pero es del caso precisar que, la labor del Tribunal Constitucional, en materia del control constitucional de las leyes, está en fuerte relación de dependencia de la defensa de los derechos fundamentales.

Por ello, la paralización del control constitucional de las leyes, no sólo es un indicador negativo del proceso de democratización; sino que repercute en el conjunto del sistema de protección de los derechos fundamentales, debilitándolo; en tanto la inexistencia del control constitucional—abstracto—de las leyes, elimina un mecanismo de protección de las minorías y de la oposición política; lo cual es una de las garantías del sistema democrático moderno. De este modo, se pone en peligro, no sólo uno de los fundamentos de la democracia pluralista y tolerante propia del Estado constitucional contemporáneo; sino que al vaciar de contenido esencial el control y balance de poderes, se hace frágil la defensa de los derechos fundamentales; afectando al Tribunal Constitucional que actúa como guardián del derecho a la libertad, es decir titular de la jurisdicción de la libertad⁵⁴⁰.

4.1 Problemas del Tribunal Constitucional

Sin perjuicio de la crítica general planteada, es el caso analizar el funcionamiento del Tribunal Constitucional, a partir tanto de su posición pacífica de organismo constitucional y organismo judicial como de su posición conflictiva de organismo político⁵⁴¹:

a. *Organismo constitucional*. Si se evalúa el rendimiento de la actividad de control constitucional de las leyes del Tribunal Constitucional, en relación al número de normas legales aprobadas por el Congreso y el Poder Ejecutivo, se pone en evidencia que de las mil doscientas treinta y dos (1232) normas legales aprobadas por el gobierno, susceptibles de control constitucional (ver Cuadro N° 7), el Tribunal Constitucional sólo resolvió dieciséis

539. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*..., *op. cit.*, pp. 198 y 227.

540. Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè editore, 1955, pp. 6 ss.; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, pp. 13 ss.

541. Robert Dahl, *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker*, en *Journal of Public Law*, N° 6, 1957, p. 279; asimismo, Martin Shapiro, *Political jurisprudence*, 52 *KyLJ* 294, 1964, p. 300; asimismo, Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court*, London, Press of Glencoe – MacMillan, pp. 1-49.

(16) demandas de inconstitucionalidad contra esas normas legales, quedando hasta la fecha otras dieciséis (16) acciones de inconstitucionalidad pendientes de resolución.

CUADRO N° 7
NORMAS LEGALES DICTADAS DURANTE EL GOBIERNO DE FUJIMORI
(1993-1997*)

AÑO	LEYES	DECRETOS LEGISLATIVOS	DECRETOS DE URGENCIA
1993	112	16	—
1994	148	2	144
1995	143	11	73
1996	167	95	129
1997	87	—	45
TOTALES	657	124	391

* Hasta el 31 de mayo de 1997, fecha de destitución de tres magistrados del TC.

Fuente: Diario oficial *El Peruano* (del 1-1-93 al 31-5-97).

Elaboración: César Landa.

En promedio, por cada setenta y siete (77) normas legales dictadas por el gobierno de Fujimori, sólo una norma legal (1) fue materia de control constitucional por parte del TC. Más aún, del total de mil doscienta treinta y dos (1232) normas legales aprobadas en ese periodo de cinco años, sólo cinco (5) normas fueron declaradas inconstitucionales. Es de resaltar que entre esas declaratorias de inconstitucionalidad, dos hayan recaído contra decretos legislativos del Poder Ejecutivo, una contra un decreto ley del gobierno de facto y dos contra leyes del Congreso. Habiendo quedado formalmente constitucionalizadas, leyes abiertamente o encubiertamente inconstitucionales, como la ley de referéndum, la ley de amnistía, ley del programa del vaso de leche o la ley de la intervención a las universidades públicas, ciertamente con algunos votos singulares antes mencionados.

Es del caso señalar que sobre otras cuatro acciones de inconstitucionalidad (4), el Tribunal Constitucional terminó declarando la improcedencia en tres casos, debido a que el Congreso antes de la sentencia del TC derogó las normas legales incoadas, relativas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, y en un caso declaró la nulidad de la demanda —inadmisibilidad— del Colegio de Abogados de Lima contra la Ley del FONAVI, porque dicha ley ya estaba derogada. Por lo que se puede decir, que en un veinticinco por ciento (25%) de las acciones de inconstitucionalidad, el Tribunal resolvió causas que por sustracción de la materia constitucional demandada no presentaron conflicto alguno.

Lo que indica, además, que las solas demandas de inconstitucionalidad, en los primeros tres casos mencionados, sirvieron de una llamada de atención al Congreso sobre la existencia de artículos en dichas leyes presuntamente inconstitucionales, en virtud de lo cual la mayoría y las minorías del Congreso, con buen criterio, aunque excepcionalmente, resolvieron por debatir y derogar dichas normas, antes que el Tribunal Constitucional resolviese las demandas, seguramente declarándolas fundadas dada su abierta inconstitucionalidad. Aún cuando (como ya se ha mencionado) el TC habría podido hacer uso de otro tipo de sentencias, por ejemplo, de las sentencias interpretativas⁵⁴² o de incompatibilidad constitucional de la ley, como solución entre la declaración de inconstitucionalidad y la desestimación simple⁵⁴³.

Resulta significativo mencionar, también, que de las dieciséis leyes que fueron objeto de control constitucional, once (11) afectaban derechos fundamentales, tales como derechos sociales (4), derecho a la vida e integridad (2), derecho a la igualdad (2), derecho de propiedad (1), libertad de expresión (1) y derecho de participación ciudadana (1). En relación a las cinco demandas de inconstitucionalidad restantes, cuatro (4) fueron sobre instituciones constitucionales y una (1) de carácter político por excelencia, la ley de la reelección presidencial. Por lo tanto, se puede afirmar que las acciones de inconstitucionalidad fueron incoadas para defender mayoritariamente derechos fundamentales, y para limitar los excesos del poder gubernamental. Lo cual prueba la validez de la creación de esta institución, debido a la inoperancia histórica del Poder Judicial para resolver, en última instancia, de conformidad con los derechos fundamentales —*Grundrechtsmässigkeit*—⁵⁴⁴.

Sobre la legitimidad procesal activa, se puede señalar que de las dieciséis sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad: ocho fueron presentadas por las minorías parlamentarias (50%), cuatro por la Defensoría del Pueblo (25%), tres por los gremios de abogados (18.75%) y dos demandas por los ciudadanos (12.5%), en este último caso: una contra el régimen provisional del Estado, a la cual se sumó un grupo de congresistas, y otra contra la ley del Instituto Peruano de Seguridad Social.

De donde se puede colegir que la acción de inconstitucionalidad, siempre ha constituido un instrumento de control de la oposición política, y en

542. Javier Salas, *El Tribunal Constitucional y los poderes del estado...*, op. cit., pp. 151 ss.

543. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán...*, op. cit., pp. 194 ss.

544. Juan José González Rivas, *El tribunal constitucional y sus relaciones con los restantes poderes del Estado: valoración concreta de alguna de estas relaciones*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 3 y 4, número extraordinario dedicado a las Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional, edición de Juan José Solozabal Echavarría, Abril-Agosto, Toledo, 1988, p. 546.

menor medida de las demás instituciones con legitimidad procesal activa para actuar (la Defensoría del Pueblo, el Colegio de Abogados de Lima y el Colegio de Abogados de Arequipa), así como de los propios ciudadanos; en concreto, de los jubilados, en salvaguarda de sus derechos sociales. Pero en aras, básicamente, de la tutela de derechos fundamentales y en menor medida de la estructura del Estado.

Las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por los propios ciudadanos es muy significativo por el grado de *patriotismo constitucional*⁵⁴⁵, demostrado por la ciudadanía y sus organizaciones gremiales, en tanto que las demás instituciones accionaron porque sus normas legales legales y estatutarias que establecían dicha competencia como una función. Pero, en cualquier caso, es importante subrayar que con la participación activa de los ciudadanos, y de las instituciones mencionadas, el Tribunal Constitucional dejó de concebirse como un reducto exclusivo de la lucha política de las minorías parlamentarias, como ocurre en otras latitudes⁵⁴⁶.

En cuanto a la labor de protección de los derechos fundamentales y de la Constitución, mediante la resolución de las acciones denegatorias de los habeas corpus, acciones de amparo y demás garantías constitucionales —acción de cumplimiento, habeas data y conflicto de competencia—, se puede señalar que la tónica del Tribunal Constitucional ha sido la de un protector residual de los derechos demandados (ver Cuadro N° 8).

En efecto, de acuerdo al cuadro presentado se podría señalar que en cuatro años de vigencia de las nuevas garantías constitucionales que incorporó el constituyente a la Constitución de 1993. En relación a los habeas corpus (116) y a las acciones de amparo (500), si bien han sido las acciones de garantía que han centrado el quehacer ordinario del Tribunal Constitucional, cabe destacar que porcentualmente sólo el 11.36% de los habeas corpus⁵⁴⁷ y el 17.6% de las acciones de amparo fueron declarados fundados, quedando denegados todos los demás recursos extraordinarios sobre los derechos fundamentales que protegen estas garantías.

545. Jürgen Habermas, *Patriotismo de la Constitución en general y en particular*, en *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991; asimismo, revisar la crítica que formula Eduardo Hernando Nieto, *Patriotismo de la Constitución: Más de lo mismo?*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 163-181.

546. Klaus Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 78.

547. Sin embargo, en los primeros cinco meses de funciones del TC, se llegó a declarar fundados el 25.8 % de los habeas corpus resueltos, ver Edgar Carpio, *Tribunal constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento.... op. cit.*, p. 6.

CUADRO N° 8
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
 (1996-1997)*

	FUNDADO	INFUNDADO	IMPROCEDENTE	NULO	TOTAL
HABEAS CORPUS	13 (11.23%)	33	52	18	116
ACCION DE AMPARO	102 (20.4 %)	68	302	28	500
ACCION DE CUMPLIMIENTO	2	3	8	3	16
HABEAS DATA	1	—	—	—	1
TOTALES	118 (18.6 %)	104 (16.4%)	362 (57.2%)	49 (7.7%)	633

* Periodo del 26.8.96 al 31.12.97

Fuente: Diario oficial *El Peruano*

Elaboración: César Landa.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional resolvió apenas diecisiete acciones de garantía siguientes: habeas data (1), acción de cumplimiento (16); también habría que mencionar que se resolvió un (1) conflicto de competencia. No obstante lo modesto del número de resoluciones, se destacan las dieciséis acciones de cumplimiento por cuanto, salvo dos, todas fueron denegadas. Lo que confirma, en términos generales, la tendencia de la jurisprudencia del TC a cumplir un rol subsidiario de protección y no de un celoso guardián de los derechos fundamentales contra los abusos de los poderes públicos, característica fundamental de los tribunales constitucionales europeos⁵⁴⁸ y en Latinoamérica de la Corte Constitucional de Guatemala⁵⁴⁹ y la Corte Constitucional de Colombia⁵⁵⁰.

No obstante, si se compara la labor tutelar de derechos fundamentales del TGC y del TC, podríamos señalar que cuantitativamente los ciudadanos en estos últimos años han presentado más acciones de garantías que en la década de los ochenta⁵⁵¹. Sin embargo, la desprotección de los derechos fun-

548. Félix Ermacora, *El tribunal constitucional austriaco*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elia. *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., p. 267.

549. Jorge Mario García Laguardia, *Derechos humanos y democracia*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997, pp. 104 ss.

550. Luis Huerta, *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*, en LTC N° 13..., op. cit., pp. 23-59.

551. Al respecto, ver *Tribunal Constitucional. Cuadro N° 1, Expedientes Ingresados al 24 de Setiembre de 1997*; hoja estadística oficial del TC donde se señala 2366 acciones de amparo y 399 habeas corpus, considerando también los expedientes acumulados antes de la instalación del Tribunal Constitucional

damentales no ha variado sustancialmente, si se le compara con la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales; porque si el TGC casó sólo un 9.6% de habeas corpus y un 18% de acciones de amparo durante diez años, el TC en año y medio de existencia declaró fundados sólo el 11.3% de los habeas corpus y el 17.6% de las acciones de amparo demandados.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como organismo constitucional encargado de defender los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes, presenta una evaluación insuficiente en relación a las expectativas sembradas en dicha institución. Donde la defensa de la legalidad, antes que la constitucionalidad, ha primado en el control de las leyes y en las resoluciones sobre garantías constitucionales del Poder Judicial. Ello se debe a que la ideología jurídica predominante, en la mayoría de los magistrados constitucionales, ha sido el positivismo en sus diversos modos de razonamiento jurídico, motivo por el que cabe hacer un balance al respecto.

b. *Organismo judicial.* El quehacer judicial de los magistrados ha estado exento de postulados teóricos, metodológicos y conceptuales en las resoluciones emitidas Máxime cuando su rol de intérprete supremo de la Constitución les obligaba a honrar su responsabilidad constitucional, con los argumentos suficientes para tomar decisiones trascendentales, para los derechos fundamentales y el control al gobierno. Por el contrario, las sentencias en materia de inconstitucionalidad de leyes y garantías constitucionales, se han caracterizado por su escasa fundamentación, al parecer bajo el argumento de evitar redactar sentencias inútilmente extensas y farragosas para el ciudadano; pero, en el fondo, se ha encubierto "la pobreza de la parte considerativa de sus sentencias"⁵⁵².

Desde una reflexión crítica, se podría señalar que el escaso razonamiento jurídico-constitucional de las sentencias, se debe a la concepción positivista-judicialista de la mayoría de los magistrados del tribunal, quienes contemplan el Derecho como un hecho y no un valor; otorgan prioridad a la ley sobre las restantes fuentes del Derecho; la reproducen mecánicamente del Derecho preexistente; y tienen una vocación de obediencia incondicional al Derecho en aras del orden, independientemente de la justicia⁵⁵³. La defensa del positivismo jurídico se ha basado en la importancia de distinguir entre lo que es en la norma y lo que debe ser valorativamente el derecho, lo cual aporta al juez la neutralidad y el objetivismo necesarios para resolver los

552. Edgar Carpio, *Tribunal constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento.... op. cit.*, p. 7.

553. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Turin, Giappichelli Editore, 1993, pp. 141 ss.

casos judiciales⁵⁵⁴. Sin embargo, los procesos constitucionales se fundamentan en principios y normas supremas que rechazan las excesivas formalizaciones, abstracciones y alejamiento de la realidad político-social subyacente. A esto último, lamentablemente, no ha llegado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los fundamentos jurídico-políticos, en que se basan los procesos constitucionales, están directamente vinculados a la concepción de Constitución con que se opere, por ello, sólo a partir de realizar este proceso de delimitar el modelo constitucional de la jurisdicción constitucional, se pueden identificar adecuadamente los problemas constitucionales y darles respuestas constitucionalmente correctas⁵⁵⁵; tesis que desarrolla la teoría constitucional institucional (ver Parte II, Cap. II)

Pero, dada la composición de los magistrados del Tribunal Constitucional, se puede señalar que una de las causas de la falta de fundamentación de calidad de las sentencias, se debió a la inexistencia de magistrados especialistas en la materia, sin perjuicio de la solvencia jurídica de los magistrados en otras áreas del derecho. Por ello, se ha dicho que “el Tribunal Constitucional es un órgano de especialistas establecido por la soberanía popular, que debe controlar a los generalistas de los otros órganos establecidos en la observancia del marco general de actividades propias que la Constitución les asigna”⁵⁵⁶.

Es en esa medida que los procesos constitucionales de inconstitucionalidad de las leyes y de acciones de garantías, no pueden ser resueltos con argumentos propios del derecho privado, o sólo en base a las reglas del derecho judicial⁵⁵⁷. Ya que el razonamiento constitucional judicial concreto parte de la premisa de la defensa de los derechos fundamentales, a partir de una valoración de los hechos verificables del proceso en el marco de la norma constitucional, mientras que en una demanda de inconstitucionalidad, el comisionado del poder constituyente para la defensa de la Constitución, busca mantener la soberanía jurídica de la Constitución en el sistema de fuentes

554. Herbert L. A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, en *HLR*, volume 71, 1957-1958, number 4, Cambridge, 1958, pp. 593 ss.; asimismo, Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa editorial, 1992, pp. 19 ss.

555. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 3 ss.; asimismo, Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1928, pp. 75 ss.

556. Helmut Quaritsch, *Der fortschreitende Verfassungsstaat*, en *Der Staat*, 1978, p. 428.

557. Manuel Aragón, *La eficacia jurídica del principio democrático*, en *REDC*, Año 8, N° 24, CEC, Madrid, 1988, pp. 36 ss.

del derecho, es decir, desarrollando los valores constitucionales como guardianes de la Constitución, sin desbordarse ni siquiera en la función de reforma constitucional⁵⁵⁸.

En las polémicas sentencias sobre las primeras acciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, se pudo percibir la llamada «jurisprudencia política», tanto en su versión pacífica de solución jurídica a los conflictos políticos, mediante el uso tibio de los métodos de interpretación jurídicos clásicos, como en su versión fuerte de enfoque extra-jurídico de los conflictos políticos, donde “el límite de «lo jurídico» se traspasa cuando fines predeterminados se constituyen en el *leit motiv* decisonal”⁵⁵⁹.

Esto pone de relevancia que el control de la constitucionalidad de las decisiones legislativas del Congreso y del Gobierno, exige que los magistrados del Tribunal Constitucional asuman, conscientemente, que las consecuencias políticas de sus decisiones judiciales no pueden ser ignoradas al momento de interpretar la Constitución, así como en la búsqueda de la resolución del caso, no deben salirse de las fuentes del propio ordenamiento constitucional. De lo contrario, “a la guerra de poderes de todos contra todos y, por ende, al final, con seguridad, al predominio de los más fuertes, de los prepotentes, al aplastamiento seguro de los débiles. El derecho y su objetividad son, entre otras cosas, un escudo de la libertad, la protección del débil, el límite infranqueable al poderoso”⁵⁶⁰.

Pero, el rol de una jurisdicción constitucional democrática dentro de un proceso político gubernamental de vaciamiento constitucional de sus funciones, no pudo tener otro final que la destitución de los tres magistrados que se opusieron a la ley de la reelección presidencial y al restrictivo sistema de votación del TC. Lo cual, también requiere que se esbozen algunos límites democráticos que existen aún en el Perú de fines del siglo XX, para integrar y resolver jurisprudencialmente los conflictos entre el derecho constitucional y la política.

c. Organismo político. El rol del Tribunal Constitucional hay que insertarlo en el sistema de control y balance de poderes, en particular con el

558. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruxelles, 1985, pp. 45 ss.; Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 108 ss; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 197 ss.

559. Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., p. 524.

560. Eduardo García de Enterría, *El derecho constitucional como derecho*, en RDP, N° 15, p. 13.

Poder Legislativo. Al respecto, las relaciones entre el Congreso y el Tribunal Constitucional han sido conflictivas cuando este último ha resuelto sobre leyes con un alto componente político y económico. Es que en países con una tradición constitucional desintegrada e inestable, como el Perú, “la realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar”⁵⁶¹.

Si bien es inevitable que los conflictos jurídicos se politicen, en todo caso los magistrados como últimos intérpretes de la Constitución, deben respetar e incorporar en sus resoluciones la voluntad del poder constituyente del presente y futuro, es decir, el sentimiento jurídico de la opinión pública ciudadana, que motivan su adhesión y el rechazo a las transgresiones constitucionales, mediante la interpretación constitucional⁵⁶².

Lo que hace de la labor de la jurisdicción constitucional, una tarea de interpretación jurídica de la Constitución, a la luz de los principios constitucionales y la opinión democrática del pueblo, y no sólo de la norma constitucional y de los intereses mayoritarios y minoritarios representados en el Congreso o el Poder Ejecutivo, que en una acción de inconstitucionalidad son los virtuales infractores de la Constitución. Ahora bien, “que la justicia constitucional asuma la defensa de los supremos valores contenidos en las constituciones, no quiere decir, de ninguna forma, que sea ella la encargada de crearlos”⁵⁶³.

A los representantes ante el Congreso o al Presidente de la República, no les falta razón, teóricamente, considerar que la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal es inferior a la suya, porque el origen de su cargo no es por elección directa del pueblo, sino indirecta a través precisamente del Congreso⁵⁶⁴. También es cierto que, en base al principio democrático de la defensa de los derechos fundamentales y de la división de poderes, ha sido el propio poder constituyente del pueblo quien ha decidido —a través

561. Francisco Tomás y Valiente, *La constitución y el tribunal constitucional...*, op. cit., p. 18.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., p. 153.

562. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*... op. cit., pp. 64-65.

563. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 117.

564. Peter Häberle, *El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos*, (entrevista de César Landa), en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, pp. 281 ss.; asimismo, Lord Devlin, *Judges and lawmakers...*, op. cit., p. 10.

de sus representantes y luego mediante referéndum popular—, que las normas legales de los poderes constituidos, como el Congreso y el Presidente de la República, estén sometidas al control constitucional del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes políticos ponen a discusión algunos temas como los siguientes:

- i. *Política y derecho.* ¿Es posible la juridificación total de la política, o es inevitable que como consecuencia de ese intento se llegue a la politización de la justicia? Dicho más claramente, el Tribunal Constitucional es capaz de racionalizar a través de la Constitución las decisiones políticas del Congreso, como hizo con la ley de reelección presidencial y con el altísimo costo que ha significado la anulación de dicha potestad de control. Y si es así, ¿podía el Congreso destituir a los magistrados constitucionales, sin existir una infracción constitucional tipificada como tal, por ejercer el control difuso contra la ley de la reelección presidencial? Más aún, ¿cómo podría explicarse la recíproca relación entre el Congreso y el Tribunal Constitucional, sin que ninguno de sus actos legislativos y judiciales, respectivamente, se vean menoscabados en sus efectos obligatorios y vinculantes?

Al respecto, cabe señalar que la tensión entre la política y el derecho, entre la ley del Congreso y la resolución del Tribunal Constitucional, es un conflicto universal y permanente, donde “bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de Poder”⁵⁶⁵, sin embargo, “la jurisdicción constitucional no puede ser vista como una mera función estatal apolítica, como tampoco una función *sólo* política”⁵⁶⁶. Porque si bien el conflicto no admite una solución definitiva, desde una perspectiva sustantiva y formal, debe resolverse en el marco de las normas y principios constitucionales, como de los valores democráticos de la tolerancia y del pluralismo, que se encuentren legitimados en el consenso social⁵⁶⁷.

Esto supone que el poder político nunca es absoluto, en consecuencia, los actos normativos y políticos del Congreso y del Poder Ejecutivo pueden

565. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., p. 149.

566. Peter Häberle (editor), *Verfassungsgerichtbarkeit...*, op. cit., p. 4.

567. Herbert Spiro, *Government by constitution, the political systems of democracy*, United States, Random House 1959, pp. 361 ss.; asimismo, César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., pp. 35-73.

y tienen que ser controlados por el Tribunal Constitucional, quien tiene la palabra en última instancia para definir qué norma con rango de ley es válida constitucionalmente. Sin embargo, es del caso mencionar que la racionalización o constitucionalización absoluta de todos los actos políticos del gobierno ha llevado a la aparición, en el debate de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas, del concepto de «*political questions*». Es decir, aquellas materias en principio no solucionables vía el proceso judicial, pero, que en todo caso, los jueces deben estimar dos factores: la eficacia de su decisión judicial y la existencia de un consenso social⁵⁶⁸.

Definir qué materias políticamente no son justiciables y cuáles sí, es un tema de apreciación para saber correctamente dónde y cuándo trazar las fronteras entre el derecho y la política; semejante responsabilidad “plantea naturalmente elevadas exigencias a la capacidad de los jueces. Por ello corresponde especial significación a su selección”⁵⁶⁹. Sin embargo, las respuestas a las preguntas políticas no han sido monocordes, por el contrario, se ha planteado, el desafío de transformar las «*political questions*», en «*juridical questions*», lo que supone aumentar la responsabilidad de los jueces en las tareas constitucionales⁵⁷⁰. Sin embargo, este neoconstitucionalismo –neopositivismo– no debe ser llevado a sus últimas consecuencias, porque “la juridificación de la vida política por completo es una ilusión”⁵⁷¹.

Por eso, el Tribunal Constitucional cuando opera como un “legislador negativo” frente a las leyes, incluidas las de naturaleza política –como fue el caso de la ley de la reelección presidencial– tiene que resolver sobre la base de una legitimidad constitucional, es decir, contando no sólo con la legitimidad de su origen democrático indirecto, y con el respaldo ciudadano por los resultados de sus sentencias, sino también, y sobre todo, con proporcionalidad de juicio. En el caso alemán, “la Corte ha necesitado conquistar su actual posición, con mucho trabajo y contra

-
568. Philippa Strum, *The supreme court and “political questions” a study in judicial evasion*, Alabama, The University of Alabama Press, 1974, p. 4; W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, op. cit., pp. 25 ss.; asimismo, Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I..., op. cit., pp. 299 ss.
569. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.
570. Herbert Spiro, *Government by constitution, the political systems of democracy...*, op. cit., pp. 30 ss.
571. Pablo Lucas Verdú, *La constitución en la encucijada (palingenesia iuris politici)*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 72 ss.

muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente como trazar las fronteras entre derecho y política⁵⁷².

Es decir, que dado el accidentado escenario de construcción democrática del Perú, y la corta experiencia del Tribunal Constitucional en su conflicto con el gobierno, pareciera que lo más adecuado en esta etapa es postular un “activismo judicial ponderado” en función de la gravedad y de las circunstancias del caso. Se postula, pues, un balance entre el activismo judicial y la autorrestricción judicial como regla⁵⁷³; pero en casos excepcionales, el Tribunal Constitucional debe desarrollar interpretaciones creativas, incluso a través de sentencias-leyes y/o sentencias-orientadoras para el legislador⁵⁷⁴, en las cuales se arriesgue a juzgar valiéndose directamente de los principios constitucionales⁵⁷⁵.

Sólo de este modo un poder político democrático se detiene o morigera frente a un poder jurídico constitucional, pero legítimo jurídica y socialmente. Lo cual no supone postular el gobierno de jueces, sino reconocer que ante la crisis de la representación y en particular el desprestigio del Congreso y la imagen autoritaria del Presidente, es necesario contar con mecanismos de control constitucional de sus actos y normas, que aseguren el equilibrio entre los poderes y el respeto de los derechos fundamentales. Más aún cuando los lemas gubernamentales de promover el libre mercado, reducir el rol social del Estado y establecer un fuerte control sobre la oposición y las minorías, son monitoreados por los poderes privados y fácticos, tal como ya se ha puesto de manifiesto en otras latitudes, lo cual hace más importante el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional⁵⁷⁶.

- ii. *Controles interórganos.* Ningún poder u organismo constitucional tiene facultades absolutas en un Estado de Derecho. En consecuencia, si la soberanía constitucional que ejerce el Tribunal es un *primus inter pares*, en relación a la soberanía popular que detenta el Congreso y el

572. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.

573. Peter Häberle, *El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos...*, op. cit., p. 228.

574. Hans Peter Schneider, *Democracia y constitución*, Madrid, CEC, 1991, pp. 198 ss.; asimismo, Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán...*, op. cit., pp. 192 ss.

575. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 629.

576. Robert Dahl, *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker...*, op. cit., pp. 279 ss.

Presidente, cabe plantear la interrogante: ¿quién controla al Tribunal Constitucional?⁵⁷⁷. No es desdeñable el peligro de que el Tribunal Constitucional, en lugar de convertirse en la autoconciencia de la Constitución, se transforme en una conciencia arbitraria de la Constitución, o un organismo constitucional dependiente del gobierno de turno.

Por ello, es grave la interrogante acerca de si la judicatura esta preparada para asumir el rol de guardian de la Constitución o, dicho más claramente, si el Tribunal Constitucional tiene opciones de desarrollar su función de control constitucional en un marco político de desconstitucionalización o vaciamiento constitucional. Al respecto, el papel del control judicial de las leyes en manos de siete magistrados, en el supuesto que se restituyan a los tres magistrados faltantes, no por ser menos legítimo democráticamente que el político dado su origen no electoral, sea imposible de llevar a cabo, porque “cuando no existe control judicial al poder político está aún más fácilmente expuesto al riesgo de la perversión”⁵⁷⁸.

Esto no obvia la permanente cuestión de si el control judicial podría transformarse en una tiranía de los jueces. En cualquier caso, se trataría de una tiranía menos amenazadora que el de las mayorías políticas, porque estas son menos controlables en un sistema que no mantiene el equilibrio de poderes. De ahí que las resoluciones del Tribunal Constitucional, aunque no sean infalibles, la tiranía de la mayoría no puede pretender, mediante una acción de amparo⁵⁷⁹ sobrepasar a la cosa juzgada, fuerza de ley y fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los magistrados, como en el caso de la inaplicación de la ley de reelección presidencial al Presidente Fujimori.

Sin embargo, el Poder Judicial no sólo ha admitido una acción de amparo de la congresista oficialista Marta Chavez contra la aplicación de la resolución del Tribunal Constitucional, que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial, sino que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha declarado procedente la acción de amparo, por vulneración y amenaza del derecho a la libre elección de la reclamante, pero

577. Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, Athen and London, The University of Georgia Press, 1988, pp. 146 ss.

578. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 45.

579. Jorge Trelles, *Acción de amparo improcedente?*, en el diario *El Comercio*, Lima, 16 de marzo de 1997, p. A 2.

a favor sólo de la reclamante⁵⁸⁰. Con este fallo judicial se ahonda más la crisis de la jurisdicción constitucional, en tanto que ahora el Poder Judicial se atribuye la facultad de revisar las decisiones del Tribunal Constitucional, con el perjuicio de que se sienta un precedente muy grave sobre el desconocimiento de la cosa juzgada de las sentencias del TC, como es analizado más adelante (Segunda Parte, Cap. IV, 3).

Lo cual no deja de poner a colación que el mayor peligro del “activismo judicial radical” o del llamado “interpretativismo”⁵⁸¹, es que el Tribunal Constitucional no sólo haga porosa la línea divisoria entre su poder constituido y el poder constituyente y, en consecuencia, termine sustituyendo a este último⁵⁸²; sino también que en el conflicto con los demás poderes del Estado termine estrangulada, en mérito de expedir honorables sentencias constitucionales frente a causas políticas límite, como el digno caso guatemalteco⁵⁸³. Pero también para eso hay mucha prudencia con ciertos postulados, los cuales plantean que “ante el silencio o falta de hipótesis jurídica en la Constitución, el Tribunal debe reaccionar *creativamente*, sin dejar de sentenciar... Debe entonces ubicar o crear la norma que necesita, por integración, actuando como *poder constituyente* y no como el constituyente histórico de 1993”⁵⁸⁴.

Frente a estas tentaciones de la judicatura constitucional, cabe la auto-limitación (*self-restraint*) de los propios magistrados y el control de la opinión pública ciudadana, que no es necesariamente la de los medios de comunicación⁵⁸⁵. En esa dialéctica del activismo judicial y de la auto-

580. LA REPÚBLICA, *Corte suprema falla a favor de reelección de Fujimori al 2000, declara fundada acción de amparo contra sentencia del TC*, en [www/larepublica.com.pe/1998/ENERO/pdf17/home.htm](http://larepublica.com.pe/1998/ENERO/pdf17/home.htm).

581. Christopher Wolfe, *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law*, New York, Basic Books, Inc., Publishers, 1986, pp. 323 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review...*, *op. cit.*, pp. 1-14.

582. Christine Landfried, *Das Bundesverfassungsgericht - Hüter oder Herr der Verfassung?*, en Hans-Georg Wehling (compilador), *Recht und Rechtspolitik*, Stuttgart, Verlag Kohlhammer, 1985, pp. 55 ss.

583. Jorge Mario García Laguardia, *Derechos humanos y democracia...*, *op. cit.*, pp.106-114; donde se transcriben las sentencias que de oficio, en base a un activismo judicial, dictó la Corte Constitucional de Guatemala, ante el autogolpe del Presidente Serrano del 25 de mayo de 1993; fallos que sirvieron para el retorno a la plena democracia, con el apoyo del ejército.

584. Delia Revoredo, *Los retos actuales del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 156; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad*, en *El Derecho*, tomo 120, Buenos Aires, 1987, p. 909.

585. Mona Rishmawi, *The media and judiciary*, en *CJLJ Yearbook*, Centre for the Independence of Judges and Lawyers, Genève, December, 1995, pp. 55 John Hart Ely, *Democracy and*

limitación, que se podría denominar de “activismo judicial moderado”, es que los magistrados del Tribunal Constitucional deberían plantear el rol de la jurisdicción constitucional en un sistema político como el peruano.

Considerando, sobre todo, que el mayor peligro en los controles interórganos está en quienes ejercen el poder político –legislativo y ejecutivo– sin conciencia de los límites jurídicos que la Constitución les franquea. Porque, rompen fácilmente el equilibrio y la división de poderes, cuando buscan una respuesta política a las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional, o incluso del Poder Judicial⁵⁸⁶.

En tal sentido, las resoluciones del Tribunal, como en el caso de la aplicación del control difuso de la ley de la reelección presidencial, constituyen una garantía de independencia y control jurisdiccional al poder político y un ejercicio discrecional –no arbitrario– basado en su potestad de control constitucional. El mismo que no está sometido directa ni indirectamente a controles políticos o judiciales, porque sino la voluntad constituyente de la supremacía jurídica de la Constitución quedaría sometida a la voluntad política de la mayoría legislativa transitoria. Sólo así una justicia creativa podrá desarrollar los derechos fundamentales y la justicia constitucional, respectivamente, ante los latentes peligros conservadores y autocráticos no sólo del poder público, sino también del poder privado y del mercado⁵⁸⁷.

Así, cuando el legislador mediante sus actos políticos viole derechos fundamentales, dichos actos deben ser justiciables a través de procesos constitucionales. También cuando en el seno del poder no se llegue a consensos y acuerdos sobre determinadas decisiones políticas, y, se traslade a la sede judicial constitucional el conflicto de intereses políticos. Si bien es cierto que es altamente probable que esto lleve automá-

distrust..., op. cit., pp. 105 ss. y 135 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 148 ss.

586. Como sucedió en 1995, cuando la mayoría del Congreso aprobó una segunda ley de amnistía, contradiciendo la sentencia de la jueza Saquicuray que declaró inaplicable la primera Ley de la Amnistía a los militares por violar derechos humanos, imponiendo arbitrariamente así su poder político sobre la potestad constitucional de los jueces ordinarios de inaplicar las leyes que consideraban contrarias a la Constitución. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, 1996, pp. 153-157.

587. Pedro de Vega, *Neoliberalismo y estado*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 31 ss.

ticamente a la politización de la justicia, es preferible que dichos procesos políticos, y desde ya los judiciales, se sometan a la justicia constitucional⁵⁸⁸.

4.2 Perspectivas del Tribunal Constitucional

La falta de experiencia de una vida política y social ceñida al ordenamiento constitucional, por la inestabilidad política y la falta de lealtad institucional del actual régimen político de respetar plenamente el imperio de la Constitución, ha dado lugar a la creación y desarrollo de la jurisdicción constitucional y del Tribunal Constitucional en el marco de la Constitución de 1993, sin que exista la necesaria credibilidad y voluntad gubernamental de someterse a ella. Más aún, se puede señalar que la institucionalidad constitucional esta concebida como un mero instrumento al servicio del poder. Por ello, se ha dicho que “no estamos ante una nueva Constitución sino que más bien ante una reforma de la precedente que persigue acomodarla a la peculiar filosofía socio-económica y política de la mayoría dominante en el Congreso Constituyente Democrático, que es tanto como decir, a la particular concepción de gobierno del Presidente Fujimori”⁵⁸⁹.

Es decir, existe un estado de conciencia en las propias autoridades políticas, según el cual los órganos jurisdiccionales deben expresar jurídicamente la opinión gubernamental política y económica consagrada en la Constitución de 1993, esto es, subordinando el quehacer jurídico a los poderes político y económico⁵⁹⁰. El mismo que se sostiene en la cúpula militar y todavía en aquellos sectores de la sociedad que, impactados por las críticas al sistema de partidos, los éxitos en la contención del terrorismo y la inflación económica, se encuentran confusamente subordinados al realismo político del gobierno de Fujimori. Donde liberales en lo económico y conservadores en lo político, proclives al liderazgo autoritario, se encuentran en pleno proceso de cooptación de las instituciones independientes, con el fin de asegurar la precaria estabilidad del poder de turno, y que no alteren las políticas económicas de mercado.

En ese mismo sentido, la concepción de poder del gobierno se desarrolla con el “vaciamiento” del contenido esencial del texto constitucional que se

588. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 234 ss.

589. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993...*, op. cit., pp. 38-39.

590. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, IDL, 1994, pp. 79-86.

oponga a sus intereses políticos y económicos. Lo que genera un escenario crítico para la reorganización y el desarrollo de un Tribunal Constitucional independiente del poder político, encargado del control constitucional de las normas legales. En este sentido, el sistema de votación para declarar inconstitucional una ley, la falta de independencia de algunos magistrados y la presión política con la finalidad de la reelección del Presidente Fujimori, han cavado la tumba del Tribunal Constitucional⁵⁹¹.

En este tendencial escenario político, los reales operadores del poder político, particularmente los militares, aún no logran ser supeditados al principio jurídico de la supremacía constitucional, ni al principio político de la supremacía democrática, por el contrario, actúan como detentadores de facto y a libre albedrío, de una cuota sustantiva del poder gubernamental. Lo que sumado a la obsecuente mayoría parlamentaria al Presidente Fujimori, produce una relación de dependencia en cascada, del Congreso al Presidente y de éste a la cúpula militar; con el progresivo deterioro de la credibilidad ciudadana en el gobierno y el acelerado distanciamiento de la opinión pública de las máximas autoridades políticas y militares.

En tal sentido, no se percibe que esté dentro de la agenda del gobierno una real solución al problema de las cuatro plazas de magistrados constitucionales faltantes y, en consecuencia a la restauración del control de las leyes por parte del Tribunal Constitucional⁵⁹². En caso de producirse, no será óbice para que se planteen graves interrogantes, acerca del posible carácter instrumental, para el poder político de turno, del derecho y la jurisprudencia. Más aún, cuando en esta etapa de férreo presidencialismo, el control y equilibrio de poderes clásicos es sustituido por algunas discrepancias públicas entre el Presidente y el poder militar, y con ciertos sectores empresariales, al margen de las instancias legales y judiciales, que la Constitución ha reservado, claro está, para los poderes y actividades constitucionales⁵⁹³.

En ese sentido, la crisis del proceso democrático, expresada en la falta de consenso nacional, debido a que el gobierno tiraniza a la oposición, no sólo determina la crisis de la constitucionalidad, en tanto la mayoría instrumentaliza la Constitución en función de los objetivos gubernamentales, sino que

591. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 144.

592. EL COMERCIO, *Seguimos sin tribunal constitucional*, Lima, 31 de diciembre de 1997, p. A4.

593. EL COMERCIO, *Entrevista al Presidente Fujimori*, Lima, 17 de diciembre de 1997, p. A4; asimismo, *Chavín de Huantar, estrategias de una operación militar*, en <http://ekeko2.rcp.net.pe/CCFFAA/rev72/pag02.htm>.

ambas expresan el actual estado de crisis ideológica de la Constitución, que se manifiesta en la divergencia entre la legalidad y la legitimidad⁵⁹⁴. Este proceso de crisis de la política y del derecho, constituye el ambiente apropiado para que se produzcan nuevas infracciones a la Constitución o fenómenos extra-constitucionales, que muy probablemente no serán materia de control o rechazo jurisdiccional, porque el gobierno ha castigado con la destitución a los magistrados del Tribunal Constitucional que intentaron ejercer el control constitucional.

Este escenario, pues, anuncia los límites del proceso constitucional democrático a mediano plazo, más aún con el proyecto de reelección presidencial hasta el 2005, si es que no hay instancias y procedimientos de control legítimos —por ejemplo, el Jurado Nacional de Elecciones— que asuman dicho desafío, en base a defender con fidelidad constitucional sus competencias jurisdiccionales de las eventuales presiones del poder que pretende perpetuarse. Aún cuando el derrotero final sea la destitución de los magistrados independientes o el estrangulamiento institucional.

En todo caso, se puede señalar que después de la destitución de los magistrados, del Tribunal Constitucional y la renuncia de su Presidente, el Tribunal Constitucional esta desarrollando su labor de revisión en última instancia de las resoluciones denegatorias de habeas corpus, acciones de amparo, habeas data y acciones de cumplimiento, sin transparencia ni una marcada línea divisoria frente al poder público y privado⁵⁹⁵. Esto hace percibir los límites de la jurisdicción constitucional como organismo de control de los poderes públicos y privados, por lo demás acostumbrados a no someterse a un poder jurisdiccional, autónomo e independiente.

En ese sentido, al margen de la extirpación de la competencia política por excelencia del control constitucional de las leyes, se están dando los cimientos para que en el Tribunal Constitucional se combinen simultáneamente, contenidos autoritarios dentro de formas democráticas, al seguir funcionando con tres magistrados y un renunciante. Esto refleja que un nuevo Tribunal Constitucional requerirá no sólo de cuatro nuevos magistrados, sino que todos cuenten con una trayectoria democrática, además deberían ser elegidos por un organismo técnico, como por ejemplo el Consejo

594. Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, p. 13 y Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 103 ss.

595. Angel Páez y Edmundo Cruz, *Gobierno recurre al espionaje telefónico*, en <http://larepublica.com.pe/1997/Julio/pdf14/home.htm>; donde se da cuenta de los diálogos del actual presidente del Tribunal Constitucional, Javier Acosta Sánchez, quien dictaba una resolución judicial a quien parecía ser un amigo que requirió de sus servicios"; asimismo, <http://207.79.223.65/history/po970715.htm>.

Nacional de la Magistratura⁵⁹⁶, y contar con nuevos instrumentos teóricos, adaptados a la realidad peruana, para revertir y limitar jurisprudencialmente los contenidos autoritarios del proceso democrático peruano.

Pero, el elemento más importante para el funcionamiento real y no ficticio, de un remozado Tribunal Constitucional, es el consenso político democrático de respeto a las decisiones del Tribunal. Sin embargo el panorama democrático, necesario para el consenso, presenta fallas estructurales económicas, sociales y políticas, propias de un malformado Estado liberal. Será en el propio proceso de cambio de esas estructuras que "se averigua también el terreno en el que se ha de fabricar el consenso, así como sus impedimentos, sus dificultades de movimiento y sus oportunidades y estrategias manipulativas"⁵⁹⁷.

Debido a que en la actualidad son los poderes, público y privado, los que tienden a ejercer legítima o ilegítimamente procesos de negociación o disputa, muchas veces al margen de la institucionalidad legislativa, administrativa y judicial, resquebrajando el Estado de Derecho, en el corto y largo plazo; a fin de desmontar los resquicios del Estado social y el control del poder. Por eso se ha dicho que el liberalismo económico gubernamental ha devenido de manera inevitable en el autoritarismo político, poniendo en evidencia que la destrucción del Estado social supone un ataque a la democracia misma⁵⁹⁸. Esta práctica de los poderes público y privado, revela la poca conciencia constitucional con que operan las élites, y no por desconocimiento o equívoco, sino por intereses de grupo. De donde se ha hecho, en la actualidad de la democracia y de la constitucionalidad gobernante una falsa ideología, en tanto encubre la realidad de los detentadores de los poderes público y privado.

Frente a la falta de consenso, desconocimiento o escasez de técnicas constitucionales de los magistrados responsables del control al poder, aunado a la intolerancia avasalladora del poder político y económico, es factible de encontrar en la propia sociedad civil, que se movilizó y pronunció en defensa del Estado de Derecho y su Tribunal Constitucional, las fuerzas que promuevan la restauración democrática y que sostengan el conjunto de los intereses nacionales que otorgan sustento al control del poder; pero sin llegar a reca-

596. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 145.

597. Niklas Luhmann, *Fin y racionalidad de los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 122.

598. Carlos de Cabo-Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del estado social...*, op. cit., pp. 229 ss.

lentar las relaciones de la jurisdicción constitucional con los poderes políticos.

Es imposible dejar de contrastar la convicción cívica demostrada por la población, como los estudiantes, los empleados, las asociaciones ciudadanas, los pobladores, la Iglesia, los gremios profesionales y laborales, así como los partidos políticos, contra el desmantelamiento del Tribunal Constitucional, con el silencio convalidante de la mayoría de la población, cuando en 1992 se clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales. Resulta claro que mientras en 1992 la legitimidad social de las instituciones democráticas se encontraban devaluadas, lo cual aprovechó el gobierno para desmantelarlas, en cambio, hoy es el gobierno y su mayoría parlamentaria quienes han perdido la legitimidad social y el favor de la opinión pública, quedando a vista de la opinión pública el ejercicio autoritario del poder⁵⁹⁹.

Es innegable también constatar que el voluntarismo judicial y/o político de unos, y el lacónico positivismo de otros magistrados del Tribunal Constitucional, no ha sido la mayor o más estable garantía de respeto a la Constitución, aunque los primeros sí han dado un ejemplo democrático para la sociedad, de defensa hasta las últimas consecuencias de las instituciones constitucionales frente a los ataques de la mayoría parlamentaria.

Este conflicto absolutamente desigual, donde la justicia sólo tiene que perder, sugiere que los magistrados constitucionales deban evitar que los conviertan en fusibles de los conflictos políticos irresueltos en la Cámara Legislativa, reproduciendo tácitamente en el seno del Tribunal los intereses políticos enfrentados como conflictos constitucionales. Es decir, la resolución de las acciones de inconstitucionalidad sobre leyes que traen *political questions*, o son ambiguas, encuentren de modo razonable a través de los métodos de interpretación constitucional y la gama de sentencias de inconstitucionalidad postuladas, una respuesta constitucionalmente correcta

599. LA REPÚBLICA, *82% cree que gobierno ha violado DD. HH*, 1 de diciembre de 1998, donde se menciona que el 60.8% desapruueba la gestión de Fujimori y el 29.3% la aprueba, ver en <http://www.larepublica.com.pe/diario/home.htm>; LA REPÚBLICA, *La respuesta de los peruanos a la mayoría del Congreso*, en edición del 31 de Mayo de 1997, donde se señala que el 74% rechaza la arbitraria destitución de los magistrados del TC y el 53% rechaza la gestión del Presidente Fujimori, ver <http://larepublica.com.pe/1997/mayo/pdf31/home.htm>; en el mismo diario, *El 87% del país reclama renuncia de Hermoza y Montesinos*, edición del 21 de julio de 1997, donde se se señala que el 75.8% de la población considera al Presidente Fujimori dictatorial, ver <http://larepublica.com.pe/1997/junio/pdf21/home.htm>, y; en mismo diario, *Ultima encuesta de Imasen*, edición del 27 de enero de 1998, donde la desaprobación del Presidente Fujimori es del 53.8%, ver <http://larepublica.com.pe/1998/enero/pdf27/home.htm>.

que afirme el rol del Tribunal como organismo de control de la constitucionalidad⁶⁰⁰.

Desde un horizonte temporal, de mediano y largo plazo, se requiere desarrollar nuevos escenarios que permitan una implementación de la justicia constitucional, a partir de condiciones democráticas de ejercicio del poder, sino también institucionales y sociales. Donde el consenso social y la defensa de la sociedad y del Estado democrático constituyan los soportes de instrumentos teóricos y metodológicos (como la teoría institucional), que se han desarrollando en experiencias comparadas⁶⁰¹, algunas no tan alejadas de la realidad peruana.

Finalmente, el sentimiento constitucional de la población, las condiciones socio-económicas de bienestar y el ambiente cultural de valores, constituyen también requisitos para asentar la legitimidad de la jurisdicción constitucional⁶⁰². Porque se podrá diseñar un modelo político y técnico de justicia constitucional del futuro, pero si no se corresponde proporcionalmente con la realidad social y económica del país, para poder influir sobre ella, también se estará sembrando las bases del divorcio entre el derecho y la realidad, fenómeno que se manifiesta en la secular inestabilidad jurídica, tema que no tiene visos de solución en la actualidad. Pero que sí tiene sentido plantearlo en aras del rol que le corresponde jugar al Tribunal Constitucional en el fortalecimiento de la democracia.

600. Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, op. cit., pp. 146 ss.

601. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 166 ss.; asimismo, Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanserischer Verlagsanstalt, 1934, pp. 54 ss.

602. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)...*, op. cit., pp. 131 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dykinson, 1997, pp. 107 ss.

SEGUNDA PARTE

DESAFIOS Y POSIBILIDADES DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

La revaloración de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, requiere no sólo reflexionar críticamente sobre diversos temas y problemas constitucionales, sino también proponer algunas posibles soluciones. Para tal efecto, la doctrina iuspositivista ha demostrado su inoperancia para comprender el rol que le toca jugar al Tribunal Constitucional en el fortalecimiento del proceso democrático. Por cuanto el control y el equilibrio de los poderes y la tutela de los derechos fundamentales, resulta ser una tarea estéril cuando no se les vincula con una determinada forma y modo del quehacer político, económico y cultural del país, por eso, «no cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que, previamente, ni son democráticas ni son libres»¹. Lo cual supone superar el clásico enfrentamiento entre el ser y el deber ser, es decir entre la sociedad y el Estado; a partir de internalizar al Derecho Constitucional los valores fundamentales del Estado constitucional y democrático que aniden en la sociedad, como un corrector u orientador de las decisiones legislativas, gubernamentales y jurisdiccionales.

De modo que afirmar la autonomía e independencia de un renovado Tribunal Constitucional, respecto de los poderes público y privado, requiere descartar el análisis dogmático de la Constitución de manera exclusiva, y buscar más bien interpretar la Constitución desde las condiciones de vida de la sociedad. A partir de la incidencia directa o indirecta de factores privados y estatales en el proceso social, se produce una síntesis institucional temprana o tardíamente, para la protección de la persona humana y la limitación al poder de la autoridad, que se materializa en torno al Tribunal Constitucional. Vincular directamente el quehacer del Tribunal Constitucional a las necesidades e ilusiones de la sociedad, supone intentar superar el divorcio entre los derechos de la persona y el poder de la autoridad, en tanto la posición de la persona humana devendrá en real, cuando el concepto de individuo sea el correlato de los conceptos de comunidad, Derecho y Estado².

1. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 118.

2. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 166 ss.

En la síntesis del derecho subjetivo y objetivo, se asienta el principio constitucional y democrático, en virtud del cual no existen poderes políticos y económicos absolutos, ni derechos fundamentales absolutos, no obstante el origen electoral de la representación y la autonomía de la voluntad de las personas. Porque identificar al gobernante con el poder mismo o a la persona humana con el derecho mismo, por más situación límite en que se encuentre, supondría eliminar los mecanismos de control propios de las sociedades pluralistas y abiertas, dejando paso al Estado totalitario³ y a su otra cara: la sociedad corporativa⁴.

Ante los peligros que se vislumbran en el presente, la jurisdicción constitucional más que un sistema que institucionalice la competencia de los grupos sociales o sus élites, requiere de un horizonte conceptual que la fundamente y justifique en la forja del hombre libre como ser social. De ahí que el Tribunal Constitucional tenga un rol fundamental en la democracia como forma de gobierno, sino también como forma de vida ciudadana⁵, es decir que la sociedad sea la fuente de la que dinamiza la jurisdicción constitucional. En tanto que, modernamente, la identidad democrática del poder no puede sustentarse en sí misma, sino más bien desde la existencia y eficacia a nivel real del control constitucional que realice el Tribunal Constitucional.

Tal planteamiento requiere que el poder acepte someterse a las decisiones del organismo constitucional encargado de tutelar los derechos fundamentales, y de asegurar el equilibrio de poderes, como que la justicia constitucional actúe firme pero prudentemente en la defensa de la Constitución. Sin embargo, el presidencialismo de Fujimori, como forma de gobierno política y de dominación social, ha demostrado que sólo se sujeta a las reglas del Estado constitucional y democrático hasta cuando ellas sean útiles a sus objetivos de poder. Es por eso, que el presidencialismo en el Perú constituye un factor que obstaculiza el control del poder, no sólo del Tribunal Constitucional, sino también del Congreso. Ello debido a que "quien se cree portador de la verdad siempre estará tentado a erigir un despotismo ilustrado y obligarnos a la felicidad"⁶. Por ello, la plausible solución de la autolimitación del

-
3. Erich Voegelin, *Der autoritäre Staat, ein versuch über das österreichische Staatsproblem*, Wien, Verlag von Julius Springer, 1936, p. 37.
 4. Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 85 ss.; Klaus von Beyme, *Die Entwicklung von Organisationen der Wirtschaft seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs*, en *Wirtschaftsverbände Partner der Politik oder Pressure Groups?*, BDI, 1989, pp. 33 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *Neoliberalismo y Estado...*, op. cit., p. 34.
 5. Carl Friedrich, *La democracia como forma política y forma de vida*, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 22 ss.
 6. Norbert Lechner, *El consenso como estrategia y como utopía*, en *Zona Abierta* 29, Madrid, 1984, p. 5.

poder, sólo tiene sentido en el largo plazo y siempre que se cumplan ciertas condiciones económicas y socio-políticas para el consenso democrático⁷.

Pero, replantear el control constitucional supone también reforzar al Tribunal Constitucional, como organismo constitucional encargado de la fiscalización constitucional, mediante reformas constitucionales consensuadas, orientadas a legitimar la supremacía de la defensa constitucional y actualizar al Tribunal para controlar a las antiguas y nuevas apuestas autoritarias de la sociedad y del Estado, y que aparecen como abanderadas de la modernización económica neoliberal y de las emergencias político-constitucionales, dejando a la persona humana y su dignidad al servicio de la autoridad, la seguridad nacional o el mercado⁸.

Ante este panorama, las alternativas de la mejor comprensión y funcionamiento del Tribunal Constitucional, se ubican en la transición de una concepción individualista, que busca el mejoramiento del tribunal exclusivamente en la excelencia profesional de sus magistrados y su trayectoria democrática –presupuestos fundamentales por cierto–, a una concepción institucional que haga del Tribunal Constitucional una entidad que exprese pluralistamente el consenso social y oriente legítimamente el proceso de la unidad democrática del Estado y la sociedad. Perspectiva que demanda la reforma del Estado, a fin de revalorizar no sólo la jurisdicción constitucional, sino el propio quehacer del Derecho, la política y el Estado.

Para lo cual es importante delinear las bases, tanto de la nueva legitimidad constitucional como de la remozada legalidad constitucional, que permita al Tribunal Constitucional contribuir al afianzamiento de la estabilidad política y jurídica del Estado constitucional y democrático. Ello supone que los magistrados del Tribunal Constitucional sean concientes del rol institucional y no personal que le corresponde jugar a este organismo jurisdiccional en el proceso jurídico y político democrático, aunque sea una tarea que tenga visos de complejidad.

La proyección teórica de un nuevo Tribunal Constitucional, en el marco de nuevas disposiciones constitucionales y legislativas, debe buscar que su tarea jurisprudencial se conciba como un instrumento reparador de las de-

7. Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries*, London, Yale University Press, pp. 21-36.

8. Peter Häberle, *Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, y; Eduardo Hernando, *¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional?*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, Número 4..., *op. cit.*, pp. 13-29 y 37-54, respectivamente.

mandas constitucionales de los ciudadanos e instituciones así como un instrumento de transformación de la realidad social y económica que no obstaculice la realización de los fines de la Constitución. Estas nuevas exigencias, requieren de nuevos soportes teórico-metodológicos de la jurisdicción constitucional, que deben permitir desarrollar la fuerza normativa constitucional, tarea que requiere de una intensa voluntad de Constitución –*Wille zur Verfassung*–, para coadyuvar a la realización de los contenidos de la Constitución⁹.

Si bien, en principio, el modelo constitucional y legislativo de la jurisdicción constitucional peruana se ha basado en el Derecho Constitucional español, se debe precisar que la experiencia constitucional hispánica a su vez se ha nutrido de la dogmática y la jurisprudencia constitucional alemana¹⁰ e italiana¹¹. En efecto, la comparación jurídica transfronteriza, siempre con beneficio de inventario, conduce a una internacionalización de los sistemas constitucionales y democráticos, entre sistemas constitucionales en desarrollo, como el peruano en plena búsqueda de horizontes de estabilidad jurídica y transformación social, siempre atento al desarrollo de los sistemas constitucionales consolidados como el alemán, español e italiano; abiertos a resolver democráticamente los nuevos desafíos de las democracias avanzadas.

Pero la observación comparada también hay que hacerla con la joven y enriquecedora experiencia de la Corte Constitucional Colombiana¹², la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica¹³, y la riquísima jurisprudencia del longevo Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en materia de protección de los derechos civiles y políticos. Lo cual como ha señalado Häberle, abre la perspectiva de utilizar el Derecho comparado, como el quinto método de interpretación constitucional –después de los cuatro métodos clásicos de

-
9. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 26-31.
 10. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional...*, op. cit., pp. XXII-XL, donde Antonio López Pina, hace un recuento de la incidencia contemporánea de la dogmática alemana en el derecho público español.
 11. Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la constitución como ciencia cultural...*, op. cit., pp. 35 ss.; asimismo, del mismo autor, el prólogo a la traducción del libro de Giuseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.
 12. Eduardo Cifuentes, *La jurisdicción constitucional en Colombia*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores)..., op. cit., pp. 473-497.
 13. Rubén Hernández Valle, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores)..., op. cit., pp. 499-531.

interpretación de von Savigny—, sobretudo entre países con contextos culturales homologables¹⁴.

Ahora, en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se requiere de manera concreta establecer fuentes teóricas y metodológicas democráticas y eficientes. En tal sentido, la teoría institucional que se postula, podría constituir un instrumento del Tribunal Constitucional que le ayude a afirmar el proceso democrático, pero sólo desde la crítica al orden vigente. De la crítica constitucional, y sobre todo política, ya se ha escrito bastante, pero de la utopía constitucional, entendida como un espacio de transformación de la tradicional concepción del Tribunal Constitucional, se ha dicho poco. Por eso, se diría que la teoría institucional que se plantea no puede evitar ciertas dosis de osadía, ya que la jurisdicción constitucional no se desarrollaría sin una dosis de utopía¹⁵.

Más aún, cuando el Estado constitucional en el Perú sigue siendo una aspiración aún no realizada; por su vinculación con el tradicional positivismo jurídico que ha falseado los supuestos reales de la vida constitucional, no tiene sentido postular un sistema constitucional basado en la omnipotencia del legislador como creador del Derecho, sino en la coparticipación de la jurisdicción constitucional en la creación de un Derecho judicial¹⁶. Pero ello no ha sido así, de ahí que, la accidentada implementación del Tribunal Constitucional haya sido tributaria tanto del divorcio positivista entre la norma y la realidad constitucional, como también del estado de conciencia del poder providencial de la autoridad (que niega la descentralización del poder), que no es otra cosa que soslayar la función de control del poder.

Ahora bien, ello no significa que la teoría institucional deba ser asumida excluyentemente de otras teorías, sino más bien complementada con la teoría de los valores y la teoría social en las tareas de control constitucional de las leyes, así como, también, incorporar el modelo funcional-estructural, la teoría

-
14. Peter Häberle, *Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtvergleichenden Verfassungslehre in "weltbürgerlich Absicht" -die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang, en JÖR 45 (1997), pp. 561 ss.;* asimismo, del mismo autor, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat -Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode, en Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 36 ss.*
 15. Karl Mannheim, *Ideología y utopía*, Madrid, Aguilar, 1958, pp. 107 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates, en Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, op. cit., pp. 672-684.*
 16. Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema..., op. cit., pp. 39 ss. y 191 ss.*

de la integración, la teoría democrático-funcional, el análisis funcional o el multifuncional equilibrador, en la defensa de los derechos fundamentales¹⁷.

Claro está que las nuevas fuentes teórico-metodológicas demandan una perspectiva constitucional integradora, que pondere sus aportes en función del mejor ejercicio de los derechos ciudadanos y del control del poder; de igual manera, así como, la sustitución de la excepcionalidad y su constitucionalismo de la emergencia¹⁸, por la normalidad constitucional y la eficacia democrática en la atención del interés general y concreto. Lo cual pone en cuestión los tipos y problemas de las mentalidades jurídicas típicas, con que actúan los legisladores y en particular los magistrados de la jurisdicción constitucional, que consciente o inconscientemente adoptan un concepto de Derecho (como regla, como decisión o como orden concreto)¹⁹, o el pensamiento de la necesidad –típico de las concepciones instrumentales del Derecho–, el pensamiento de la realidad o concreción de la realidad existente o el pensamiento pluralista de las alternativas²⁰.

Sobre la base de estas consideraciones generales, en primer lugar se va a abordar desde una perspectiva histórica el origen del positivismo jurídico en dialéctica con el iusnaturalismo, así como, la aparición del constitucionalismo –positivista– contemporáneo²¹, que busca dar respuestas a los desafíos sociales, a través del neoconstitucionalismo de la jurisdicción constitucional²². Sin embargo, la dimensión de los problemas estructurales en los

-
17. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 47-66; Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 295-310, Teresa Freixes Sanjuán, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 64-76 y desde una perspectiva histórica, Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, pp. 25-53.
 18. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, en *La Ley*, Buenos Aires, 1990, pp. 1036 ss., en particular pp. 1050 ss.
 19. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, *op. cit.*, pp. 11-40.
 20. Peter Häberle, *Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *AÖR* 102 (1977), pp. 27-68; también en las obras del autor: *Die Verfassung des Pluralismus...*, *op. cit.*, pp. 1- 43, y; *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978, pp. 17 ss.
 21. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993; Ernst-Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatslehre bis zu Höhe des Staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981; Werner Maihofer (editor), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1981, y; Henri Batiffol, *Problèmes de base de Philosophie du Droit*, Paris, LGDJ, 1979.
 22. Louis Favoreu, *Propos d'un "neoconstitutionnaliste"*, en Jean-Louis Seurin (editor), *Introduction, a Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, pp. 23-27;

países de América Latina, y los desafíos de cara al futuro que se presentan en los países constitucionalmente desarrollados, no logran ser resueltos con los paradigmas positivistas de las clásicas instituciones del Derecho constitucional, más aún, en países como el Perú, han sido instrumento de su constitucionalismo nominal y semántico. Por ello, se hace necesario replantear algunos principios y teorías que se adecúen a las necesidades del hombre y del Estado²³, necesarios para una justicia constitucional eficiente y democrática, de cara a la dignidad humana²⁴.

asimismo, Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho...*, *op. cit.*, pp. 9 ss.

23. Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, tercera edición, 1998; Pablo Lucas Verdú, *La Constitución en la Encrucijada (Palíngenesia Iuris Politici)...*, *op. cit.* pp. 114 ss.
24. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isenhardt/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, C.F. Müller, 1987, pp. 815-861.

CRISIS DEL POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

Cuando la Constitución es letra muerta o indiferente para los gobernantes y ciudadanos, no hay que buscar las soluciones a dicho problema en la norma constitucional, porque los grandes problemas jurídicos nunca se hallan en las constituciones, sino en última instancia en lo que no aparece como evidente, es decir, en la sociedad civil. Por eso, cuando la Constitución está viva y es ampliamente aceptada, incluso se puede prescindir de ella como en Inglaterra²⁵.

Pero, si bien es cierto que la Constitución es la expresión jurídica suprema del Estado de derecho, un país aún cuando adopte la mejor constitución del mundo no se mimetizará con los valores y normas previstas en ella. Esto no supone descartar el estudio del Derecho Comparado, el dinamismo de la norma constitucional, cara al fortalecimiento y a la defensa de la constitución, sino más bien plantear en su real dimensión el problema de la falta de vigencia de la Constitución, que no es otro que el divorcio entre la legalidad y la legitimidad constitucionales. Separación creada por la concepción jurídica positivista que sustenta a la noción de Constitución, desde las revoluciones liberales del siglo XVIII²⁶.

En efecto, el positivismo jurídico del Estado liberal apareció en una etapa de racionalización de la idea del Derecho, que se concretizaron en los nuevos derechos naturales, que fundamentaron al naciente régimen liberal; despersonalizando el Derecho de la autoridad —monárquica o democrática—, como también —y aquí reside el problema—, desvinculando al Derecho de la realidad social existente y emergente. Al punto que el Estado de Derecho nacido en base a la justicia, terminó siendo un Estado legislativo basado en la ley, en la medida que, la soberanía de la representación se expresaba sólo a través de la ley. Por eso, durante el siglo XIX, el principio de legalidad se ubi-

25. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil... op. cit.*, p. 9; asimismo, K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford Press University, 1960, pp. 12-13.

26. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, pp. 20-36.

ca en el vértice del sistema jurídico, subordinando y convirtiendo a la Constitución en un texto simbólico, el mismo que era entendido en el mejor de los casos como una norma política antes que jurídica, porque “cambió la fuente de legitimación: no más la *veritas*, sino precisamente la *auctoritas*”²⁷.

Empero, la falta de correspondencia de la ley, y por ende de la sentencia judicial, con respecto a la realidad social, generó una transformación paulatina, no siempre pacífica, de la noción política de la Constitución en un concepto jurídico. Dando lugar a una neopositivización o judicialización de la Constitución, en base a la jurisdicción constitucional, en el periodo de entreguerras mundiales. Proceso que alcanzó toda su magnitud a partir de la segunda postguerra mundial, llegando casi a sustituir el Derecho constitucional por la jurisprudencia positiva de los tribunales constitucionales. Sin embargo, el neoconstitucionalismo no ha terminado por resolver el problema del divorcio entre la Constitución y la realidad, mediante la juridificación y judicialización de la política, más aún, los resultados —en países como el Perú— no han llevado a armonizar las relaciones entre el gobierno y la oposición, sino a la crisis del sistema constitucional. Por eso es que existe la necesidad de superar, como forma de interpretación y solución constitucionales, tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo constitucionales, y volver a los términos maestros del constitucionalismo, como Derecho político²⁸; a través de una renovada teoría institucional.

1. ORÍGENES DEL POSITIVISMO JURÍDICO (*JUS POSITIVUM*)

Con el surgimiento del Estado moderno, se asiste al lento tránsito de una concepción iusnaturalista y sacral del Derecho hacia una concepción humana, racional y positivista del mismo²⁹. En este periodo, el Estado es personificado por el monarca absoluto, que monopoliza la producción jurídica y no se encuentra subordinado a ella —*princeps legibus solutus est*—³⁰; lo que no es óbice para que durante los siglos XVII-XVIII, partiendo del principio antropocéntrico, según el cual “por naturaleza ningún hombre tiene poder sobre otro hombre”³¹, se postulen derechos naturales de libertad y propie-

27. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma, 1996, p. 912; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pp. 25 ss.

28. Pablo Lucas Verdú, *La constitución en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 136 ss.

29. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part I, Chapter XIV, London, Dent & Sons Ltd., 1950, pp. 106 ss.

30. *Ibidem*, *op. cit.*, Part II, Chapter XXIX, p. 279.

31. Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle 1754, Faksimildruck, Scriptor Reprints, Glan, 1980, p. 613.

dad³², como también se renueven principios que justifiquen al Estado moderno, como la paz y la seguridad³³.

En efecto, con el Estado moderno el Derecho natural va a perder su lugar privilegiado como la fuente del Derecho, ya que el Derecho positivo irá subordinando progresivamente al Derecho natural a una posición subsidiaria, más aún, esta monopolización del Derecho por el Estado tiene un gran precedente en la compilación de Justiniano. Además este proceso, de establecimiento del positivismo jurídico, no será tranquilo sino en polémica permanente con el iusnaturalismo.

Así, en la Inglaterra absolutista de Jacobo I y de Carlos I existía la voluntad regia de hacer prevalecer el Derecho estatutario frente al Derecho común, a pesar de la distinción medieval entre el poder de gobierno –*gubernaculum*– y el poder de ejecutar las leyes –*jurisdictio*–, en virtud del cual el monarca estaba obligado aplicar el tradicional *common law*. En este sentido, Hobbes fue un crítico severo del *common law*, defendido por sir Edward Coke, en sus *Instituciones del Derecho Civil*, al postular el Derecho soberano de los monarcas para crear derechos, antes que someterse a las decisiones del *common law* de los jueces. En tal sentido, Hobbes niega la existencia de un Derecho preexistente al Estado e independiente de él, por el contrario planteó que es la autoridad y no la verdad, la que hace la ley –*authoritas, non veritas, facit legem*–³⁴.

En tal sentido, se puede decir que la concepción positivista del Derecho, compartida por Bodin en Francia y Maquiavelo en Italia, nace estrechamente vinculada a la idea absolutista del poder y del Estado, en lucha permanente contra un pensamiento iusnaturalista, que se irá progresivamente racionalizando y desacralizando; a partir de concebir en términos generales a la comunidad política o Estado, sobre la base del pueblo y del Derecho, y sin que el poder sobrepase a la ley establecida³⁵. Esta idea de limitación al poder,

32. John Locke, *Treatise of civil government...*, *vid. op. cit.*, Primera Parte, nota 20.

33. Inmanuel Kant. *Zum ewigen Frieden*, en particular *Zweiter Abschnitt, welcher die Definitivartikel zum ewigen Frieden unter Staaten enthält*, en *Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, Akademie Verlag, Berlin, 1988, pp 295 ss.; asimismo, Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts...*, *op. cit.*, pp. 696.

34. Thomas Hobbes, *Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht*, Acta humaniora, 1992, pp. 40 ss.; donde Hobbes hace del filósofo que dialoga con un joven jurista discípulo de Coke, sobre las leyes de la razón, la soberanía, la judicatura, entre otros temas.

35. Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta et Exemplis Sacris et Profanis Illustrata Grundbegriffe der Politik*, (Herborn 1614), Aalen, Scientia Verlag, 1981, pp. 43 ss., en particular pp. 49-53.

junto a la idea del hombre como la esencia o el sentido de la vida en comunidad, de acuerdo con el Derecho natural³⁶, servirán de fundamento para recuperar el viejo Derecho medieval de resistencia a la opresión injusta, pero sobre la base tanto de la autoconciencia del pueblo, de que es él quien otorga el poder al soberano, como en virtud de la noción de los derechos naturales del hombre como derechos anteriores y superiores al Estado.

Así, la doctrina de los monarcómanos protestantes con Hubert Languet (bajo el seudónimo de Junius) Brutus autor de *Vindiciae contra Tyrannos* (1579) y Johannes Althusius con su *Politica Methodice Digesta* (1603), o los teólogos católicos de la segunda escolástica como Juan de Mariana, que publica *De Rege et Regis Institutione* (1599), entre otros, retoman el derecho de resistencia medieval, partiendo del supuesto de entender a la comunidad en base a un doble contrato: el pacto religioso entre Dios y su representante en la Tierra —el Papa—, por el cual se creaba la comunidad religiosa, y en base a este contrato o fundamento religioso, el pacto político del monarca con su pueblo, en virtud del cual se creaba la comunidad política³⁷.

El vínculo constitutivo entre ambos pactos encuentra raíces en la Teoría de las dos espadas; en virtud de la cual en la coronación que hacía el Papa del monarca del Sacro Imperio, la *espada terrenal* del monarca quedaba sometida a la *espada espiritual* del Papa, según postuló el Papa Gregorio I a finales del siglo VI; teoría a la cual se adscribió desde la Alta Edad Media: la *Cuestión de las Investiduras*, planteada por el Papa Gregorio VII durante el siglo XI, en mérito a lo cual el Emperador disputaba al papado el otorgamiento de las dignidades eclesiásticas locales. De todo ese proceso histórico, es elocuente el discurso del rey Jacobo I ante el Parlamento inglés, un milenio más tarde, en 1609, cuando recuerda que “Todo rey justo, en un reino constituido, está obligado a cumplir el pacto que hizo con su pueblo de acomodar su gobierno a las leyes, de conformidad con aquel otro pacto que hizo Dios con Noé después del diluvio”³⁸.

En efecto, sobre la base de este pacto de dominación —*pactum subjectionis*— se basaron las remotas tesis contractualistas de la baja Edad Media, que permitieron distinguir entre el tirano que usurpaba ilegalmente el poder —*tyrannus absque titulo*— y el tirano que tenía justo título pero sacrificaba a su pueblo —*tyrannus quoad exercitium*—. Supuestos frente a

36. Samuel von Puffendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, Inseel Verlag, 1994, pp. 45 ss.

37. Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, Darmstadt, Scietia Verlag, 1981, pp. 60 ss. y 80 ss.

38. John Locke, *Treatise of civil government...*, *op. cit.*, p. 135.

los cuales el pueblo tenía derecho a ofrecer resistencia a la opresión, en virtud a que si bien el pueblo se había obligado a la obediencia y servicio al monarca, también éste se había comprometido a la protección y seguridad de su pueblo, de acuerdo a la leyes fundamentales del reino³⁹, como la Carta Magna 1215, el estatuto *Tallio non Concedento* 1279 o la Bula de Oro de 1356⁴⁰.

Sin embargo, los pensadores del Estado absoluto, que sostenían la identidad de la *majestas realis* con la *majestas personalis*, es decir, la identificación del poder soberano del Estado en la persona del monarca, desconocieron la posibilidad de hacer resistencia al poder, por el principio de que “quien se resiste al poder se resiste al mandato divino”. No obstante, algunos absolutistas reconocieron la posibilidad teórica de hacer resistencia al tirano, así, en las tesis de Barclay expuestas en *Contra Monarchomacos* (1600) se plantea que

quien pierde autoridad deja de ser rey y éste se iguala con las personas que no la tienen [...]. Quién será juez para sentenciar si el monarca o el poder legislativo obra en contra de la misión que se les ha confiado?... A lo que contesto que el pueblo es quien ha de juzgar [...]. Pero, si el príncipe, o quien ejerce los poderes administrativos rehúsa semejante sentencia, no queda otro recurso que apelar al cielo⁴¹.

En el marco de las tesis contractualistas desarrolladas por Grotius, Hobbes, Puffendorf y Thomasius, durante la Ilustración y el iluminismo – *Aufklärung*– del siglo XVIII, es que se van asentando las ideas liberales, tanto un iusnaturalismo racionalista⁴² como un positivismo racionalista⁴³. Así,

-
39. Johannes Althusius, *Politica Methodice...*, *op. cit.*, Cap. XXXVIII *De tyrannide e jusque remedis*, pp. 883-886 y 893-895.
 40. *Aurea Bulla Caroli IV. Romanorum Imperatoris et Regis Bohemiae*, en *Alle des Heiligen Romischen Reichs gehaltene Abschiede*, Hano, Nürnberg, 1356.
 41. John Locke, *Treatise of civil government...*, *op. cit.*, pp. 159 ss.
 42. Hugo Grotius, *Argumenti Theologici, Iuridici, Politici*, Neuausdrucke der Ausgabe, Amsterdam 1652, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1980, pp. 118 ss.; Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, 1705; Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts...*, *op. cit.*, pp. 696 ss.; Carl Gottlieb Svarez, *Vorträge über Recht und Staat*, en particular *Allgemeines Staatsrecht*, (editores. H. Conrad und G. Kleinheyder), Köln, Westdeutscher Verlag, 1960, pp. 4 ss. y 453 ss.
 43. Johann Jacob Mosser, *Vermischte die wüttembergische Staatsrechte auch civil-kirchen-belehrte-und natürliche Historie betreffen die Observationes diplomata und andere pieces*, In Verlag Joh. Benedict Sttuttgart, Meklers und Christoph Erhards, 1724; Cesare Beccaria, *Dei delitto e delle pene* (1764), Strena Utet, 1965, donde sostiene que “el legislador representa toda la sociedad unida por el contrato social”, p. 8, y; Montesquieu, *Esprit des lois*, *vid. op. cit.*, Primera Parte, nota 60.

partiendo de concebir que “por naturaleza ningún hombre tiene poder sobre otros hombres”⁴⁴, se postula la capacidad del hombre para deducir racionalmente los principios de las leyes naturales, que radican en la propia naturaleza humana y en sus relaciones con los demás hombres en sociedad, como el bien común, el espíritu de sociabilidad, la igualdad natural y la justa defensa de uno mismo⁴⁵.

El desarrollo de las tesis iusnaturalistas racionalistas no fueron uniformes ni pacíficas, porque estuvieron marcadas de una fuerte concepción escolástica del Derecho, pues, se seguía considerando a las leyes divinas naturales como la fuente y causa de la justicia y, en consecuencia, la justicia humana era entendida como una cuestión irrenunciable en tanto producto del deseo divino⁴⁶. Así, pues, el Derecho natural era concebido como una manifestación de la naturaleza que había sido creada por Dios⁴⁷.

Pero, por otro lado, se encontraban las corrientes del iusnaturalismo racionalista, que se enmarcaron claramente en el proceso de desecularización del poder y del Derecho, al amparo de la ideas liberales, considerando al Derecho natural como una ciencia establecida por la costumbre jurídica más reiterada y vinculada a la moral que obligaba a los hombres⁴⁸. En este entendido, “la Constitución del Estado y las leyes son la base de la tranquilidad pública, el más seguro apoyo de la autoridad política y la garantía de la libertad de los ciudadanos”⁴⁹. Y la teoría positiva del Derecho es la ciencia a través de la cual la voluntad general define una determinada sociedad burguesa de Derecho⁵⁰.

Con el surgimiento de los Estados constitucionales en el siglo XVIII en Estados Unidos y Francia, es cuando se puede decir que el iusnaturalismo aparece con toda su fuerza intelectual revolucionaria y vinculante en el orden jurídico y político, en tanto que a los derechos naturales y al derecho de

44. Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts...*, op. cit., p. 613.

45. Jean-Jacques Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel* (1748), Stuttgart, Olms Verlag, 1984, pp. 46 ss. y 71 ss.

46. Johann Gottlieb Heineccius, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, (1738), Insel Verlag, 1994, pp. 58 ss., en particular pp. 60 ss.

47. Karl Anton von Martin, *Lehrbegriff des Naturrechts* (Wien, 1799), Darmstadt, Stuttgart, 1970, pp. 4 ss.

48. Johann Anselm Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts als propeädeutik zu einer Wissenschaft der Natürlichen Rechte*, (1796), Hildesheim, Olms Verlag, 1963, pp. 63 ss. y 79 ss.; asimismo Justus Möser, *Patriotische Phantasien*, Berlin, Nicolai, 1778, pp. 1-14.

49. Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle* (1758)..., op. cit., tomo I, p. 33.

50. Johann Anselm Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts...*, op. cit., p. 39.

resistencia a la opresión, se invocan en las declaraciones de derechos o de independencia, como fuentes de legitimación de las revoluciones.

En un primer momento, en consecuencia, como quiera que las revoluciones burguesas estuvieron preocupadas por la implementación de los valores de la libertad, el objetivo fue la liberación del opresivo sistema del *ancien régime*, lo que constituyó en la abolición de los privilegios, y otras restricciones de la libertad, que tuvieron un impacto universal⁵¹. La libertad será el principio fundacional de los nuevos Estados, pero con un moderno contenido, en la medida que “el derecho a la *libertad subjetiva*, constituye el punto medio del cambio en la diferencia entre el tiempo de los *antiguos* y de los *modernos*”⁵².

Punto de inflexión que consagra los valores liberales modernos en sendos documentos históricos. Así, en el preámbulo de la *Declaración de Derechos de Virginia* de los Estados Unidos en 1776, se estableció que

el gobierno es o tiene que ser establecido, para el beneficio general, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todas las diversas formas de gobierno, esta es la que mejor es capaz de crear los mejores niveles de felicidad y seguridad [...] y que, cuando algún gobierno fuese inadecuado o contrario para esos propósitos, la mayoría de la comunidad tiene el indubitable, inalienable e ineludible derecho a reformar, alterar o abolirlo, de modo que sea juzgado más conveniente para el bien público⁵³.

Mientras que el artículo 2° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de Francia en 1789, estipuló que “el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre. Los derechos de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”⁵⁴.

51. Wilhelm von Humboldt, *Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt*, (1791) y *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, (1792), en los textos políticos recopilados del autor: *Menschenbildung und Staatverfassung*, (edit. H. Klenner), Freiburg-Berlin, Haupe Verlag, 1994, pp. 7-17 y 28-219.

52. Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, tomo 2, §124, Stuttgart, Fromman-Holzbog, 1973, p. 446.

53. *Declaration of Rights*, 1776, en *Sources and documents of United States Constitutions*, tomo X, New York, William Swindler editor, Oceana Publications, 1979, p. 49.

54. *La Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Stéphanie Rials, Hachette, 1988, p. 22.

Pero en un segundo momento, una vez establecido el nuevo régimen republicano y liberal, lo importante fue desarrollar la concepción *positiva* de libertad, mediante la aprobación por los representantes de constituciones y códigos. Así, la positivización de la libertad, como el Derecho natural de las revoluciones burguesas, aparecerá como uno de los logros más simbólicos que real del nuevo Estado de derecho. En el entendido que en las constituciones se desustancializó dicho principio, puesto que si bien la *Declaración de Virginia* estableció que “por naturaleza todos los hombres nacen igualmente libres e independientes”, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, distinguió en el Artículo 1º, Sección 2, Párrafo 3, entre personas libres, indios y otras personas, esta última expresión era un eufemismo para referirse a los negros esclavos; tema –la esclavitud– que fue materia de comentarios analíticos de la doctrina jurídica positivista de entonces, sin una reflexión crítica liberal⁵⁵.

En ese mismo sentido, las constituciones francesas, salvo la de 1793 debido a la impronta de Condorcet, desconocieron el derecho natural a la libertad, es decir, el derecho de resistencia a la opresión; en la medida que con el establecimiento de la República se admitió tácitamente la idea rousseauiana de la democracia de la identidad, que hizo reposar la soberanía popular en la infalible representación; consagrando así la supremacía del legislador como creador del Derecho⁵⁶. Por ello, en adelante, el derecho de resistencia no tendrá lugar en el Derecho positivo que creó al Estado de Derecho liberal, sino que la defensa de los derechos fundamentales y la división del poder, quedarán inmersos en el ordenamiento jurídico establecido, a través de la remoción pacífica de los titulares de los órganos de poder, mediante el derecho de petición o el sistema electoral, entre otras instituciones⁵⁷.

Ahora bien, la implementación del positivismo jurídico en desmedro del Derecho natural, se desarrolló a lo largo del siglo XIX, mediante las siguientes escuelas del pensamiento jurídico:

-
55. Ernst Ferdinand Klein, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben* (Halle 1797), Germany, Scriptor Verlag, 1979, pp. 227 ss.; asimismo, Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrecht, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin, Göttingen, 1798, pp. 47 ss.
 56. Jean-Jacques Rousseau, *Contrat Social...*, *op. cit.*, pp. 257 ss.
 57. Kurt Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des modernen Staatsgedankes*, Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 351 ss. y 390 ss.

1.1 Escuela de la Exégesis del Derecho

Desde la etapa de la Ilustración, y sobre todo con el establecimiento del nuevo orden republicano en Francia —de las Constituciones de 1791 y 1793—, los revolucionarios concentraron el poder en la asamblea legislativa, la misma que dispuso la dación de un código de leyes civiles comunes a toda la nación. Ya en ese sentido, el decreto del 16 de agosto de 1790 en su artículo 19°, había establecido que “las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores y se hará un código de leyes simples, claras y conformes a la Constitución”⁵⁸.

Se buscó en la idea del Código, el propósito de unificar la dispersa legislación, y asegurar las libertades civiles; debido a que

el estado de orden y de paz del que necesariamente dependen la duración y prosperidad de una nación, no puede ser asegurado más que por la ley positiva que, a la pureza de las luces que esparce, une la fuerza de la autoridad que ordena o prohíbe. Entonces, es cuando la *ley natural*, de una abstracción que ella era examinada bajo el aspecto filosófico, tomando de golpe un cuerpo [...] domina como soberana⁵⁹.

Si bien los principios enarbolados para el proyecto de Código fueron el reaceramiento a la naturaleza, humanidad y simplicidad, en último término el *Code civil des Français*, más conocido como el *Code Napoléon*, aprobado en 1804, partió de una concepción individualista-liberal, que garantizaba la igualdad de los hombres ante la ley y la libertad personal, concebida en base a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, el positivismo jurídico expresado por excelencia en el Derecho privado, no logró eliminar la vieja y arraigada tradición del Derecho natural, por más que el legislador estableciese disposiciones jurídicas con carácter de orden público, sobre el alcance y la validez territorial y temporal de la ley en general, así como el carácter vinculante de la misma para los jueces. Más aún, en el artículo 4° del Título Preliminar del *Código Napoleon* se dispuso que “el juez que rechace juzgar bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable por denegación de justicia”⁶⁰.

58. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises, première série (1787 à 1799), tome XVIII, *op. cit.*, p. 105.

59. Ferrau, *Elementos de Lejislación natural*, tomo I, Valencia, Imprenta Cabrerizo, 1836, p. 299.

60. *Code Napoléon*, édition officielle pour le Grande-Duché de Berg, Imprimeur du Gouvernement, 1810, p. 5.

Pero va a ser, precisamente, a partir de los alcances del mencionado artículo 4° del *Código*, que se abrió el debate sobre el rol del Derecho natural en el quehacer jurídico; tema que se creía haber superado con la dación del *Code Napoléon*. Así, se llegó a interpretar que ante el silencio, vacío u obscuridad de la ley, los jueces no deberían recurrir a la tradición jurídica, es decir a los usos y costumbres del pasado, sino que debían extraer de la misma ley la norma para resolver cualquier controversia. De esta forma se fundó la escuela de la exégesis —*école de l'exégèse*— que buscó la interpretación pasiva del *Código*.

La escuela de la exégesis buscó asumir en su análisis y desarrollo científico “el mismo sistema de distribución de la materia seguido por el legislador e, inmediatamente, en reducir tal desarrollo a un comentario, artículo por artículo, del mismo Código”⁶¹; sin embargo, a lo largo del siglo XIX, siguiendo a Bonnecase⁶², se puede periodificar el desarrollo de esta escuela en:

Primera fase (1804-1830). Etapa de fundación e instauración de la escuela, impulsada por el gobierno imperial de Napoleón, a través de las facultades de Derecho y sus Decanos —Delvincourt, Toullier y Proudhon—. *Segunda fase (1830-1880)*. Momento del apogeo y de los grandes comentarios al *Código Napoleón* por profesores, magistrados y abogados, como Duranton, Aubry, Rau, Demolombe, entre otros, periodo que quedaría estigmatizado en el siguiente comentario de Bugnet: “yo no conozco el Derecho civil, yo enseño el Código Napoleón”. *Tercera fase (1880-1890)*. Declive de la influencia de la escuela de la exégesis y del conflicto entre los últimos ortodoxos —Baudry, Guillouard, Huc— y quienes intentaron renovarla —Labbé, Bufnoir, Saleilles—.

En términos generales, la escuela de la exégesis se puede caracterizar por los siguientes cinco puntos⁶³: 1) Culto al texto de la ley, lo que creó una identidad entre el Derecho y la ley; 2) El predominio de la búsqueda de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley, alejando así a los intérpretes del Derecho de las necesidades y transformaciones sociales; 3) Carácter profundamente estatal de la doctrina de la exégesis, en tanto el principio de la omnipotencia del legislador exigía de glosadores de sus leyes; 4) Inversión de las relaciones tradicionales entre el Derecho natural y el Derecho positivo, devaluando la importancia y el significado práctico del mismo;

61. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, op. cit., p. 97.

62. Julien Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, Paris, Boccard editeur, 1924, pp. 17-52.

63. *Ibidem.*, op. cit., pp. 131-181.

5) Argumento de la autoridad del legislador, que puso de manifiesto la mentalidad y el comportamiento jurídico al servicio del poder⁶⁴.

Esta escuela francesa del Derecho postuló un método exegético o analítico, que redujo la labor del intérprete del Derecho privado a glosador del orden legal establecido por el legislador; descartando los factores sociales y políticos que estremecieron a Francia durante toda esa época. Por eso, ya a mediados del siglo XIX, Napoleón III al cuestionar el quehacer jurídico como dogma de la norma, planteó que “hay que salir de la ley para regresar al Derecho”.

Desde la perspectiva del Derecho público, el positivismo de la Revolución Francesa dejó una profunda huella por los excesos de la soberanía popular, expresada no sólo en la primera etapa del gobierno de asamblea de la Revolución, sino también por los excesos del poder consular de Napoleón Bonaparte (en nombre de la soberanía popular). Por eso, Constant acotaría que “la soberanía de pueblo, absoluta e ilimitada, había sido transferida o al menos en su nombre como es común, a la representación nacional; por lo cual, las asambleas representativas dominaban, con el resultado arbitrario más inícuo. La Constitución, primera en incorporar este despotismo, no restringió suficientemente el poder legislativo”⁶⁵. Por ello, es de entender que el Código Civil se convirtiera en la norma jurídica suprema garantizadora de la libertades civiles, básicamente de la libertad contractual, quedando la Constitución en calidad de un instrumento político poco confiable por etéreo.

Sin embargo, será luego de la revolución de 1830 cuando, al calor de las ideas del orden y progreso⁶⁶, la noción del Derecho público se positiviza en tres áreas: el estudio racional y no especulativo del cuerpo político por el Derecho constitucional, la organización y funcionamiento detallado del cuerpo político por el Derecho administrativo y las relaciones con otros Estados soberanos por el Derecho Internacional. Es desde una perspectiva jurídica positivista, pero asentada en valores liberales, que se dirá que “la Constitución es la ley de los países libres, de los países que han salido del reino del

64. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., pp. 11-40, donde se plantea que consciente o inconscientemente todo jurista adopta un concepto de derecho en relación al poder: unas veces como regla, otras como decisión o como orden concreto.

65. Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, (1814), tomo I, Paris, Slatkine, 1982, p. 206, asimismo, revisar en particular la Nota A, pp. 275 ss., donde plantea los límites de la soberanía popular.

66. François Guizot, *Demokratie in den neueren Gesellschaft*, Verlag Becker, 1837, pp. 14 ss.

privilegio y que han llegado a la organización de un pueblo que goza de sus libertades⁶⁷.

Sin embargo, también en Alemania se dará paso al desarrollo del positivismo jurídico, a través de los cimientos establecidos por la escuela histórica.

12 Escuela Histórica del Derecho

El conflicto entre el Derecho positivo versus el Derecho natural tuvo raíces y procesos distintos en Europa. Primero, porque en muchos países como Alemania, Italia o España no se experimentó una revolución liberal como en Francia, que consagró políticamente el Derecho positivo, sino que es recién a finales del siglo XVIII e inicios del XIX cuando se transforma progresivamente el carácter iusnaturalista del Derecho, hacia una concepción positivista basada en el hombre y la razón⁶⁸. En dicho proceso mediará el historicismo, del cual se ha dicho que “el núcleo del historicismo consiste en la sustitución de las consideraciones generales de las fuerzas histórico-humanas, por una consideración individualista... el individuo como hombre ha sido producto de una formación social y cultural, lo cual esta total e increíblemente inadvertido⁶⁹. En efecto, mientras el iusnaturalismo y el positivismo liberal conciben al hombre en abstracto, y con un sentido universal, el historicismo considera al hombre, al Estado y a su Constitución como producto de su cultura⁷⁰.

En ese sentido, la Escuela Histórica aparece como parte del proceso de secularización del Derecho. El gran mentor de esta escuela fue Savigny, aun cuando se encuentran antecedentes en Gustav Hugo quien, desde una perspectiva historicista, concibió al Derecho natural ya no como un sistema distinto al Derecho positivo, sino como el conjunto de consideraciones filosóficas que adquieren forma con el Derecho positivo. Así, partiendo de una antropo-

67. Pellegrino Rossi, *Cours de Droit Constitutionnel*, tome premier, Paris, Librairie Guillaumin, 1877, p. 7, asimismo, cabe mencionar que el autor fue el primer profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de París entre 1835 y 1845, curso creado por decreto del 22 de agosto de 1834 por M. Guizot.

68. Immanuel Kant, *Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, (editor H. Klenner), Berlin, Akademie Verlag, 1988, revisar en particular *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, pp. 125 ss., y; *Zum ewigen Frieden*, pp. 297 ss.

69. Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, München, Oldenbourg Verlag, 1936, p. 2.; asimismo, Roderich von Stintzing y Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halbband 2, Text von Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870*, Aalen, Scientia Verlag, 1978, pp. 186 ss.

70. Justus Möser, *Volk und Geschichte*, Eugen Diegerichs Verlag, Jena, 1937, pp. 5 ss.

logía jurídica basada en la razón, postuló el establecimiento de instituciones jurídicas posibles, para el bienestar del pueblo. En tal entendido, las tesis de Hugo constituyeron el punto de inflexión entre la filosofía iusnaturalista y la positivista; por eso diría “cuando alguien ha aprehendido el Derecho natural, el contenido esencial de la vida nunca puede estar en el Derecho positivo”⁷¹.

Un momento crucial del desarrollo temprano del historicismo lo constituyó el debate acerca de la Revolución Francesa, del pensamiento conservador y tradicionalista de Burke, Maistre y Bonald, en la medida que combatieron bajo la doctrina del derecho divino, las ideas positivistas y racionalista de la Revolución Francesa. Así, Burke como historiador y político criticó crudamente no sólo a la obra de la Revolución francesa, sino también al propio pensamiento racional de los ilustrados de siglo XVIII, cuando decía que

en gran parte, la historia consiste en la mísera descripción, que sobre el mundo ha traído la soberbia, la avaricia, la rebelión, la hipocresía, los deseos no controlados y las pasiones desenfrenadas [...]. Tales lastres son la causa de estas tormentas. Religión, moral, ley, franquicias, privilegios, libertades y derechos del hombre son el *pretexto*. Pretexto que en cualquier lugar muestra engañosamente un fundamento bueno, que sirve a los hombres para gobernar a la masa humana levantando y jugando con sus pasiones para liberarlos alborotadamente de la tiranía⁷².

Este sentido determinista de la historia y pesimista del hombre, se asoció con el elogio a la tradición, y a la concepción de la diversidad de la idea del hombre en función de la cultura y sus costumbres locales. En torno a esto, Savigny señala que “la orgánica conexión del Derecho con el ser y el carácter del pueblo, es también manifestación del progreso de los tiempos [...] el Derecho crece con el desarrollo y se perfecciona con el fortalecimiento del pueblo y finalmente muere cuando la nación pierde su nacionalidad”⁷³.

Esta identidad hegeliana entre Derecho y el espíritu del pueblo –*Volkgeist*– en busca de libertad histórica⁷⁴, se puede entender como una crítica

-
71. Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrecht, als einer Philosophie des positiven Rechts*, (1798) ..., *op. cit.*, p. 9 y pp. 23 ss.
 72. Edmund Burke, *Betrachtungen über die Französische Revolution*, Suhrkamp Verlag, 1967, pp. 219-220; asimismo, Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus...*, *op. cit.*, pp. 272 ss.; asimismo, revisar, Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome premier..., *op. cit.*, p. 567 ss.
 73. Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1828, p. 12.
 74. Friedrich Hegel, *Der objektive Geist*, en *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, tomo 1, edición y comentario de Karl-Heinz Ilting, Stuttgart, Fromman-Holzboig, 1973, § 26-

radical a la concepción del Derecho positivo de la Ilustración, que la entendía como un Derecho racional e universal válido para todos los hombres y pueblos. También se puede agregar que la escuela histórica se contraponía al Derecho natural, por cuanto el primero se fundamentaba en el Derecho consuetudinario "*Gewohnheitsrecht*"⁷⁵, y estaba basado en la historia-social concreta de un pueblo determinado, y no en normas metafísicas intemporales propias del iusnaturalismo; por lo que Herder sentenciará: "la cultura de un pueblo es la sangre de su existencia"⁷⁶.

Sin embargo, en la medida que el Derecho positivo se afirmaba en base a la omnipotencia del legislador, la escuela histórica se desarrollará en polémica no sólo con el Derecho Natural, sino también con la grandes codificaciones de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En efecto, la codificación como expresión del nuevo orden civil basado en el hombre y en la civilización, supuso el rechazo absoluto al Derecho consuetudinario, en tanto resabio del tradicionalismo irracional del Derecho medioeval. En tal entendido, la codificación, encontró en la monarquía ilustrada de Federico II de Prusia, como en la Revolución Francesa, a sus mejores exponentes. En cambio, el pensamiento conservador alemán se opuso a la codificación, por constituir un peligro a los privilegios de la legislación estamental de los pueblos alemanes, que expresaban la costumbre del pueblo.

En particular, es digno de mencionar la polémica entre Thibaut promotor de la codificación en Alemania, y Savigny defensor del Derecho consuetudinario, alrededor de 1814. Thibaut defendió la codificación desde una perspectiva positivista científica, al concebir a la ley y al Derecho como una unidad *-Rechtsgesetze-*, pero diferenciando su sentido objetivo *-das Recht-* de su sentido subjetivo *-ein Recht-*; correspondiendo a la ciencia jurídica la tarea de descubrir el concepto aplicable de la norma, mediante la interpretación sistemática y lógica de la misma⁷⁷. Más aún argumentó: "soy de la opinión de que nuestro Derecho civil [...] tiene necesidad de una completa y

29 en pp. 259 ss. y, § 116 en pp. 325 ss.; asimismo, Georg Friedrich Puchta, *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civil processes*, (1841), Leipzig, Verlag von Breitkopf und Härtel, 1875, pp. 1-14.

75. Georg Friedrich Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, tomo 2, Erlangen, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 1837, pp. 225.

76. Johann Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, Leipzig, Verlag von F. Meiner, 1906, p. 157.

77. Anton Friedrich Thibaut, *System des Pandekten Rechts*, tomo 1, 1803, §1 y §2, pp. 2-3; del mismo autor, *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, Heidelberg, 1914; asimismo, revisar Arnold Heise, *Gründiss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Beruf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg, Mohr, 1816.

rápida transformación y de que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles hasta que todos los príncipes alemanes con sus fuerzas unidas no traten de redactar un código válido para toda Alemania y sustraído del arbitrio de cada Estado⁷⁸.

Por el contrario, Savigny tributario de las mejores tradiciones del pueblo, se distanció del movimiento de codificación para Alemania, en la medida que no existían las condiciones culturales para la instalación de un nuevo ordenamiento jurídico, debido a la decadencia de la tradicional y segmentada civilización jurídica que se vivía; por el contrario, creía que debía desarrollarse un Derecho en base a la ciencia jurídica, tarea propia de las sociedades maduras y no postular un Derecho basado en la ley, que era propio de las sociedades en decadencia⁷⁹.

En tal sentido, Savigny fue considerado como el paradigma de la primera toma de distancia de la legalidad del Estado legislativo⁸⁰, en virtud de lo cual postula una concepción científica del Derecho caracterizada por un método jurídico, que debía ser aplicado a la interpretación del Derecho a través del siguiente método jurídico, supérstite hasta la fecha: 1. *Gramatical*, realiza un análisis literal del texto de la norma. 2. *Lógico*, busca los elementos lógicos-rationales y las relaciones establecidas entre ellas. 3. *Histórico*, incorpora las situaciones dadas en el tiempo de la aprobación de la ley. 4. *Sistemático*, considera la unidad racional de los distintos elementos de la norma legal⁸¹. Por su parte, su contendor, Thibaut, se orientó a una interpretación lógica de la norma, en función de la voluntad del legislador⁸².

Con estos elementos, se puede decir que en la polémica de inicios del siglo XIX entre el positivismo y el iusnaturalismo, el historicismo jugó un rol finalmente al servicio del positivismo, que obtuvo una gran victoria, pero pírrica. Pues, como escribió Schmitt:

78. Anton Thibaut y Friedrich von Savigny, *Thibaut und Savigny, zum 100 jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland*, Verlag J. Stern, Berlin, 1914, p. 41.

79. Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 45 ss. y en especial p. 51.

80. Carl Schmitt, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, pp. 21 ss.

81. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, (Berlin, 1840), Aalen, Scientia Verlag, 1981, pp. 213-214; del mismo autor, *Juristischer Methodenlehre*, Stuttgart, Koehler Verlag, 1951, pp. 18-50.

82. Anton Thibaut, *Theorie der Logischen Auslegung des Römischen Rechts*, (1806), con una presentación de L. Geldsetzer, Düsseldorf, Stern-Verlag Janssen & Co, 1966, pp. 22 ss. 16 ss.

sin duda alguna la crítica situación de la ciencia jurídica se inició con el desarrollo del método jurídico. La ciencia jurídica no puede entrar a competir con normas y decretos, en una carrera que de todos modos esta perdida. Más bien, ella tiene sentido, como último refugio del Derecho mismo. La ciencia jurídica debe dar sentido a su auténtica tarea: buscar la unidad y la lógica del verdadero desarrollo del Derecho, que se hallan perdidas por el exceso de leyes, decretos y medidas establecidas. Para esto no hace falta la prisa, sino al contrario la meditación, la tranquila observación y la profunda investigación⁸³.

No obstante, el rol del historicismo en el desarrollo del positivismo jurídico temprano, se inicia su decadencia a mediados del siglo XIX, con la revolución de 1848, la Asamblea Nacional de Frankfurt y la primera Constitución Alemana de *Paul Kirche*. En ese sentido, la escuela histórica y romántica del Derecho fueron objeto de radical crítica por una corriente liberal orientada a la práctica y a la eficacia de la vida del Derecho⁸⁴, que adquirió gran relevancia en Inglaterra, a través del utilitarismo.

1.3 Escuela utilitarista del Derecho

El desarrollo histórico-económico y las modernas necesidades institucionales, durante el siglo XVIII en Inglaterra, hicieron que el Derecho, basado en el Derecho natural –*common law*–, fuese objeto de controversia por los nuevos planteamientos racionalistas, dada la obsolescencia metafísica del Derecho judicial –*common law*–, fundado en la costumbre.

Así, Bentham reflexiona críticamente sobre los *Commentaires on the Laws of England* de Blackstone, indicando las deficiencias del Derecho inglés: 1. El Derecho judicial no siempre es claro y eso impide la certeza que es la fuente fundamental de toda sociedad. 2. El Derecho judicial resuelve con una norma *ex-novo*, cuando no se encuentra un precedente judicial, dando lugar a la retroactividad de la norma. 3. El Derecho judicial no se basa en el principio de utilidad que es la guía en la vida de los hombres. 4. El pueblo no puede controlar la producción del Derecho de los jueces, tan sólo cuando el legislador crea las leyes. 5. El juez debe resolver en diferentes campos para los cuales no está preparado⁸⁵.

83. Carl Schmitt, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft...*, *op. cit.*, p. 14.

84. Roderich von Stintzing y Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, tomo 2, texto de Ernst Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870...*, *op. cit.*, pp. 732 ss.

85. Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, (London 1776), Cambridge University Press, 1963, Cambridge, pp. 36 ss.

Sobre la base de estas consideraciones, Bentham plantea la reforma y reorganización sistemática del Derecho, en base a la codificación de las distintas ramas del Derecho, civil, penal, procesal y constitucional. De otro lado, dada la poca atención en Inglaterra a sus propuestas jurídicas, el autor se vinculó con cierta simpatía inicial a la Revolución Francesa, como también después difundió su Código Constitucional a los gobiernos de Estados Unidos, España, Portugal, Grecia, Rusia, y sobre todo a las nuevas repúblicas de América del Sur, que a partir de 1815 recién se habían independizado de España y buscaban la estabilidad política en las leyes supremas y en las virtudes cívicas ciudadanas, como queda expresado en su epistolario con Simón Bolívar, Rivadavia, Santander y del Valle⁸⁶.

El Código Constitucional con carácter general e universal, con 32 capítulos y 312 artículos, debía basarse en la ética objetiva del utilitarismo de la *mayor felicidad para el mayor número* en base a las leyes, en el entendido que la “naturaleza ha establecido a la humanidad, bajo dos soberanías maestras, el dolor y el placer [...]. El principio de la utilidad reconoce este asunto y lo asume como fundamentación del sistema, que tiene por objeto sostener la producción de la felicidad a través de las manos de la razón y del derecho”⁸⁷. Además, el Código debía ser una norma motivada, clara, precisa, útil, posible de conocimiento y justificación, así como completa y total, a fin de que el legislador evitase las lagunas en la ley, que habían sido la fuente del disperso, ambiguo e incierto Derecho judicial.

En la evolución del positivismo inglés, Austin continuará el desarrollo jurídico del mismo, cumpliendo un rol mediador entre el utilitarismo inglés y la escuela histórica alemana, proceso en el cual se percibe cierta influencia del historicismo. En ese sentido, Austin postuló una filosofía del Derecho positivo –ya planteada por Hugo–, pero caracterizada por la distinción entre la *jurisprudencia* y la ciencia de la *legislación*, por la primera entendía a los principios que son comunes a los distintos sistemas de Derecho tal cual son, y por el segundo el Derecho de un determinado ordenamiento jurídico tal como debería ser⁸⁸. En tal sentido, el objeto de la jurisprudencia era el Derecho que existía y no el Derecho que debería ser, propio del Derecho positivo.

86. Jeremy Bentham, *Constitutional Code for the use of all Nations and all Governments professing Liberal Opinions*, (London, 1830) Vol. I, (edits. F. Rosen y J. Burns), Oxford, Clarendon Press, 1983, Prefacio pp. XXXI ss. y pp. 35 ss.

87. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner Press, 1980, pp. 1-2 y pp. 24 ss.

88. John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law*. Vol. I, Taunus, Verlag Auvermann, 1972, pp. 32 ss.

En cuanto a su concepción positiva del Derecho, se puede decir que Austin se basaba en la idea de la ley como *mandato general y abstracto*, es decir que excluía las disposiciones dirigidas a una persona en concreto, lo que suponía una concepción imperativa del Derecho. Ello fue posible, en la medida que el mandato se basaba en un concepto de sanción y de deber, que se deducía de la autoridad soberana del Estado, es decir del monarca o del legislador que en tanto soberanos no tenían límites legales⁸⁹.

En ese entendido, Austin realizó una división entre el Derecho legislativo y el Derecho judicial basado en un criterio temporal, así, calificó al primero como un Derecho establecido de forma inmediata por el legislador y al segundo como un Derecho establecido de forma mediata por el juez. Pero criticó sobre todo al Derecho judicial, porque era menos accesible a su conocimiento; era producido con menor ponderación; era más impreciso e incoherente que el Derecho legislativo; era difícil averiguar la validez de las normas del Derecho judicial y a menudo era *ex post facto*. En síntesis,

en todo país en el que una gran parte del Derecho consiste en el Derecho judicial, el sistema jurídico en su conjunto o el *corpus iuris* entero, es necesariamente un caos monstruoso: formado, en parte por el Derecho judicial, introducido poco a poco y disperso en numerosas decisiones judiciales particulares, y; en parte, por el Derecho legislativo agregado por partes al Derecho judicial y disperso en un inconmensurable cúmulo de leyes ocasionales y suplementarias⁹⁰.

En base a ese juicio positivista, Austin planteó la superación del Derecho judicial mediante la codificación, pero se distanció de la codificación francesa, en la medida que el Código de Napoleón carecía de definiciones técnicas en los términos jurídicos usados, admitía junto al Derecho codificado otras fuentes subsidiarias del Derecho natural y había una escasa incorporación del Derecho romano. No obstante, postuló que “es mejor tener un Derecho expresado en términos generales, sistemático, conciso y accesible a todos, que un Derecho disperso, sumido en un cúmulo de particularidades, desmesurado e inaccesible”⁹¹.

El desarrollo de las escuelas de la exégesis, histórica y utilitarista del Derecho durante la primera mitad del siglo XIX, significó el establecimiento de tres ideas fundamentales del positivismo jurídico: la reducción del Derecho a la ley; la prevalencia de la ley como fuente de Derecho. En consecuen-

89. *Ibidem, op. cit.*, pp. 263 ss.

90. John Austin, *Lectures on Jurisprudence...*, *op. cit.*, Vol. II, p. 660.

91. *Ibidem, op. cit.*, pp. 1023-1024.

cia, la primacía de la voluntad legislativa sobre la decisión judicial, en tanto instrumento político del poder estatal para la implementación de la sociedad liberal. Como a continuación se desarrolla, a partir de la juridificación de la Constitución durante el siglo XIX.

2 BASES DEL CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA

El Estado liberal se fundó en el *principio de distribución* “*Verteilungsprinzip*”, según el cual la esfera de libertad del hombre en principio es ilimitada ante el Estado, y la libertad del Estado en principio es limitada. Así como en el *principio de organización* “*Organisationsprinzip*”, por el cual para garantizar la libertad del hombre, el Estado divide su poder en funciones con competencias: legislativa, ejecutiva y judicial⁹². Sin embargo, en la realización del *ethos* liberal del nuevo Estado, el positivismo abandonó el concepto político por excelencia del Estado, para reemplazarlo por el concepto de Derecho, en tanto se pretendía establecer un sistema político liberal, pero positivo y neutral, separado de la filosofía y de la moral, olvidando que el Estado es política por excelencia⁹³. De ahí que las constituciones del siglo XIX hayan expresado fundamentalmente un conjunto de normas orientadas a la organización del poder, y subsidiariamente hayan reconocido principios y garantías de la libertad, haciendo del concepto de Constitución un código formal del Estado antes que una norma jurídica de los ciudadanos.

Es ese sentido, se puede decir que si bien el ordenamiento fundamental del Estado, basado en la libertad, se encontraba en la Constitución, va a ser la ley la que al identificarse con el Derecho asumió el rol conductor del Estado liberal, quedando el Estado y por ende su Constitución en el ámbito de una ley moral —*etische Gesetz*—⁹⁴, sin una aplicación directa y vinculante para la sociedad, como se refleja en los primeros trabajos que sobre la Constitución se escribieron en esa época⁹⁵.

92. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*..., *op. cit.* pp. 126 ss.

93. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 125.

94. Friedrich Ancillon, *Ueber den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluss auf die Gesetzgebung*, Berlin, Verlegt bei Duncker und Humblot, 1825, pp. 16 y ss

95. Wilhelm von Humboldt, *Denkschrift über eine deutsche Verfassung* (1813) y *Denkschrift über eine landständische Verfassung Preußen* (1819), en compilación del autor *Menschenbildung und Verfassung*..., *op. cit.*, pp. 234-255 y 261-304; Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle* (1814)... *op. cit.*; C.D. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa*, Philad., 1815; Jeremy Bentham, *Constitutional Code*..., *op. cit.*, difundidos por manuscritos desde 1822; Johann von Aretin, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, Altenburg, 1824; Friedrich Ancillon, *Ueber den Geist der Staatsverfassungen*... *op. cit.*, 1825, y; Ramón Salas, *Lecciones de Derecho*

Ello, por un lado, se explica en la dialéctica de confrontación entre el principio monárquico y el principio de soberanía popular, que caracterizó al constitucionalismo mixto de las monarquías parlamentarias del siglo XIX, donde el movimiento liberal asentado en el Parlamento buscaba asumir la hegemonía del poder, como primer poder del Estado sobre el Gobierno monárquico y a su administración judicial conservadora. Para lo cual, por otro lado, estableció el principio de legalidad como instrumento dinamizador del orden liberal y del progreso capitalista, mediante la codificación, en primer lugar, del Código Civil, el mismo que se identificó con la protección de las libertades civiles, específicamente, la libertad contractual⁹⁶, y en segundo lugar la codificación del Código Penal para reprimir los delitos de *lessa majestad*, que castigaban los excesos de las primeras revoluciones sociales. En ambos códigos, sin embargo, no había una mayor vinculación de los derechos, obligaciones y sanciones con las garantías constitucionales de la libertad. En todo caso, las garantías individuales de libertad y propiedad eran ficticias, debido a que perpetuamente eran anuladas o restringidas por leyes de excepción⁹⁷.

Sin embargo, las revoluciones europeas de 1830 y de 1848 significaron un cambio sustancial de la vieja concepción del Derecho, y dieron lugar a la aparición progresiva de la Teoría o Ciencia del Estado y de la doctrina del nuevo Derecho Público –Derecho Constitucional, Derecho Administrativo–, ciertamente tributaria del desarrollo jurídico del Derecho civil; del cual tomará prestadas algunas instituciones jurídicas como contrato, persona, derechos, obligaciones, etc., para darles un sentido propio dentro del Derecho Público⁹⁸. Pero dado el carácter jurídico y político del Derecho público, el desarrollo de este ámbito del Derecho se entroncó directamente con los procesos políticos y sociales que acompañaron la evolución del Estado liberal del siglo XIX. Lo que se expresa en ciertos hitos históricos, como las denuncias que formuló Napoleón inmediatamente después de la Revolución de 1848,

público constitucional para las escuelas de España, 2 tomos, Imprenta del Censor, 1821, reeditada en Lima, por la imprenta Republicana por José María Concha, 1827. En general revisar, Robert Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft*, tomo I, (1855), Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1960, pp. 293-319.

96. Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1968, pp. 54 ss. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, pp. 914 ss.
97. P.C.F. Daunou, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, traducido del francés por Gregorio Funes, Buenos Aires, Imprenta de Expósitos, 1822, pp. 112-134.
98. Johann Ludwig Klüber, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundestaaten*, Andreäischen Buchhandlung, Frankfurt, 1840, pp. 107 ss.; asimismo, revisar a Robert Mohl, *Constitutionelle Erfahrungen*, en *ZS*, Tübingen, 1845, pp. 191-233, donde plantea la reforma política electoral de las cámaras.

planteando el principio de abandonar la ley para regresar al Derecho “*sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*”, o la profunda crítica ideológica de Marx y Engels, dado el falsamiento del Estado de Derecho a sus premisas liberales de libertad e igualdad⁹⁹.

En este sentido, se puede decir que a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se desarrollaron las tesis del positivismo constitucional, en base a dos variantes: un positivismo realista que consideró al Derecho como la realidad *fáctica* del ser y, un positivismo normativista que consideró al Derecho como una realidad *normativa*, posiciones que van a impregnar al Derecho público de una concepción de ciencia, como a continuación se presentan.

21 Positivismo realista

A partir de que se fue entendiendo el Derecho como un producto de la cultura del pueblo en Alemania –Thomasius, von Lehner, Kommel y Möser–, se estableció una directa relación entre el Derecho y la realidad, que a mediados del siglo XIX se expresó en la idea del orden y del progreso. “Nuestro tiempo es el tiempo del progreso general, y, no se puede negar, a saber, que es para el mejoramiento”¹⁰⁰. Esta filosofía de la historia, entendida como el perfeccionamiento del hombre y la sociedad, se obtenía de la interacción de la teoría y la práctica, es decir del Derecho y la realidad¹⁰¹, aunque no siempre de manera uniforme, en tanto continuaban todavía vigentes las tesis con tintes iusnaturalistas como positivistas. Así, desde una perspectiva iusnaturalista, para Hinrichs, “el hombre es una persona moral, en tanto es considerado un sujeto de ciertos derechos y obligaciones... los derechos y obligaciones de los hombres provienen de la fuerza de las leyes de la naturaleza”¹⁰².

99. Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifest der Kommunistischen Partei*, (1848), Berlin, Verlag Neu Weg, 1945; desde una perspectiva filosófica que plantea la libertad no metafísica sino concreta, se puede revisar Immanuel Fichte, *System der Ethik*, tomo 2. *Die Allgemeine Ethischen Begriffe und die Jugend und Pflichtenlehre* (1851), Aalen, Scientia Verlag, 1969, pp. 77 ss.

100. Friedrich Hänel, *Die Gegensätze zwischen Recht und Leben*, Leipzig, Teubner, 1846, p. 1.

101. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 4 ss. y 11 ss.

102. Hermann Hinrichs, *Geschichte der Rechts- und Staatsprinzipien, seit der Reformation bis auf die Gegenwart in historisch-philosophischer Entwicklung*, tomo 3, (Leipzig, 1852) Aalen, Scientia Verlag, 1962, p. 364; asimismo, Ferdinand Walter, *Lehrbuch des Naturrecht und der Politik*, 1863 o, Heinrich Ahrens, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates, auf dem grunde des Ethischen Zusammenhanges von Recht und Kultur*, (Wien, 1871), Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 355 ss.

Sin perjuicio de ello, se va desarrollando un pensamiento positivista realista, que considera al Derecho como expresión de una realidad fáctica, tesis que se expresa con toda claridad en Lassalle, quien al preguntarse sobre la naturaleza de la Constitución, distinguirá entre la Constitución escrita o formal y la Constitución real, caracterizando a la primera por ser sólo una hoja de papel –*Blatt Papier*– y a la segunda por expresar a los factores reales del poder, que se encuentran en las fuerzas económicas, militares y políticas de la sociedad y del Estado¹⁰³.

En esa línea de pensamiento, von Stein desarrollará la idea del cambio de la sociedad y de la ley, a partir del concepto dinámico de vida de la comunidad y de movimiento hacia la libertad. Así, planteará que la Constitución se basa en tres elementos: el principio *histórico*, el principio *económico* y el principio *social*. Por eso, “es claro que, como la Constitución asienta la vida real en un papel, no puede ser sostenida, si la representación popular no promueve esos tres elementos”¹⁰⁴. En efecto, dado el carácter dinámico de la sociedad, el concepto de derecho tiene un carácter diacrónico y doble, en donde “cada nuevo Derecho es la negación de uno viejo”¹⁰⁵.

Siguiendo la tendencia del positivismo realista, Gneist a partir de revalorar históricamente el desarrollo de la conciencia jurídica de la comunidad hacia la autosoberanía, tomando en consideración la historia constitucional inglesa y la antigua tradición constitucional alemana, planteará el rol de la opinión pública en el Derecho estatal, vinculando orgánicamente a la sociedad con la Estado, a través de sus derechos fundamentales y el Parlamento¹⁰⁶, en el cual fue representante entre 1859 y 1893.

Pero el aporte de otros teóricos del Derecho, como von Ihering, va a ser determinante en la formación del Derecho público positivo. Así, en una pri-

103. Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen*, Berlin, Verlag P. Singer, 1907, pp. 15-36; desde una perspectiva filosófica, que busca armonizar la libertad y la comunidad, Immanuel Fichte, *Die Philosophischen Sitten von Recht, Staat und Sitten in Deutschland, Frankreich und England von der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts bis zur Gegenwart*, (Leipzig, 1850), Frankfurt, Ferdinand Keip, 1969, pp. 15-24.

104. Lorenz von Stein, *Zur Preussischen Verfassungsfrage*, en *Gesellschaft-Staat-Recht* (edición y presentación de E. Forsthoff, con la colaboración de D. Blasius, E. Böckenförde y E. Huber), Propyläen, 1972, p. 118, en el mismo compendio revisar del autor: *Der Begriff der Gesellschaft und die Gesetze ihrer Bewegung*, pp. 65 ss.

105. Lorenz von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, (1876), Aalen, Scientia Verlag, 1970, p. 89, así como pp. 88-104, y del mismo autor, *Rechts- und Staatswissenschaft Deutschland*, pp. 88-104 y 132-146.

106. Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, pp. 233 ss.

mera etapa, desde una perspectiva dogmática y conceptual –*Begriffjurisprudenz*– inspirada en su investigación sobre el Derecho romano, postuló una ciencia jurídica con carácter universal, gracias al método jurídico del análisis o desconstrucción jurídica de la institución y, luego, a la simplificación cualitativa del ordenamiento sistemático, que es la parte creativa del operador jurídico. En tal entendido, Ihering definió a la institución a través de su sujeto, objeto y contenido, y, la evolución e inserción del instituto, mediante el origen, evolución, relaciones e incorporación al sistema¹⁰⁷.

En una segunda etapa, desde una perspectiva realista de los intereses humanos –*Interessenjurisprudenz*–, Ihering partió de concebir que hay dos fines de las acciones humanas: el beneficio –*Lohn*– propio de la esfera económica egoísta del hombre y la coacción –*Zwang*– propia de la esfera jurídica de las obligaciones, sostenida en el poder¹⁰⁸, en función de lo cual el Derecho se transformaba de un ámbito subjetivo a un nivel objetivo, haciendo que los destinatarios de las normas jurídicas no sólo fuesen los ciudadanos, sino también los órganos judiciales. Pero, si bien para el autor “la historia del poder sobre la Tierra es la historia del egoísmo humano” y por tanto encuentra el fundamento del Derecho en la fuerza de los hechos –*Begründung des Rechts auf die Tatkraft*–, concibe también que la finalidad de la lucha de intereses por el Derecho era la justicia, mediante procedimientos administrativos y constitucionales¹⁰⁹.

Estos principios básicos en el desarrollo del positivismo jurídico-constitucional, se pueden condensar en que, primero, el modo de aproximarse al estudio del Estado de Derecho fue considerando el Derecho como un hecho y no como un valor, así el jurista debía estudiar el Derecho y al Estado como el científico estudia la realidad natural, o sea sin formular juicios de valor. Segundo, se definió una determinada teoría del Estado de Derecho en función del elemento de coacción, en tanto se concibió al Derecho como el hecho que estaba en vigor en la sociedad, en virtud a que se hacía valer por la fuerza. Tercero, se planteó una determinada ideología del Estado de Derecho, basada en la obediencia absoluta a la ley –*Gesetz ist Gesetz*–, lo cual hacía referencia a las fuentes del Derecho y al problema de la interpretación de la ley.

107. Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Erster Teil, Verlag Breitkopf und Härtel, 1907, pp. 17 ss. y 48 ss.; asimismo, Ernst Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870...*, op. cit., pp. 788-800.

108. Rudolph von Ihering, *Der Zweck im Recht*, tomo I, Verlag Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1916, p. 71 ss. y 181 ss.; estas tesis, fueron continuadas, posteriormente por, Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz* Tübingen, 1933, p. 33.

109. Rudolph von Ihering, *Kampf um 's Recht*. Zum hundertsten Todesjahr des Autors (editor Felix Ermacora), Frankfurt, Propyläen Verlag, 1992, pp. 61 ss. y 110 ss.; asimismo, Ernst Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870...*, op. cit., 807-825.

22 Positivismo normativista

El iuspositivismo contemporáneo nació entre fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, con la intención de dar unidad a un conjunto disperso de normas que producían inseguridad y arbitrariedad en las relaciones sociales, debido a su falta de prevención racional en la conducta de los hombres modernos. Sobre la base de ese principio básico, durante la segunda mitad del siglo XIX, se desarrollaron las columnas básicas del positivismo moderno: la ley como la fuente suprema del Derecho y el carácter superior de la voluntad del legislador.

A partir de la teoría positivista del Estado, se buscó integrar a la perspectiva política del Estado, una performance normativa en virtud del método jurídico, en ese sentido, Jellinek postuló una teoría dualista del Estado que se caracterizó por contar con una teoría general social del Estado –*Allgemeine soziallehre des Staates*– y una teoría general del Derecho político –*Allgemeine Staatsrechtlehre*–. El autor rechazó la explicación de una teoría del Estado basada únicamente en los factores históricos, sociológicos, políticos y económicos, como también la que se basaba únicamente en el Derecho, sin embargo, postuló que mediante el método jurídico se podía investigar los enigmas de la vida estatal, pero había que enlazarlo con la política¹¹⁰. Cerca a esta postura, Bluntschli, planteó a partir de sus tesis organicistas la idea del Estado como persona y el método científico o empírico como el instrumento de estudio de la ciencia del Estado –*Staatswissenschaft*–¹¹¹.

En ese sentido, las ideas básicas del Estado de Derecho sentaron las premisas para que el positivismo normativista identificara al Estado con la Constitución; por eso, “la forma del Estado se determina a través de la Constitución. Pero, la Constitución no es un elemento del Estado, como a menudo se le toma, sino la organización, que establece a los factores subjetivos (*el soberano y el pueblo*). No hay Estado sin Constitución, esto es sin organización; aunque, no hay en todas partes un documento constitucional escrito”¹¹².

Pero, a partir del dualismo metodológico científico-político, planteado por Jellinek, éste revaloró los derechos del hombre –en polémica con Boutmy¹¹³–,

110. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Kronberg, Verlag Athenäum, 1976, pp. 50 ss.

111. Johann Kaspar Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre* (1886), Aalen, Scientia Verlag, 1965, pp. 5-10 y 15-25.

112. Heinrich Zoepfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, mit besonderer Rücksicht auf das Allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse* (1863), Kronberg, Scriptor Verlag, 1975, p. 29.

113. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, pp. 39 ss.; así como, E. Boutmy,

que habían sido olvidados por los iuspublicistas; pese a que sirvieron de justificación de la aparición del Estado liberal burgués¹¹⁴. Ello se debió, a la identidad de los derechos del hombre con el Derecho natural de la época de la Ilustración –*Aufklärung*– y de la Revolución francesa¹¹⁵, motivo, por el cual la Teoría del Estado y el Derecho Político del siglo XIX, sobre todo en Alemania, se había concentrado en el estudio pretendidamente científico de la comunidad política antes que en los derechos y libertades de sus ciudadanos. En todo caso, “la libertad burguesa era una libertad no política, sino una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado”¹¹⁶. En ese sentido, el Derecho privado y en particular el Código Civil, se convirtió en el auténtico baluarte de la libertad ciudadana, quedando al margen los textos constitucionales.

En efecto, a partir del concepto de la personalidad jurídica del Estado, que se vinculó con la vieja idea, según la cual “los Estados son personas morales”¹¹⁷, Jellinek concibió un sistema de derechos públicos subjetivos, que supuso pasar de la idea del *status* negativo de la libertad –*status libertatis*–, en la cual el Estado se abstenía de intervenir en la esfera de la libertad y del interés privado de las personas, a una concepción positiva de la libertad –*status civitatis*– en la cual el Estado como representante del interés general, otorga validez a la libertad en la esfera de la ley, por ello Jellinek señaló que “el poder estatal, por eso es un poder sobre la libertad, es decir sobre la persona”¹¹⁸.

En tal entendido, la tensión liberal entre autoridad y libertad, así quedó mediatizada por el concepto clave de libertad jurídica, como límite a la voluntad arbitraria del Estado. Pero también quedó empantanada en la libertad formal y positivista, de donde se desprendían las demás libertades y derechos

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek, en *Annales des Sciences Politiques*, vol XVII, pp. 415 ss.; la polémica versó entorno a los orígenes de la Declaración de 1789, que Jellinek atribuía su inspiración a la Declaración de Virginia, mientras que Boutmy al espíritu ilustrado francés.

114. Georg Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1919, pp. 1 ss.
115. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte...*, *op. cit.*, pp. 57 ss.
116. Konrad Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, C.F. Müller Leipzig, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, p. 11; asimismo, Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht...*, *op. cit.*, pp. 37 ss.
117. Friedrich Ancillon, *Ueber den Geist der Staatsverfassungen un dessen Einfluss auf die Gesetzgebung...*, *op. cit.*, p. 16; asimismo, Georg Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte...*, *op. cit.*, pp. 28 ss.
118. Georg Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte...*, *op. cit.*, p. 85, asimismo, pp. 94 ss. y 114 ss.

públicos, es decir, la libertad quedó cercenada de su sustrato político y sociológico.

Sobre la base de este desarrollo a fines del siglo XIX, el positivismo legal, propio del parlamentarismo liberal, que se caracterizó por “el aislamiento de la Teoría del Estado de la filosofía, historia y sociología (I.) y la aplicación de una lógica formal en el tratamiento del Derecho estatal (II.). De ambas premisas se desprenden nuevos planteamientos para la teoría de la ley y el poder del legislador (III.)”¹¹⁹. En ese sentido, el pensamiento jurídico de Laband fue fiel representación del positivismo legal del periodo de gobierno del canciller Bismarck del Imperio alemán, de 1863 a 1890, en la medida que se sirvió de la distinción entre la ley en sentido material y la ley en sentido formal, para argumentar la aprobación por el Parlamento del presupuesto militarista del Canciller de Hierro, en tanto la ley era la expresión de la voluntad del Estado, sin valorar su contenido; no obstante, el proyecto de ley fue finalmente rechazado¹²⁰.

En tal entendido, Laband planteó asépticamente que “la ley en un sentido material significa la disposición normativa de una obligación jurídica”¹²¹; mientras que la ley en sentido formal no es cualquier declaración de voluntad del Estado, sino aquella que cumple con “la forma de dación de la ley como documento público”¹²²; de donde se desprende que la validez de la ley material quedó a condición de su validez como ley formal. Por ello, la separación entre la norma y la realidad, antes que un problema o errónea concepción de la ciencia jurídica, se convertirá en el elemento clave que la caracteriza como una ciencia autónoma de la filosofía, política o la sociología.

Este positivismo jurídico de Laband influyó al Derecho público francés —Carré de Malberg, Lambert, Gény, Duguit—¹²³, pero también estuvo influenciado por el modelo jurídico de la pandectística, en la medida que se

119. Ernst-Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt...*, op. cit., p. 211.

120. Paul Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preuß. Verfassungs-Urkunde, unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, (Berlín, 1871), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1971, pp. 1-11 y 19-23.

121. Paul Laband, *Deutsches Reichstaatsrecht*, (1878), Aalen, Scientia Verlag, 1969, pp. 114; asimismo, desde una perspectiva de la Administración, Georg Mayer, *Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsemats* (1881), en *Grünhuts Zs*, tomo 8, pp. 15 ss.

122. Paul Laband, *Deutsches Reichstaatsrecht...*, op. cit., p. 116; asimismo, Ernst-Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt...*, op. cit., pp. 229-242.

123. Raymond Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'État...*, op. cit., Preliminar y capítulo I; en general revisar, P. M. Gaudamet, *Paul Laband et la doctrine française de Droit Public*, en *RDP*, tomo 105-2, 1989, pp. 958-979.

caracterizó por la búsqueda de un sistema jurídico propio del Derecho público, a partir del método jurídico y del planteamiento de instituciones jurídicas basadas en las relaciones jurídico-públicas. Como dejaría expresado el jurista del Imperio –*Kronjurist*–, en su análisis de la Constitución Imperial del Reich del 16 de abril de 1871¹²⁴. Sin embargo, según la crítica de Gierke, la obra de Laband supuso en la práctica la utilización del método jurídico formal y el uso de instituciones del Derecho privado, del cual pretendía distanciarse¹²⁵.

Desde una perspectiva del Derecho basada en la sociedad, Haenel también formuló una rotunda crítica al positivismo normativista de Jellinek y Laband, en tanto se basaron en la idea del Estado, el principio de legalidad y de los derechos como conceptos formales; que negaban sus orígenes históricos en el Derecho natural y los valores culturales¹²⁶. En este último sentido, desde una perspectiva antiformalista de la Filosofía del Derecho, Dilthey postuló el método de las ciencias del espíritu “*Geisteswissenschaften*”, donde el Derecho ocupa un rol de mediación de las esferas de poder de los individuos, en sus relaciones con las demás voluntades y las cosas, dentro de un sistema de cultura¹²⁷.

A fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, no obstante la *belle époque* del Estado de Derecho burgués –representado en el parlamentarismo monárquico–, la reflexión jurídico-política sobre el Estado y el Derecho, incorporó junto a la idea del orden y progreso el concepto de lucha en el Derecho, es decir la vinculación del Derecho a la vida social, postulado por el movimiento de creación libre del Derecho –*Freirechtsbewegung*–¹²⁸. De esta manera, se buscó incorporar al Derecho las lentas y progresivas transformaciones socia-

124. Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, tomo 1, Scientia Verlag, 1964, pp. 114-142.

125. Otto von Gierke, *Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, pp. 26 ss. y 76 ss.; asimismo, sobre las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho privado, revisar, Heinrich Zoepfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts...*, op. cit., pp. 33-34.

126. Albert Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, tomo II, 2: *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Verlag von H. Haessel, Leipzig, 1888, pp. 116 ss., 141 ss. y 235 ss.

127. Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften, versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft un der Geschichte*, (1883), primer tomo, Leipzig-Berlin, Verlag von Teubner, 1922, pp. 52-58.

128. Gnaeus Flavius (seudónimo de Hermann Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Universitäts-buchhandlung, Heidelberg, 1906, pp. 10 ss. y 48 ss.; Freiherr Marschall von Bieberstein, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, Akademische Rede zum Gedächtnis der Reichsgründung gehalten am 17. Januar 1925 in der Aula der Albert Ludwigs-Universität, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1927, pp. 1-21.

les y económicas del Estado liberal, promovidos tanto por los movimientos sociales de trabajadores, sufragistas y pacifistas como por las consecuencias de las contradicciones ínsitas del parlamentarismo burgués en beneficio del Gobierno, ávido de nuevas competencias administrativas y presupuestales, para afrontar algunas demandas públicas de la modernización y socialización del Estado de Derecho¹²⁹.

En ese sentido, el Derecho Constitucional se vio impregnado de cierto antiformalismo y antiabstracción de la ciencia jurídica¹³⁰, que se puso en evidencia en la modernización política, moral y social de los nuevos derechos como el sufragio, así como en la aparición de los derechos sociales y económicos, dando lugar al establecimiento autónomo del Derecho Constitucional, al reforzamiento del Derecho Administrativo y a la aparición del Derecho del Trabajo. En adelante, “el contenido de las normas, en el cual los derechos políticos y civiles deben garantizarse, toma en la moderna Teoría del Estado, el nombre especial de Derecho Constitucional”¹³¹.

La reducción del Derecho a la ley, en tanto norma de eficacia operativa, durante el comienzo del siglo XIX fue materia de permanente controversia—dentro y fuera de la ciencia jurídica—entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural¹³². Sin embargo, si la premisa positivista según la cual “lo que no se puede realizar, no es Derecho; por el contrario, lo que cumple esa función es Derecho”¹³³, la llevamos a confrontar con el propio orden jurídico del Estado liberal. Se puede decir que la ineficacia del Derecho positivo, para realizar el propio programa liberal que le dio origen, encuentra explicación en sus propios límites formal-normativistas, en su forma artificial de entender el Derecho, lo que le hizo ser incapaz de poder afrontar los nuevos desafíos sociales que le planteaban los cambios sociales de inicios del siglo XX, debido a la crisis de legitimidad del positivismo jurídico del Estado de Derecho, que puso en evidencia la confrontación entre la norma jurídica y la realidad social.

La legitimidad es un concepto que usualmente es visto como una categoría propia de los tipos ideales de autoridad: tradicional, carismática y

129. Ludwig Gumplowicz, *Allgemeine Staatslehre* (Innsbruck 1907), Aalen, Scientia Verlag, 1972, pp. 27-41 y 90-94.

130. Hermann Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen, Vanenhoeck & Ruprecht, 1963, pp. 19 ss.

131. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 391.

132. Freiherr Marschall von Bieberstein, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze...*, *op. cit.*, pp. 31-41.

133. Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts...*, *op. cit.*, p. 49.

racional-formal¹³⁴. Sin embargo, la legitimidad no puede ser sostenida en la creencia abstracta en la autoridad, sino que la legitimidad aparece estrechamente vinculada a las tensiones propias de la realidad social, política y económica que explican la crisis del Estado liberal de Derecho, encubierta por el positivismo jurídico formalista, basado en la ley. Por ello, sólo a partir de que se concibe a la legitimidad constitucional como fuente de expresión de los reales procesos jurídicos, el estudio de la legalidad deja de ser una labor ociosa, que impide replantear correctamente e intentar resolver los graves problemas que aquejan al Estado de Derecho¹³⁵.

En ese sentido, la legitimidad constitucional es una prueba límite para el positivismo jurídico, dada su racionalidad formal y su ciencia empírico-analítica, que le hizo incapaz de analizar el fenómeno social que explicaba su propia existencia. Ello se debió a que la legitimidad constitucional liberal estuvo subsumida dentro de la legalidad constitucional, en razón a que el positivismo de inicios del siglo XIX mantuvo cierta correspondencia entre la estabilidad del pacto social de dominación y su expresión jurídica en el Estado de derecho. Dicho más claramente, el Estado de Derecho liberal burgués pudo ser consecuente con los principios que le dio origen, sólo en su primera hora histórica, cuando los valores de libertad y propiedad les sirvieron de base filosófica y jurídica, para establecer el ordenamiento jurídico constitucional de nuevo Estado democrático.

Pero cuando desde mediados del siglo XIX se produce de manera cíclica grandes transformaciones sociales, políticas y económicas, se quiebra el principio de legalidad como consecuencia de que las estructuras jurídico e institucionales del Estado liberal no respondían ni podían asumir a los nuevos fenómenos políticos y económicos, que terminaron mermando en unos casos y destruyen en otros los principios básicos del Estado de derecho, basados en los dogmas de la aplicación irrestricta de la ley por el juez y el carácter formal y avalorativo de la ciencia jurídica y el derecho¹³⁶.

-
134. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, en *Grundriss der Sozialökonomik*, Parte III, tomo 1, 1925, Tübingen, J.C.B. Mohr, pp. 122-176; asimismo, del autor *Rechtssoziologie* (editores H. Maus u. F. Fürstenberg), Luchterland, 1967, pp. 238 ss., 261 ss. y 329 ss.
135. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 803; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional*, en *La crisis del Estado y Europa (Actas del Congreso sobre La Crisis del Estado y Europa, celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco, en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)*, HAEE / IVAP, Oñati, 1988, pp. 147-173.
136. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 914 y ss; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 207 ss.

Sin embargo, ante la progresiva incorporación de la cuestión social o política en el Derecho, se produce una respuesta total y reactiva en la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional, a través de la radicalización de las tesis iuspositivistas, transformándose en una teoría pura del Derecho de la Escuela de Viena, caracterizada por Hans Kelsen. Teoría que verá sus límites en la crítica de Smend, Heller y Schmitt, así como en su desarrollo jurídico y la realidad política y social, como se presenta a continuación.

3 POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

La crisis del positivismo jurídico a fines del siglo XIX, también significó su renacimiento en las primeras décadas del siglo XX, la misma que estuvo acompañada de un profundo y largo debate acerca de la «crisis de fin de siglo» de las ciencias jurídico-sociales¹³⁷ y de las instituciones políticas¹³⁸, así como de la revisión absoluta de la Teoría del Estado y de la Ciencia Jurídica, desde diversos presupuestos gnoseológicos, pero que finalmente se impondrán los de carácter exclusivamente jurídicos. El renacimiento de la doctrina del derecho positivo, la confrontación con las teorías jurídico sociales y políticas, así como el debate entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo encontró, en la realidad política de la primera mitad del siglo XX, la prueba aparentemente final de sus postulados. Proceso teórico y real que adquirió forma y sentido, por primera vez, con el desarrollo de la teoría de la Constitución. En ese sentido, a continuación se da cuenta de este proceso.

-
137. Wendell Holmes, *The Path of the Law*, en *HLR*, Vol. X, 1896-1897, Mass., 1897, pp. 457-478, donde planteó las bases del realismo jurídico norteamericano; Vittorio Orlando, *Diritto Pubblico Generale. Scritti Varii (1881-1940)*, Milano, Giuffrè editore, 1940, pp. 3-22, donde postuló ya en 1889 la reconstrucción jurídica del Derecho Público; Maurice Deslandres, *La crise de la Science Politique*, en *RDP*, tomo XIII, 1900, pp. 435 ss., donde puso de relevancia los límites del método jurídico en la ciencia política; Hermann Heller, *Die Krisis der Staatslehre* (1926), en *Gesammelte Schriften*, tomo 2 *Recht, Saat, Macht*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1971, pp. 5-30, donde a partir del impacto de la realidad de los movimientos revolucionarios, criticó el positivismo a-político y a-social del Estado liberal,
138. Vittorio Orlando, *Du Fondement juridique de la Représentation Politique*, en *RDP*, tomo III, 1895, pp. 1-39, donde replantea las relaciones entre el elector y el elegido; Henry Michelet, *L'idée de L'État essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution* (1898), Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 58 ss., donde plantea el sentimiento de crisis de la época; Adolfo Posada, *La crisis del constitucionalismo*, Madrid, 1925, pp. 15 ss., y; Joseph Barthélemy, *La crise de la démocratie représentative*, en *RDP*, tomo LV, 1928, pp. 584-667.

3.1 Teoría pura del Derecho

En la búsqueda por limpiar al derecho de las impurezas con que la doctrina jurídica positivista había trabajado durante el siglo XIX, Kelsen plantea una teoría pura del derecho, alejando del derecho a la naturaleza, la moral, el derecho natural, así como superando el dualismo entre derecho subjetivo y derecho objetivo por ideológico, hasta llegar a identificar la teoría del Estado con la teoría del Derecho¹³⁹. En ese sentido, “con el nombre de positivismo *jurídico* se entiende aquella teoría jurídica que únicamente concibe como *Derecho* al derecho positivo y no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que en el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de derecho, particularmente al llamado derecho natural”¹⁴⁰.

En efecto, el positivismo jurídico aparta la moral del Derecho; a partir de sostener un relativismo científico, que niega la posibilidad del conocimiento de lo absoluto: la verdad, la justicia son relativas. En ese sentido, Kelsen concluye con estas palabras su trabajo sobre la justicia: “yo he iniciado esta disertación con la pregunta: ¿Qué es la justicia? Ahora, al final, estoy muy conciente que esa pregunta no tiene respuesta”¹⁴¹. Alcanzar una definición sustantiva o material de la misma no es posible a juicio de Kelsen, en la medida que no hay un solo ideal de justicia, sino muchos ideales de justicia que pueden llegar a diversos o a contradictorios resultados; en ese sentido, “el Derecho es el testimonio y garantía exterior de nuestra moral de vida”¹⁴².

En ese sentido, la moral sustantiva propia del Derecho Natural queda extinguida o fuera del ámbito del Derecho formal, por cuanto “la diferencia entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, es de fundamentación de su validez o, que es lo mismo, de principios de validez, que en el caso del Derecho Natural es *materielle* y en el caso del Derecho Positivo es *formelle*”¹⁴³.

139. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1934, pp. 19 ss., 39 ss. y 115 ss.; hay una versión local, *Introducción a la teoría pura del derecho*, edición autorizada del Hans Kelsen - Institut (Viena), Lima, 1993.

140. Hans Kelsen, *Was ist Juristischer Positivismus?*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, tomo 1, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Austria, Europa Verlag Wien, 1968, p. 941.

141. Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien, Franz Deuticke, 1975, p. 43.

142. Wendell Holmes, *The Path of the Law*, en *HLR*, Vol. X, 1896-1897, Mass., 1897, p. 459; sobre la versión neokantiana de la fundamentación ética en la ley en el cambio de siglo XIX-XX, revisar: Theodor Litt, *Ethik der Neuzeit*, s/l, 1926, pp. 157 ss.

143. Hans Kelsen, *Naturrecht und positives Recht*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, *op. cit.*, tomo 1, p. 215; la doctrina analítica del Derechos ha desarrollado esta radical

Ahora, la validez general del Derecho esta *condicionada* no sólo a la validez de la norma estatuida, sino también a la eficacia de la misma. Lo cual no significa que el *fundamento* de la validez de una norma esté en los hechos, sino en otra norma superior que regula su formación o pre-establece su contenido, en un orden jurídico escalonado.

La Constitución es la norma suprema que se encuentra en el vértice, o, dicho en otras palabras, es la base que fundamenta todo el ordenamiento jurídico, en tanto con ella se establece el procedimiento y se definen los organismos encargados de aprobar las normas. Pero, a su vez, la Constitución está justificada por la norma hipotética fundamental «*Grundnorm*»¹⁴⁴, que es sólo “un recurso que debe terminar con la primera constitución histórica, la misma que no puede remontarse a otra anterior”¹⁴⁵. La norma hipotética fundamental, es pues, una formulación necesaria establecida para la justificación última del Derecho positivo y que tiene un claro contenido absoluto en la “fuerza normativa de los hechos”, de quienes detentan las relaciones de poder del Estado.

En la medida que la consecuencia esencial del positivismo jurídico consiste en la separación del derecho de la moral, el Estado no obstante ser el producto de un orden colectivo de vida humana, va a ser concebido antes que nada como un orden jurídico y abstracto. Desde esta perspectiva estatalista, las voluntades particulares de los hombres quedan sumidos en la voluntad del Estado, como reglas de derecho coactivas. Como el Estado es la personificación total del Derecho, el poder de las autoridades estatales en sus relaciones con los ciudadanos se basa en el orden jurídico válidamente establecido, en consecuencia, la protección de los derechos subjetivos de las personas queda supeditada al previo reconocimiento de dichos derechos y libertades por las normas jurídicas¹⁴⁶.

La creación jurídica es un proceso que se produce de acuerdo a la teoría de la representación, mediante el acto legislativo y jurisdiccional como etapas abstracta y concreta del proceso normativo, respectivamente. Sin embargo, la ley no puede quebrantar la Constitución, tanto en su forma como en su contenido, de lo contrario, debe pasar el examen de constitucionalidad que lleve a cabo el Tribunal Constitucional. Con lo cual, la identidad del Estado

distinción, entre lo que es y lo que tiene que ser, ver Herbert L.A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, en *HLR*, Vol. 71, 1957-1858, pp. 593-629.

144. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, *op. cit.*, pp. 62 ss.

145. Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, en *Die Wiener Rechts-theoretische Schule...*, tomo 1, pp. 286 ss.

146. Hans Kelsen, *Allgemeine Saatslehre*, Berlin, Springer, 1925, pp. 150-160.

y del Derecho, llevada a su máxima expresión racional, se manifiesta en el organismo jurisdiccional autónomo, que se encargue de la defensa de la Constitución¹⁴⁷.

El ejercicio de la jurisdicción constitucional es una tarea del Tribunal Constitucional que requiere interpretar la Constitución, para verificar la conformidad o no de la ley con el texto formal y sustantivo de la norma suprema. La interpretación no es una exclusiva función jurisprudencial, sino que el legislador en la elaboración de la ley necesita también interpretar la Constitución. Así tenemos, entonces que mientras la interpretación en manos de los jueces es una tarea jurídica, la interpretación de los legisladores es política¹⁴⁸.

En tal entendido, la interpretación como quehacer jurídico utiliza el método jurídico que es lógico-formal por excelencia, mediante el cual se busca conocer el deber ser de la norma “*Sollen*” y no el ser de la norma “*Sein*”, que es objetivo del método sociológico, a través de consideraciones históricas, psicológicas, materiales¹⁴⁹. O dicho de otro modo, el Derecho positivo puede ser observado desde diferentes ciencias y métodos como la sociología, cuando se analiza la eficacia de la norma; la filosofía, cuando se interesa por la moral normativa; y la jurisprudencia, cuando se considera al Derecho formal¹⁵⁰.

La aparición de la teoría pura del Derecho, no fue la única respuesta a la crisis del Estado de Derecho del novecientos, aunque sí tuvo una repercusión como ninguna otra teoría, debido a que actuó como ideología jurídica, que justificó y desarrolló la concepción del Estado de Derecho como obediencia absoluta a la ley, que no es otra que la manifestación de la voluntad de la autoridad. En este sentido, el positivismo jurídico sintetizó en la ley durante el Estado liberal, como en la Constitución durante el nacimiento y desarrollo del Estado social, el quehacer político, social y económico de la vida

147. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en RDP, 1928, art. cit., pp. 197-257; del mismo autor, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 2, pp. 1813-1871; asimismo, Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche...*, op. cit., pp. 82 ss.

148. Adolf Merkl, *Zum Interpretationsproblem*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 1, pp. 1059-1077; asimismo, Hans Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 2, pp. 1363-1373.

149. Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, op. cit., tomo 1, pp. 3-36.

150. Alfred Verdross, *Zur Klärung des Rechtsbegriffes*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, op. cit., tomo 1, pp. 509-514.

política de la comunidad. Pero, también encontró diversas respuestas jurídicas que se pueden sintetizar en las teorías jurídico-políticas, de Smend, Heller y Schmitt.

32 Teorías jurídico-políticas

Con el inicio del constitucionalismo social, con la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de la República del Weimar de 1919 y la Constitución de la Rusia bolchevique de 1921, se produce un súbito desarrollo de ideas político-jurídicas críticas y contrarias al Estado liberal de Derecho, que se sintetiza en la abundante producción intelectual —no sólo jurídica, sino también filosófica, científica, cultural y artística—, y en el dramático final de la República de Weimar, en tanto se produce un proceso de decantamiento político y real, entre las fuerzas conservadoras que se alinearon en favor del fascismo emergente y triunfante, y las fuerzas que promovían en forma democrática, la transformación política y social¹⁵¹.

Sin perjuicio de los comentarios exegéticos¹⁵² y a las reflexiones críticas en torno a la Constitución de Weimar¹⁵³, el debate en el campo del Derecho político, se desarrolló alrededor de la teoría pura del derecho de Kelsen, la teoría de la integración de Smend y la teoría política de Schmitt, entre otras¹⁵⁴. Así, para Smend, lo propio de la naturaleza humana es que su configuración y perfeccionamiento, sólo se puede realizar a través del espíritu humano, que tiene una estructura necesariamente social. En este entendido, postula una idea de Constitución como un *proceso de integración* personal, funcional y material que constituye un continuo de renovación y plenitud, que abarca los distintos ámbitos sociales y da sentido a la vida. Aquí, Smend refleja la impronta intelectual de Hüusserl y de Litt, quien cerró el círculo del hombre y su comunidad, mediante la unidad en torno a la persona humana y a su existencia social¹⁵⁵.

151. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend... op. cit.*, pp. 193 ss.
152. Gerhard Anschütz y Richard Thoma (editores), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pp. 95 ss.
153. Rudolf Smend, *Zum Verfassungsrecht der Weimarer Republik*, en *Gesammelte Schriften*, tomo 2 *Recht, Staat, Macht.*, op. cit., pp. 281 ss.; así como, Carl Schmitt, *Legatitüt und Legitimität*, (1932), Berlin, Duncker & Humblot, pp. 40 ss.
154. Adolfo Posada, *El régimen constitucional...*, op. cit., pp. 47 ss.; Fritz Fleiner, *Einzelrecht und öffentliches Interesse*, en *Staatrechtlichen Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum Fünfzigsten Jahrestage der Doktorpromotion*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1925, pp. 3-39.
155. Theodor Litt, *Individuum und Gemeinschaft, Grundlage der Kulturphilosophie*, Berlin, Verlag Teubner, tercera edición, 1926, pp. 379 ss.

En adelante, “el Derecho no podrá ser interpretado sin tomar en consideración a la política”¹⁵⁶, marco de referencia en el cual los derechos fundamentales cumplirán un rol reivindicador en tanto se reconozcan en el carácter político de la Constitución, aunque no de manera absoluta. Por eso, Smend señalará que “una intervención jurídica del Estado no implica necesariamente que se produzca una cohesión más fuerte entre los que forman parte del Estado, en cuanto conjunción de voluntades. Cuando esta ampliación es rechazada por algún sector del pueblo, puede llegar incluso a operar desintegradoramente”¹⁵⁷, debido a que el Estado existe únicamente a partir del proceso de auto-integración cultural y popular de los individuos, que se expresa en los derechos fundamentales.

Heller, desde una perspectiva de la ciencia política, postula una visión teórica y práctica del Estado y de la Constitución, incorporando el derecho, la sociedad, la economía así como la opinión pública, los partidos políticos y las clases sociales al quehacer de la política. En este sentido, utiliza un método sociológico-político que se desvincula del idealismo objetivo de las ciencias del espíritu, aunque no descuida darles un lugar en el desarrollo de sus tesis. Así, el Estado y la Constitución son formalizaciones concretas del poder, como señalaría Lassalle, pero con un carácter dinámico, abierto y cambiante, que hace de la *normatividad* y de la *normalidad*, es decir del deber ser y del ser constitucional, una unidad en transformación que legitima a la Constitución¹⁵⁸.

Schmitt, por su lado, parte de un concepto antropológico de la política: la lucha permanente entre amigo y enemigo “*Freund und Feind*”, no en un sentido metafórico o simbólico, sino concreto y real. Más aún, toda contradicción en materia religiosa, moral, económica, étnica o de cualquier otra naturaleza, se transforma en un conflicto político, que agrupa, por un lado y por otro a amigos y enemigos. Este postulado, llevado a los extremos del conflicto puede desencadenar una guerra o revolución, donde la neutralidad en sus

156. Heinrich Triepel, *Staatsrechts und Politik*, Verlags-Aktiengesellschaft, Berlin, 1926, p. 37; con menos contundencia ver Vittorio Orlando, *Diritto Pubblico Generale. Scritti Varii (1881-1940)*..., op. cit., pp. 67-72.

157. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 51; asimismo, revisar el sugestivo trabajo de Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar; la teoría constitucional de Rudolf Smend*... op. cit., pp. 51 ss.

158. Hermann Heller, *Staatslehre*, (1934), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pp. 281-293; para una perspectiva pesimista de la democracia capitalista, revisar a Harold Laski, *Democracy in Crisis*, London, Allen & Unwin, 1933, pp. 147 ss. y 233 ss.

diferentes manifestaciones, como la técnica, sólo sirven como instrumento de la guerra¹⁵⁹.

Esta concepción de la política de Schmitt se refleja en sus tesis decisionistas, tanto en su teoría de la Constitución, donde sostiene una idea política de Constitución como la *decisión* sobre la forma y el modo de la unidad política de un pueblo¹⁶⁰; como en su teoría de la soberanía, según la cual el dualismo entre poder y derecho se encarna en la figura del soberano, quien tiene el poder —la *auctoritas* y la *potestas*— para declarar el estado de emergencia¹⁶¹. Tesis propias de un positivismo decisionista que años más tarde las radicalizaría, siguiendo su concepción política del amigo-enemigo, personalizándolas en Hitler como protector del Derecho del pueblo alemán, que supuso volver trágicamente a la vieja tesis absolutista hobbesiana de *auctoritas, non veritas, facit legem*¹⁶².

La fácil destrucción del Estado de Derecho durante el nazi-fascismo europeo, dada su falta de legitimidad, no por su origen sino por sus resultados, supuso, por otro lado, el establecimiento del Estado totalitario sobre la base de la inversión de dos principios básicos del Estado liberal: la violación de los derechos humanos, que se simboliza en el *Holocausto* judío, y la concentración del poder en el *caudillo* y la cúpula militar, que hizo del Parlamento y, sobre todo, del Poder Judicial, simples ecos de la dictadura¹⁶³.

Derrotado el nazi-fascismo en Europa, es del caso señalar que el proceso de reconstrucción del Estado de Derecho de la postguerra estuvo inmerso en el conflicto ideológico de la “*guerra fría*” entre los dos grandes sistemas —capitalista y socialista—, que salieron vencedores de la segunda guerra

159. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1932, pp. 13 ss., 25 ss. y 77ss.

160. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, pp. 87 ss.

161. Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 11-22; asimismo, del autor, *Konstruktive Verfassungsprobleme*, s/f, s/l, Als Manuskript gedruckt, pp. 7 y ss, conferencia ante la asamblea general de la asociación para la defensa de los intereses de la industria química alemana, del 4 de noviembre de 1932, donde critica los fundamentos de la Constitución de Weimar y plantea la idea del Estado total.

162. Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, (1934), en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939...*, *op. cit.*, pp. 199 ss.; asimismo, Otto Koellreutter, *Vom Sinn und Wesen der Nationalen Revolution*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1933, pp. 7-35; Fritz Poetzsch, *Vom Deutsche Staatsleben*, *JÖR*, tomo 22, 1935, pp. 5 y ss, y; Arnold Köttgen, *Vom Deutsche Staatsleben*, *JÖR*, tomo 24, 1937, pp. 49 ss.

163. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Verlag der Süddeutschen Juriszeitung, Heidelberg, 1946, pp. 18 ss.; Bernard Asbrock, *Die Justiz und ihre NS-Vergangenheit*, en Hans Böttcher (editor), *Recht Justiz Kritik*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 97 ss.

mundial. Abriéndose a partir de entonces una tensión ideológica de carácter universal, que afirmó la identidad de los valores económicos y políticos de cada modelo en todos los ámbitos del quehacer humano, incluso el jurídico. En ese escenario, se produce en el mundo jurídico occidental un ardoroso debate, entre el positivismo y el iusnaturalismo renovados.

En esa tensión se plantea la revalorización e incluso convergencia de ambos modelos jurídicos, en base a dos concepciones: la primera, la democracia liberal como defensa de los derechos fundamentales de la persona –libertad e igualdad–, así como la limitación y control del poder de la autoridad, y, la segunda, el fomento de una economía social de mercado. Estos principios político-jurídico constituirán los cimientos básicos del nuevo orden liberal mundial y nacional de la postguerra, sobre los cuales los vigentes modelos constitucionales asientan a sus Estados y en consecuencia pueden ser evaluados¹⁶⁴.

33 Iusnaturalismo versus iuspositivismo

Durante la etapa de la reconstrucción del Estado democrático de la postguerra, se reabrió el debate entorno a la crisis del relativismo político y del derecho positivo, establecido en el periodo de entreguerras. Al respecto, existió consenso sobre que “la Constitución como norma jurídica fundamental del Estado se encuentra hoy en los Estados occidentales en una crisis radical [...]. Es más bien una crisis del pensamiento constitucional. Ahí radica nuestra inquietante situación: la idea de la Constitución esta cuestionada y su finalidad es una pregunta planteada”¹⁶⁵. En ese sentido, se partió de reconocer el peligroso carácter neutral y avalorativo del Estado de Derecho –liberal o social–; en tanto fue el paso previo, por donde se abrió camino el Estado totalitario, debido al relativismo moral y a la neutralidad ética del Estado de derecho. Aunque, para Kelsen, “desde el punto de vista de la Ciencia jurídica, el Derecho bajo el dominio nazi es *Derecho*. Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que fue Derecho”¹⁶⁶.

164. Yves R. Simon, *Philosophische Grundlagen der Demokratie*, Mersenheim am Glan, Verlag A. Hain, 1956, pp. 11 ss., 63 ss., y 173 ss.; asimismo, Erich Preiser, *Die soziale Problematik der Markwissenschaft*, München, Isar Verlag, 1951, pp. 5-25.

165. Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates...*, op. cit., p. 9.; asimismo, Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, pp. 264 y ss, para quien la crisis del moderno iusnaturalismo encuentra su raíz en el propio pensamiento ilustrado del siglo XVIII.

166. Franz-Martin Schmölz (editor), *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Wien, Springer-Verlag, 1963, p. 148; en este trabajo se reúnen las ponencias y el debate que sostuvieron máximos representantes del positivismo como Kelsen o Verdross con iusnaturalistas como Del Vecchio o Marcic, sobre el Derecho natural.

Si bien reconocer una realidad no significaba aceptarla, más aún, Kelsen, como muchos otros demócratas, tuvo que refugiarse en Estados Unidos durante la dictadura nazi, en cambio, no se puede desconocer que las fuerzas totalitarias para llegar al poder usaron primero las asépticas reglas del positivismo jurídico del Estado de Derecho, para luego desmontar los valores liberales implícitos de libertad y limitación al poder; lo cual no hace al positivismo responsable directo del uso de su doctrina, pero sí indirecto, "porque el intelectual al operar en el orden social con ideas es de ellas de quienes debe responder en el orden social"¹⁶⁷. En ese sentido, asumir una postura *científica* es la mejor manera de soslayar el compromiso con la política democrática concreta, convirtiendo la técnica del Derecho en una ideología al servicio del poder¹⁶⁸. Por eso, en una democracia relativista sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa, que es distinto a una Constitución abierta¹⁶⁹, se crean las condiciones necesarias para que en situaciones de crisis, mediante la legalidad de la emergencia, las voluntades autoritarias se abran paso hacia un sistema dictatorial, usando la Constitución como un instrumento más del poder total¹⁷⁰.

En ese sentido, en el periodo de reconstrucción alemana del Estado democrático, quedará consabido en el consenso constitucional democrático que, como señaló Radbruch, "el positivismo en los hechos, con su convicción de que *la ley es la ley*, hizo que los juristas alemanes perdiesen valor contra las leyes arbitrarias y violadoras. Por eso, el positivismo no cuenta en absoluto con la posición apropiada, para fundar la fuerza de su autoridad en la ley. Cree que la validez de las leyes se tiene resuelta con la obsesión de la imposición del poder"¹⁷¹. También se ha señalado al nazismo como responsa-

167. Pedro de Vega, *Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual*, en el compendio de ensayos del autor *Escritos políticos constitucionales*, México, UNAM, 1987, p. 93.

168. Jürgen Habermas, *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1971, pp. 48 ss. y 120 ss.

169. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten...*, op. cit., pp. 121 ss. y 151 ss.; Roland Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers ans Bestimmtheitserfordernisse*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, pp. 47 ss.

170. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend...*, op. cit., pp. 244 ss.

171. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht...*, op. cit., p. 14; asimismo, del autor, *Erneuerung. Des Rechts*, en *Rechtsphilosophie III*, compilado por W. Hassemer, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, pp. 80-82; asimismo, Werner Käge, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates...*, op. cit., pp. 18 ss.

ble político, por oposición, del modelo democrático fuerte en la República Federal de Alemania¹⁷².

En ese sentido, el restablecimiento del Estado de Derecho en la postguerra, estuvo impregnado de un aura iusnaturalista¹⁷³, caracterizado, por un lado, por otorgar a la Constitución un carácter de norma política y jurídica supremas e inviolables, en cuanto limitación y racionalización del poder y fortalecimiento del proceso político libre y vivo¹⁷⁴, como en interpretar la Constitución como ordenación jurídica fundamental del Estado. Por otro lado, así como refundarse no sólo en los principios de la legalidad y sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de Derecho, como quedó consagrado en el paradigmático caso de la Constitución de Alemania –Ley Fundamental del Bonn de 1949–¹⁷⁵.

La Constitución y el sistema legal, en adelante, serán los instrumentos de protección de los derechos fundamentales de las personas, así como de limitación y control del poder. La revalorización de la persona humana y sus derechos, supuso también la subordinación de la ley a los principios y valores del nuevo Estado de Derecho expresados en la Constitución. En tal sentido, Krüger señalaría con acierto, en la postguerra, que hasta ese entonces los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, mientras que en adelante la ley sólo era válida en el marco de los derechos fundamentales¹⁷⁶.

La universalización de los derechos fundamentales en el orden político nacional, mediante la incorporación de la tutela de los derechos humanos en las constituciones de la postguerra, la aprobación de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas y regionales, como también en la eficacia de su protección en los juicios de Nuremberg contra los exjercarcas nazis, supuso el uso de normas de “*jus cogen*” para el restablecimiento de una cultura de

172. Gerd Roelleck, *Der Nationalsozialismus als Politisches Layout der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, 28, 1989, pp. 505 ss.

173. René Marcic, *Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung*, en René Marcic e Ilmar Tammelo, *Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung und die Grundprobleme*, Frankfurt, Verlag Peter Lang, 1989, pp. 219-243.

174. Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, (1953), en el compendio del autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik* (editor P. Häberle), Germany, Athenäum Verlag, 1981, pp. 91 ss.

175. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, *op. cit.*, pp. 58 ss. y 83 ss.

176. Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1950, p. 12.

vida civilizada, es decir, el eterno retorno a los derechos naturales del hombre imprescriptibles e inalienables¹⁷⁷.

Sin embargo, la positivización de los derechos naturales del hombre, les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las Constituciones¹⁷⁸, presentándose un nuevo dilema sobre el grado de vigencia de los derechos económicos y sociales incorporados en los diferentes textos jurídicos. Si bien la Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo, en cambio, sí supuso otorgarles validez y reconocimiento, como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares "*Der Drittwirkung der Grundrechte*" completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social, para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Lo cual supuso, en términos concretos, plantear, no sin conflictos límites la unidad del Derecho positivo y del Derecho natural¹⁷⁹.

Así, pues, en términos generales, en la primera década de la postguerra, se atravesará una crisis de refundación del Estado de Derecho, que se pondrá en evidencia, en el debate político y jurídico, en torno a los problemas fundamentales de la reconstrucción social de Europa. Así, por un lado, la propia noción de la democracia pluralista del periodo de la postguerra, que fue coto de los partidos políticos, será puesta en cuestión en tanto que, por entonces, se reeditaba lo que se llamó la dictadura de la mayoría parlamentaria, en detrimento de las minorías políticas¹⁸⁰, lo cual ponía en peligro de convertir a la división del poder en una formalidad, de los partidos y los grupos de presión¹⁸¹.

177. Felice Battaglia, *Teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, 1966, pp. 175 ss.; asimismo, Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 65 ss. y 125 ss.

178. Werner Käge, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, op. cit., pp. 39 ss.; asimismo, Wolfgang Schluchter, *Individuelle Freiheit und soziale Bindung. Vom Nutzen und Nachteil der Institutionen für den Menschen*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1994, pp. 1-26.

179. Felix Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, I, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 249 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, volumen I, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 391 ss.

180. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 15 ss.

181. Max Imboden, *Gewaltentrennung als Grundproblem unsere Zeit*, en *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates* (Hrg. M. Imboden), Wien, Verlag Herder, 1965, pp. 46 ss.

En tal sentido, se postulará la armonización del concepto ideal y práctico de la democracia con él de la Constitución¹⁸²; la integración soberana del pueblo “*Herrschaft des Volkes*” en los asuntos de interés público¹⁸³, o la superación de la antítesis de la legalidad y la legitimidad, en períodos de estabilidad, mediante la justicia social, es decir, incorporando elementos axiológicos a la Teoría del Derecho y a la Teoría del Estado¹⁸⁴.

En el orden de la doctrina jurídica, se discutirá el propio *status* de la Constitución como un orden valorativo total, en la medida que pudiesen existir normas constitucionales que sean contrarias a los valores supremos positivizados en la Constitución, dada la distinción entre Constitución formal y Constitución material¹⁸⁵. En efecto, la Constitución material, siguiendo a Mortati, está identificada con las características esenciales del Estado, que no son elementos abstractos, sino las formas concretas de las relaciones sociales y el grado de unidad política. En tal entendido, “la función propia de la constitución originaria (*material*) puede representarse como la fuente suprema del ordenamiento; como fuente autónoma, que aún cuando no se incorpora en las fuentes positivizada, opera de modo inmediato y directo”¹⁸⁶.

Este periodo inicial de establecimiento del contemporáneo Estado de Derecho, también se vio compulsado por la crítica radical de Burdeau a la noción de Constitución imperante, por cuanto se presentaba como una armadura artificial e improvisada de la vida política y social, que soslayaba los desafíos reales del poder público y social, diluyendo la unidad y garantía del sistema jurídico. “Si esto continuase así, la Constitución reuniría a los ciudadanos en las tristes orillas donde vagan las ideas puras. Edificio racional

182. Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, op. cit., pp. 152 ss.; Ernst von Hippel, *Vom Wesen der Demokratie*, Verlag Herder, Schwippert Verlag, 1947, pp. 46 ss. y 59 ss.

183. Erich Kaufmann, *Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie*, Isar Verlag, München, 1950, pp. 5-28; asimismo, Friedrich Glum, *Krise der Demokratie?*, München, Isar Verlag, 1951, pp. 22 ss.

184. Hans Nawiasky, *Staatslehre*, Verlagsanstalt Benziger & Co. AG., Zürich, 1956, pp. 118-121; asimismo, del autor, *Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, AG Einsiedeln-Köln, Verlagsanstalt Benziger & Co., 1941, pp. 19 ss.

185. Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen. ?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht...*, op. cit., pp. 25 ss.

186. Costantino Mortati, *La Costituzione in senso Materiale*, reedición con un prefacio de Gustavo Zagrebelsky, Milano, Giuffrè editore, 1998, p. 121; asimismo, Burkhard Marthis, *Rechtspositivismus und Naturrecht. Eine Kritik der neukantianische Rechtslehre*, München, Verlag Schöningh, 1971, pp. 65 ss.

que elevado por la razón, no será más que un templo alegórico habitado por las sombras"¹⁸⁷.

4 NEOIUSNATURALISMO Y NEOPOSITIVISMO CONSTITUCIONAL

La redefinición e implementación del Estado democrático y social de Derecho, durante la postguerra fue materia de amplio debate político y jurídico, lo cual llevó en términos generales a profundas contradicciones sobre modelos alternativos de reflexión político-constitucional, entre los partidos cristiano-demócratas y los socialistas-comunistas, conflicto que estaba inmerso en el marco de la confrontación ideológica durante la guerra fría, como quedó evidenciado en la República Federal de Alemania. En efecto, en la redacción de la Ley Fundamental de Bonn,

no sólo fueron determinantes las imposiciones de las fuerzas de ocupación occidentales, las experiencias de la época de Weimar y el régimen de Hitler; así como una concepción jurídico-liberal del Estado, sino que también estuvo presente, sobre todo, el deseo de una delimitación clara frente al sistema político de la zona de ocupación soviética, a fin de evitar desde un principio por medios constitucionales una propagación del *movimiento de frente único* en la RFA¹⁸⁸.

En adelante, la refundación del Estado de Derecho, tendrá un componente democrático y constitucional; que constituirán las dos columnas básicas de la sociedad civil y sobre todo de la actuación del Estado. De allí que la implementación y desarrollo del modelo del Estado de la postguerra hayan estado marcados por la institucionalización del iusnaturalismo y del positivismo, en una renovada versión constitucional, que a continuación se esboza.

187. Georges Burdeau, *Une survivance: la notion de Constitution*, en *L'évolution du Droit Public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 62.

188. Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, CEC, 1991, p. 24, el frente único fue la estrategia de coalición gubernamental o parlamentaria de la postguerra de los partidos de izquierda; asimismo, Konrad Hesse, *Die Verfassungsentwicklung seit 1945*, en *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (editores E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, W. Heyde), Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1994, pp. 40 ss.; Peter Häberle, *Die europäischen Verfassungsrechtlichen Erfahrungen der Nachkriegszeit - das Beispiel Deutschland (1945/49 - 1996)*, *JÖR* 46, 1998, pp. 81 ss., y; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 24 ss.

4.1 Judicialización de los valores constitucionales

La afirmación de los nuevos principios del constitucionalismo de la postguerra, quedó simbolizada en la incorporación de los valores constitucionales de la libertad, a través de los principios de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes, el Estado de Derecho, la descentralización y la economía social de mercado, todos ellos como una fórmula de limitación y control del Estado¹⁸⁹. Ello se debió a la influencia de los contenidos axiológicos fundamentales de la renovada vida política, social y económica en la Constitución, de clara afirmación neoiusnaturalista¹⁹⁰. En tal sentido, Höpker-Aschoff, en su discurso inaugural del 28 de setiembre de 1951, como primer Presidente del TCF, señaló que “un hombre de Estado puede aplicar un programa político, pero no un juez. Nosotros sólo podremos prometer, que honraremos obligatoriamente el juramento prestado, más allá de palabras y escritos, que el Derecho será un manantial y la Justicia una poderosa corriente”¹⁹¹.

En tal sentido, la positivización de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales y económicos, en la Ley Fundamental de Bonn, así como el profundo desarrollo de los mismos por parte del Tribunal Constitucional, han caracterizado el desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana¹⁹². Ello ha sido así en virtud de la implementación y extensión del control constitucional a la función política¹⁹³, lo que supuso una comprensión material del Derecho Constitucional –*Verständnis des Verfassungsrechts*–, de los derechos fundamentales, el orden democrático y el principio

189. Ulrich Scheuner, *Die Kontrolle der Saatmacht im demokratischen Staat*, Hannover, Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, 1977, pp. 75 ss.; asimismo, del autor, *Der Nationalsozialismus als Politische Layout der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, tomo 28, 1989, pp. 505 ss.

190. Richard Bäumlín, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1954, pp. 54 ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, segunda parte, *op. cit.*, 55-121; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel...*, *op. cit.*, pp. 40 ss.; asimismo, Friedrich Darmstaedter, *Naturrecht und Positives Recht*, en *DRiZ*, Heft 7, 30. Jahrgang, 1952, pp. 109 ss.

191. Deutschland Bundesrepublik Bundesverfassungsgericht, *Das Bundesverfassungsgericht*, Zürich, Verlag Müller, 1963, p. 4; de esta manera el TCF nacía como una antítesis del positivismo y de la justicia nazi, ver: Kurt Oppler, *Justiz und Politik*, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Heft 10, 2. Jahrgang, Oktober, 1947, pp. 323-327.

192. Konrad Hesse, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JÖR* 46, 1998, pp. 1 ss.; asimismo, W. Hanel, *Die Bedeutung der Grundrechte in der Sozialen Rechtsstaat*, 1957.

193. Klaus Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Westdeutscher Verlag, 1980, pp. 12 ss.; asimismo, Karl Hinkel, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, MaximilianVerlag, 1984, pp. 18 ss.

del Estado social, a través del predominio de la eficacia social y valorativa de la norma constitucional, por sobre el método jurídico positivista.

En tal sentido, Weinkauff –otro antiguo Presidente del TCF– señaló que “en general el pensamiento del derecho natural ha influenciado en su contexto las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal”¹⁹⁴. Expresión de esta jurisprudencia de la ponderación e integración de los valores son las famosas sentencias *Lüth* y *Apotheke*, como posteriormente la del *numerus-clausus*, donde se establece el valor objetivo de los derechos fundamentales que irradia al Derecho en su conjunto, incluso al derecho privado¹⁹⁵; haciéndolos eficaces frente a terceros particulares “*Der Drittwirkung der Grundrechte*”¹⁹⁶.

El Tribunal Constitucional de Karlsruhe ha jugado un rol fundamental en la protección de los derechos fundamentales, mediante la interpretación, delimitación y fomento jurisprudencial de los derechos humanos, redescubriendo el contenido valorativo, institucional, funcional y social de los derechos fundamentales y la propia Constitución, a través de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la eficaz protección del Derecho¹⁹⁷. Sin embargo, un problema fundamental ha sido el exceso de demandas ciudadanas y el diseño de los límites del ejercicio jurisdiccional en el sistema de división de poderes¹⁹⁸, así como la realidad contemporánea de la liberaliza-

194. Hermann Weinkauff, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, en *Naturrecht oder Rechtspositivismus?...*, op. cit., p. 576.; asimismo, Ernst-Joachim Lampe, *Grenzen des rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 42 ss.

195. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., p. 97 ss.; asimismo, del autor, *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat*, en *DÖV*, 1972, pp. 729-740, ahora incluido en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979, pp. 57 y 90; asimismo, Christian Starck, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte*, en *JZ*, 21, 1996, pp. 1033 ss.

196. Walter Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München, C. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960, pp. 285 ss.; asimismo, para conocer la eficacia de los derechos frente a terceros en la Corte Europea, revisar Michael Jaensch, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Recht, 1997, pp. 33 ss.

197. Ernst Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 124 ss.

198. Hasso Hofmann, *Development and crisis of constitutionalism*, en Christian Starck (editor), *Studies in German Constitutionalism, the german contribution to the forth world congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 36 z ss.; asimismo, Meinhard Schöeder, *Strengthening of constitutional law*, en Christian Starck (editor), *New Challenges to the German Basic Law, the german contribution to the third world congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pp. 25-41.

ción económica y la progresiva privatización de los servicios públicos, que han puesto en dilema la vigencia de ciertos derechos fundamentales, como al propio principio de Estado social¹⁹⁹. En virtud de lo cual se ha llegado a poner en discusión la eficacia de algunas sentencias, por lo controvertido de sus decisiones, en tanto pretenden materializar un “orden judicial total”²⁰⁰.

Pero el mayor desafío se presenta en la delimitación de las competencias entre el Tribunal Constitucional Federal encargado de tutelar y desarrollar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn, y la Corte Europea de Derechos Humanos responsable de la protección y amparo frente a la violación de los derechos, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁰¹. Así, se ha planteado no sólo la necesidad de la coordinación de las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional con las resoluciones internacionales, en particular de la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasburg, a partir del carácter vinculatorio y obligatorio – aunque no siempre pacífico²⁰², sino que también se ha venido a esbozar las bases de un Derecho Constitucional europeo, como la síntesis cualitativa de la evolución humanista de la cultura jurídica europea²⁰³.

Los postulados valorativos de los derechos fundamentales, si bien van a ser protegidos por la organización y desarrollo de la justicia constitucional de factura kelseniana, en un inicio van a ser imposibles de explicar e interpretar totalmente desde una perspectiva jurídica positiva, de allí el gran desarrollo de la *jurisprudencia de los valores*, de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina constitucionales. Pero, una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional alemán, la tendencia se concentrará

-
199. Konrad Hesse, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JÖR* 46, 1998, p. 17; asimismo, *JÖR* n Kämmerer, *Verfassungsstaat auf Diät?*, en *JZ*, 1, 1996, pp. 1042 ss.
200. Helmut Schulze-Fielitz, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists*, *AÖR*, 122, 1997, pp. 4 ss.; asimismo, Rolf Lamprecht, *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, Beweissicherung und Bestandsaufnahme*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 207-225.
201. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, pp. 665-666; asimismo, Hasso Hofmann, *Development and crisis of constitutionalism...*, *op. cit.*, pp. 30 ss.
202. Jochen Abr. Frowein, *Die europäische Grundrechtsschutz und die nationale gerichtbarkeit*, Berlin-New York, W. de G., 1983, pp. 24 ss.; asimismo, Gerhard Leibholz, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, *JÖR*, 1982, pp. 23 ss.
203. Peter Häberle, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, en *Ethos des Interkulturellen* (editores A. Baruzzi y A. Takeichi), Würzburg, Ergon Verlag, 1998, pp. 230 ss.; asimismo, del autor, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Taschenbuch, Frankfurt, 1997, donde reúne doce artículos con sus tesis principales sobre la unidad jurídica europea en base a la cultura.

en desarrollar una doctrina constitucional como un proceso abierto, sin la palanca del Derecho natural, dado su carácter pre-político, de raíz individualista y de escaso consenso, que pueda degenerar en una auténtica tiranía de los valores "*Tyranei der Werte*"²⁰⁴. Tesis haberliana que será contradicha por Saladin, en tanto que contemporáneamente se debe entender el Derecho natural más como el Derecho de la naturaleza, que es un problema vital para el Estado, en tanto deber de mantener la dignidad del hombre y de las generaciones futuras, de acuerdo con el medio ambiente, así como, que los fines del Estado sean producto de un consenso intersubjetivo²⁰⁵.

En ese sentido, se va a llegar a identificar el desarrollo de la jurisdicción constitucional con el de la Constitución, así como posteriormente invertir la relación causal existente entre ambas, convirtiendo a la jurisdicción constitucional en la medida práctica y concreta de validez de la Constitución, y transformando las relaciones reales del poder del Estado legislativo a un orden jurisdiccional constitucional y valorativo, propio del Estado de Justicia²⁰⁶.

Por ello, se ha llegado a caracterizar la evolución del concepto de Constitución, Estado de Derecho y democracia, a partir del proceso de desarrollo de la jurisdicción constitucional, al punto que se ha afirmado que "con el Tribunal Constitucional Federal se inicia una nueva época para el Derecho Constitucional"²⁰⁷. En donde se perciben las posibilidades y los límites del neopositivismo y del neoiusnaturalismo, llevados a la práctica de la justicia constitucional. En efecto, siguiendo la tesis kelseniana, según la cual el método crea el objeto de conocimiento y de su función²⁰⁸, el quehacer de la justicia

-
204. Peter Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, en *AÖR*, N° 99, 1974, pp. 451 ss.
205. Peter Saladin, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, en *AÖR*, 104, 1979, pp. 387 ss. Un balance y crítica de dicho debate, se puede ver en Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Universidad de Madrid, 1984, pp. 48 ss., donde plantea que una teoría constitucional sin derecho natural es una teoría de la Constitución sin Constitución.
206. René Marcic, *Vom Gesetzesaat zum Richterstaat*, Wien, Springer Verlag, 1957, pp. 193 ss.; Kurt Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart* (edición de Verfassungsrat y Regierungsrat del Kantons Argau), Base, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1980, pp. 11 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti, *Giudici Legislativi*, Milano, Giuffrè editore, 1984, pp. 13 y ss, donde se plantean algunos límites procesales y sustantivos en la creatividad judicial.
207. Bernhard Schlink, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *Der Staat*, tomo 28, 1989, pp. 161 ss.; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 823 ss.; asimismo, Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Demokratie und Mißtrauen...*, *op. cit.*, pp. 368 ss.
208. Hans Kelsen, *Über Grenzen juristischer und soziologischer Methode*, (1911), en *Die Wiener Rechtstheoretischer Schule...*, *op. cit.*, pp. 3 ss.; asimismo, Werner Krawietz, *Das positive Rechts und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen*

constitucional ha convertido a la Constitución, mediante las técnicas de la interpretación constitucional, en una Carta jurisprudencial de derechos y libertades²⁰⁹.

4.2 Neoconstitucionalismo

En tal sentido, el redescubrimiento de la Constitución en términos jurídico-positivos, mediante el desarrollo tardío de la jurisdicción constitucional, produce en Francia el fenómeno del *neoconstitucionalismo* o *neopositivismo*²¹⁰. Este fenómeno se desarrolló a partir de 1971-1974 en Francia, cuando el Consejo Constitucional, para proteger los derechos fundamentales, extendió el concepto de Constitución incorporado la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y las disposiciones de la Constitución del *frente único* de 1946. Oficializando así una idea del Derecho, que consagró los principios de la economía de mercado, de una democracia política moderada, y, creando un espacio vivo y abierto al reconocimiento indefinido de los derechos y libertades, a través de la lógica del trabajo jurisdiccional²¹¹.

Lo cual no ha sido óbice para que se haya entendido que el rol de control del juez constitucional, para ser compatible con el principio democrático, debe fundarse siempre en el derecho positivo dictado por los representantes de la Nación. En este sentido, neopositivista, se ha sostenido que el control de la constitucionalidad de la ley debe ser concebida, en último término, como un análisis de una irregularidad procedimental²¹², porque, el Congreso, al legislar un tema o asunto constitucional de manera inconstitucional, esta

zu einer funktionalen Rechtstheorie, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 18 ss. y 39 ss. y; del mismo autor, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner Verlag, 1984, pp. 18 ss.

209. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 305 ss., y, del mismo autor: *Les constitutionnalistes, les politistes et le "renouveau" de l'idée de constitution*, en *Droit et Politique*, (Jacques Chevalier y otros), CURAPP, Press Universitaires de France, 1993, pp. 40 ss.
210. Yves Poirmeur, *Themes et débats autour du constitutionnalisme*, en *Droit et politique...*, *op. cit.*, pp. 27 ss.; Louis Favoreu, *Propos d'un "neo-constitutionnaliste"*, en Jean-Louis Seurin (editor), *Introduction*, a *Le constitutionnalisme aujourd'hui...*, *op. cit.*, p. 26; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 101 ss.
211. Dominique Rousseau, *Une résurrection: la notion de Constitution...* *op. cit.*, pp. 6 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *La doctrine du Droit Vivant*, en *AJJC*, Vol. II, 1986, pp. 55 ss.
212. Georges Vedel, *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, en *Pouvoirs*, Nº 45, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 149 ss.

violando una materia de competencia del poder constituyente. Por ello, como señala Rousseau, se ha pretendido que el control constitucional se reduzca a un control de los poderes constituidos y a un control de procedimiento, donde el juez constitucional no entre a valorar o apreciar el contenido de la moralidad de la ley, que es un asunto de decisión u oportunidad política del legislador²¹³.

Sin lugar a dudas, la positivización de los derechos humanos y de nuevos derechos sociales y económicos del hombre, en el texto constitucional de Italia de 1948, ha tenido una impronta en el Estado constitucional nunca antes conocida, que ha puesto en cuestión la perspectiva metodológica formal del Derecho de los tribunales ordinarios, distanciada de la vida social. En ese sentido, el establecimiento del Tribunal Constitucional, dada su nueva forma de asumir la interpretación jurídica, acorde con los principios constitucionales, ha llevado a replantear el derecho jurisprudencial²¹⁴.

En efecto, en el nuevo constitucionalismo de la postguerra, los textos constitucionales no otorgan carácter constitutivo a los derechos humanos, sino en muchos casos tan sólo de manera declarativa, en consecuencia, no cierran exclusivamente en la norma positiva, el reconocimiento y la validez de la protección de los derechos fundamentales, como antaño, sino que se les incorpora enunciativamente o en cláusulas abiertas a futuro. Como la cláusula Lelio Basso del artículo 3º de la Constitución Italiana de 1948, sobre la igualdad material²¹⁵, para que en todo tiempo y lugar se pueda defender la dignidad de la persona humana, frente a cualquier sujeto, forma o modo de violación de los derechos humanos.

La transformación de la Constitución y los derechos fundamentales, como clave del ordenamiento del sistema de vida italiana, ha dado lugar a

-
213. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel...*, op. cit., pp. 376 ss.; asimismo, Bastien François, *Justice constitutionnelle et "democratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste européen*, en *Droit et Politique...*, op. cit., pp. 53-64, donde plantea urgentemente un debate sobre los problemas de la representatividad democrática de la justicia constitucional.
214. Achille Battaglia, *I Giudice e la Politica*, Bari, Laterza, 1962, pp. 11 ss.; Mauro Cappelletti, *Giudice Legislatore?...*, op. cit., pp. 19 ss.; asimismo, Alessandro Pizzorusso, *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 170 ss.
215. Fulco Lanchester, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente*, en Vincenzo Atripaldi, *Costituente e Costituzione (1946-48)*, ediciones Scientifiche Italiane, en *Diritto e Cultura*, anno VII, gennaio-dicembre, numero 1-2, Roma, 1997, pp. 48 ss. Constituyente que reunió, a juristas de la talla de Mortati, Ambrosini, Calamandrei, Tosato y Orlando, este último padre de la iuspublicística italiana, ver: Alberto Lucarelli, *Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstat e governo parlamentare*, en *Diritto e Cultura*, anno VII, 1997..., art. cit., pp. 505 ss.

una “judicialización del ordenamiento”, la misma que ha encontrado en los derechos sociales-económicos y culturales casos límite para la jurisprudencia y la doctrina del Derecho Constitucional, debido sobre todo por el nuevo rol del juez en la política²¹⁶. De ahí que la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional italiano, para los poderes públicos, se presente especialmente problemática, también, en las relaciones con los demás poderes y organismos constitucionales, como fue el caso de la «*guerra delle due Corti*»²¹⁷ o los graves conflictos con el legislador²¹⁸; pero, que ha dado lugar a que la Corte Constitucional italiana se haya ganado un espacio político que complementa la labor legislativa, mediante la diversidad de tipos de sentencias de control constitucional de la ley²¹⁹.

En el caso español, también se percibe que el Tribunal Constitucional ha logrado incidir en la dirección política del Estado democrático post-franquista, mediante su labor de intérprete supremo de la Constitución, que por su contenido político y jurídico ha coadyuvado a completar jurisprudencialmente la unidad política de la nación española, en base al desarrollo del mandato constitucional de las autonomías sin resentir al Gobierno central, así como ha establecido lineamientos del quehacer institucional público y privado, a través del uso del recurso de amparo como tutela de los derechos fundamentales²²⁰.

-
216. Michael Dietrich, *Der italienische Verfassungsgerichtshof, Status und Funktionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 221-227; así como, Otto Kirchheimer, *Politische Justiz*, Germany, Europäische Verlagsanstalt, 1981, pp. 21-48.
217. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pp. 355 ss.; asimismo, Nicola Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "Guerra delle due Corti"*, Milano, Giuffrè, 1973.
218. Vezio Crisafulli, *La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, volume 4, *Miscelanea di Diritto Pubblico e Privato*, I, Padova, Cedam, 1958, pp. 274-295; Alessandro Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, en *Il Foro Italiano*, Anno CV, N° 2, Roma, 1980, pp. 118 ss., y, Gustavo Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, en *Il Foro Italiano*, Anno CVI, N° 2, Roma, 1981, pp. 246 ss.
219. Nicola Occhiocupo, *La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi*, en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Bilancio di vent'anni di attività*, editor N. Occhiocupo, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 31 ss.; asimismo, Nicola Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 106 ss.
220. Manuel García Pelayo, *El status del Tribunal Constitucional*, en *REDC*, Vol. 1, N° 1, Madrid, CEC, 1981, pp. 22 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La judicialización del Derecho Constitucional*, en *Revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, enero-junio, 1993, CAL, Lima, pp. 112 ss.

No obstante, el desarrollo de la jurisdicción constitucional española también ha llevado a judicializar importantes asuntos políticos, como los casos Rumasa, LOAPA, la ley antiterrorista, el amparo electoral de las elecciones de 1989, el juramento de los parlamentarios de Herri Batasuna, entre otros²²¹. Que han dado claras muestras de una politización de la justicia constitucional, acorde con la mayoría parlamentaria transitoria o en sintonía incluso, con la representación del gobierno y la oposición, lo cual ha provocado cierto vaciamiento de la Constitución por los agentes políticos dominantes, sin que el Tribunal Constitucional haya podido poner término a estas desviaciones²²², a pesar del impulso de las teorías de la argumentación racional²²³.

Estos procesos de desarrollo de los tribunales constitucionales mencionados, se encuentran intrínsecamente vinculados a la realidad política y social de su entorno²²⁴, lo que conduce inevitablemente a que en el umbral del segundo milenio, los fenómenos contemporáneos que afectan gravemente a la política y a la sociedad, incidan directa o indirectamente en el quehacer de los guardianes de la Constitución. En tanto se encuentran sometidos a un poder político, creador de una inflación jurídica de normas que atrofia antes que posibilita el desarrollo de la sociedad, lo cual es un signo del envejecimiento del Estado de derecho y su ciencia jurídica, que no logra armonizar la vida en sociedad, ni garantizar la seguridad jurídica²²⁵.

Así, las sociedades abiertas comienzan a percibir la aparición de movimientos nacionalistas, fundamentalistas, xenófobos, que junto a los problemas del medio ambiente, el excesivo poder privado, como el de los medios de

-
221. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, p. 95.
222. Pedro de Vega, *Problemi e prospettive della giustizia costituzionale in Spagna*, en Giorgio Lombardi (editor), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, CISR, Maggiolo editore, 1985, pp. 127-137; asimismo, Gregorio Peces-Barba, *La Constitución ayer y hoy*, en G. Cisneros Laborda, M. Fraga Iribarne, M. Herrero de Miñón. G. Peces-Barba, J.P. Pérez-Llorca, M. Roca i Junyent, J. Solé Tura, *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 93-125.
223. Francisco Rubio Llorente, *Problemas de la interpretación constitucional*, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha (El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia)*, Nos. 3-4, 1998, pp. 40 ss.; asimismo, Marina Gascón Abellán, *La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción*, en *REDC*, Año 14, N° 41, CEC, Mayo-Agosto, 1994, pp. 63-87.
224. Christoph Gusy, *Verfassungspolitik zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, Heidelberg, Decker & Müller, 1983, pp. 15 ss.
225. Jean-Pierre Henry, *Vers la fin de l'État de Droit?*, en *RDP*, 93, Paris, 1977, pp. 1207 ss.

comunicación²²⁶, o las esperanzas y riesgos de la moderna navegación en el ciberespacio²²⁷, y la desintegración de los valores, han puesto en evidencia que las instituciones jurisdiccionales están en la línea de mira de la corrupción económica de grandes empresas, e incluso mafias que se vinculan a través de negocios con el gobierno, como en Italia, España, Francia, Bélgica²²⁸. Lo cual es sumamente peligroso si los propios tribunales constitucionales llegaran a convertirse en enemigos de la Constitución, es decir, si se convierten en señores y no defensores de la Constitución, o si se encierran en el método técnico-jurídico dejando de lado las expectativas de transparencia y participación de la sociedad²²⁹.

Escenario poco alentador para el Estado constitucional, si es que no se reformula la política, la economía y el derecho en base a la ética de la convicción “*gesinnungsethisch*” y la ética de la responsabilidad “*verantwortungsethisch*”²³⁰, que supone en el ámbito del derecho, intentar recomponer la separación del ser con el deber ser, mediante la re-racionalización del sistema. En tanto que “el derecho es lo que su contenido quiera que sea. El contenido pertenece necesariamente tanto a la forma, como la forma al contenido. Forma y contenido están separadas conceptualmente, pero en los hechos no están divididas, porque siempre se presentan a la vez”²³¹. Pero no en un sentido abstracto e intemporal, sino concreto y presente, mediante la creación o el fortalecimiento de las instituciones constitucionales²³².

-
226. Karl Popper, *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el estado democrático* (entrevistado por Giancarlo Bosetti), Buenos Aires, Temas, 1998, pp. 81-97; asimismo, Mona Rishmawi, *The media and judiciary*, en *CIJL Yearbook*, 1995..., *op. cit.*, pp. 75 ss.
227. José Luis Cebrián, *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, Taurus-The Club of Rome, pp. 184 ss; este es el informe del Club de Roma de 1997, donde se expone la necesidad de regular el caos del Internet.
228. Peter Häberle, *Ethik im Verfassungsstaat*, en *Neue Züricher Zeitung*, del 5 de julio de 1995, p. 15; al respecto, es significativo el proceso de investigación por sobornos millonarios en el *affaire Elf*, en la que se encuentra incidentalmente sometido Roland Dumas, Presidente del Consejo Constitucional de Francia; al respecto ver: *Le RPR demande la démission de M. Dumas*, en *Le Monde*, París, edición del 30 de abril, 1998, pp. 1, 6, 7 y 14.
229. Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Ediciones Beramar, Madrid, 1993, pp. 67 ss., asimismo del autor, *La Constitución en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 108 ss.
230. Max Weber, *Politik als Beruf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, pp. 57 ss.; asimismo, Johannes Messner, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*. Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 841 ss.
231. Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1970, p. 33.
232. Ralf Dahrendorf, *Law and order*, London, Stevens & Sons, 1985, pp. 121 ss.

De lo contrario, el debilitamiento del Estado constitucional y la incredulidad sobre la *res publica* o el individualismo desintegrador, podrían ampliar peligrosamente la brecha entre la sociedad y el Estado, transformando el espacio público en las sociedades estables en campo propicio para el nihilismo, y en las sociedades fraccionadas en la irracionalidad y el arbitrio del poder²³³. Por ello, la alternativa no es entre el pensamiento jurídico positivista y sus variantes²³⁴, ni en el iusnaturalismo dogmático, sino que sin negar la importancia histórica de estas grandes corrientes jurídicas, de cara al futuro, se pretende superarlas desde la tesis del pensamiento institucional en el quehacer constitucional, pero sobre nuevas bases teóricas que a continuación se desarrollan.

233. Jürgen Habermas, *Toward a rational society*, London, Heinemann Educational Books, 1980, pp. 31 ss. y 81 ss.

234. Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaut, Michel Trope, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 159 ss.

TEORIA CONSTITUCIONAL INSTITUCIONAL

Las respuestas de los Estados democráticos a los desafíos de las democracias contemporáneas, requieren de la permanente observación y control de los tribunales constitucionales sobre su quehacer jurídico-político, en la medida que las acciones de las transitorias mayorías parlamentarias y gubernamentales, no se encuadren en los parámetros constitucionales y que no aseguren el respeto a la oposición y a las minorías, en la forma de los derechos fundamentales, que constituyen las columnas de la democracia pluralista y tolerante²³⁵.

Sin embargo, el necesario replanteamiento de la justicia constitucional de cara al control de los poderes públicos, en aras de la protección de los derechos fundamentales, se presenta en forma dramática en las débiles experiencias de los tribunales constitucionales de América y en especial del Perú. Debido a que en la región el régimen presidencialista, no ha llegado a concebir, y menos aún, a reconocerle, en el sistema político, el rol de bisagra que ocupa el Tribunal Constitucional, entre el Estado y la sociedad, entre el poder y la libertad²³⁶.

Ello ha sido posible, también, gracias a la concepción jurídica positivista sobre la Constitución de jueces y políticos, que han reducido las normas supremas de convivencia política, a la voluntad del gobierno transitorio. Tendencia que ha originado, extraordinariamente, respuestas suprapositivas de la propia jurisdicción constitucional, con las consecuencias de un enfren-

235. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 135 ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 61 y 69 ss.; Pedro de Vega, *Para una teoría de la oposición*, en *Boletín Informativo de Ciencia Política*, N° 5, Prensa Castellana, Madrid, 1970, 13 ss., y; César Landa, *Derecho Político, del gobierno y la oposición democrática...*, op. cit., pp. 111 ss.

236. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en *JZ* 1975, pp. 297-305, publicado también en *Verfassung als öffentlicher Prozeß...*, op. cit., pp. 155-181; así como, Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, Vol. 1, *Introducción y Teoría del Estado*, segunda edición corregida, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 118 ss.

tamiento entre los jueces constitucionales y el poder gubernamental, resuelto siempre a favor de este último.

En este sentido, se hace necesario señalar, jurídicamente, que tanto un positivismo jurídico, atado a la voluntad del poder de turno, como un iusnaturalismo dogmático, de carácter individualista y pre-político, forman de manera negativa una relación de dependencia mental; en la cual, terminan instrumentalizando al Derecho hacia sus fines dogmáticos o escépticos sobre la base de un pensamiento de la necesidad. De ahí la importancia de reformar desde sus cimientos, teórico y metodológico, el concepto de jurisdicción constitucional dentro del marco de un pensamiento constitucional institucional; que se descompone en una utopía y razonamiento constitucionales, que se expresa en la teoría de los derechos fundamentales y se asegura mediante un sistema de interpretación constitucional concreto.

1. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

El desarrollo de la justicia constitucional, en las relaciones entre el poder y el derecho, ha dado lugar a que los jueces constitucionales trasluzcan diferentes actitudes humanas, que se pueden enmarcar en las diversas formas del pensamiento jurídico. Así, para Schmitt “todo jurista, conciente o inconcientemente, asume en su trabajo un concepto de *Derecho*, bien como una norma, o como una decisión, o como un orden y configuración concreto”²³⁷.

En realidad, el pensamiento positivista ha sucumbido en el esfuerzo por someter la vida constitucional a la norma constitucional, mientras que el pensamiento iusnaturalista ha hecho presa a la Constitución de una moral, que en el fondo, es una *decisión* subjetiva; por ello, tanto el positivismo como el iusnaturalismo son expresión de un *decisionismo* constitucional. En ese sentido, si bien es deseable que todo Estado se riga por la Constitución, ese esfuerzo no puede quedar atrapado por la norma o la moral de la autoridad, sino que la sociedad que crea, incorpora y trasciende a la norma constitucional (en la forma de derechos fundamentales los mismos que deben ocupar un rol central en el constitucionalismo), como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, que ofrece más posibilidades de evolución de la norma constitucional, que las resoluciones que sus intérpretes formales hayan establecido²³⁸.

237. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., p. 7.

238. Peter Häberle, *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß- ein Pluralismuskonzept, en Verfassungs als öffentlicher Prozeß...*, op. cit., pp. 121 ss.

En ese sentido, para el pensamiento del orden concreto, el *nomen* del Derecho no es concebido como un conjunto de normas, sino que éstas son un instrumento del orden existente; que reposa en la relaciones vitales en las que una comunidad se ha encontrado y se encuentra a sí misma, como en el *nomos basileus* de Píndaro²³⁹. Sin embargo, ese orden concreto no existe estáticamente, sino que se encuentra en permanente cambio de acuerdo al espíritu del tiempo presente “*Zeitgeist*”, en tanto expresión del conflicto social de intereses. En efecto, “toda vida social es conflictiva, por que es cambio. No hay reservas en la sociedad humana, por que no hay certeza. En el conflicto, por tanto se halla el núcleo creador de toda sociedad y la oportunidad de la libertad, pero al mismo tiempo el reto para resolver racionalmente y controlar los problemas sociales”²⁴⁰.

Como el conflicto social en una sociedad democrática queda institucionalizado consensualmente en la Constitución del Estado, aunque no de manera definitiva, el pensamiento constitucional en concreto asume diversas opciones de aprehensión de la realidad, en función de las concepciones y circunstancias que rodean el conflicto de intereses entre el gobierno y la oposición, y en última instancia, entre los hombres y su mundo de vida. Por eso, como el proceso constitucional se origina en la compleja y conflictiva realidad y sus relaciones de poder; las decisiones políticas (como desde ya las legislativas y administrativas) se encuentran impregnadas o responden a fenómenos históricos, sociales, políticos, económicos, culturales, tecnológicos, ambientales, entre otros. En virtud de los cuales, cada vez más los jueces también se encuentran sometidos a ellos y, en consecuencia, requieren de más o mejores instrumentos jurídico-políticos, para asumir las demandas de la realidad social.

En esa tarea, el pensamiento positivista y el pensamiento iusnaturalista constituyen el punto de partida y la última barrera, respectivamente, que atrofian el proceso de integración constitucional. De ahí que este proceso deba desenvolverse a partir del pensamiento institucional clásico, como de la integración en un orden concreto del valor justicia con la seguridad jurídica.

239. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., pp. 17 ss.

240. Ralf Dahrendorf, *Gesellschaft und Freiheit*, München, Piper & Co. Verlag, 1963, p. 235; asimismo, del autor: *Konflikt und Freiheit*, München, Piper & Co. Verlag, pp. 12-46; asimismo, Lelio Basso, *Zur Theorie des politischen Konflikts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1969.

1.1 Teoría institucional ética

La teoría institucional aparece a fines del siglo XIX, en contraposición a las teorías positivistas en boga, a través de las tesis que Maurice Hauriou, Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, desarrolló entre 1892 y 1928²⁴¹. Por ello, se ha dicho que la teoría de la institución “es, después del dominio del positivismo jurídico, el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto”²⁴². Tesis que repercutió en la significativa teoría de *Il Ordinamento giuridico* de Santi Romano²⁴³.

La teoría institucional no aparece sobre la base de una teoría y un método jurídicos propios, sino en base a la paciente observación y comentario durante cuarenta años de la praxis administrativa francesa, en particular del *Conseil d'État*²⁴⁴, y a la polémica con las tesis del subjetivismo de Gerber, Laband y Jellinek, así como con el positivismo sociológico de Duguit y el positivismo normativista de Kelsen²⁴⁵. En la medida que para Hauriou el derecho posee una forma y una materia inseparables, la forma es la norma de los actos jurídico y su materia el contenido de las normas y actos, que se refieren esencialmente a la libertad humana, condicionada por el orden social y la justicia. De ahí que pretender eliminar al Derecho de su medio social y someterlo a la voluntad del legislador, constituye una abdicación a las fuentes de la libertad, es decir al “derecho *de réssistance à l'opression*, que como el derecho de *légitime défense* constituye un mínimo de autonomía

-
241. Maurice Hauriou, *Science sociale traditionnelle*, Larousse, Paris, 1896, pp. 43 ss. 261 ss. y 398 ss., donde postula una teoría del progreso social, a partir de reconocer la materia y el tejido social, que expresa la vieja tensión entre autoridad y libertad; pero, donde queda configurado su pensamiento jurídico es en *Teoría de la Institución y de la fundación*, (1925), Editorial Surco, 1947; asimismo, revisar *Die Theorie der Institution, und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, (Roman Schnur, editor), Berlin, Duncker & Humblot, 1965, pp. 27 ss. y 67 ss.
242. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, *op. cit.*, pp. 62; asimismo, José Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Santiago de Compostela, Porto editores, 1950, pp. 134 ss..
243. Santi Romano, *El Ordenamiento Jurídico...*, *op. cit.*, pp. 250 ss.
244. Maurice Hauriou, *Décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflicts 1892-1928*, 3 tomos, Paris, Sirey, 1929, y; del autor *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, 3 tomos, Paris, Sirey, 1929; asimismo, Georges Renard, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, pp. 13 ss.
245. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 8 ss.; también, del autor: *Teoría de la Institución y de la fundación...*, *op. cit.*, pp. 26 ss.; Hans Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, en *RDP*, XXXIII Année, 1925, pp. 561 ss., y; Léon Duguit, *Les doctrines juridiques objectivistes*, en *RDP*, XXXIV Année, 1926, pp. 540 ss., donde concluye que las tesis institucionales de Hauriou son un puro sistema de derecho objetivo.

jurídica individual unánimemente admitida, hasta por los teólogos, moralistas y juristas²⁴⁶.

En ese sentido, el autor postula un pensamiento constitucional caracterizado por la integración dinámica de los factores constitucionales: como el poder, el orden social, el Estado y la libertad, sobre la base de la noción de institución. Así, “una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos²⁴⁷”.

Sobre la base de la teoría institucional, Hauriou critica las tesis objetivistas de Kelsen y Duguit, dado el carácter estático y a-social de las mismas. Así, en cuanto al positivismo normativo kelseniano, critica que el Derecho quede reducido a un deber ser normativo “*Sollen*”, desvinculado de la sociología que ocupa el rol del ser o estar “*Sein*”²⁴⁸; en ese sentido, el Estado kelseniano es concebido como Derecho y viceversa, a partir de lo cual la primacía de la libertad es reemplazada por el orden y la autoridad.

En cuanto al positivismo sociológico de Léon Duguit, queda expresado en la búsqueda del fundamento del Derecho, el mismo que “no se puede encontrar en el individuo. Sino que se puede encontrar en la sociedad. Pero el Derecho no es un poder de la colectividad, tampoco un poder del individuo. El Derecho es una norma objetiva²⁴⁹”. En este sentido, Hauriou expresa divergencias en torno al supuesto realismo del mismo, en la medida que si bien es preocupación de Duguit suprimir el poder como fuente del Derecho, a efectos de evitar que el Estado someta al Derecho a su voluntad, termina

246. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., p. XI.

247. Maurice Hauriou, *Teoría de la Institución y de la fundación...*, op. cit., p. 37; asimismo, revisar a Georges Renard, *La Théorie de l'Institution*, Paris, Sirey, Recueil 1930, pp. 149 ss., y; del mismo autor, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social...*, op. cit., pp. 22 ss. donde plantea una crítica al positivismo, como toma distancia del iusnaturalismo; asimismo, Georges Renard, *Qu'est-ce que le Droit constitutionnel? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution*, en *Mélanges R. Carré de Malberg*, Liechtenstein-Paris, Topos Verlag y Librairie Ducheim, 1977, pp. 485 ss.

248. Hans Kelsen, *Staat und Recht*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 1, pp. 149 ss.

249. Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901, pp. 10 ss., en concreto p. 16; asimismo, ver Harold Laski, *M. Duguit's conception of the state*, en *Modern theories of law*, (1933), reprinted by Wildy & Sons Ltd., Great Britain, 1963, pp. 52-67.

construyendo un sistema de Derecho sin el concurso del Estado, del poder y de la metafísica. Desconociendo, así, que existe una autolimitación subjetiva constitucional del poder, resultado de la creación de instituciones destinadas a impedir los excesos del Estado. En esas normas reside la validez del sistema jurídico, que no son reglas estáticas deducidas del Derecho, sino del poder subjetivo de los hombres que crean el Derecho, en un movimiento jurídico hacia la libertad²⁵⁰.

El poder si bien nace de las fuerzas subjetivas de los hombres, cuando se juridifica reposa en las instituciones permanentes; por eso, la justificación primera del poder no yace en la ley, sino en la institución: “una institución es en primera instancia una forma de establecer la manera de vivir y de actuar”²⁵¹. Base sobre la cual se crea un orden social estable, no exento de transformaciones, sino que gracias a la fecunda vida de los hombres –siguiendo a Bergson–, que esta llena de pasiones y de sentimientos de justicia, cambia permanentemente. En esa medida, bajo la impronta de Hegel, Hauriou señala que la libertad subjetiva y objetiva se organiza en el Estado, a través del gobierno de la representación como elemento de consenso de la unidad espiritual de la nación; elemento de coerción al servicio del poder público y, elemento ideal del interés público²⁵². Sin embargo, la legitimidad del gobierno representativo, no se define exclusivamente por el sistema electoral, sino también en la confianza o legitimidad social y en el ejercicio de la opinión pública, que es “un lugar, un medio, una esfera psicológica donde se desarrolla bajo los ojos atentos del país, la lucha de las ideas políticas”²⁵³.

En las actuales épocas de crisis del Estado y de la Constitución²⁵⁴ –y también económica–, como se hace evidente en los países en transformación²⁵⁵, se puede encontrar en el pensamiento institucional clásico de Hauriou,

250. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., pp. 12 ss.

251. Karl Llewellyn, *The constitution as an institution*, en *CLR*, Vol. XXXIV, 1934, pp. 17 ss.; asimismo, del mismo autor, *A realistic interpretation. The next step*, en *CLR*, Vol. XXX, 1930, pp. 431-465, y; *Some realism about realism. Responding to Dean Pound*, en *HLR*, vol. XLIV, 1930-1931, pp. 1222-1256. Este último artículo fue la respuesta al renovado positivismo utilitarista postulado por Pound, ver: Roscoe Pound, *The progress of the law. Analytical jurisprudence. 1914-1927*, en *RLR*, Vol. XLI, 1927-1928, pp. 174-199.

252. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., pp. 85 ss.

253. *Ibidem*, op. cit., p. 160.

254. Carlos de Cabo Martín, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, volumen II: *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, pp. 331 ss.

255. Manuel Alcántara e Ismael Crespo (editores), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1995, pp. 13 ss. y 29 ss.

una nueva forma de entender los problemas jurídico-políticos, en tanto plantea dichas cuestiones en las profundas estructuras de la sociedad²⁵⁶. De ahí que se pueda señalar que “el pensamiento del orden concreto de los hombres y sus grupos, así como la teoría constitucional de determinada unidad social colectiva, procede y funciona como reflejo y practica, que se orienta de lo posible, la necesidad y lo real, desde diferentes modos y con diferentes resultados”²⁵⁷.

En ese sentido, el principal problema del Estado constitucional a afrontar, como producto del positivismo jurídico, es tanto el aislamiento de la realidad de la norma, como el divorcio entre la ética y la voluntad de la autoridad²⁵⁸; sin embargo, la búsqueda de dar vigencia a la Constitución del Estado, mediante la fuerza normativa de la Constitución “*normativen Kraft der Verfassung*”²⁵⁹, no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, mediante la jurisdicción constitucional, sino de una toma de conciencia de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la realidad social, económica, técnica, natural, que permita dar respuestas en el marco de los principios y valores constitucionales.

En tal entendido, en la sociedad se van formando instituciones como elementos estables y durables, formando un sistema de equilibrios de poderes y de consensos en torno a las necesidades históricas de libertad y de justicia, que forman la Constitución²⁶⁰. Pero la idea de libertad no es sólo un derecho subjetivo que yace en la voluntad individual de las personas, sino también es un derecho objetivo, que reside en el subconciencia colectivo²⁶¹ y que encuentra en la Constitución un instrumento de su protección, integra-

256. Yann Tanguy, *L'Institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou, Actualité d'une doctrine*, en *RDP*, 1-1991, *LGDJ*, pp. 77 ss.; asimismo, Dorothea Mayer-Maly, Ota Weinberger, Michaela Strasser (editoras), *Rechts als Sinn und Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 209 ss. y 245 ss.

257. Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *Die Verfassung des Pluralismus...*, *op. cit.*, p. 2; desde una perspectiva positivista antes que social del derecho, revisar: Neil MacCormick, Ota Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, *LGDJ*, 1992, pp. 29 ss.

258. Luis Prieto Sanchis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fonteamor, 1997, pp. 25-28.

259. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, *op. cit.*, pp. 61 ss.

260. Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts...*, *op. cit.*, tomo 2, § 263-267, pp. 705 ss.; asimismo, Maurice Hauriou, *Principes de Droit Public...*, *op. cit.*, pp. 29 ss., 123 ss. y 415 ss.

261. Maurice Hauriou, *Teoría de la Institución y de la fundación...*, *op. cit.*, pp. 24 ss.

ción y desarrollo; abierto a la dinámica social, marcada por el proceso de universalización y nacionalización de los derechos humanos.

Esa tarea constitucional no puede ser cumplida sin la ayuda del pensamiento de la posibilidad "*Möglichkeitsdenken*", del pensamiento de la necesidad "*Notwendigkeitsdenken*" y del pensamiento de la realidad "*Wirklichkeitsdenken*"²⁶². Al respecto, el pensamiento *posibilístico* es un pensamiento alternativo, no de la opción radical entre esto o aquello "*Entweder-Oder*", sino el pensamiento del pluralismo abierto siempre a una nueva realidad "*Sowhol-als auch*", que se perfecciona en el tiempo y que nace de la sociedad organizada en torno a ciertos valores "*fundamental of orders*". En esa medida, el *pensamiento constitucional institucional* es propio de una teoría constitucional de la sociedad abierta, y se encuentra compuesto de conceptos fundamentales como derechos fundamentales, publicidad, pluralismo, tolerancia, oposición, derechos de minorías.

Pero, en tanto pensamiento pluralista y alternativo, el pensamiento *posibilístico*, se encuentra en relación directa con la normalidad constitucional, tanto en una perspectiva presente como futura. De allí que los principios y la normatividad constitucional, expresen el pensamiento *posibilístico* como pensamiento de la realidad. Pero la implementación de la Constitución siempre entra rápidamente en conflicto con la realidad, sobre todo entre la ética constitucional y la economía²⁶³, dada la pluralidad de intereses diferentes que se incorpora consensualmente en lo fundamental en la Constitución, mediante una racionalidad procesal y sustantiva. Por eso, aparece el pensamiento de la necesidad, como el único capaz de encontrar los medios necesarios para llevar a cabo los principios y normas constitucionales establecidas²⁶⁴. Proceso en el cual se inserta el tema de la interpretación y de los intérpretes de la Constitución, que se analiza más adelante en el punto 3.

262. Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens...*, op. cit. pp. 2 ss.

263. Karl-Otto Appel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, en el compendio del autor: *Transformation der Philosophie*, II, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 358 ss.; asimismo, Josef, *Die Ethik der Wirtschaft als Problem lokaler und Konstitutioneller Gerechtigkeit*, y, Niklas Luhmann, *Wirtschaftsethik als Ethik?*, en Josef Wieland (editor), *Wirtschaftsethik und Theorie der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 7-31 y 134-147, respectivamente.

264. Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens...*, op. cit., pp. 10-20; en relación al carácter sustantivo y procesal de la Constitución, ver Oliver Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie, Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, pp. 34 ss.

Pero, la potencialidad de la Constitución quedaría encerrada en su autorrealización jurídico-normativa, si es que no se integra junto al pensamiento de la posibilidad, de la realidad y de la necesidad, el *principio de la esperanza*, como un horizonte utópico que actúa como una fuerza espiritual que le otorga sentido a la razón²⁶⁵. Pero es el pensamiento de la eticidad responsable, entendido como la superación del especulativo principio de esperanza²⁶⁶, que le otorga a la normalidad y a la normatividad constitucional una moral intersubjetiva²⁶⁷, entendida como una utopía positiva constructivista, contraria a las utopías negativas o pesimistas del hombre, la sociedad y el Estado²⁶⁸.

En ese entendido, la ética constitucional no queda reducida a una moral universal, normativa y abstracta, ni a una moral sistémica-funcionalista de las reglas y procedimientos²⁶⁹; sino que es concebida como una ética institucional, que proviene inductivamente de los tácitos pactos fundamentales de la sociedad civil, mediante la acción comunicativa²⁷⁰, distinta a una ética positivista²⁷¹, y deductivamente de los nuevos componentes del *ethos* político democrático de la libertad e igualdad, que garantiza la Constitución del Estado de cara al futuro²⁷².

En ese sentido, la ética constitucional, según Saladin –diríamos en el caso de las sociedades opulentas–, se basa en tres principios: la justicia intrageneracional “*intragenerationelle Gerechtigkeit*”, de quienes compar- ten un mismo periodo de vida; la justicia como responsabilidad con las ge-

265. Ernst Bloch, *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, tomo 3, pp. 1616 y ss, del mismo autor, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, Suhrkamp, 1961; y Felix Somló, *Der Begriff des Rechts*, en *Begriff und Wesen des rechts* (W. Maihoffer, editor), 1973, pp. 421-455, donde plantea el doble concepto del Derecho: jurídico y ético.

266. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 92 ss.; asimismo, revisar Dietrich Böhler (editor), *Ethik für die Zukunft, im Diskurs mit Hans Jonas*, München, C.H. Beck, 1994.

267. Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis, Sozialphilosophische Studien*, Suhrkamp, 1974, pp. 307 ss.; asimismo, del autor: *Droit et démocratie...*, *op. cit.* pp. 244 ss.

268. Peter Häberle, *Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates...*, *op. cit.*, pp. 673-684.

269. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 27 ss. y 38 ss.

270. Jürgen Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 53 ss., 86 ss. y 127 ss.

271. Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 173.

272. Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 176 ss.

neraciones futuras “*Intergenerationelle Gerechtigkeit*”; y, la justicia como el respeto humano en su medio ambiente natural “*natürlichen Mitwelt*”²⁷³.

Como la búsqueda de una realidad constitucional, encierra el imperativo de que todo pensamiento constitucional debe guardar correspondencia con su entorno social, se puede decir que la ética constitucional en las sociedades de la escasez, debe partir de una moral colectiva que retome consensualmente los postulados constitucionales clásicos —aún por realizar *hic et nunc*— de libertad e igualdad, pero sin imponer una moral objetiva a la sociedad, salvo en algunos sectores²⁷⁴. Esta es una responsabilidad de la sociedad y no sólo del Estado, que, además, cuando ha asumido la forma del Estado de bienestar general, ha servido más a intereses privados que al interés general²⁷⁵.

La ética constitucional es un intento de respuesta de la sociedad, independientemente del poder constitucional del gobierno de turno, a la crisis de legitimidad del Estado constitucional, que también es una crisis económica, de motivación ciudadanía y de racionalidad, que se expresa en la crisis de la cultura político-constitucional euroatlántica²⁷⁶, por ello, se puede señalar que en las etapas de crisis en las sociedades desintegradas como la peruana, hay una correlación entre la desorganización valorativa de la sociedad y la desorganización de la personalidad, creando incluso conductas irracionales en la sociedad²⁷⁷.

12 Pensamiento neoliberal y postmoderno

Frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Estado constitucional, se intenta articular desde el racionalismo crítico, nuevas respuestas a los

-
273. Peter Saladin, *Wozu noch Saaten?*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1995, pp. 93 ss.; Peter Häberle, *Ein Verfassungsrecht für künftige Generationen. Die “andere” Form des Gesellschaftsvertrages: der Generationenvertrag*, en *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, 1998, pp. 215-233.
274. Peter Häberle, *Ethik im Verfassungsstaat...*, op. cit., p. 6.; asimismo, del autor: *Das ewige Ringen um die Gerechtigkeit*, en *Forschung & Lehre*, 2 / 98, pp. 86-88..
275. Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 317 ss.
276. Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, pp. 40 y ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional...*, op. cit., pp. 154 ss.
277. Karl Mannheim, *Man and Society...*, op. cit., pp. 117; revisar también la desgarradora decadencia social y personal en el tránsito de la República del Weimar al Tercer Reich, que consagró magistralmente la literatura alemana: Klaus Mann, *Mefisto*, Barcelona, Plaza & Janés, 1995 y, para el horizonte temporal del siglo XIX, Thomas Mann, *Los Buddenbrook*, Barcelona, Plaza & Janés editores, 1996.

desafíos contemporáneos, a partir de reivindicar la autonomía de la persona como portadora de una razón crítica individual que se sobrepone ética y técnicamente a cualquiera de las tesis del objetivismo “científico” marxista²⁷⁸. La interpretación radical de estos postulados se caracterizan por la defensa a ultranza de la libertad individual, como resultado del proceso espontáneo de la evolución económica, social y política de la civilización, donde a partir del *trial and error*, se da sentido a la historia y a la naturaleza, pero al servicio de los hombres²⁷⁹.

En ese sentido, el desarrollo humano se presenta como un proceso abierto, dinámico y conflictivo de la sociedad, como expresión de la cultura²⁸⁰. En el que la libertad individual opera como un motor de la sociedad y donde los valores propios de una sociedad pluralista y abierta, quedan reducidos al ámbito de las voluntades axiológicas individuales, dada la negación de valores sociales e históricos que determinen el curso del desarrollo humano. No obstante, en la defensa de la democracia liberal, se propugna una ética individual altruista, que se opone al colectivismo deshumanizante, por que “la libertad es más importante que la igualdad; ya que el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad, y que, si se pierde la libertad, ni siquiera habrá igualdad entre los no libre”²⁸¹.

Frente a esta concepción neo-liberal progresista de la democracia en boga, se presentan las tesis neo-conservadoras, que parten de reconocer la existencia de ciertas leyes naturales que permiten la convivencia humana, como las libertades individuales –propiedad privada y libertad de contratación–²⁸². Estas libertades tienen al mercado como instrumento de protección y desarrollo en la medida de que en el mercado se produce un orden y ajuste espontáneo “catalaxia” a través de la competencia económica. Proceso en el cual la ética social desaparece, en tanto se señala que la intervención del

278. Karl Popper, *Das Eland des Historizismus*, Paul Siebeck, Tübingen, 1974, pp. 45 y 57 ss.; Bernard Willms, *Offensives Denken, Philosophie und Politik*, Westdeutscher Verlag, 1978, pp. 39 ss.; asimismo, revisar la perspectiva del racionalismo pragmático, en Hermann Lübbe, *Philosophie nach der Aufklärung*, Econ Verlag, Düsseldorf -Wien, 1980, pp. 159-195.

279. Karl Popper, *Open society and its enemies*, London, Rotledge & Kegan Paul, 1995, pp. 489 ss. y 511 ss.; asimismo, Hans Albert, *Traktat über Kritische Vernunft*, Tübingen, Paul Siebeck, 1975, pp. 47 ss.

280. Ralf Dahrendorf, *The modern social conflict, an essay on the politic of liberty*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. 166-194; asimismo, Lewis Coser, *The functions of social conflicts*, New York, Glencoe the Free Press, 1956, pp. 157 ss.

281. Karl Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 155.

282. Friedrich von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Vol. I, Madrid, pp. 1978, pp. 138 ss.

Estado con un sistema de valores termina sustituyendo el desarrollo espontáneo del mercado, lo cual es el inicio del camino de la servidumbre de la libertad al Estado²⁸³. De allí que la ética política quede reducida a la defensa de la propiedad individual, es decir, sometida a las reglas del capitalismo salvaje, que es el otro camino que lleva a la extinción de la dignidad humana.

La crítica total del neoliberalismo y el neoconservadurismo al sistema colectivista, si bien se orientó al sistema soviético, también ha alcanzado al propio modelo del Estado democrático y social de derecho de Occidente, sobre todo desde la década de los setenta, por cuanto, como se ha mencionado, atraviesa una crisis de larga duración. En tal entendido, a partir de reconocer que la ineficacia del sistema económico está en relación directa del sistema político—Estado social— y viceversa, se postula una concepción exclusiva del *homo economicus*, donde el cálculo y la optimización del costo/beneficio personal debe lograrse mediante un sistema de elección pública “*public choice*” contractualista, que para soportar los costes externos—externalidades— de las transacciones, deben adoptar un sistema mayoritario de decisión estrictamente procedimental²⁸⁴.

Sin embargo, cabe señalar que la elección pública del bienestar económico personal, mediante el cálculo del costo/beneficio, genera en la sociedad grupos sociales beneficiados y grupos sociales perdedores en la competencia, sobre todo en economías de escasez, donde reducir al Estado al rol de árbitro mediante el sistema legal, supone una falacia o un encubrimiento de los poderes privados decisorios en una sociedad corporativa, que es producto del neocapitalismo.

Sin embargo, el pensamiento postmoderno, en tanto pensamiento de la crisis europea por excelencia, es el que ha intentado expresar con mayor radicalidad las críticas a los paradigmas de la modernidad y la Ilustración, en tanto fuentes del constitucionalismo clásico y moderno²⁸⁵. Al respecto, sólo cabe

283. Friedrich von Hayek, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 1978, pp. 72 ss.

284. James Buchanan y Gordon Tullock, *El cálculo del consenso (fundamentos lógicos para una democracia constitucional)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pp. 33 ss.; se puede revisar como antítesis de este modelo a Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit. pp. 323-343.

285. Agnes Heller y Ferenc Fehér, *The postmodern political condition*, New York, Columbia University Press 1989, pp. 1-15 y pp. 156-159; Ernst Benda, *Der Rechtsstaat in der Krise. Autorität und Glaubwürdigkeit der demokratischen Ordnung*, (editor M. Hohnstock), Stuttgart, Seewald Verlag, 1972, pp. 9-30; asimismo, Hans Rupp, *Die Krise des Rechtsstaats aus der Sicht des öffentlichen Rechts*, en Gerhard Lüke (editor), *Die Krise des Rechtsstaats. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstags von Ernst Wolf, veranstaltet am 29. Oktober 1994 in Marburg*, Marburg, Hitzeroth, 1995, pp. 9-14.

mencionar que la crítica se centra en la desvinculación práctica de la racionalidad como fuente del progreso, en relación a la cultura, la economía y la política, en tanto estamos no sólo ante el fracaso de una sociedad programada, la disolución de la moral y la política, la justicia y la paz, la técnica y el desarrollo, el trabajo y el bienestar, sino ante la contradicción entre las mismas²⁸⁶. En ese sentido, “vivimos en medio de una falacia descomunal: un mundo desaparecido que nos empeñamos en no reconocer como tal y que se pretende perpetuar mediante políticas artificiales. Millones de destinos son destruidos, aniquilados por este anacronismo debido a estrategias pertinentes destinadas a mantener con vida para siempre nuestro tabú más sagrado: el trabajo”²⁸⁷.

A diferencia de la crítica neoliberal y neoconservadora modernas, el pensamiento postmoderno revisa críticamente los propios fundamentos del pensamiento de la Ilustración: optimismo antropológico, individualismo liberal y excesivo formalismo, postulando que la vida va tan rápido hoy en día, que ello volatiliza la moral. Que, además, la ciencia y el conocimiento ya no forman una identidad, y que la legitimación mediante el consenso se ha convertido en un anticuado valor, más no la justicia²⁸⁸. Lo que tampoco significa pretender rehacer el pensamiento marxista o retomar el tradicionalista, es decir, las concepciones postmodernas no ofrecen un pensamiento total alternativo —*pensamiento fuerte*—. Por el contrario, el postmodernismo plantea una argumentación cauta y parcial —*pensamiento débil*— que no intenta imponerse para transformar la realidad; por eso es que el pensamiento débil no sólo rechaza una ética normativa, universal y única, sino que “intenta guiarse por una ética de la debilidad, que resulta, sin lugar a dudas, a formas sencilla, bastante más ardua y menos reconfortante que las éticas al uso”²⁸⁹.

El escepticismo intelectual del pensamiento postmoderno revela con fundamentos nihilistas una crítica a la modernidad y al humanismo en crisis²⁹⁰, pero, no ha llegado a madurar una formulación sistemática, sino que

286. Alain Touraine, *La société post-industrielle. Naissance d'une société*, Denoël & Gonthier, 1969, pp. 307 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit. p. 88, recoge las palabras del Papa Juan Pablo II en 1979, quien también acusó a la cultura contemporánea “de haber perdido en buena medida el esencial vínculo entre bien, verdad y libertad”.

287. Viviane Forrester, *El horror económico*, Buenos Aires, FCE, 1998, p. 9.

288. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Les éditions de Minuit, 1979, pp. 35 ss., 63 ss. y 98 ss.; asimismo, del autor: *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, 1993, pp. 199 ss.

289. Gianni Vattimo y Pier Aldo Rovatto (editores), *El pensamiento débil*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990, p. 11.

290. Gianni Vattimo, *La fine della modernità. Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garzanti, 1985, pp. 27 ss. y 39 ss.; asimismo, Viviane Forrester, *El horror económico...*, op. cit., pp. 81 ss. y 119 ss.

se ha quedado como un *pensamiento fuerte* de las lagunas de la modernidad, en beneficio del interés particular²⁹¹. Por ello, “si existe en la actualidad una posibilidad de detener la involución constitucional en curso [...], pasa sobre todo por la reafirmación del carácter sacral y pacífico de la Constitución en el imaginario social, y por la defensa de la única forma de identidad colectiva de tipo democrático”²⁹². En ese sentido, es que en base a la teoría institucional ética, se plantea la utopía constitucional como una forma de reconstruir las bases teórica, que permitan recuperar la legitimidad al Estado democrático y constitucional.

13 Utopía constitucional

Entendemos con De Cabo, que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”²⁹³. Pero no un derecho constitucional clásico, propio del Estado liberal, sino de un derecho constitucional institucional y ético, que se fundamente en la reafirmación contemporánea de los valores democrático-constitucionales, y en particular de la dignidad de la persona humana²⁹⁴, que en la actualidad se encuentran en un proceso de deconstrucción patológica en la forma del Estado constitucional informal²⁹⁵, sobre todo en países con sociedades débiles y poco institucionalizadas.

En tal sentido, postulamos una utopía constitucional como un *élan* recreador de la ética constitucional, de vivir en comunidad bajo el *ethos*

-
291. Agnes Heller, *Can modernity survive?*, Great Britain, Polity Press, 1990, pp. 145-159.
292. Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, (Perfecto Ibáñez, editor)..., *op. cit.*, p. 29.
293. Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, *op. cit.* p. 303; Claus Offe y Ulrich Preuß, *Democratic institutions and moral resources*, Des-Arbeitspapier Nr. 5/90, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, 1990, pp. 23 ss.; Dieter Suhr, *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung. Über Hegel und Marx zu einer dialektischen Verfassungstheorie*. Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 260 ss. y 288 ss.
294. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 835 ss.
295. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, pp. 11-22; Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984; asimismo, Emo Gotsbacher, *Informelles Recht*, Europäischer Verlag de Wissenschaften, Frankfurt, 1995, pp. 12 ss.

politico del bien común, como producto concreto de la cultura²⁹⁶. Esta moral constitucional se contrapone a la ideología del pesimismo postmoderno y neoliberal, ya que la falta de ética sustantiva y su pragmatismo asertivo, en las sociedades tradicionales puede ser rentable sólo para algunos a corto plazo, pero la ética constitucional, en cambio, es siempre provechosa para el conjunto de la sociedad a largo plazo.

Por ello, hay que señalar que todo pensamiento constitucional que no refleja el orden establecido por el poder, no es real aquí y ahora; pero sí factible de su realización en adelante. Ahora bien, no es menos cierto que “la Constitución es un hecho y un concepto histórico, asentado y referido a una realidad histórica; y esta realidad no es un conjunto de elementos aislados sino componentes de una totalidad en la que cada elemento se conecta con el todo...”²⁹⁷. En tal entendido, cabe señalar que existen diversos tipos de mentalidades constitucionales que otorgan distintas respuestas a los problemas constitucionales básicos del presente, pero que se pueden identificar históricamente, desde una sociología del conocimiento, a partir de distinguir entre las “ideologías que son las ideas que trascienden la situación, que nunca consiguen realizar de facto los contenidos que se proyectan”²⁹⁸, y las utopías que frecuentemente no son más que verdades prematuras y tienen la “función de alumbrar espacios de posibilidad que apuntan más allá de las continuidades históricas”²⁹⁹.

En ese entendido, se puede señalar que las mentalidades utópicas cuando se han planteado el tema de la realidad, se han caracterizado en la historia moderna, por dar respuestas totales al orden existente; así tenemos³⁰⁰:

- a) *Mentalidad quiliástica*. Aspiraba a la conquista del presente inmediato sin incorporarse en las coordenadas históricas del tiempo y del espacio presentes, propio del pensamiento irracional que al afirmar una

296. Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, pp. 18 ss.; Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde...*, op. cit., p. 14; asimismo, Ulrich Preuß, *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsam in der Demokratie*, Ulm, S. Fischer, 1984, pp. 148 ss. y 196 ss.

297. Carlos de Cabo Martín, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, volumen II: *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional...*, op.-cit., p. 270.

298. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie*, Frankfurt, Verlag Schulte-Bulmke, 1969, p. 171; desde la sociología del conflicto, revisar a Ralf Dahrendorf, *Pfade aus Utopia. Zur Theorie und Methode der Soziologie*, 1967, pp. 242 ss.

299. Jürgen Habermas, *El fin de una Utopía*, en *El País*, del 9 de abril de 1984, p. 14.

300. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., pp.190-222.

concepción del mundo que se basa en sí misma, desemboca por tanto en un extrañamiento del mundo, como pueden ser los movimientos terroristas de carácter religioso, político o nacionalistas.

- b) *Mentalidad liberal-humanitaria*. Se basa en la idea humanista del hombre, concebida como objetivo de realización en la historia; su objetivo ontológico es racionalizar la sociedad, la naturaleza, la producción, la cultura, las relaciones humanas, mediante la evolución y el progreso.
- c) *Mentalidad conservadora*. Se caracteriza por estar en completa oposición con la realidad moderna, en tanto no expresa la encarnación de los más altos valores e ideas sobrevenidas en el tiempo; por eso, el código moral construido por la tradición tiene un valor positivo, como fue planteado en la llamada "revolución conservadora".
- d) *Mentalidad socialista-comunista*. Se caracterizó por radicalizar los valores de la vertiente igualitaria de la utopía liberal; por ello, postuló leyes y condiciones históricas que dieran pautas al cambio total de la sociedad, como en las revoluciones rusa o china.

Ahora bien, el pensamiento utópico se ha transformado en pensamiento revolucionario, cuando de la teoría o la añoranza utópica han pasado o pretendido pasar a la acción política contrasistémica³⁰¹. Pero, sólo la mentalidad liberal-humanista y social-comunista, en tanto expresiones de las necesidades democráticas y de una ética social, respectivamente, han producido expectativas e ilusiones en las sociedades modernas y tradicionales. Sin embargo, es el pensamiento liberal-humanista el que ha logrado sobrevivir, y se ha afirmado en torno a un pensamiento constitucional, que se entiende, entonces, como aquella formulación institucional que trasciende la realidad de un tiempo o lugar determinado, y que ordena la conducta de las personas, tendiendo a transformar parcial o totalmente el orden constitucional predominante.

Sin embargo, la mentalidad constitucional del liberalismo, en la práctica del Estado liberal, ha operado como un pensamiento ideológico que siguiendo a Mannheim³⁰², representa tres maneras básicas de concebir el mundo: a) inconciencia de la incongruencia, que existe entre las ideas de libertad e igualdad y la realidad histórica y social, debido a la alienación jurídica del

301. Melvin Lasky, *Utopie und Revolution, Über die Ursprünge einer Metapher oder eine Geschichte des politischen Temperaments*, Rowohlt, 1989, pp. 65 ss. y 261 ss.

302. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., pp. 171-172.

positivismo; b) ocultamiento de las posibilidades de descubrir y comprender la incongruencia entre las ideas de libertad e igualdad con la realidad, debido a que el hombre se somete a los impulsos vitales de seguridad inmediata e intereses emocionales de no conflicto, y; c) engaño o falseamiento conciente de la realidad, pero a causa de la difusión –usualmente del poder– de una mentalidad constitucional y democrática insincera, donde la educación o propaganda a través de los medios de comunicación, ocupa un lugar central³⁰³.

Si bien las ideologías constitucionales tienden a ocultar inconcientemente, individual o estatalmente la realidad constitucional, las utopías constitucionales en cambio descubren y trascienden el orden constitucional presente, “en tanto y en la medida en que consiguen, por medio de una actividad de oposición, transformar la realidad histórica existente en otra más en consonancia con sus propias concepciones”³⁰⁴. Pero la utopía constitucional hay que distinguirla, al término del siglo XX, del pensamiento postmoderno y débil, que niega un planteamiento global y general, por el contrario apuesta por uno circunstancial, parcial y cambiante, como también hay que distanciarlo de un pensamiento fundamentalista –fuerte– religioso, político, económico del mercado puro, científico o ecológico, que actúan como una profecía del bien común de una realidad social o de un mundo espiritual del pasado o del futuro³⁰⁵.

En ese entendido,

ya que en la sociedad abierta a menudo faltan instancias creadoras de sentido, el peligro de que los seres humanos se aferren a doctrinas de salvación de todo tipo y con ello inconscientemente pongan en peligro la propia humanidad es desde luego grande. El Estado constitucional tiene que generar por tanto mucha fuerza atractiva y disponer de medios pedagógicos, para erigir diques contra el fundamentalismo, para contrarrestarlo como moderno problema también³⁰⁶.

Por ello, el pensamiento constitucional institucional basado en la idea humanista del hombre, hay que construirlo como una *utopía realizable relativamente*, en la medida que puede ser implementada en un orden social

303. Karl Popper, *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el estado democrático...*, op. cit., p. 121.

304. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., p. 172.

305. Peter Häberle, *El fundamentalismo como desafío del estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del derecho y de la cultura*, en el compendio de trabajos del autor, titulado: *Retos actuales del Estado Constitucional...*, op. cit., pp. 143 ss. y 153 ss.

306. *Ibidem*, ..., op. cit., p. 154.

concreto, y no cabe entenderla como una *utopía irrealizable absolutamente*, en tanto expresión falsa o ideológica del orden social presente o potencial³⁰⁷. En tal entendido, el pensamiento constitucional utópico se incardina en la praxis constitucional; en donde los detentadores del poder –gobierno– toman como realidad el orden constitucional existente, y los opositores –oposición– consideran por realidad los fundamentos del orden constitucional por el cual luchan.

Sin embargo, hay que señalar que “el orden existente sólo es desafiado por otro orden de existencia, cuando la concepción utópica incorpora y da expresión a los movimientos pre-existentes de la sociedad y regresan a ésta en una perspectiva teórica de conjunto lista para la acción”³⁰⁸. En este proceso dinámico y abierto, los derechos fundamentales ocupan un rol precisamente de liderazgo ético e institucional, en tanto son concebidos como derechos de la persona proyectados a su realización progresiva hacia futuro y siempre en un sentido tutelar radical, como se presenta a continuación.

2 DERECHOS FUNDAMENTALES

El desarrollo constitucional tiene en los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo, debido a que “el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de Derecho, como aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido”³⁰⁹.

Sin embargo, se puede señalar que los derechos fundamentales constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes, y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el iuspositivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, la reconstrucción del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada reali-

307. Karl Mannheim, *Ideologie und Utopie...*, op. cit., pp. 173 ss.

308. César Landa, *Derecho Político...*, op. cit., p. 132.

309. Gerhard Leibholz, *Verfassungsstaat und Verfassungsrecht*, Stuttgart, Verlag Kohlhammer, 1976, p. 16; asimismo, Willi Geiger, *Die Wandlung der Grundrechte*, en *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates*, (Max Imboden, editor), Wien, Verlag Herder, 1965, pp. 9-33.

dad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional³¹⁰.

Para lo cual, se debe partir de reconocer que “la primera condición de la existencia de todos los seres humanos, que se constata en la historia, es que para vivir primero deben existir, lo que es condición para poder hacer la historia”³¹¹. Si bien, toda persona necesita *primun vivere deinde filosofare*, esto no supone reducir la condición humana al *homo economicus*, aunque si reconocer que el trabajo constituye el sistema material de satisfacción de las necesidades de toda persona “*Bedürfnisbefriedigung*”³¹².

En este sentido, se deben reconocer las condiciones reales que dan la pauta para la realización de los derechos fundamentales, en el marco constitucional; pero, sin someter absolutamente la validez de los derechos humanos a la fuerza normativa de los poderes públicos o privados transitorios, que muchas veces se presentan como portadores de las banderas del bienestar general, para soslayar sus práctica autocráticas. Por ello, son las necesidades radicales relativas a los derechos y libertades subjetivos, basadas en el conocimiento, el pensamiento, el sentimiento y la acción, las que delimitan y otorgan sentido humano –racional y volitivo– a las necesidades materiales primarias³¹³, para evitar que se conviertan en instrumentos de convencimiento popular de las tiranías³¹⁴.

En la perspectiva establecida, es la teoría sobre los derechos fundamentales, entendida como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”³¹⁵, la que más han avanzado en plantear la defensa y el desarrollo de los derechos humanos, como la principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados. Ello ha sido así gracias a que la teoría de los derechos fundamentales se asienta en

310. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 75-92; asimismo, Alain Touraine, *Que est-ce que la démocratie?* Paris, Fayard, 1994, pp. 37 ss. y 57 ss.

311. Karl Marx y Friedrich Hegel, *Die Deutsche Ideologie*, en *Marx-Engels Gesamtausgabe*, tomo 5, Taunus, Verlag Detlez Auvermannn KG, 1970, op. cit., p. 17.

312. Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts...*, op. cit., tomo 2, §187-200, pp. 639 ss.; asimismo, Karl Marx y Friedrich Engels, *Die Deutsche Ideologie...*, op. cit., pp. 39 ss.

313. Agnes Heller, *General Ethics*, Basil Blackwell, London, 1988, pp. 131 ss.

314. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie...* op. cit., pp. 93 ss.

315. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 45.

una determinada idea de Estado, y en una determinada teoría de la Constitución, lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales, no sólo desde una fundamentación exclusivamente técnico-jurídica, sino incorporándola a una concepción de Estado y de Constitución³¹⁶, que a continuación se presentan.

2.1 Teorías del Estado de los derechos fundamentales

La idea de los derechos fundamentales, vinculada a la noción de Estado, se puede fundamentar en el plano teórico-doctrinal, siguiendo a Fioravanti, en tres modelos que se integran parcialmente: *historicista*, *individualista* y *estatalista*. De esta manera, tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)³¹⁷.

2.1.1 Modelo historicista

La perspectiva histórica encuentra sus raíces en la etapa de construcción del Estado moderno, sobre todo en Inglaterra, donde se desarrolla la tradición europea medieval más clara de la limitación del poder político de “*imperium*”³¹⁸. Por eso, se privilegian las libertades civiles negativas, que emanaban de la costumbre y de la naturaleza de las cosas, en virtud de lo cual se entendían como capacidades de actuar sin impedimentos del poder político. Estos derechos en verdad eran privilegios o prerrogativas, que quedaron plasmadas, durante la Baja Edad Media en los llamados contratos de dominación “*Herrschaftsverträge*”.

Por eso, se ha señalado que en la época medieval se condensan las raíces profundas del Mundo Antiguo y del primer cristianismo, que desarrollaron la idea de la libertad como *autonomía y seguridad*³¹⁹. De ahí que se entienda inclusive que “la nueva sociedad liberal es en ese sentido nada

316. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, en *VVDStRL*, Berlin, Walter de Gruyter, 1963, pp. 53 ss.

317. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 25.

318. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno...*, *op. cit.*, pp. 89-116.

319. Karl Loewenstein, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, pp. 335 ss.; asimismo, Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, pp. 157 ss.

menos que la generalización, oportunamente corregida y mejorada, de la antigua autonomía medieval de los derechos y libertades³²⁰. Sin embargo, es del caso recordar que los derechos y libertades civiles, no eran del hombre como persona individual, sino en tanto miembro de una organización corporativa, que definía su *status* jurídico.

El orden natural de las cosas asignaba a cada persona sus derechos civiles desde su nacimiento, en tanto que no se concebía la existencia de derechos políticos, en razón a que la ley estaba en función del equilibrio y control del gobierno; en todo caso, sometida a la tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos, como en Inglaterra. En tal entendido, la profunda contradicción con el orden liberal de los derechos, es que éste no se somete a un "orden natural" dado, sino que es esencial la autonomía de la libertad para construir un orden diferente, donde la persona sea el centro de decisión y no objeto del "*statu quo*".

2.12 Modelo individualista

Este modelo se basa en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado liberal, que se opone al orden estamental medieval, en tanto la persona esta diluida en las organizaciones corporativas. Se afirma en un iusnaturalismo, que se expresa revolucionariamente como eliminación de los privilegios estamentales, y en la declaración de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituye en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones, como quedó manifestado en la declaración de derechos y en el Código de Napoleón.

Pero el esquema individualista de derechos, como no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, como aconteció en el proceso social inglés; por ello, requirió partir de una ficción jurídica-política, donde el contrato o pacto social fue el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Sobre la base del pacto social se establecerá en adelante el principio de la soberanía popular y del poder constituyente, que otorgaron legitimidad a la creación de una Constitución, como un instrumento de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre³²¹.

320. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 34.

321. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., pp. 95 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., 811 ss.

En efecto, la presunción de libertad del hombre frente al Estado –*principio de distribución*– y la presunción de actuación limitada del Estado frente a la libertad –*principio de organización*–³²², suponía que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir la libertad de las personas, requerían de una ley y un mandato judicial³²³. En ese sentido, el liberalismo entenderá que los derechos civiles no eran creados por el Estado sino tan sólo reconocidos, lo cual suponía que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que éste era sólo un instrumento garantizador de los mismos.

A partir de entonces, los derechos políticos, como el derecho de sufragio, constituirán la base que otorga un nuevo elemento constitutivo a los derechos civiles, formando una sociedad de individuos políticamente activos, que orientan la actuación de los poderes públicos. De modo que, en adelante son los representantes electos por los propios ciudadanos los que se encargarán de configurar los derechos y libertades de los hombres a través de la ley, así como también establecer sus limitaciones de manera taxativa y restringida.

El modelo individualista, a diferencia del historicismo que sostuvo la concepción de los derechos como una manifestación del orden establecido, edificará formalmente los derechos y libertades de manera concreta, condicionando la actuación de la autoridad a los posibles excesos de los poderes constituidos. En este último sentido, el individualismo retomará la doctrina de la *libertad como seguridad*, para sus bienes y su propia persona³²⁴.

2.13 Modelo estatalista

Se basa en la idea de que el Estado total, es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello, “en la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum omnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno”³²⁵.

322. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 125 ss.; asimismo, Zaccaria Giacometti, *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, en ZSR, tomo 74, 1955, Basel, pp. 163 ss.

323. Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit. p. 305 ss.

324. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 46.

325. *Ibidem*, op. cit., p. 48.

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, por cuanto, los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo, como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la *decisión política*, en tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Si no que encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática³²⁶.

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe que los derechos políticos son funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece, a favor de este último. Asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad, en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transitoriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello, se ha dicho que “puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte”³²⁷.

Estas corrientes *historicista*, *individualista* y *estatalista* han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra, se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional³²⁸.

22 Teorías constitucionales de los derechos fundamentales

A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al

326. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, pp. 75 ss.

327. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 53.

328. Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I..., *op. cit.*, pp. 85 ss.; asimismo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie...*, *op. cit.*, pp. 42 ss.

desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. En tal sentido, se pueden identificar a las principales teoría de los derechos fundamentales en seis grupos³²⁹:

2.2.1 Teoría liberal

Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa "*Abwehrrechte*". Se pone el acento en el *status negativus* de la libertad, frente y contra el Estado. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, en la medida en que, como reza el artículo 4º de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano: "la libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley"³³⁰.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir, no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de normación, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías tales como "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" y la prohibición de la retroactividad de la ley³³¹. En ese sentido, se puede decir que la defensa de la libertad humana, se convierte en el fin supremo de la socie-

329. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 100 ss., hay versión en castellano: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1997; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, en *Staat, Verfassung, Demokratie...*, *op. cit.*, pp. 115 ss., se trabaja con la versión española: *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 44 ss.; Peter Häberle, *Recientes aportes sobre los Derechos Fundamentales en Alemania*, en *Pensamiento Constitucional*, 1994..., *op. cit.*, pp. 45 ss.; Klaus Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 13-30; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 295-316

330. Giorgio del Vecchio, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française*, Edition Fondation Européenne Dragan, Rome, 1968, p. 39.

331. Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, Paris, en LGDJ, 1972, pp. 129 ss.; asimismo, Jean Rivero, *Les libertés publiques*, tomo 1, Presses Universitaires de France, Paris, 1981, pp. 145-152.

dad y del Estado, actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal³³².

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio pro libertate*, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad³³³.

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, es la vinculación negativa del legislador a los mismos, entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado³³⁴. De ello se desprende la noción de límite de la ingerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales, en la medida que "los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación"³³⁵. Esto sólo es posible a partir de una concepción ética de los derechos fundamentales.

222 Teoría de los valores

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entreguerra, para la cual "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales"³³⁶.

332. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 36 ss.

333. Peter Lerche, *Überrass und Verfassungsrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 125 ss.; Ulrich Scheuner, en *VVDStRL 20, Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1963, pp. 125-126; asimismo, Josef Isensee, *Bundesverfassungsgericht - quo vadis?*, en *JZ*, 22, 1996, pp. 1090.

334. Manuel Medina, *la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 9 ss.

335. Hans Ipsen, *Über das Grundgesetz - nach 25 Jahren*, en *DÖV*, N° 27, 1974, p. 295.

336. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, op. cit., p. 164.

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes³³⁷.

Esta concepción de los derechos se relanza con la ética material de los valores “*material Wertethik*”³³⁸; donde los derechos fundamentales, asumiendo sus contenidos axiológicos como emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas “*Wertentscheidung*”. En tal entendido, los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad, que se va expresando en normas legales y sentencias³³⁹.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales, dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad. Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad, que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva “*intuitive Vorzugsevidenz*”³⁴⁰, o mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior³⁴¹.

Someter los derechos fundamentales a la valoración intuitiva o al estado de conciencia social, en etapas de rápida transformaciones y cambios, permite suponer el cambio o la afectación de los valores supremos y eternos de una sociedad, de donde el carácter pre-existente y vinculante de los princi-

337. *Ibidem.*, *op. cit.*, pp. 166 ss.

338. Nicolai Hartmann, *Ethik*, Berlin, Walter der Gruyter & Co., 1926, pp. 107 ss. y 227 ss.

339. Hermann Weinkauff, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, en *Naturrecht oder Rechtspositivismus?...*, *op. cit.*, pp. 556 ss.; asimismo, Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, en *Die Ontologische Begründung des Rechts* (A. Kaufmann, editor), Darmstadt, Wissenschaftliche Buschgesellschaft, 1965, pp. 505 ss.

340. Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik*, en *Gesammelte Werke*, Vol. 2, Bern, Francke Verlag, 1954, pp. 110 ss. y 284 ss.; asimismo, Nicolai Hartmann, *Ethik...*, *op. cit.*, pp. 166 ss. y 252 ss.

341. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 136 ss.

pios y valores que dan sentido a la unidad de una comunidad, no permanezcan estables o inmodificables. En este sentido, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento "Zeitgeist"³⁴².

Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados presuntos valores supremos objetivos, a los valores minoritarios; pero, en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no terminan integrándose, sino que "en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifica en que el *valor* destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor"³⁴³. Por ello, los derechos fundamentales en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales; lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales, a partir de la teoría institucional.

2.2.3 Teoría institucional

Los derechos fundamentales, entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social. De ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional³⁴⁴.

En tal sentido, se debe partir de entender que, para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subje-

342. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 59 ss.

343. Carl Schmitt, Eberhard Jüngel, Sepp Schelz, *Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlagshaus, 1979, p. 38.

344. Ivor Jennings, *Die Theorie der Institution*, en *Institution und Recht* (Roman Schnur, editor), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 99-117; asimismo, Niklas Luhmann, *Institutionalisierung-Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft*, en *Zur Theorie der Institution* (Helmut Schelsky, editor), Universitätsverlag, 1973, pp. 27 ss., y; Helmut Schelsky-Gedächtnissymposium Münster 1985, *Recht und Institution* (edición de la Universidad de Münster), Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 19 ss. y 71 ss.

tivos³⁴⁵. Pero es, precisamente, mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido. Por eso, Schmitt trazó una línea divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, a fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador, sin embargo, “la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional”³⁴⁶.

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales, en tanto gozan junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales³⁴⁷. Pero es Häberle quien desarrolla la categoría de los límites del legislador, en relación a los derechos fundamentales, reformulando la tesis de la reserva de ley y postulando la tesis central de contenido esencial “*Wesensgehaltgarantie*” de los derechos fundamentales, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental³⁴⁸.

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta. Pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional³⁴⁹. En ese sentido, “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamen-

345. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel...*, op. cit., p. 612 y 618 ss.; asimismo, revisar: Erick Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clasula rebus sic stantibus*, (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1911), Scientia Verlag, Aaalen, 1964, pp. 128 ss., y; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 163 ss.

346. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 170; Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Eirichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, 1979, pp. 63 ss., y; Luciano Parejo, *Garantía Institucional y Autonomías Locales...*, op. cit., pp. 23 ss.

347. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 127 ss.

348. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 116 ss.; asimismo, Juan Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, pp. 99 ss.

349. Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel...*, op. cit., pp. 296 ss.

tal³⁵⁰. Por ello se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales, que justifiquen limitar derechos fundamentales³⁵¹. En esa tarea de integración, propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, se trata de ponderar diversos bienes jurídicos “*Güterabwägung*”, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales³⁵².

La realización práctica del sistema de derechos fundamentales, supone el reconocimiento de un *status activus processualis*, que permite la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos³⁵³. En ese sentido, los derechos fundamentales son vinculantes, en tanto se les concibe como categorías jurídico-positivas, lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional³⁵⁴. Sin embargo, “la Constitución no puede pues resolver por si sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una determinada realidad y de un programa social *res publica semper reformanda*”³⁵⁵.

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquieren visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. En ese sentido, “los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen en realidad vital, y como tal se entiende el Derecho como género”³⁵⁶.

350. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 109.

351. Antonio Lopez Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia...*, *op. cit.*, ponencia de Peter Häberle, sobre *El legislador de los derechos fundamentales*, pp. 120 ss.

352. Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 95 ss. y 127 ss.

353. Peter Häberle, *Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat*, en *VVDStRL* 30, 1972, pp. 82 ss.

354. Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, pp. 90 ss.; asimismo, del autor: *Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates...*, *op. cit.*, pp. 352-359.

355. Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Basel-Frankfurt, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 167; asimismo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 72 ss.

356. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 199; Reinhold Zippelius, *Rechts und gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 67 ss.

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la libertad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley. Que también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad «*Schranken-Schrank*»³⁵⁷. De ahí la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador, que hagan inmunes el contenido esencial de los derechos fundamentales de las mayorías parlamentarias transitorias, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad «*Gemeinschafts-bindung*»³⁵⁸.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional, está orientada concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto, es decir, la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. En este sentido, “los derechos fundamentales son institutos, sólo cuando pueden ser *efectivamente* reivindicados por los titulares —cambiar el hecho por la norma—, es decir cuando son *regla*”³⁵⁹.

El desarrollo fértil de la doctrina institucional de los derechos fundamentales, ha dado lugar a dos subteorías institucionales, que a continuación se esbozan.

- i. *Teoría sistémica*. Parte de una interpretación propia del Derecho, en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista³⁶⁰. En ese sentido, “los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad”³⁶¹.

357. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht...*, op. cit., pp. 98-134; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 108 ss. y; Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

358. Hartmut Jäckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40, asimismo, Manuel Medina, *la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 48 ss.

359. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 211.

360. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 124-164; asimismo, del autor: *Grundrechte als Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 14-25 y, *Ausdifferenzierung des Recht. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 273 ss.

361. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution...*, op. cit., p. 82.

Hay que destacar que el análisis sistémico de los derechos fundamentales, también incorpora la compleja variable social; es decir, el ejercicio de los derechos y libertades se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional³⁶². En ese sentido, “los derechos fundamentales quedan así relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo, de este modo, su dimensión emancipatoria y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas”³⁶³.

- ii. *Teoría multifuncional*. Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines e intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, como también para cumplir con los objetivos del Estado social del Derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales³⁶⁴.

Con esto se puede decir que la diversidad de funciones constitucionales, de los derechos fundamentales, está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que la doctrina constitucional suiza ha aportado al desarrollo constitucional³⁶⁵. En este sentido, se puede señalar que no sólo la Constitución, sino también los derechos fundamentales participan de las funciones: racionalizadora, ordenadora, estabilizadora, unificadora, contralora del poder; así como, del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado³⁶⁶.

362. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts...*, op. cit., pp. 35 ss.; asimismo, Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 11 ss. y 72 ss.

363. Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 301.

364. Ernst Denninger, *Staatrecht*, vol. 2, Hamburg, Rowohlt, 1979, pp. 136 ss.; Walter Kälin, *Verfassungsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, pp. 23 ss.; Helmut Willke, *Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 204 ss.

365. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, *Antworten*, Bern, Universitäten, tomos I, III y VI, 1969/1970/1973, pp. 12 ss., 16 ss., y 14 ss., respectivamente; asimismo, Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Bern, Verlag Stämpfli / Cie, 1964, pp. 184-192; Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1966, pp. 536 ss.

366. Klaus Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, München, 1984, pp. 82 ss.; Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte*, II, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997,

224 Teoría democrática-funcional

Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa, de allí que “no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho”³⁶⁷. Es decir, se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participatorios de la democracia estatal. Desde esta perspectiva social y ciudadana, se puede plantear que hay no sólo derechos fundamentales, sino también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional. En este último sentido, los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición, sino que presentan límites, en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen los límites y el deber de fomentar el interés público³⁶⁸.

La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional, se ha visto expresada en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político³⁶⁹. Por ello, como señala Böckenförde, “el objeto (*Aufgabe*) y la función (*Funktion*) pública y democrático-constitutiva es lo que legitima los derechos fundamentales, y también lo que determina su contenido”³⁷⁰.

En tal sentido, el punto de partida, orientación y límites de los derechos fundamentales se encuentra en el proceso político democrático, que se convierte en el valor constituyente del contenido, del ejercicio y de los contenidos de los derechos de la persona. En consecuencia, lo *políticamente correcto* se

pp. 16-28; asimismo, Peter Häberle, *Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des “gemischten” Verfassungsverständnisses*, en *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Libro de Homenaje a Dietrich Schindler por sus 65 años, editores W. Haller, A. Kölz y otros, 1989, pp. 701 ss.

367. Oliver Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie...*, *op. cit.*, p. 19.

368. Hans Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart*, Kohlhammer, Stuttgart, 1972, pp. 27 ss.

369. Rudolf Smend, *Verfassungs- und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 75 ss. y 128 ss.

370. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 61; asimismo, Reinhold Zippelius, *Rechts und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft...*, *op. cit.*, pp. 233 ss.

convierte en el parámetro de validez de los derechos humanos, tarea que ya no queda delimitada en cada caso por el titular del derecho, sino por un consenso social que representa una posición intermedia o intersubjetivista, entre las tesis individualista y colectivista de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta tesis de la democracia-funcional de los derechos fundamentales, no deja de presentar interrogantes, acerca de la posible presión social contra la aparición de nuevos derechos que se originan en los valores periféricos del consenso democrático existente. Son los casos de la libertad de expresión o del derecho electoral, entendidos como derechos fundamentales absolutos, que pueden dar lugar a la transmisión de ideas y programas políticos, cuestionables desde una posición democrática —no funcionalista ni avalorativa—. Lo cual abre un debate acerca de los límites y diferencias de los derechos fundamentales, sobre todo cuando aportan una carga político-social³⁷¹.

225 Teoría jurídico-social

El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales, es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma programática sujeta a la reserva de ley³⁷², o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia³⁷³. Por ello, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social, que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales, como derechos subjetivos de realización mediata para el particular; y como derechos objetivos vinculantes para el Estado, es que se puede hablar de derechos normativos³⁷⁴, sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la constitución económica³⁷⁵.

371. Herbert Krüger, *Staatslehre*.... *op. cit.*, pp. 543 ss.

372. Carl Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), en el compendio del autor: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, pp. 181 ss.

373. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*.... *op. cit.*, pp. 93 ss.; planteamiento criticado por Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*...., *op. cit.*, pp. 152 ss. y Friedrich Müller, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 172 ss. y 197 ss.

374. Peter Badura, *Das Prinzip der sozialen Grundrechten und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, tomo 14, 1975, pp. 17 y ss.; asimismo, José Luis Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, en *Cuadernos y Debates* N° 5, Madrid, CEC, 1988, pp. 67 ss.

375. Fritz Gygi, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, pp. 36 ss. y 109 ss.; asimismo, Hans Peter Ipsen, *Über der Grundgesetz - nach 25 Jahren*, en *DÖV*..., *art. cit.*, pp.295 ss.

En esta perspectiva subyacen dos cosas:

de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implementación de la libertad en la realidad constitucional³⁷⁶, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales³⁷⁷.

En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva³⁷⁸. En consecuencia, el desarrollo económico y social es una premisa necesaria, aunque no suficiente, de la legitimidad de los derechos socio-económicos, debido a que los derechos sociales podrán cumplir su función social sólo en la medida que su proyección normativa sepa desarrollar los elementos jurídico-sociales, que no dejen vacía o sin realización a la norma constitucional de los derechos sociales³⁷⁹.

El problema de esta teoría, radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales de la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son norma de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas³⁸⁰. Con lo cual, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno, y en el mejor de los casos, a la negociación del gobierno con la oposición, pero sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los

376. Así, la formulación en la Sentencia del Tribunal Federal Administrativo 27, 360 (362); en sentido afirmativo Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*.... *op. cit.*, pp.70 ss.

377. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*..., *op. cit.*, p. 64.

378. John Rawls, *A theory of justice*..., *op. cit.*, pp. 11 ss., 147 ss. y 525 ss.

379. Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*..., *op. cit.*, pp. 69 ss.

380. Daniel Trachsel, *Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, pp. 59 ss.; Klaus Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*... *op. cit.*, pp. 28 ss.

derechos jurídicos y derechos reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista al divorcio entre la libertad jurídica y la libertad real³⁸¹.

2.2.6 Teoría de la garantía procesal

La teoría según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos, pero profundizando y avanzando más allá del "*status activus processualis*" planteado por Häberle³⁸². En efecto, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales que permiten accionar, no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que a un derecho corresponda siempre una acción, y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia, "las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso"³⁸³.

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales para proteger los propios derechos fundamentales, sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios y hasta los tribunales administrativos, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales, sino traspasar adecuadamente institutos, elementos y principios del derecho procesal a los procesos constitucionales. En ese sentido, los derechos

381. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1964, pp. 63 ss. y 99 ss.

382. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 289 ss.

383. Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1981, p. 209.

fundamentales como garantías procesales, se convierte tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales³⁸⁴.

Pero la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos, sino que también se extiende al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes, y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria³⁸⁵.

Finalmente, cabe decir que las diversas teorías de los derechos fundamentales, presentan tanto aportes adecuados para el desarrollo de los derechos de libertad, como también resultan insuficientes para resolver por sí solos los problemas contemporáneos de la falta de realización de los derechos fundamentales, en todas las regiones y en culturas diferentes³⁸⁶. Por eso hay que recordar que, junto a las teorías de los derechos fundamentales, se encuentran diversas concepciones jurídicas de Estado, sociedad, economía y naturaleza, que deben poner en relación de interdependencia a estos derechos con las variables culturales de cada Estado constitucional, para afrontar integralmente la teoría y la praxis de los derechos fundamentales³⁸⁷. De lo contrario, los derechos fundamentales quedarían reducidos a un ejercicio normativo y semántico, sometidos a los poderes fácticos, como se ha puesto en evidencia en el Estado neoliberal contemporáneo³⁸⁸.

En ese sentido, la realidad constitucional está caracterizada, básicamente, por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos, proceso en el cual el perfeccionamiento, o la creación de métodos de interpretación constitucional, ayudan a otorgar sentido a la teoría y a la práctica de los derechos fundamentales.

384. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., p. 292.

385. Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien...*, op. cit., pp. 217 ss. y 265 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 148 ss.

386. Felix Ermacora, *Menschenrechte in der sich Wandelnden Welt*, tomo II, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1983, pp. 31 ss.

387. Konrad Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, en *EuGRZ* 1978, pp. 437 ss.

388. Pedro de Vega, *Neoliberalismo y Estado...*, op. cit., pp. 31 ss.

3 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Sólo a partir de la praxis del Estado democrático y social de Derecho, y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la teoría del derecho, dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional³⁸⁹, debido a la demanda social y a las respuestas sobre todo de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos fundamentales³⁹⁰.

Baste señalar que en el constitucionalismo clásico, la interpretación constitucional no existía como problema, en tanto los derechos y garantías de la Constitución se realizaban en el marco del Código Civil y el Código Penal, por un lado, mediante las técnicas de la interpretación del derecho privado, que fueron asumidas como la teoría general de la interpretación³⁹¹, mediante la hermenéutica jurídica³⁹²; y, por otro, la parte orgánica de la Constitución, que era un asunto político no interpretable jurídicamente³⁹³. En general, no era una necesidad jurídica interpretar la Constitución, dado el carácter y la comprensión fundamentalmente política de la norma suprema, por ello, diría Jefferson, la Constitución no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas.

-
389. Christian Starck (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo II, *Verfassungsauslegung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, donde recoge los trabajos de buena parte de la doctrina alemana sobre la interpretación constitucional, de autores como Badura, Kirchhof, Zippelius, Frowein, Klein, Schneider, entre otros.
390. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, *op. cit.*, pp. 150 ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation-Bestandaufnahme und Kritik*, en *NJW*, N° 46, 1976, pp. 1089 ss., se trabaja con la versión en castellano en *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 13 ss.; asimismo, Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991, pp. 213 ss., 325 ss. y 377 ss.; asimismo, René Gralla, *Der Grundrechtsschutz in Dänemark*, Frankfurt-Bern-New York-Paris, Peter Lanf, 1987, pp. 65 ss., 81 ss. y 187 ss.
391. Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I y II, Milano, Giuffrè editore, 1955, pp. 292 ss. y 789 ss., respectivamente.
392. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, 4 ed., pp. 162 ss. y 185 ss.
393. Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1994, pp. 15 ss.; asimismo, Tomás de la Quadra, *Métodos y criterios de interpretación de la Constitución*, en Antonio López Pina (editor), *División de Poderes e Interpretación, hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 134 ss.

Por el contrario, la ley se entendía como prolongación de la racionalidad social, donde el legislador –según Rousseau– no debía ser concebido como el mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que, sin hacer las leyes, las descubriese y se limitase a formularlas. Entonces, “por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia”³⁹⁴.

En consecuencia, en la primera hora del constitucionalismo moderno, la interpretación constitucional se convierte en un tema superfluo, dado el rol indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad. De ahí que, como decía Montesquieu, “los jueces de una nación no son [...] sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”³⁹⁵. A tenor de lo expuesto, “el formalismo, la neutralidad axiológica, la claridad y la consiguiente ausencia de la necesidad de interpretación, serían otras tantas de las características con las que aparece en la historia la legalidad constitucional moderna y que, naturalmente, condicionaron los primeros y más significativos tratamientos doctrinales de la misma”³⁹⁶.

Por ello, la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, sólo cuando la propia norma suprema se transforma en norma exigible directamente por los ciudadanos; ello sucede a partir de dos procesos sucesivos:

Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, “a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”³⁹⁷. En este sentido, también,

394. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., pp. 816 ss. y en concreto p. 817.

395. Montesquieu, *Esprit de lois...*, op. cit., p. 127 y ss.; sin embargo, es del caso señalar que en la experiencia norteamericana, siguiendo la tradición anglosajona, los jueces tempranamente se convirtieron en los intérpretes autorizados de la Constitución y de la ley, Ronald Dworkin, *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 15 ss. y 49 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 43 ss.

396. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 817.

397. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)...*, op. cit., p. 204.

el Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional³⁹⁸.

Segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales, e incorporan fundamentalmente valores, principios constitucionales y derechos socio-económicos en el Estado social de Derecho, a partir de la segunda postguerra obligó, sobre todo a los jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido³⁹⁹, sino también dentro lo constitucionalmente posible⁴⁰⁰.

Sobre la base de ese orden supremo constitucional, y de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del Derecho Constitucional contemporáneo; lo cual se afirma con la judicialización de la Constitución, a través del rol de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución⁴⁰¹. Proceso que ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y de la teoría del Derecho⁴⁰², así como a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la dogmática constitucional⁴⁰³, base sobre las cuales, a continuación, se presentan algunos métodos de interpretación constitucional:

-
398. Manuel García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de derecho...*, op. cit., pp. 28 ss., en especial 30-31; asimismo, Christian Starck, *Constitutional Interpretation*, en Christian Starck (editor), *Studies in German Constitutionalism...*, op. cit., pp. 51 ss.
399. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 251 ss.; Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., pp. 277 ss. y 539 ss.; asimismo, Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 37 ss.
400. Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 302 ss.; asimismo, Christian Starck, *Constitutional Interpretation*, en Christian Starck (editor), *Studies in German Constitutionalism...*, op. cit., pp. 59 ss.
401. Gerhard Leibholz, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, en *JÖR*, Nueva Serie, tomo 6, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1957, pp. 110 ss.
402. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1972, pp. 116 ss.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1975, pp. 298 ss.
403. Ralf Dreier y Friedrich Schwegmann (editores), *Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, donde

31 Interpretación hermeneútica

Esta teoría concibe a la Constitución como una norma jurídica más, que debe ser interpretada conforme a los métodos de interpretación de la ley⁴⁰⁴. Así, “la Constitución esta subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que prevé las dificultades de su modificación, que ha trazado la interpretación de la ley a través de su objeto”⁴⁰⁵.

En ese sentido, las reglas de interpretación de la ley son válidas para la interpretación de la Constitución, es decir, las interpretaciones semántica, histórica, lógica y gramatical postuladas por Savigny son aplicables a la Constitución⁴⁰⁶. Equiparar la ley a la Constitución, supone también transferir los atributos de la norma legal a ley suprema, en tal sentido, la ley como norma jurídica se caracteriza por una determinada estructura lógico-formal, en la cual se produce el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con carácter obligatorio y coercitivo⁴⁰⁷. Con todo, resulta bastante ingenuo hacer una identidad de la ley con la Constitución, en la medida que “la Constitución es, partiendo de esta estructura, un *ordenamiento-marco*, esto es, fija standarizadamente sólo condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión políticas y adopta decisiones (de principio) fundamentales para la relación Individuo, Sociedad y Estado, pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo”⁴⁰⁸.

se reúnen importantes ensayos de Forsthoff, Ehmke, Häberle, Müller, Böckenförde, Pestalozza, Kriele, Schneider, Hollerbach, Krüger y Lerche.

404. Peter Lerche, *Stil, Methode, Ansicht. Polemisch Bemerkung zum Methodenproblem*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1976, pp. 115 ss.; asimismo, Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I y II, *op. cit.*, pp. 629 ss. y 925 ss., respectivamente.
405. Ernst Forsthoff, *Rechtssaft im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, *op. cit.*, pp. 148; Klaus Röhl, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln, C. Heymanns Verlag, 1994, pp. 106 ss.; asimismo, en el ámbito de la interpretación legislativa, revisar: Vittorio Frosini, *Gesetzgebung und Auslegung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 35 ss. y 66 ss.
406. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts...*, *op. cit.*, pp. 212 ss.; del mismo autor, *Juristischer Methodenlehre...*, *op. cit.*, pp. 18 ss.; asimismo, Ernst Forsthoff, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle, Niemeyer Verlag, 1940, pp. 18 ss.
407. Herbert L.A. Hart, *The concept of law...*, *op. cit.*, pp. 18 ss.; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 22 ss. y 81 ss.; asimismo, Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität... op. cit.*, pp. 40 ss.

Por ello, se ha intentado replantear algunas bases de la teoría de la interpretación hermenéutica a partir de la praxis⁴⁰⁹; pero, como la hermenéutica esta afincada en un concepto de conocimiento normativo, resulta insuficiente como método de interpretación constitucional. Más aún, si se toma en consideración que las constituciones de la postguerra tienen una impronta iusnaturalista, en virtud de la cual, primero, son normas de consenso valorativas, donde la unidad política de las fuerzas políticas pluralistas de la sociedad se ha logrado gracias a un arco iris de intereses comunes, y, segundo, que han alcanzado ese consenso político gracias tanto al sacrificio del carácter técnico lógico-jurídico de la norma constitucional, como a la organización y funcionamiento racionalizado del gobierno y la oposición⁴¹⁰.

En ese entendido, las tradicionales reglas de la interpretación de la ley con que actúa el juez ordinario, propias del Derecho privado, que busca revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador⁴¹¹, mediante el análisis literal del texto de la norma, de los elementos lógico-rationales y las relaciones establecidos entre ellas, así como las situaciones históricas dadas en el tiempo de la aprobación de la ley, y los distintos elementos de la norma, con el objeto de considerar la unidad racional de su proceso de creación⁴¹², resultan necesarias pero insuficientes para la interpretación constitucional contemporánea. Por cuanto, la Constitución es una norma jurídica y política abierta, y en proceso permanente de integración infraestatal y supranacional, característica propia del Derecho Constitucional en las postrimerías del siglo XXI. Es en este último sentido que Häberle considera maduro el tiempo presente para añadir un quinto método de interpretación: el método comparativo⁴¹³.

-
408. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 17; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte...*, op. cit., pp. 71 ss., donde se analiza la estructura de los principios y reglas constitucionales; asimismo, Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 23 ss., donde se distingue entre Constitución como norma política y leyes constitucionales, como norma jurídica particular.
409. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode...*, op. cit., pp. 250 ss. y 284 ss.
410. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 816; asimismo, Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries...*, op. cit., pp. 67 ss.
411. Herbert Krüger, *Verfassungsauslegung aus den Willen des Verfassungsgebers*, en Ralf Dreier y Friedrich Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation...*, pp. 142 ss.
412. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 350 ss.; Josef Esser, *Wege der Rechtsgewinnung* (P. Häberle y H. Leser, editores), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, pp. 278 ss.; asimismo, Winfried Hassemer (editor), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1984, pp. 57 ss.
413. Peter Häberle, *Grundrechtsgeltung und grundrechtsinterpretation im Verfassungsrecht. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfte" Auslegungsmethode*, en JZ, 1989, pp. 913

Por otra parte, también existen intentos de renovación de la interpretación hermenéutica, dada la degradación de la normatividad de la Constitución, así, por ejemplo, Böckenförde plantea superar el problema central de la interpretación de la Constitución, postulando una teoría vinculante de la Constitución, en tanto existe una constante entre el método de la interpretación constitucional y la teoría constitucional que le sirve de base⁴¹⁴.

En tal sentido, se pretende reforzar o retomar el carácter normativo de la Constitución como una “totalidad histórica-dogmática” de la que habló Savigny⁴¹⁵. En ese sentido, teoría constitucional “no significa cualquier pre-concepto de Constitución, sino una concepción orientada sistemáticamente por el carácter general, la finalidad normativa y la trascendencia material de la Constitución como tal y de sus partes”⁴¹⁶. Dicha teoría sólo es posible de extraerla, explícita o implícitamente, del texto y de los orígenes de la Constitución por medios racionales, es decir que opera como punto de partida y criterio de interpretación a lo largo de todo el proceso interpretativo.

En ese sentido, la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y distribución del poder, a realizar por los poderes públicos, mediante la fijación de límites “*Grenzfestlegung*” y la determinación de direcciones “*Richtungsbestimmung*”, y controladas no políticamente, sino judicialmente por el Tribunal Constitucional, en tanto competencia central del supremo intérprete de la Constitución, pero, evitando eso, sí, que se haga dueño de la Constitución⁴¹⁷. No obstante estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica, termina por caer en su propia crítica, es decir no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa aunque más compleja de la interpretación constitucional hermenéutica. De ahí que no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea.

Por ello, partiendo de reconocer, con Hesse, que “para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación constitucional es fundamental,

ss., ahora también, en el compendio del autor, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaat und Entwicklungsländer*, 1992, pp. 27-44.

414. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 36 ss.

415. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo I..., op. cit., p. 215.

416. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 38.

417. Willi Geiger, *Zur Lage Verfassungsgerichtsbarkeit*, en Peter Häberle (editor) *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., pp. 446 ss.

pues dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas⁴¹⁸. Habría que recordar que la Constitución es un complejo normativo político y jurídico, que incorpora valores, principios generales y específicos, derechos subjetivos y objetivos, garantías procesales e institucionales, que hacen de la Constitución un objeto de interpretación jurídica de los problemas específicos, pero no idéntica a la interpretación de la ley⁴¹⁹.

En efecto, la Constitución, por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida, y, por otro, incorpora normas políticas directrices, orientadoras, organizativas, procesales y sancionadoras. En un caso u otro, la interpretación de la norma constitucional requiere mucho más que los métodos tradicionales de la interpretación de la ley; en ese sentido, la interpretación constitucional va más allá, a través de sus propias técnicas y métodos de interpretación de las normas de Derecho público⁴²⁰, como el método tópico orientado al problema.

32 Interpretación tópica

Dada la complejidad normativa jurídico-política de la Constitución, y la insuficiencia de la lógica formal y sus métodos tradicionales de interpretación de la ley, se ha planteado un método abierto de razonamiento concreto, orientado a la interpretación de un problema a resolver y a los lugares comunes o «*topoi*» que convergen en los procesos de interpretación jurídicos⁴²¹. Para esta corriente, “el punto más importante en la consideración de la tópica es el constatación que se trata de aquel método de pensamiento que

418 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 36; asimismo, Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß...*, op. cit., pp. 182 ss.

419. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 253; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., pp. 16 ss.

420. Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit., pp. 162 ss.; asimismo, Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 77 ss. y 85 ss.

421. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 61 ss.; Ulrich Scheuner, en VVDStRL, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 125; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 260 ss.

se dirige hacia el problema⁴²². En este método, la interpretación tópica no parte de concebir un canon de reglas de interpretación previamente establecidas, dado su carácter parcial y deducibles discrecionalmente, sino que se utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucionales, sólo como puntos de vista para la solución del caso a interpretar.

La apertura del material normativo constitucional, a utilizar en la interpretación del problema, posibilita un continuo perfeccionamiento del derecho, en una suerte de *trial and error*, dada la estructura de la norma constitucional más abierta y menos detallada que otros ordenamientos⁴²³. En tal sentido, las disposiciones constitucionales, dado su carácter complejo y heterogéneo, son concebidas como puntos de vista de interpretación antes que como normas de mandamiento obligatorias. Con lo cual el intérprete se convierte en un sujeto de decisión acerca del problema a resolver, para lo que no usa un marco constitucional *a priori*, sino sólo como un horizonte que ilumina la solución del caso a interpretar. Por eso, “a la jurisprudencia no se le ofrece con antelación el sistema, sino los problemas, ya que no puede efectuar una selección de problemas desde un sistema constituido de antemano [...] antes bien, debe efectuar desde el respectivo problema propuesto una selección del sistema (que buscará en el tiempo necesario), hasta que haya encontrado una solución a medida, una solución *adecuada*”⁴²⁴.

Desde la interpretación tópica, los esquemas interpretativos operan como una respuesta a los controles ético-sociales, a que se hallan sometidos los intérpretes del derecho, sin embargo, descuida tanto la posición o *status* del intérprete constitucional, sin valorar si se actúa como juez, legislador, administrador, abogado o jurista, y sin considerar el carácter axiológico o valorativo del quehacer de la interpretación constitucional⁴²⁵. En tanto que la Constitución es una norma de principios, donde se establecen los fundamentos, alcances y límites de la vida constitucional, principios que pueden ser un mito, pero reconocen una necesidad propia del Estado de Derecho, como ser las cláusulas de inicio y cierre del sistema de fuentes del Derecho Constitucional⁴²⁶.

422. Theodor Viehweg, *Topica e Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 31; asimismo, Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997, pp. 49 ss., donde desarrolla las tesis de la tópica de Viehweg, como la nueva retórica de Perelman y la lógica formal de Toulmin.

423. Ralf Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, en R. Dreier y F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 27 ss.

424. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 55.

425. Friedrich Müller, *Juristischer Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 96 ss.; Theodor Viehweg, *Topica e Giurisprudenza...*, op. cit., pp. 93.

426. Giorgio del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, en *Recueil d'études sur des sources du droit en l'honneur de François Géný*, tomo II, *Les sources générales des*

Para asegurar la coherencia de la interpretación, la interpretación tópica plantea la necesidad de la precomprensión del problema y la precomprensión de la norma constitucional, pero la validez de la precomprensión no se encuentra en sí misma, sino en función de la aplicación a un caso concreto. La precomprensión del intérprete está inserta en el consenso social, en el cual se ubica el sujeto, el problema y la norma constitucional a interpretar, de ahí que limitarse a postular sólo un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la interpretación resulte insuficiente⁴²⁷.

Aquí aparece la argumentación racional político-constitucional, como un delimitador del método tópico; incorporando las premisas jurídico-políticas del poder constituyente y una estructura racional y razonable⁴²⁸. Sin embargo, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico queda reducida a una función de puntos de vistas orientadores del intérprete, en base a una precomprensión consensual. Pero, "si la Constitución en un sentido fundamental es un ordenamiento jurídico *político*, la apertura tópica no puede quedar sin consecuencia: un método de interpretación que en gran medida conduce a una determinación del contenido (en lugar de sólo una averiguación del contenido) de la Constitución, implica en un Estado democrático la exigencia de su propia democratización"⁴²⁹.

La democratización de la interpretación tópica lleva a colocar el acento en torno a los intérpretes de la Constitución. En tal sentido, Häberle plantea la tesis de la interpretación constitucional como un proceso público, y la tesis de la sociedad abierta de la interpretación constitucional, extendiendo el círculo de los intérpretes constitucionales –juez, legislador, administrador, abogado o jurista–, a todas las personas e instituciones integrantes de la sociedad y a todos los organismos del Estado, en tanto la Constitución es una obra democrática, abierta y pública⁴³⁰. En tal entendido, a la interpretación le corresponde convertirse también en un proceso abierto y público, en la

systèmes juridique actuels, Sirey, Paris, 1934, pp. 69-84; asimismo, Enrique Pérez Luño, *Los principios generales del Derecho. Un mito jurídico?*, en REP, N° 98, 1997, pp. 9-24.

427. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 71; asimismo, Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 60 ss.

428. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, op. cit., pp. 133 ss.

429. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 24.

430. Peter Häberle, *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß - ein Pluralismuskonzept y, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation*, en *Die Verfassung des Pluralismus...*, op. cit., pp. 45 ss. y 79 ss., respectivamente; asimismo, Robert Alexy, *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 211-286.

medida que “la Constitución es en ese sentido espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es sólo espejo, sino también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección”⁴³¹. Sin embargo, el espejo es siempre sólo un *reflejo* nunca una fuente de luz propia.

Dada la posición mediadora del intérprete entre la realidad y la norma, entre las necesidades y las posibilidades, la consecuencia última del rol del intérprete es que la Constitución no sea entendida como un orden establecido a interpretar, sino un orden mutante interpretable e interpretante de la realidad. De aquí que los parámetros y los límites de la interpretación constitucional queden normativamente abiertos, pero políticamente estén circuncidados por el consenso democrático vigente y en transformación, donde las cuestiones constitucionales terminan siendo cuestiones de poder ciudadano⁴³².

No por ello, la interpretación constitucional queda disuelta a la fuerza normativa de los hechos de *fait accompli*, sino que la actuación del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debe apelar al consenso jurídico existente, en tanto expresión del consenso político, más no a la inversa, para poder resolver con legitimidad constitucional las controversias concretas. Lo cual supone, no sólo una sociedad pluralista, sino también tolerante, que sepa procesar institucionalmente el conflicto; porque “si se llega al estallido de conflictos políticos en la sociedad, y, por consiguiente, a una polarización de las posturas sobre valores, toda interpretación tópica pende del aire, se haya privada de la base de presupuesto del consenso”⁴³³. Un

431. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 87; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 24; asimismo, Ingwer Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat...*, op. cit., pp. 105 ss.

432. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation...*, op. cit., pp. 88 ss.; asimismo, revisar los planteamientos de la Constitución y la sociedad abierta en: Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation, Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, pp. 77-87, e Ingwer Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 218 ss.

433. El continuo establecimiento y defensa de la Tópica y de la técnica de razonamiento de problemas puede ser, pues, utilizado, en efecto, como estrategia política para la consecución de una mutación constitucional por el camino de la interpretación; en consecuencia, debe ser acompañado por la correspondiente política de personal en el ámbito de la judicatura y de las universidades, eventualmente a través del establecimiento de nuevas Facultades de Derecho como focos de irradiación de una nueva precomprensión de la Constitución y el Derecho.

Tribunal que busque, no obstante, seguir aquella interpretación, no se encuentra ya necesariamente al otro lado de, sino *en medio* de la confrontación política⁴³⁴. En ese sentido, la interpretación constitucional en sociedades desintegradas debe pasar por incorporar la realidad en la norma e interpretar a ésta a través de las instituciones.

33 Interpretación institucional

La interpretación institucional parte de concebir a la Constitución como un material normativo a trabajar, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad concreta. Bajo la denominación de la interpretación institucional ubicamos a la corriente interpretativa postulada por Konrad Hesse, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculatorio de la norma constitucional con la realidad constitucional, a partir de postular un método de interpretación racionalmente controlable, propósito que sólo es posible a partir de la *concretización* de la norma constitucional en base a y con la realidad constitucional⁴³⁵. Así,

la interpretación constitucional es *concretización –Konkretisierung–*. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la *realidad* de cuya ordenación se trata. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma⁴³⁶.

En el proceso de concretización de la norma constitucional, es necesario partir de la *precomprensión* del problema lo cual ubica al intérprete como ciudadano de una realidad socio-cultural de una determinada comunidad, de la que no puede hacer abstracción, pero tampoco reducir su actuación interpretativa a los valores o prejuicios sociales, ideológicos o culturales que

434. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 27. Tal fue el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú sobre la ley del sistema de votación del propio TC de noviembre de 1996 y sobre la conflictiva ley de la reelección presidencial de enero de 1997; asimismo, es del caso mencionar las sentencias del TCF: STCF 36, 1 -Sentencia de las condiciones fundamentales de los tratados internacionales-; STCF 39, 334 -Sentencia de los radicales-; STCF 40, 296 -Sentencia de las dietas- y; STCF 39, 1 -sentencia del aborto-.

435. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 43 ss.; asimismo, Friedrich Müller, *Juristischer Methodik...*, op. cit., pp. 97-98.

436. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 43.

comparte o no, más aún en sociedades heterogéneas y fragmentadas. Entonces, el aislamiento de la arbitrariedad del intérprete es el primer paso racional hacia una interpretación razonable y controlable. Pero, como segundo paso, se requiere la *comprensión* del problema a interpretar —diríamos de manera intuitiva— en el marco de la norma constitucional, lo cual supone trabajar con una Teoría de la Constitución que fundamente de forma preliminar la captación del problema⁴³⁷.

Sobre la base de este primer paso de la interpretación tópica, orientada a un problema y limitada por la norma constitucional, se pasa a la elaboración del *programa normativo* y del *ámbito normativo*. El “programa normativo se halla contenido básicamente en el texto de la norma a concretar. Deberá ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto en lo que se refiere a su significación vinculante para la solución del problema. Aquí encuentran su sitio los métodos de interpretación tradicionales”⁴³⁸.

Pero como la sola interpretación del texto y, más aún, por los cuatro métodos de interpretación, no proporcionan una suficiente o exacta concretización del problema, se hace necesario elaborar el *ámbito normativo*. Puesto que la Constitución busca ordenar las realidades concretas, se requiere aprehender dichas realidades casuísticamente en los marcos del *programa normativo* formal y materialmente. En este proceso, sin embargo, se corre el riesgo de fragmentar la literalidad de la norma constitucional, comprometiendo la propia normatividad de la Constitución, al no contar con una teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada “*verfassungsgemässen Verfassungstheorie*”⁴³⁹.

Sin embargo, en la relación, coordinación y valoración de las consideraciones que se llevan a cabo para la solución del problema, los *principios de interpretación constitucional* cumplen con esa misión orientadora y canalizadora de dicho proceso de interpretación, como marco teórico y analítico de la Constitución. Así, siguiendo a Hesse⁴⁴⁰, tenemos los siguientes principios:

-
437. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 30 ss.; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 262-263.
438. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 46; asimismo, Ernst Forsthoff, *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit., pp. 157 ss.
439. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 35 ss.; asimismo, Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 262.
440. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 46 ss.

Principio de *unidad de la Constitución*, plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto y las decisiones fundamentales de la Constitución⁴⁴¹.

Principio de *concordancia práctica*, postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, a través de la ponderación proporcional de valores o bienes “*Güterabwägung*”, donde no cabe sacrificar a uno por otro⁴⁴².

Principio de *corrección funcional*, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales, sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas; es el caso cuando el legislador no puede legislar sobre un caso judicial en curso⁴⁴³.

Principio de *eficacia integradora*, valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución⁴⁴⁴.

Principio de la *fuerza normativa de la Constitución*, otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de Constitución “*Wille zur Verfassung*”⁴⁴⁵.

Principio de *interpretación conforme a la Constitución*, según este principio una ley no debe ser declarada inconstitucionalmente nula, cuando pueda ser interpretada en concordancia con la Constitución⁴⁴⁶.

-
441. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 77 ss.
442. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.; Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 127 ss.
443. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, pp. 73 ss.
444. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 45 ss.
445. Konrad Hesse, *Die Normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 11 ss., la versión castellana en: *Escritos de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 28 ss.
446. Rheinhold Zippelius, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, 1976, pp. 108 ss.; Helmut Simon, *Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, en *EuGRZ*, N° 74, pp. 85 ss.; asimismo, Niklaus Müller, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der Verfassungskonforme Auslegung*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1980, pp. 89 ss. y 101 ss.

Las técnicas de la interpretación como concretización presenta límites derivados de la política constitucional, en tanto queda sin resolver la posición de los intérpretes, es decir del Tribunal Constitucional como supremo intérprete constitucional, en relación al Legislativo y al Poder Judicial. Al respecto, si bien al legislador le corresponde un rol de conformación jurídica de la ley, en tanto que el legislador democrático goza de la presunción “*iuris tantum*” de la constitucionalidad de sus actos legislativos, en tanto es una presunción relativa no absoluta⁴⁴⁷, no queda claro cuáles son los límites del Tribunal Constitucional en su función de control constitucional de las leyes. Asimismo, si bien las decisiones del TC gozan de eficacia normativa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria, tampoco quedan delimitados los alcances de la justicia constitucional como supremo tribunal en lo civil, penal y militar.

En ese sentido, “la Constitución ya no limita y delimita, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época; debe convertirse en un elemento flexible que permita todas las posibilidades”⁴⁴⁸. Por ello, la interpretación constitucional queda a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores sociales, sino que atendiendo las demandas de la realidad, los valores democráticos podrían ser reforzados, pero, sin llegar a invertir el punto de referencia en la realidad existente, por el de la norma constitucional y democrática. En ese sentido, cabe analizar las repercusiones de la interpretación constitucional desde una teoría constitucional alternativa.

34 Interpretación alternativa

Esta corriente de interpretación se caracteriza por tener como guía la realidad social, en la medida que la Constitución es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad⁴⁴⁹. Radicalizando este concepto de Constitución habría que distinguir entre la Constitución formal y la Constitución material, en esta última residen los reales operadores del poder⁴⁵⁰. Desde este punto de vista, la interpretación es un instrumento de análisis de la realidad constitucional, antes que de la normatividad constitucional, dicho en otras pala-

447. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit., p. 182.

448. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., p. 29; asimismo, Hans Klein, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt, Metzner Verlag, 1968, pp 16 ss.

449. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht...*, op. cit., pp. 56 ss.

450. Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen...*, op. cit., pp. 25 ss.

bras, la norma jurídica constitucional a interpretar no es más que la expresión de la normalidad constitucional⁴⁵¹.

Sobre estos cimientos sociológicos, la doctrina italiana y seguida por un sector de la doctrina española⁴⁵², sientan las bases interpretativas de una opción política emancipadora del Derecho, y en contra de su interpretación, a favor de los intereses de clase burgueses; por eso postulan una interpretación judicial orientada a la tutela de los intereses populares. Evidentemente, esta corriente jurídica encuentra sus raíces en el pensamiento jurídico-marxista y realista de los años setenta, cuando el debate en torno al Derecho y el cambio social se hicieron presentes en el orden académico y dogmático, no sólo de la región mediterránea.

En ese entendido, se pueden diferenciar algunas actitudes al interior del mismo: primero, quienes aceptando el modelo del Estado de derecho, plantean potenciar y extraer las máximas consecuencias prácticas, que permita la norma constitucional, mediante una interpretación evolutiva de los principios y cláusulas más progresistas. Segundo, quienes propugan un marco jurídico alternativo, pero para lograr ese objetivo se permiten instrumentalizar la Constitución, posibilitando su sustitución. Tercero, quienes críticamente desconfían de otorgar al intérprete facultades que pudieran convertirse en exorbitantes, en la medida que la Constitución pueda caer en manos de intereses particulares y no al servicio de intereses sociales⁴⁵³.

En cualquiera de sus formas, el uso alternativo del derecho tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, que fue abandonada por el positivismo jurídico, desde una perspectiva popular. Sin embargo, sus críticos han señalado que "en una sociedad libre y pluralista, donde las distintas opciones políticas puedan acceder al poder y plasmar legislativamente con valores, no cabe admitir una interpretación

451. Hermann Heller, *Staatslehre...*, op. cit., pp. 283 ss.

452. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 265 ss.; Pietro Barcellona (editor), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma, Laterza, 1973, pp. 743; asimismo, Perfecto Andrés Ibañez, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, F. Torres, 1978.

453. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 266-267; asimismo, A. Chiapetti, *Uso alternativo del diritto e certezza costituzionale*, en *L'uso alternativo del diritto...*, op. cit., vol. 2, pp. 243; asimismo, Luigi Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria* y, G. Tarell, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, en *L'uso alternativo del diritto...*, op. cit., vol. 1, pp. 243 ss. y, pp. 61 ss. y 89 ss., respectivamente.

alternativa de la Constitución⁴⁵⁴. No por ello, sólo en las sociedades cerradas y tradicionales, el uso alternativo del derecho resulta ser una solución al abuso del derecho positivo y sus métodos de interpretación. En la medida que reducir la interpretación constitucional al decisionismo de los intérpretes, convierte a la jueces y no a la Constitución en una garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual es un albur que no otorga seguridad jurídica.

Por ello, cabe subrayar que la interpretación constitucional está estrechamente vinculada no sólo a una Teoría Constitucional, implícita o explícita, sino también a una concepción determinada del Derecho. En consecuencia, se pueden apreciar dos grandes tendencias interpretativas: formalista y material, pero en esa tensión se encuentra un baremo de posibilidades menos formalistas y menos sustantivas, en las que la teoría institucional se ubica como un punto matriz de la interpretación constitucional. Sin embargo, en la práctica de la tutela de los derechos fundamentales, mediante la jurisdicción constitucional, se puede apreciar un uso diverso y variado de los distintos métodos de interpretación constitucional, con lo cual, como es fácil de entender, tomando diferentes métodos interpretativos, se ha llegado a tomar decisiones jurisprudenciales contradictorias. Lo cual no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de las resoluciones jurisprudenciales estén acordes con el *indubio pro libertatis*⁴⁵⁵.

Pero, si bien un pensamiento constitucional institucional —no dogmático— de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional, configuran las bases necesarias para replantear el quehacer de la jurisdicción constitucional, resultaría una tarea meramente estéril si es que no se incorpora, también, el análisis y la propuesta de modificación de la organización, composición y sistema de votación del Tribunal Constitucional, así como de nominación e inmunidades de sus magistrados; de cara al reforzamiento institucional de la jurisdicción constitucional, institución clave en los procesos de democratizaciones tardías.

454. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 268.

455. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 55 ss.

FORTALECIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Promover el fortalecimiento del Tribunal Constitucional, supone previamente que el organismo encargado del control constitucional se encuentra debilitado o afectado en sus elementos constitutivos (como se ha puesto en evidencia en el análisis del caso del Tribunal Constitucional del Perú en la primera parte); ya sea porque la práctica gubernamental y social de la Constitución se ejerce en los bordes o fuera del consenso constitucional, o, inclusive debido a que el propio constituyente, y sobre todo el legislador, han normado la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con deslealtad democrática, atrofiando el control constitucional, conducta política propia del presidencialismo y su dictadura parlamentaria⁴⁵⁶.

La función que ocupa el Tribunal Constitucional en el régimen político de una democracia tutelada, hace que la organización y funcionamiento de la jurisdicción constitucional esté en relación directa con el tipo de sistema constitucional y democrático establecido. Por eso, en la medida en que se pretende reconstruir la jurisdicción constitucional, este proceso de fortalecimiento jurisdiccional está también en función de la necesaria reforma del sistema democrático, en tanto que el TC como órgano constitucional forma parte del núcleo del sistema político constitucional⁴⁵⁷.

En ese sentido, también se puede decir que existe una vinculación directa entre el sistema de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional y la producción de sus sentencias, como señaló Triepel⁴⁵⁸, en la medida que la relativa independencia o dependencia de los magistrados respecto del poder político, se puede verificar en el análisis de su jurisprudencia,

456. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 15-30; asimismo, Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2..., op. cit., pp. 3 ss. y 286 ss.

457. César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., pp. 127 ss.

458. Heinrich Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *VVDStRL*, Heft 5, 1929, pp. 27; asimismo, H. Müller, *Die Auswahl der Verfassungsrichter*, en *ÖsterZÖffR*, Band VIII (Neue Folge), Wien, Springer Verlag, 1957/1958, pp. 149 ss.

así como en su conducta jurisdiccional, en tanto actúen o no con autonomía de criterio frente a los poderes público y privado⁴⁵⁹.

En la actualidad, la jurisdicción constitucional en el Perú esta aquejada, no sólo de una falta de legitimidad por sus resultados, sino también de una falta de legitimidad en su diseño normativo, en tanto que su quehacer jurisdiccional está desarticulado, tanto de la realidad constitucional como de los valores democráticos⁴⁶⁰. En consecuencia, un examen de la legitimidad del Tribunal Constitucional debe verificarse por el resultado de sus resoluciones judiciales, como por la legitimidad en su origen, organización y funcionamiento. Tópico, este último, que a continuación se analiza, a través del sistema de la selección y nominación de los magistrados, suplentes, organización en Salas y revisión del sistema de votación en el Tribunal Constitucional, así como por las opiniones e inmunidades con que deben operar los magistrados constitucionales.

1 NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS

El Tribunal Constitucional como organismo constitucional, con poderes propios establecidos en la Constitución, y con impacto político de sus resoluciones judiciales en el Estado, la economía y la sociedad, asume una extraordinaria repercusión en el sistema de selección y elección de sus magistrados⁴⁶¹. En tal entendido, según el artículo 201º de la Constitución del Perú de 1993, corresponde al Congreso el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral integrado por ciento veinte representantes, lo que supone la necesaria concertación de pareceres de la mayoría parlamentaria con las

459. Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 57 ss.

460. Hans Lietzmann, *Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschaftliche Studie*, Opladen, 1988, Leske + Budrich, pp. 52 ss.

461. Frowein/Meyer/Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, Frankfurt, Metzner Verlag, 1973, pp. 68 ss.; Ulrich Preuß, *Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und-politisches Problem*, en *ZfP*, 21. Jahrgang, 1988, pp. 389 ss.; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 843 ss.; ponencia de Hans Peter Ipsen en, *Verhandlungen des Vierzigsten Deutschen Juristentages*, tomo II, *Sitzungsbericht der Verhandlungen der Öffentlich-Rechtlichen Abteilung*, Hamburg, 1953, pp. C24 ss.; asimismo, Klaus Kröger, *Richterwahl*, en Christian Starck (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo I, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 76-103.

minorías parlamentarias, para lograr la nominación de los candidatos con ochenta votos como mínimo⁴⁶².

Sin embargo, la práctica parlamentaria no ha dado muestras de un consenso constitucional en la designación de los magistrados constitucionales, lo que pone en evidencia la tensión permanente entre el gobierno y la oposición, como también entre la política y el derecho⁴⁶³, tema que por lo demás no es pacífico en ninguna latitud⁴⁶⁴, motivo por el cual es necesario diagnosticar y plantear algunas condiciones previas para el fortalecimiento del sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

1.1 Cuotas parlamentarias y elección política

La práctica de la elección de los primeros siete magistrados del Tribunal Constitucional del Perú entre 1995 y 1996, ha supuesto un doble déficit para el sistema democrático de control constitucional, debido a que se desarrolló entre la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias con el consiguiente deterioro del proceso de selección y el maltrato de los candidatos. Sistema de cuotas y negociación política que fue utilizado, finalmente, para lograr un acuerdo político entre mayoría y minorías, que hicieron del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición. Sin embargo, es necesario caracterizar dicho accidentado proceso de selección de los magistrados constitucionales, periodificando las convocatorias, negociaciones y votaciones realizadas, a fin de identificar los yerros del proceso, base sobre la cual luego se plantean las alternativas.

- i. *Primera Comisión Evaluadora y convocatoria.* De acuerdo con la primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), para la primera elección de los magistrados al TC, el entonces Congreso Constituyente Democrático debía designar a una Comisión Especial Calificadora, hasta el 15 de enero de 1995, así como aplicar el Reglamento del Congreso del 8 de setiembre de 1982, para el

462. Enrique Bernaldes con la colaboración de Alberto Otárola, *La constitución de 1993: Análisis comparado...*, op. cit., p. 722.

463. Dieter Grimm, *Politik und Recht*, en *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, (E. Klein editor), Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1995, pp. 91 ss.

464. Ernst Benda y Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1991, pp. 37 ss.; asimismo, Werner Kägi y Friedrich Giese, *Richterwahlen im Rechtsstaat*, en *Der Wähler*, Frankfurt, Heft 7/8, 1952, pp. 306 ss.

proceso de selección de los magistrados constitucionales, en lo que fuese posible. En este sentido, la Comisión debía integrarse por un mínimo de cinco y un máximo de nueve constituyentes, respetando en lo posible la representación proporcional existente en el Congreso. Asimismo, esta Comisión estaba encargada de realizar el proceso de convocatoria y preselección de los candidatos a magistrados constitucionales, nómina de aptos que luego debía elevar al Congreso Constituyente, para que el Pleno votase con los dos tercios del número legal de sus miembros, a los siete integrantes del Tribunal Constitucional, según dispuso el artículo 7º de la LOTC.

Sin embargo, a mediados de enero de 1995, la mayoría del Congreso Constituyente aplazó el debate para la creación de la Comisión Especial Evaluadora, argumentando que la coyuntura electoral de entonces no era la más adecuada, ya que todos sus esfuerzos políticos estaban concentrados en la reelección del Presidente Fujimori. Pese a los pedidos de la minoría constituyente de independizar la elección de los magistrados constitucionales de las elecciones políticas presidenciales y parlamentarias, sólo recién el 26 de abril de 1995, luego de la reelección de Fujimori, se instaló la Comisión Especial Calificadora de los postulantes al Tribunal Constitucional, dominada por la mayoría oficialista⁴⁶⁵. Asimismo, en esa misma fecha se publicó el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, en el que parcamente en nueve artículos se estableció lineamientos generales para el proceso de selección⁴⁶⁶.

La Comisión estuvo encargada de recibir las propuestas directas de los candidatos o de las personas o instituciones, que decidieran presentar candidatos y que cumplieran los siguientes requisitos: haber sido magistrado supremo o superior durante diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años, ser mayor de cuarenta y cinco años, ser ciudadano en ejercicio y ser peruano de nacimiento, según disponen los artículos 201º y 147º de la Constitución de 1993 y el artículo 10º de la LOTC; así como enviar su *curriculum vitae*.

La Comisión Evaluadora recibió la candidatura de cuarenta postulantes, a quienes evaluó por su *curriculum vitae* y luego entrevistó personal-

465. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 144 ss.

466. Congreso Constituyente Democrático, Resolución N° 031-95-CCD, (26-04-95), Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional.

mente. La Comisión Evaluadora elevó el 15 de junio de 1995 la lista de los seis postulantes aptos para ser votados por el Congreso, pero la mayoría parlamentaria en el Pleno consideró postergar la sesión de votación prevista para el 28 de junio, debido a que habían sólo cinco candidaturas para cubrir siete cargos de magistrados constitucionales. Los candidatos aptos eran Manuel Aguirre Roca, Luis Guillermo Díaz Valverde, David Pezúa Vivanco, Armando Zolezzi Möller y Fernando Romero Diez Canseco. Pese a las protestas de las minorías parlamentarias, el Congreso no procedió a votar sobre los candidatos aptos⁴⁶⁷.

- ii. *Segunda Comisión Evaluadora y convocatoria, y primera votación.* Con la instalación del nuevo Congreso Unicameral de ciento veinte miembros, el 29 de julio de 1995, se procedió a formar el 17 de agosto de ese año, una segunda Comisión Especial Evaluadora de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, con el mismo esquema de representación proporcional que la Comisión anterior, integrada por nueve miembros, seis de la mayoría y tres de la minoría, lo cual no reflejó proporcionalmente la cuota parlamentaria de la oposición (que le correspondía cuatro integrantes de los nueve miembros), en razón a que la mayoría oficialista había obtenido una votación levemente inferior que en las elecciones anteriores⁴⁶⁸.

El segundo intento de convocatoria se produce recién en octubre, con un esquema de trabajo previsto para que el Pleno el Congreso se pronuncie sobre las candidaturas en la víspera del término de la primera legislatura ordinaria, en diciembre de 1995. La Comisión consideró que se mantenía la postulación de los cinco candidatos aptos, a los cuales se añadieron otros seis candidatos seleccionados de los nuevos veinticinco postulantes⁴⁶⁹. Por fin, el 14 de diciembre de 1995, en el Pleno del Congreso se votó por vez primera por los candidatos aptos presentados, pero sin alcanzar ninguno los dos tercios de votos necesarios, debido a que la mayoría alteró el acuerdo al que había llegado con la minoría en la Comisión Evaluadora, frustrándose el segundo intento de designación de los magistrados constitucionales.

467. EL COMERCIO, *Parálisis del Tribunal Constitucional*, Lima, 1º de marzo de 1996, p. A6.

468. Francisco Fernández Segado, *Estudios de Derecho Electoral*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997, p. 815.

469. EL COMERCIO, *Congreso de la República. Comisión Especial para la elección de los magistrados al Tribunal Constitucional. Aviso*, 5 de noviembre de 1995, p.A5, donde se publica la relación de los candidatos susceptibles de tachas: Alfredo Quispe Correa, César Valega García, Pelayo Samanamud Rubin, Antonio Belaunde Moreyra, Carlos Thorne Boas, Nicolás de Piérola Balta, José Santos Chichizola y otros.

- iii. *Tercera convocatoria y segunda votación.* La Comisión acordó el 17 de enero de 1996 una tercera convocatoria de postulantes para magistrados del Tribunal Constitucional, para desconcierto de la opinión pública especializada y escarnio de los postulantes hábiles, muchos de los cuales renunciaron dignamente. No obstante, en esta nueva convocatoria la mayoría y la minoría parlamentarias encontraron candidatos más públicos y representativos a sus expectativas, así como acordaron elegir en la Comisión Evaluadora a los postulantes aptos a pasar al Pleno, con los votos de los dos tercios del número de sus miembros, es decir con seis votos de nueve⁴⁷⁰.

En esta tercera convocatoria se produce la tacha a la candidatura de Antonio Antonioli, ex-ministro de Trabajo del gobierno de facto de Fujimori, quien públicamente reiteraba su apoyo incondicional al autogolpe de Estado de 1992, y se jactaba de haber sido funcionario del Servicio de Inteligencia Nacional. No obstante esta falta de pedigrí democrático, la tacha fue desestimada por la mayoría oficialista⁴⁷¹. Quedando conformada la lista de los doce candidatos de la Comisión Calificadora con los siguientes exmagistrados, abogados y profesores de Derecho: Manuel Aguirre Roca, José García Marcelo y Armando Zolezzi quienes obtuvieron una selección por consenso, así como por Francisco Acosta, Augusto Antonioli, Ricardo Beaumont, Antonio Belaunde, Luis Díaz, David Pezúa, Delia Revoredo, Fernando Romero y Arturo Seminario quienes lograron los dos tercios de votos.

La Comisión envió al Congreso la relación de los doce candidatos hábiles, el Pleno del Congreso sesionó el 3 de abril de 1996 para realizar la segunda votación sobre los candidatos al Tribunal Constitucional. Pero la mayoría parlamentaria impuso la votación en primer lugar de la postulación del polémico candidato Antonioli, la misma que fue rechazada por el Congreso al no alcanzar los ochenta votos necesarios –dos tercios del número legal de miembros del Congreso unicameral–. Motivo por el cual, la mayoría fujmorista suspendió de facto la votación de los siguientes candidatos, frustrando así la sesión de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional⁴⁷². En esta accidentada sesión, inclu-

470. EL COMERCIO, *Hasta hoy se reciben tachas a candidatos al Tribunal Constitucional*, 5 de Marzo de 1996, p. A6.

471. EL COMERCIO, *Candidatos al Tribunal Constitucional*, Lima, 1º de marzo de 1996, p. A6.

472. EL COMERCIO, *Se frustró elección del Tribunal Constitucional. Oficialismo suspendió votación, tras rechazo de su candidato*, Lima, 4 de abril de 1996, p. A1; asimismo, en la misma edición, *En accidentada sesión pleno rechazó candidatura de Antonio Antonioli*, p. A4.

so se produjo la adulteración de votos de la primera votación, ya que se detectó una cédula de sufragio más del número de congresistas en el hemiciclo; lo que motivó que se repitiera la votación parlamentaria con igual resultado para el controvertido candidato oficialista.

No sin razón, se ha señalado que este proceso de preselección de los candidatos, nominación de los postulantes hábiles y votación calificada final en el Pleno del Congreso, no contó con la voluntad política de la mayoría parlamentaria de nombrar a los guardianes de la Constitución o controladores de las leyes. Motivo por el cual, cuando la candidatura más representativa del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 de Fujimori, se rechazó en el Congreso, dio lugar a que se reprodujese el enfrentamiento anómico entre la mayoría y la minoría de aquella época, dando muestras de falta de tolerancia parlamentaria y vocación de consenso, así como de minusvaloración de la defensa de la democracia constitucional⁴⁷³.

Lo cierto es que una de las críticas fundamentales, no sólo gubernamentales sino también de la oposición, al antiguo Tribunal Garantías Constitucionales, fue su politización⁴⁷⁴. Sin embargo, la elección boicoteada de los magistrados del TC, por haberse censurado al candidato predilecto de la mayoría parlamentaria oficialista, reveló el abierto interés político del gobierno de Fujimori de controlar al organismo encargado del control constitucional, es decir se demostró la falta de independencia política en el proceso de selección, lo cual motivó la renuncia del candidato Beaumont, quedando sólo once candidatos aptos⁴⁷⁵. Es del caso recordar que, la Constitución del Perú de 1979, a diferencia de la Constitución de 1993, establecía como requisito para ser candidato al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, una probada ejecutoria democrática y de defensa de los derechos humanos, entre otros requisitos, que es una exigencia imprescindible en sociedades inestables con gobiernos renuentes al control constitucional, y con muchos candidatos desleales a la democracia constitucional.

- iv. *Tercera votación.* La frustrada votación del Congreso, dio lugar a que la minoría buscara mecanismos de votación de las candidaturas al tri-

473. César Landa, *La tolerancia política en el quehacer parlamentario*, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1994, pp. 38 ss.

474. Domingo García Belaunde, *La Constitución traicionada...*, *op. cit.*, p. 61.

475. Pedro Planas, *El desorden constitucional*, en *El Comercio*, Lima, 6 de abril de 1996, p. A2; asimismo en el mismo diario, *Candidato renuncia a su postulación al Tribunal Constitucional*, Lima, 17 de abril de 1996, p. A5.

bunal, como si el problema de la voluntad política estuviese en el sistema de votación. Mientras, la mayoría parlamentaria se apuraba en preparar un proyecto modificatorio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para reducir de seis a un año el periodo, después del cual entrada en vigencia una norma legal, pudiese plantearse una acción de inconstitucionalidad; proyecto que fue finalmente aprobado por la mayoría, pero reduciendo incluso a seis meses el plazo para presentar las acciones de inconstitucionalidad de las leyes.

El 18 de abril de 1996, se realiza la tercera votación del Congreso para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional sobre la base de once candidatos, insistiendo en la postulación de Antonioli, al interpretar la mayoría parlamentaria, discutiblemente, que los postulantes que no alcanzaron el número requerido para su elección —o sea Antonioli que fue el único censurado—, tenían derecho a una segunda postulación. Los resultados fueron una clara muestra de la falta de consenso entre la mayoría y la minoría parlamentarias, debido a que ningún candidato alcanzó los dos tercios de los votos —80— del Pleno, sesión en la que se contó con la asistencia de sólo 84 congresistas de 120⁴⁷⁶.

Como producto de la tercera elección fracasada del Congreso, la mayoría de la Comisión de Constitución del Congreso aprobó modificar el artículo 7º de la LOTC, en el sentido de que en la segunda votación sobre los candidatos no aprobados, se hiciese mediante votación individual por cédulas, debiendo el Pleno disponer si la votación era nominal o secreta.

- v. *Cuarta votación.* Ante este nuevo escenario de falta de consenso en las reglas de votación, y la voracidad política de la mayoría parlamentaria para nominar a cinco de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, el 16 de mayo de 1996 se realiza la cuarta votación del Congreso entre los once candidatos al Tribunal Constitucional, vapuleados más de una vez por las mayoría y minoría parlamentarias.

Sin embargo, en esta cuarta votación el Congreso sólo logra elegir a dos magistrados: a Manuel Aguirre Roca con 103 votos y a Francisco Acosta Sánchez con 95 votos. Los demás candidatos no alcanzaron la votación mínima de ochenta votos; entre ellos el candidato de la discordia radical entre mayoría y minoría: Augusto Antonioli sólo obtuvo 78 votos. Mien-

476. EL COMERCIO, *Editorial: Actitudes irresponsables en la elección del Tribunal Constitucional*, Lima, 19 de abril de 1996, p. A2; asimismo, en la misma edición, *Abstención de oficialismo casi frustra plenaria convocada ayer para la elección del Tribunal Constitucional*, p. A4.

tras que los otros candidatos obtuvieron las siguientes cantidades de votos: José García 71, Armando Zolezzi 59, Luis Díaz 45, Delia Revoredo 39, Antonio Belaunde 36, Arturo Seminario 30, David Pezúa 27, y Fernando Romero 23. Se contó con la asistencia de 117 congresistas de 120⁴⁷⁷.

Las críticas se centraron en esta oportunidad hacia la Comisión Evaluadora, ante el fracaso de la selección de los candidatos aptos a juicio del Pleno del Congreso; más aún, de la Comisión se retiraron tres miembros de la oposición. Lo cierto es que la opinión pública especializada observó que, salvo la postulación de algunos ex-magistrados y catedráticos de Derecho de universidades, el gran número de abogados al servicio de la administración pública y del gobierno tenían una escasa o nula trayectoria en materia de Derecho Constitucional; tal fue el caso también del heterogéneo Tribunal de Garantías Constitucionales⁴⁷⁸.

Esa situación, en principio, podía aparecer como una pluralidad enriquecedora, en tanto el Tribunal Constitucional requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política, pero en realidad, en este caso, se ponía en evidencia la orfandad de candidatos preparados para asumir la responsabilidad de ser jueces constitucionales, en parte debido a la escasa cultura democrática y constitucional de un país, que más años ha vivido en dictadura que en democracia. Lo que se puso en evidencia en la relaciones de la mayoría parlamentaria versus la minoría parlamentaria.

- vi. *Cuarta convocatoria y quinta votación.* Ante el grave deterioro de la imagen del Congreso, y en base a la negociación política de la mayoría con la minoría parlamentaria, así como a la aceptación de un sistema de consenso para invitar a candidatos y el reparto por cuotas entre la mayoría y la minoría parlamentarias, se hizo una cuarta convocatoria a magistrados del Tribunal, la misma que dio lugar al retiro de varios candidatos: Belaunde, Zolezzi y Antonioli⁴⁷⁹. Sin embargo, los restantes

477. EL PERUANO, *Congreso elige dos magistrados para el Tribunal Constitucional*, Lima, 17 de mayo de 1996, p. 3; asimismo, EL COMERCIO, *En 10 días debe haber nuevas propuestas para Tribunal Constitucional*, Lima, 17 de mayo de 1996, p. A4.

478. Domingo García Belaunde, *Derogación o Reforma de la Constitución*, entrevista realizada por Carlos Mesías y José Ferreira, en *Cuadernos Constitucionales*, N° 1, Lima, 1992, p. 8.; Domingo García Belaunde/Pedro Planas, *La Constitución traicionada...*, op. cit., pp. 60-61; asimismo, Javier Vargas, *El Tribunal Constitucional*, en *El Comercio*, Lima, 17 de mayo de 1996, p. A2.

479. EL COMERCIO, *Parlamento ya dio su última palabra y no he sido elegido*, Lima, 20 de mayo de 1996, p. A4.

seis candidatos continuaron con estulticia espartana en carrera, a pesar de haber recibido triple baloteo parlamentario.

En este sentido, el Congreso aprobó y se publicó el 14 de junio de 1996, la Ley N° 26622 que modificó otra vez el artículo 7° de la LOTC, señalando que

Cuando existan razones que lo justifiquen, a petición de no menos del 20% de los congresistas, podrán efectuarse, por acuerdo del Pleno, una convocatoria complementaria por invitación para elegir a candidatos a los cargos de magistrados del Tribunal Constitucional cuyas vacantes no hubieran sido cubiertas. En tal caso, la votación será por lista cerrada, completa y mediante voto público en el Pleno del Congreso.

Con este acuerdo y la publicación de la ley modificatoria, la mayoría parlamentaria invitó a postular, inmediatamente, a los cinco candidatos que no habiendo obtenido los 80 votos, pero que habían tenido la mayor votación siguiente los dos electos magistrados; así también, se extendió la invitación a dos candidatos que se desempeñaban como magistrados del Jurado Nacional de Elecciones, y que en los últimos procesos electorales habían demostrado una conducta judicial independiente; propuesta que contó con un tácito apoyo multipartidario.

En consecuencia, el 15 de junio de 1996 se puso a votación en el Pleno del Congreso la lista cerrada de los cinco postulantes cooptados e invitados de la mayoría y de las minoría parlamentaria, logrando aprobarse finalmente, con cien votos a favor, trece abstenciones y siete ausentes, la nominación de los cinco magistrados restantes del Tribunal Constitucional⁴⁸⁰. La lista contó con un perfil más judicial, incorporando a, Ricardo Nugent, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Guillermo Rey Terry, vocal de dicho Jurado, Guillermo Díaz Valverde, ex-magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales, Delia Revoredo, profesora universitaria, y José García Marcelo, abogado al servicio del gobierno, quien había apoyado en un segundo plano el autogolpe del 5 de abril de 1992⁴⁸¹.

Con este sistema de lista cerrada fue aprobada en el Pleno del Congreso los nuevos magistrados constitucionales, quedando nominados los inte-

480. EL COMERCIO, *Trece congresistas se abstuvieron de votar*, Lima, 16 de junio de 1996, p. A4.

481. Manuel D'Ornellas, *El tribunal de toma y daca*, en *Expresso* Lima 15 de junio de 1996, p. 2A.

grantes del Tribunal Constitucional⁴⁸²; pero, esto se logró “sólo después de largas marchas forzadas –idas y venidas, negociaciones y forcejeos– provocados por el terco propósito de dicha mayoría oficialista (Cambio 90-Nueva Mayoría) de imponer en el TC a varios de sus candidatos, finalmente, año y medio después de promulgada la LOTC quedó, pues, hacia fines de junio de 1996, constituido el flamante –y tan desdichado– TC⁴⁸³.

El 26 de junio de 1996 se instala el Tribunal Constitucional y los magistrados eligen a Ricardo Nugent como su Presidente, quien venía de ocupar reconocidamente la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones y de haber sido dos veces Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Lo cierto es que el proceso de selección, negociación y votación calificada de los magistrados del Tribunal Constitucional, ha dado muestras de que el sistema previsto en la ley no funciona cuando no hay voluntad política de consenso, o cuando hay desconfianza en la creación de un organismo constitucional encargado del control constitucional a los poderes de iure.

Dado el peso de la jurisdicción constitucional en la vida política democrática, es comprensible que en la designación de las magistraturas constitucionales, los partidos políticos parlamentarios tengan interés de influir en la nominación y designación de los magistrados; ello es indudable, dado el grado de interrelación entre la Constitución y la política⁴⁸⁴. Pero ese proceso político debe justificarse a través del requisito de los dos tercios del número de miembros del Congreso Unicameral, lo que supone diálogo, negociación y concertación mínimas y obligatorias. Esto también sirve como mecanismo de control a fin de evitar que la mayoría pueda excederse. Sin embargo, la realidad de las relaciones políticas parlamentarias entre la mayoría y la minoría de la Cámara Única, hace que los mecanismos de la negociación y el acuerdo entre los grupos parlamentarios no funcionen democráticamente, como sí ocurre en el caso de España o Alemania, aunque también en estas latitudes se escuchan algunas voces críticas al sistema de selección debido a la «lottizzazione» o cupos partidarios; motivo por el cual es dable

482. Congreso de la República, Resolución Legislativa N° 001-96-CR, del 20 de junio de 1996, mediante la cual nombra a los siete magistrados elegidos para el Tribunal Constitucional: Francisco Acosta Sánchez, Manuel Aguirre Roca, Ricardo Nugent López-Chávez, Guillermo Rey Terry, José García Marcelo, Luis Guillermo Díaz Valverde y Delia Revoredo Marsano de Mur.

483. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 122-123.

484. Ulrich Preuß, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, en *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* (U. Preuß, editor), Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, pp. 7-33.

proponer darle mayor transparencia al proceso de selección, mediante la comparecencia parlamentaria de los candidatos, en una suerte de audiencias públicas «*Hearings*»⁴⁸⁵.

Como quiera que el gobierno y la oposición peruana mantienen una relación de suma cero, donde los éxitos de uno son la derrota del otro y viceversa, “la misma elección parlamentaria de los jueces constitucionales comporta un riesgo no desdeñable de excesiva politización y demasiada homogeneización política entre la parte controlada y el órgano controlante resta credibilidad y operatividad al sistema de garantías”⁴⁸⁶. La consecuencia inevitable de esta realidad, es el deterioro del modelo democrático del consenso ante la opinión pública ciudadana. En este sentido, cabe pensar en trasladar la responsabilidad de la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional del Congreso al Consejo Nacional de la Magistratura, que como organismo constitucional si bien tiene la función de la nominación de los magistrados del Poder Judicial, podría también hacerse cargo de la selección técnica de los candidatos a magistrados constitucionales, proponiendo una lista cerrada al Congreso, contemplando las características propias de la jurisdicción constitucional; es decir, su función jurídica-política de control de los poderes públicos⁴⁸⁷.

Planteamiento que supone la reforma constitucional correspondiente, pero que resulta imprescindible, si es que tenemos en cuenta que “hay pocos lugares en los que un poder sea ejercido de modo tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del TCF. Una elección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente”⁴⁸⁸. De ahí la necesidad de racionalizar y tecnificar el proceso, mediante la identificación del perfil de los candidatos a magistrados constitucionales que se busca.

485. Peter Häberle, *Bundesverfassungsrichter-Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis “öffentlicher Anhörung”*, en Bernd Guggenberger/ Andreas Meier (editores), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1994, pp. 131-133; Wilhelm Geck, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, pp. 33-41; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., p. 844; asimismo, Eliseo Aja, *La elección de magistrados del Tribunal Constitucional*, en *El País*, Madrid, 17 de junio de 1998, p. 16.

486. José Luis Cascajo, *Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario...*, op. cit., p. 11.

487. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., p. 145.

488. Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit., p. 146.

1.2 Perfil del magistrado constitucional

Si bien la inmadurez y la intolerancia políticas, sobre todo de la mayoría parlamentaria, generó un proceso anormal de designación de las magistraturas constitucionales entre 1995 y 1996, cabe señalar que el objetivo de la norma constitucional, que busca el consenso parlamentario, no fue correctamente planteado. La mayoría y la minoría parlamentarias debieron orientarse a valorar y definir a los candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia política, antes que centrar la elección en los acuerdos de las cúpulas de los grupos parlamentarios; en ese sentido, es importante ahondar en la búsqueda del perfil del juez constitucional, a fin de precisar algunas características que se deben buscar en la preselección y nominación de los candidatos a magistrados constitucionales, sin perjuicio de desconocer la posición del Tribunal Constitucional en el seno del régimen político⁴⁸⁹.

- i. *Condiciones de imparcialidad y especialidad.* Una condición previa a buscar en los candidatos es su imparcialidad y su especialización, en la medida que el magistrado constitucional debe ser ante todo un jurista que a través de la ciencia constitucional y sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del derecho y su experiencia frente a las causas. Así como también sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil del magistrado constitucional, que requiere el Tribunal Constitucional⁴⁹⁰.

Desde la perspectiva positivista, la garantía de la independencia del juez ha estado basada en la observancia de la ley, como ahora desde el neopositivismo la independencia del juez se halla también en la sumisión a la Constitución⁴⁹¹. Pero, desde la teoría institucional constitucional, donde la fuente del poder de la independencia judicial se encuentra tanto en la Constitución como en la sociedad civil, en tanto generadoras del sistema normativo-valorativo, no se requiere de jueces amanuenses de las normas, sino de verdaderos ciudadanos con toga, que ciertamente

489. Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pp. 254 ss., 278 ss. y 312 ss.

490. Frowein/Meyer/Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt...*, op. cit., pp. 73 ss.; asimismo, Otto Kirchheimer, *Politische Justiz...*, op. cit., pp. 37 ss.

491. Manuel Aragón, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad (1)*, en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), Madrid, UAM-BOE, 1997, pp. 179 ss.; asimismo, Peter Quart, *Umfang und Grenzen politischer Betätigungsfreiheit des Richters. Eine richterrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung*, Frankfurt-Bern-Paris-New York, Peter Lang, 1990, pp. 40 ss.

se encuentren obligados primero por la Constitución y luego por la ley, pero no sólo en un sentido formal sino también material, en tanto norma de principios sociales⁴⁹².

Ahora bien, no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional, porque un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho Constitucional, que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las normas, sino también una fuerza social e institucional que fundamenta la vida política de un país. En ese sentido, se requiere de jueces constitucionales en contacto con la sociedad y comprometidos con los problemas de su tiempo histórico⁴⁹³.

Ello significa que el juez constitucional está más allá del maniqueo planteamiento iuspositivista: o la política que transforma el mundo o el derecho que se abstiene de la política para sólo aplicar la norma, sino que se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad⁴⁹⁴. Por ello se ha dicho que el magistrado constitucional, “es un tipo de juez, que posee *experiencia política* y que le preocupa la *reflexión política*”⁴⁹⁵. En este sentido, se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado.

De esa manera, cuando se alcance el perfil de los magistrados constitucionales, en base a los principios y características de independencia

-
492. Luis Prieto Sanchis, *Constitucionalismo y positivismo...*, op. cit., pp. 19 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien...*, op. cit., pp. 66 ss.; asimismo, Kurt Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als saatsliches Problem...*, op. cit., pp. 66 ss., y 215 ss.
493. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, pp. 82 ss.; asimismo, Horst Sacker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele*, München, Verlag C. H. Beck, 1975, p. 25.
494. Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien...*, op. cit., pp. 73 ss.; Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß...* op. cit., pp. 479 ss.; asimismo, Reinhold Zippelius, *Rechtsgefühl und Rechtsgewissen*, en Ernst-Joachim Lampe (editor), *Das sogenannte Rechtsgefühl...*, op. cit., pp. 17 ss.
495. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., p. 84; asimismo, aunque con menos énfasis, Dieter Grimm, *Politik und Recht...*, op. cit., pp. 99 ss.

política y calidad jurídica, el Tribunal Constitucional se acercará a ocupar su posición en el sistema de poderes. Posición que los magistrados sabrán defender, en la medida que tengan cualidades “*intuitu persona*”.

- ii. *Cualidades personales y humanas.* Para ser magistrado constitucional, se requiere no sólo condiciones de especialidad e imparcialidad, sino también de cualidades humanas. Una profunda fundamentación en valores personales y capacidad de trabajar en equipo es también una eficaz garantía de protección de la independencia⁴⁹⁶. Así, se necesita contar con valores de justicia, eficacia, sabiduría, valor, moderación y humildad intelectual. Con estos valores, se pretende poder asumir correctamente asuntos complicados que, a menudo, se presentan como valores contrapuestos, donde se debe estar abierto a las distintas opiniones y puntos de vista. Precisamente, la capacidad de trabajo colegiada supone características personales pluralistas y tolerantes, imprescindibles en el debate y resolución, sobre todo de causas límites.

Sin embargo, se debe ser conciente que el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, cosmovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares, pero, también, resulta altamente sospechoso de una falta de vocación y capacidad de trabajo en equipo, que algunos magistrados emitan permanentemente votos singulares⁴⁹⁷.

Es utópico pensar tanto en la objetividad del hombre, como castigar la subjetividad; más aún, el “*homo iudex absolutus*” no existe. Lo que no quiere decir, que los jueces constitucionales, se abandonen a sus criterios subjetivos acerca de la Constitución y su aplicación, por eso se ha dicho: “nosotros no podemos ser imparciales. Nosotros sólo podemos ser intelectualmente honestos [...]; concientes de nuestras pasiones y en guardia con ellos. La imparcialidad es un sueño, la honestidad un deber”⁴⁹⁸.

496. Kurt Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem...*, op. cit., pp. 238 ss.

497. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema “Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit”...*, op. cit., pp. 110 ss.; asimismo, Domingo García Belaunde, *Una democracia en transición...*, op. cit., p. 46.

498. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema “Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit”...*, op. cit., pp. 86-87.

En este sentido, el juez constitucional debe ser conciente que siempre en sus sentencias hay una parte de su propia subjetividad, como una mancha blanca, que al interior del debate y resolución colegiada de los jueces, puede madurar o quedar neutralizada mediante las técnicas de la interpretación constitucional⁴⁹⁹. En cualquier caso, para una selección responsable de los jueces constitucionales, se debe considerar que en última instancia los factores subjetivos van a estar presentes en las decisiones judiciales, de ahí que sea importante conocer los puntos de vista de los candidatos sobre importantes aspectos sociales y políticos, al momento de su preselección, como política económica, política social, filosofía e incluso ética, así como la vocación de pertenencia a las diferentes manifestaciones etno-culturales del país. Por eso, “no hay espacio en el Tribunal Constitucional para una limitada concepción apolítica, en un proceso de desarrollo jurídico del valor libertad”⁵⁰⁰.

En consecuencia, es importante tener claridad en dos condiciones. De un lado, saber cuál es el compromiso de los candidatos a magistrados constitucionales, con las principales manifestaciones y distintas formas de pensamiento de la sociedad, a fin de que las diversas fuerzas mayoritarias y minoritarias de la sociedad, así como el gobierno y la oposición, tengan confianza y se sientan representados en el Tribunal Constitucional con magistrados defensores de la Constitución y no de partidos. En este sentido, la neutralidad formal en tanto indiferencia o ambivalencia es perjudicial en el perfil del magistrado constitucional; por el contrario, se requiere de jueces autoconcientes de su subjetividad y de la representación pluralista de los distintos intereses de la sociedad, que es una forma real para acercarse a la justicia⁵⁰¹.

De otro lado, la personalidad de cada candidato ya sea conservadora, liberal o progresista, centralista o descentralista debe estar fundamentada desde una perspectiva democrática y constitucional, así como deben dar muestras de que las resoluciones sobre los problemas constitucionales son posibles de resolver no sólo desde su punto de vista, sino

499. Willi Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1980, pp. 10 ss.

500. Horst Säcker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele...*, op. cit., p. 25; asimismo, Rolf Lamprecht y Wolfgang Malanowski, *Richter machen Politik, Auftrag und Anspruch des Bundesverfassungsgerichts*, Hamburg, Fischer Taschenbuch Verlag, 1979, pp. 42 ss.

501. Klaus Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972, pp. 262 ss.; asimismo, Chester James Antieau, *Adjudicating constitutional issues*, London-Rome-New York, Oceana Publications, 1985, pp. 201 ss.

también que hay un espacio de interpretación distinto al suyo. Esta vocación pluralista y realista de los magistrados tiene especial significado en la posición que obtenga el Tribunal Constitucional en el sistema de gobierno⁵⁰².

Sin perjuicio de definir el perfil del magistrado constitucional que se busca, se deben también establecer algunos criterios rectores que se usen en la selección de los magistrados, que están estrechamente vinculados con la imagen-objetivo del juez constitucional.

1.3 Principios de selección de los magistrados constitucionales

El perfil de los candidatos a magistrados constitucionales, no es suficiente para asegurar una buena composición del Tribunal Constitucional, sino que la selección y el procedimiento de elección de los candidatos constituye otra fase de suma importancia, para una adecuada conformación del Tribunal Constitucional. En ese sentido, la selección y el procedimiento de elección deben estar orientados por los siguientes principios⁵⁰³:

- i. *Independencia judicial.* El Tribunal Constitucional es un organismo constitucional autónomo, razón por la cual los magistrados constitucionales deben ser independientes en la toma de sus decisiones judiciales del poder político y de los poderes privados. Determinar el grado de independencia personal de los jueces, es un factor esencial en el procedimiento de selección de los mismos. Una garantía de ello, es evaluar el nivel de vinculación que mantendrían los aspirantes con la realidad social, antes que con los poderes políticos, a través de las tareas de la interpretación constitucional⁵⁰⁴. Sin embargo, se debe cuidar que una determinada fuerza, económica o política, no esté detrás de la candidatura de los magistrados constitucionales, ya que posteriormente habría una suerte de deuda de los magistrados que podría comprometer en sus decisiones jurisdiccionales.

502. Horst Sacker, *Das Bundesverfassungsgericht. Status-Funktion-Rechtsprechungsbeispiele...*, op. cit., p. 24.

503. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*. Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 61 ss., 71 ss. y 86-120.

504. Friedrich Darmstaedter, *Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsgewissen*, en DRiZ, Heft 9, 19. Jahrgang, 1951, pp. 169 ss.; asimismo, Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., pp. 90 ss.

Es cierto que los partidos políticos representados en el Congreso y el Ejecutivo están muy interesados en la conformación del Tribunal, que va a tener por función controlar sus actos legislativos de gobierno, sobre todo por la peregrina idea de que quien nombra a los jueces, es el que hace la justicia, lo que distorsiona el balance necesario entre la política y el derecho, en el sistema de elección de los jueces constitucionales⁵⁰⁵. Pero esto se vuelve un peligro, sobre todo cuando la mayoría parlamentaria y el Ejecutivo, temerosos del poder de control que ejercerán los magistrados constitucionales sobre sus normas, pretendan asegurar la presencia de jueces que hagan depender sus decisiones jurisdiccionales, directa o indirectamente, de su fuerza política.

Eso no significa que el Tribunal opere exclusivamente como una Corte, y que la Constitución sea asumida sólo como una ley suprema⁵⁰⁶, sino que el rol de los magistrados constitucionales es, por su origen y sus decisiones, de valor político y social, pero no partidario, aunque al inicio del funcionamiento de los tribunales, constitucionales siempre se presenten conflictos políticos de reconocimiento de su labor jurisdiccional⁵⁰⁷. Por eso, la posición del juez debe ser concebida como una tarea de compromiso constitucional, ética y democrática, pero sin sobrecargar las responsabilidades de los magistrados constitucionales, poniéndoles a resolución judicial lo que en el ámbito de la política el gobierno y la oposición no han sido capaces de resolver institucionalmente. Por cuanto, como dice Schmitt, en vez de judicializar la política se termina politizando la justicia, aún cuando sean otros los deseos⁵⁰⁸.

Con razón, cabe recordar lo que el juez Picots dijo: “yo soy sólo un hombre y lo que ustedes me demandan esta por encima de lo humano [...]. Yo no me puedo elevar siempre más allá de mi mismo, si ustedes no me protegen a la vez contra mí y contra ustedes... Prometanme que yo no saldré del tribunal a menos que no sea convencido de haber

505. Richard Ley, *Die Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes. Eine Dokumentation anlässlich des 40jährigen Bestehens*, en *Parlaments Fragen*, Herausgeben von der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen, 22. Jahrgang, 1991, pp. 430 ss.

506. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht...*, op. cit., pp. 1 ss. y 42 ss.; asimismo, Willi Geiger, *Das Bundesverfassungsgericht im Spannung zwischen Recht und Politik*, en *EuGRZ*, 12. Jg. Heft 1, Straßburg, 1985, pp. 402 ss.

507. Richard Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtstellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 22-74.

508. Reinhard Fenner, *Recht oder Politik? Die deutsche Frage vor dem Bundesverfassungsgericht*, Tesis Doctoral, Hamburg, 1980, pp. 347 yss.

traicionado el deber que me han impuesto⁵⁰⁹. Definitivamente, la independencia judicial no es un asunto de información sino de formación y experiencia previa, pero que se afirma o se debilita si en la práctica judicial se conquista o se pierde la autoridad y la legitimidad constitucional de que debe gozar todo Tribunal Constitucional.

- ii. *Legitimidad democrática.* Junto con asegurar la selección de los candidatos más capaces de ejercer dicha función con independencia judicial, debido a sus consecuencias políticas muy claras, pero sin temor a los resultados derivados de causas políticas, el Tribunal Constitucional, en la medida que asume una responsabilidad muy alta, debe buscar magistrados constitucionales capaces de representar también el principio de legitimidad democrática⁵¹⁰. En una democracia representativa, todo poder se ejerce en nombre del pueblo, directa o indirectamente, y retorna a él en forma de leyes, resoluciones o decretos. En este sentido, la confianza ciudadana, es depositada en los magistrados constitucionales como mandatarios de la voluntad general, aunque sea de manera indirecta mediante el voto del Congreso⁵¹¹. Por ello la legitimidad social del Tribunal Constitucional es un principio que los magistrados constitucionales deben ser concientes de valorarlo y desarrollarlo, en este sentido, los jueces constitucionales son responsables materialmente de sus decisiones frente al pueblo. Este principio y responsabilidad consecuente con la sociedad civil, no es sólo un postulado teórico, sino que debe ser razón de peso suficiente para su control o eventual suspensión o destitución, a través del principio de la autodisciplina del propio Pleno del Tribunal Constitucional⁵¹², cuando hayan cometido una falta grave o un delito comprobado⁵¹³.

509. Konrad Ulrich, *Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken*, Zürich, 1904, p. 9.

510. Rene Marcic, *Machtkamp zwischen Bonn und Karlsruhe. Der Streit um die Reform des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, en *Der Staatbürger*, N° 8, Serie 14, 1955; asimismo, Paul Feuchte, *Das Demokratische Prinzip und die Rechtsprechung in Verfassungssachen*, en *DÖV*, N° 13, 1964, pp 433 ss.

511. Walter Haller, *Supreme Court und Politik in den USA. Fragen der Justiziabilität in der Höchststrichterlichen Rechtsprechung*, Bern, Velag Stämpfli & Cie AG, 1972, pp. 320 ss. y 353 ss.; asimismo, Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Prozess...*, *op. cit.*, pp. 189 ss., 207 y 210 ss.

512. Rudolf Katz, *Stellung und Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts*, en *DRiZ*, 37. Jahrgang, 1959, p. 8.

513. Maunz, Schmidt-Bleibttreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *op. cit.*, § 105, 2, p. 4 ss.; Dieter Umbach, Thomas Clemens (editores), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, § 105, 2, p. 1437; asimismo, Ulrich Preuß, *Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem...*, *op. cit.*, pp. 392 ss.

En ese sentido, el procedimiento dispuesto de selección de candidatos al Tribunal Constitucional, debe tener la posibilidad de evaluar la capacidad de los candidatos de convertirse en portadores de la voluntad popular, claro está, dentro del marco de sus competencias judiciales constitucionales. En efecto, por el principio de soberanía popular, consideramos que la jurisdicción constitucional debe legitimarse en función de la opinión pública mayoritaria y minoritaria⁵¹⁴, para lo cual debe crear confianza "*Vertrauensbildung*" en la sociedad sobre las decisiones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la dependencia de la jurisdicción constitucional de la opinión pública no puede ser absoluta, sino que tiene sus límites en la Constitución y en los valores democráticos. Por ello, se puede decir que el Tribunal Constitucional se encuentra a mitad de camino entre la sociedad y el Estado, en tanto defiende el consenso del interés general de la sociedad y los derechos fundamentales de las personas frente a los poderes públicos y privados⁵¹⁵.

En un Estado democrático pluralista y tolerante, el consenso constitucional a defender no es sólo el de la mayoría, sino también el de las minorías; más aún, la protección de las minorías es un objetivo clave en ese modelo de democracia avanzada⁵¹⁶. En consecuencia, la selección y nominación de los candidatos al Tribunal Constitucional debe incorporar este criterio democrático, a fin de dar eficacia integradora al consenso constitucional existente. Pero, la dinámica política y social es un referente concreto que vincula a los magistrados constitucionales con la realidad, por eso, una eficaz función del Tribunal Constitucional consiste en controlar constitucionalmente el proceso político que, mediante leyes, decida la mayoría, como también las minorías, en el Congreso y el Ejecutivo, sin perjuicio del control constitucional a las resoluciones del Poder Judicial que no tutelen los derechos fundamentales.

- iii. *División del Poder*: La vocación de independencia judicial y el espíritu de legitimidad democrática de los magistrados constitucionales, son importantes en la identificación y selección de los candidatos al Tribunal Constitucional, pero, no hay que olvidar que la independencia judicial es una consecuencia de la división del poder, y que la legitimidad democrática, entendida como control y balance de poderes, se debe

514. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 145 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno...*, op. cit., pp. 177 y sss.

515. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., pp. 96 ss.

516. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 170 ss.; asimismo, César Landa, *Derecho Político, del gobierno y la oposición democrática...*, op. cit., pp. 116-123.

también al principio de la división del poder, donde se debe abordar prudentemente las cuestiones políticas, en un principio no justiciable, según la doctrina autolimitativa de la “*political clause*”⁵¹⁷.

Pero, hay que recordar que el Tribunal Constitucional no apareció bajo la sombra de la clásica división del poder, sino en el juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes y en la búsqueda de la unidad constitucional respetando la diversidad política; en virtud de lo cual, el Tribunal Constitucional goza de una reserva jurisdiccional en materia constitucional, así como el Legislativo tiene la reserva de ley o el Ejecutivo la reserva reglamentaria. En base a la reserva judicial constitucional, el Tribunal Constitucional debería ir delimitando cuidadosamente sus competencias, a fin de garantizar la eficacia de sus sentencias⁵¹⁸; como asegurar su independencia de los partidos políticos y grupos de presión⁵¹⁹.

Por ello,

la división del poder adquiere sentido, cuando el sistema de poderes se vincula de manera absoluta con los grupos políticos y sociales de poder en el marco de la ley, cuando los reales poderes políticos en la vida pública en determinados casos apropiadamente se limitan mutuamente y, de este modo establecen un cierto equilibrio de fuerza, que finalmente repercute también en la balanza de las decisiones de las instancias superiores. En tanto que los componentes político-sociales de la división del poder son criterios de decisión. Sólo desde este punto de vista se puede cumplir el deseo fundamental de la división del poder: garantizar la libertad de los ciudadanos, conservando y desarrollando la dignidad de la persona humana⁵²⁰.

-
517. Jürgen K. Böhm, *Saatsnotstand und Bundesverfassungsgericht*, Tesis Doctoral, Würzburg, 1963, pp. 118 ss. y 132 ss.; Jutta Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor*, conferencia en la Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Speyer, 1995, pp. 11 ss. y 19 ss.; asimismo, Friedrich Klein, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, Münster, Verlag Achendorf, 1966, pp. 22 ss.
518. Frowein/Meyer/Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt...*, op. cit., pp. 60 ss.
519. Wilhelm Geck, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter...*, op. cit., pp. 72 ss.; asimismo, para una visión comparada del rol de los grupos de presión en los gobiernos europeos, revisar la introducción de Jeremy Richardson (editor), *Pressure Groups*, Oxford University Press, 1993, pp. 1-15; para el caso de Estados Unidos, revisar: Glendon Schubert, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make*, New York, Rinehart and Winston, 1960, pp. 69 ss.
520. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., p. 102.

En ese sentido, para el Tribunal Constitucional la división de poder es un tema de primera línea, en cuanto el control y balance de poderes es tanto un presupuesto de su actuación jurisdiccional, como también un resultado de su actuación independiente. Pero el rol de los magistrados constitucionales, ya no se encontraría en el distanciamiento de la mayoría del Congreso y del Ejecutivo por un lado, y de la oposición parlamentaria por otro lado. Sino que, como consecuencia de la independencia del Tribunal Constitucional, el rol de los magistrados constitucionales se ubica en la mediación de la tensión entre gobierno y oposición, o mayoría y minorías, así como en la aceptación social de sus resoluciones⁵²¹.

Sin embargo, los magistrados deben observar atentamente el rol de los medios de comunicación y de los poderes privados, que muchas veces juegan un papel constitucionalmente mayor que la propia opinión pública y que los poderes de *iure*. Por eso, la labor de control constitucional del Tribunal Constitucional, para no quedar como un control semántico de la Constitución, en tanto que en las sociedades corporativas la clásica división del poder deja de tener sentido real. Debe orientarse en el marco de sus competencias, también, al control de los reales operadores del poder, que se extiende a los poderes privados que actúan en el ámbito público corporativamente, la mayoría de las veces camufladamente en los espacios públicos constitucionales, sin control de los entes estatales ni de la opinión pública y, en consecuencia, sin responsabilidad alguna por las decisiones que impulsan⁵²².

Ese *status* del Tribunal Constitucional sólo es posible de obtener, a partir de que los jueces constitucionales asuman una postura equilibrada: de defensa de la división del poder, a través de la corrección funcional de las mayorías y minorías, de la integración de las demandas de la sociedad y de los poderes de la autoridad, del respeto de la autonomía del poder político y del poder judicial, así como del balance de poder entre el gobierno central y los gobiernos locales⁵²³.

521. Felix Ermacora, *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, en *JÖR*, Band 8, 1959, pp. 49-56; en el mismo número, Gaetano Azzariti, *Sie stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung*, pp. 13-27; asimismo, Jutta Limbach, *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen; Vortrag in der rechtswissenschaftlichen Fakultät am 2. Juli 1996*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Verlag Regensburg, 1997, p. 9.

522. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes...*, *op. cit.*, pp. 355 ss.; asimismo, Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad...*, *op. cit.*, pp. 15-29.

523. Ernst Benda, *Richter und Politik*, en Cotta/Benda/ Schambeck/Malinverni, *Richter und Politik. Giudice e Politica*, Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1978, pp.

Sólo así, en el proceso de designación de magistrados, se podrá asegurar que los candidatos a jueces constitucionales no se abstengan del control constitucional, sino que ejerzan ponderada y creativamente su función de control constitucional frente a los clásicos poderes, como también a los nuevos poderes sociales y políticos de las sociedades corporativas. Lo cual, ciertamente, está en relación de las competencias que les faculta la Constitución, la ley y el desarrollo jurisprudencial que a partir de ellas realice el Tribunal. Para lo cual, se requiere que el Tribunal Constitucional cuente también con una adecuada organización, materia que a continuación se plantea.

2 MAGISTRADOS SUPLENTES Y SALAS

En el marco de las competencias del Tribunal Constitucional establecidas por la Constitución y su Ley Orgánica, se aprecia que la función de control constitucional se realiza mediante: declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, la resolución en última instancia de las resoluciones judiciales denegatorias de los habeas corpus, acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento, así como de la resolución de los conflictos de competencia (ver Primera Parte, IV, 2 y 3).

Para el cumplimiento de su función jurisdiccional, el Tribunal Constitucional presenta ciertos problemas de organización y funcionamiento, debido tanto al diseño legislativo del constituyente como al ejercicio jurisprudencial de sus competencias. Lo cual incide en el déficit de legitimidad por sus resultados, que no es un problema únicamente técnico administrativo, sino de un profundo transfondo jurídico-político, en la medida que la forma de asumir y de resolver los procesos constitucionales están vinculados directamente a las formas de organización y composición del Tribunal.

Es cierto que las modificaciones constitucionales, o de la LOTC, no van a crear otra realidad jurisprudencial y democrática por sí misma, pero sí abren posibilidades de que se haga más eficiente y democrática, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, en base al renovado pensamiento constitucional planteado: teoría institucional ética. En ese marco teórico y en base a la realidad constitucional esbozada, se analizan a continuación las necesidades de nombrar magistrados suplentes y de mejorar la organización del Tribunal creando dos Salas a su interior.

37 ss.; asimismo, Erich Kaufmann, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *VVDStRL*, Heft 9, Berlin, 1952, pp. 4 ss.

21 Número de magistrados y suplentes

Para cumplir eficientemente con la alta responsabilidad de realizar el control constitucional de la Constitución, es importante destacar la necesidad de que el Tribunal Constitucional cuente con una planta calificada e independiente de magistrados, pero también en número suficiente y con suplencias; planteamiento que parte del análisis de la realidad constitucional y se afirma en el derecho comparado.

- i. *Número de magistrados.* La nominación de los siete magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, resulta insuficiente si se toma en cuenta algunos elementos de la realidad constitucional: un primer argumento, desde un punto de vista cuantitativo, es la sobrecarga de los procesos constitucionales acumulados apenas establecido el TC, que llegaron a más de mil demandas, a las cuales habría que añadir los expedientes presentados a lo largo de su primer año y medio de funcionamiento analizado (ver Cuadro N° 9). Frente a los cuales el TC, al término de ese periodo, sólo resolvió 16 acciones de inconstitucionalidad⁵²⁴ y 633 acciones de garantía⁵²⁵.

Es decir, el TC fue desbordado por los expedientes de garantías constitucionales pendientes de resolución, al punto que dejó de sentenciar como mínimo más de dos tercios de las causas ingresadas. Según los indicadores de congestión judicial elaborados por el Banco Mundial, cuando el número pendiente de casos por resolver al final de un periodo es superior al 20% del total de casos existentes, dividido por el número de casos resueltos, es demasiado difícil administrar ese trabajo. Lo cierto es que el *ratio* de causas pendientes del TC es del 48.6%; es decir más del doble, de lo que el Banco Mundial estima ya como una carga que se convierte prácticamente en inmanejable⁵²⁶.

524. Ver Cuadro N° 5.

525. Ver Cuadro N° 8.

526. World Bank, *Peru. Judicial Reform Project*, Report N° 17137-PE, Latin America and the Caribbean Region, Country Management Unit 6, Poverty Reduction and Economic Management, s/l, October 27, 1997, p. 64.

CUADRO N° 9
EXPEDIENTES INGRESADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

	Antes del 26-6-96*	Después del 26-6-96*	TOTALES
Acción de			
Inconstitucionalidad	0	28	28
Acción de Amparo	1066	1300	2366
Habeas Corpus	154	245	399
Acción de Cumplimiento	9	46	55
Habeas Data	2	3	5
Conflicto de Competencia	1	1	2
Quejas	33	386	419
TOTALES	1265	2009	3272

* Fecha de instalación del Tribunal Constitucional

Fuente: Tribunal Constitucional, Cuadro N° 1. Expedientes ingresados al 24-9-97.

Elaboración: César Landa

No obstante, es del caso aclarar que la eficiencia de la justicia constitucional, no sólo es una cuestión cuantitativa de resolución de causas pendientes, sino fundamentalmente cualitativa, por eso se ha señalado que "la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto..."⁵²⁷.

Ahora bien, la sobrecarga procesal del Tribunal en materia de derechos fundamentales, en buena medida, se debe a dos factores: 1) a las causas pendientes heredadas del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, que al ser clausurado arbitrariamente por el Presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, no habían sido aún resueltas, y 2) a los recursos presentados después del 5 de abril de 1992 hasta el 26 de julio de 1996 fecha de reinstalación del TC, periodo en que se siguieron presentando recursos casatorios para que la justicia constitucional en su momento

527. Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la justicia*, en *Justice and Efficiency. General reports and discussions, The eight world conference on procedural law*, (W. Wedekind editor), Deventer, Dutch Association for Procedural Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 19.

resolviese dichos expedientes. En ese sentido, la carga procesal acumulada, sobre todo en materia de acciones de amparo, llegó a una cantidad inmanejable de expedientes que incluso, en muchos casos, dado el tiempo transcurrido, ya no mantenían interés constitucional para las partes afectadas.

No obstante que el Tribunal Constitucional en su momento –marzo de 1997– planteó un proyecto de ley al Congreso para solucionar dicho *embalse* jurisdiccional, este no fue atendido oportunamente. En dicho proyecto se pedía que se otorgue un plazo especial de sesenta días, a partir de la publicación de una ley modificatoria de la LOTC, para que las personas que hubiesen interpuesto recursos aún no resueltos de casación ante el ex-TGC, o recurso extraordinario ante el TC, en la acciones de habeas corpus y acciones de amparo, debiesen formular pedido escrito para que el TC se dedique a-su conocimiento. Vencido ese plazo, las acciones caerían *en abandono*; quedando, en consecuencia, ejecutoriada la resolución judicial impugnada⁵²⁸.

El Congreso sólo modificó la LOTC mediante Ley N° 26853, aprobada el 1° de agosto de 1997, pero estableciendo que los interesados que no se manifestasen en sesenta días ante el Tribunal, para que resuelva sus causas pendientes de habeas corpus y de amparo, en el que dejaban a la resolución impugnada como *cosa juzgada*. Instituto procesal inadecuado, debido a que impide la revisión de la causa caída en abandono en otro procedimiento judicial ordinario; de allí que se presentase en la Comisión de Justicia del Congreso un proyecto de ley modificatorio a los dos meses de la vigencia de la Ley N° 26853, para que declarado el abandono de la instancia, la resolución impugnada quedase consentida y no como cosa juzgada⁵²⁹.

Un segundo argumento, desde el punto de vista comparado e histórico, demuestra que el afán minimalista del constituyente de reducir a siete el número de magistrados del Tribunal Constitucional, es igualmente insuficiente e inapropiado para cumplir con eficacia sus tareas de control constitucional. Así, se puede apreciar en el derecho comparado, que

528. Oficio N° 104-97-P/TC (21-3-97) del Dr. Ricardo Nugent, Presidente del Tribunal Constitucional..., *op. cit.* En el artículo 2° del proyecto de ley se plantea el abandono de las causas pendientes en que la parte afectada no le diese el impulso procesal en sesenta días.

529. Congreso de la República, Proyecto de Ley N° 3085/97-CR (9-10-97). Se plantea modificar el artículo único de la Ley 26853, referido a la causal de abandono de la instancia en los procesos de Hábeas Corpus y Amparo que ha tomado conocimiento el Tribunal Constitucional.

por un lado, el Tribunal Constitucional español, que tanto ha influenciado en la elaboración de la LOTC peruana⁵³⁰, cuenta con doce magistrados, el Tribunal Federal Constitucional alemán lo integran dieciséis magistrados, la Corte Constitucional italiana quince jueces, el Tribunal Constitucional Austriaco tiene catorce magistrados⁵³¹. Por otro lado, la Corte Constitucional de Guatemala se compone de doce magistrados, la Corte Constitucional de Colombia la integran nueve jueces, el Tribunal Constitucional de Chile lo componen siete magistrados, y la nueva Corte Constitucional de Bolivia cuenta con cinco jueces⁵³². Por último, el ex-Tribunal de Garantías del Perú estaba compuesto de nueve magistrados. Con lo cual, la tendencia es a contar con un número representativo de magistrados constitucionales.

Por ello, no hay razón alguna que justifique mantener el número de siete magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, cuando no se dan abasto a la carga judicial que se viene acumulando sin poder resolver eficazmente, y cuando la experiencia comparada y pasada demuestra precisamente que un mayor número de magistrados es lo necesario, en tanto las mayores competencias constitucionales y el promedio de demandas se incrementan progresivamente. En ese sentido, se puede señalar que la carga procesal es la causa fundamental para ampliar el número de jueces del Tribunal Constitucional de siete a once magistrados; más aún, cuando las tendencias de la realidad política perfilan escenarios que hacen prever el incremento de las tareas judiciales de tutela de los derechos fundamentales, tanto frente a los excesos de la autoridad militar y policial, como frente al sobredimensionamiento de la administración pública en el modelo económico neoliberal del capitalismo de Estado⁵³³.

- ii. *Magistrados suplentes.* La figura de los magistrados suplentes también resulta una necesidad imprescindible a incorporar en la LOTC, a fin de poder suplir las necesidades básicas del normal funcionamiento

530. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 286.

531. Germán Gómez Orfanel (editor), *Las constituciones de los estados de la unión Europea*, Madrid, CEC, 1996, pp. 149, 241 y 442; asimismo, Gerhard Leibholz y Reinhard Rupprecht, *Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Köln-Marienburg, Verlag Schmidt, 1968, p. 20.

532. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 370, 493, 544 y 720.

533. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *The situation of Human Rights in Peru. Report present to the Sub-Commission of the Prevention of Discrimination and the protection of minorities of the NU, August 1997*, en <http://www.derechos.org/cnddhh/informes/sube.html>; asimismo, U.S. Department State, *Peru country Report on Human Rights Practice for 1997*, en http://www.state.gov/www/global/human_rights/1997.

del TC, compuesto por once jueces propuesto. En ese sentido, se plantea la importancia de contar con cinco magistrados constitucionales suplentes, que serían los cinco candidatos restantes mejor calificados del proceso de nominación de los magistrados constitucionales titulares.

La justificación de los jueces suplentes se origina, en el estado informal de funcionamiento co que viene operando el Tribunal Constitucional, con cuatro magistrados de los siete que señala la Constitución, debido a la destitución de los jueces constitucionales Manuel Aguirre, Guillermo Rey y Delia Revoredo que resolvieron en contra de la ley de la reelección presidencial, y la renuncia de su ex-Presidente Ricardo Nugent, que no ha podido hacer efectiva hasta que no se nombre a los nuevos magistrados, es la más clara expresión de dos cosas:

Primero, que no se están cumpliendo desde junio de 1996 los artículos 201º y 202º de la Constitución que se refieren a un Tribunal Constitucional, integrado por siete magistrados y que se encargan de declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución, entre otras competencias; motivo por el cual se ha señalado que el TC está funcionando, no sólo inconstitucionalmente sino también anticonstitucionalmente⁵³⁴.

Segundo, que esa situación no se hubiera producido si ante la renuncia o destitución, como también ante enfermedad o vacaciones de los magistrados titulares, la LOTC hubiera incorporado la figura de los jueces suplentes, que, como se aprecia, son imprescindibles para suplir en las tareas jurisdiccionales y administrativas del titular, evitando así la paralización del funcionamiento del control constitucional a cargo del Tribunal Constitucional. Lo cual es una forma también de asegurar el equilibrio y balance de poderes. Pero, no debe asumirse que la suplencia de magistrados, es una desvalorización de este cuerpo de magistrados, sino, por el contrario, se debe valorar a los jueces suplentes en tanto permiten reafirmar el rol de la justicia constitucional en situaciones de ausencia de los titulares⁵³⁵.

Ante esta situación de informalidad constitucional, propia de un gobierno caracterizado por el presidencialismo y la inestabilidad, lo cual lleva

534. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., p. 143.

535. Alessandro Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione...*, op. cit., pp. 18.

a la degeneración del Estado de Derecho⁵³⁶, el Congreso ha tenido que habilitar legalmente a los miembros restantes para que cumplan la mínima tarea constitucional de resolver las resoluciones denegatorias en materia de derechos fundamentales, pero no habilito al TC para seguir declarando la inconstitucionalidad de las leyes.

En ese sentido, la mayoría del Congreso aprobó la Ley N° 26802, una semana antes de destituir a tres magistrados constitucionales, modificando el artículo 4° de la LOTC, con la finalidad de que el quórum para las sesiones del TC ya no fuese con seis magistrados sino con cuatro, coincidentemente, cuatro fue el número exacto de magistrados que quedó después de destituir a los tres magistrados promotores del activismo judicial. Esta norma ha sido reiterada en la Ley N° 26954 del 2 de mayo de 1998, pero añadiendo que con el quórum de cuatro magistrados se pueda elegir al nuevo Presidente del TC; habiendo sido electo en Arequipa, el 28 de mayo de 1998, Francisco Acosta como Presidente del TC por cuatro votos –unanimidad–, en tanto que el artículo 5° de la LOTC modificado exigía cinco votos⁵³⁷.

De esa manera, a partir de junio de 1996, el Tribunal Constitucional viene sesionando con una informalidad constitucional⁵³⁸ de cuatro de sus miembros, motivo por el cual no puede ejercer la competencia de controlar a las leyes que infrinjan la Constitución, por el fondo o por la forma, competencia que le otorga sentido a la jurisdicción constitucional, como establece la norma suprema. De modo que el Tribunal Constitucional se ha convertido en un tribunal ordinario de revisión de las resoluciones judiciales denegatorias de los habeas corpus, acciones de amparo, habeas data y acciones de cumplimiento, resolviendo dichas causas con sólo cuatro magistrados, quienes no pueden abstenerse y deben votar en cada oportunidad, según dispuso previsoramente la Ley N° 26801 y posteriormente reiteró la Ley N° 26954.

536. Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad...*, op. cit., pp. 20 ss.; asimismo, Emo Gotsbachner, *Informelles Recht...*, op. cit., pp. 30 ss.

537. CARETAS, *Camaleónico voto*, Lima, 18 de junio de 1993, en <http://ekeko.rcp.net.pe/Caretas/1998/1519/mdt/medt.htm>, Lima; se alude a que Nugent -ex-Presidente renunciante- termina votando por Acosta, uno de sus acusadores ante el Congreso, motivo por el cual Nugent fue procesado, aunque no destituido.

538. Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie...*, op. cit., pp. 11-18.

Pero, si bien el número de once magistrados titulares y cinco magistrados suplentes, serían necesarios para una adecuada composición del Tribunal Constitucional, para un eficiente funcionamiento organizativo, resulta importante que el trabajo jurisdiccional se considere que la racional y óptima organización del despacho judicial, también es una tarea del reforzamiento de los Tribunales Constitucionales. En ese sentido, distribuir adecuadamente la carga judicial entre el Pleno y dos Salas, permitiría modernizar y hacer más eficiente el despacho judicial, más aún, cuando los procesos constitucionales presentan características de suma sensibilidad, por los derechos involucrados o las leyes cuestionadas de inconstitucionalidad, que se hace necesario ahondar en el tema del rol del Pleno y de la incorporación de dos Salas en el Tribunal Constitucional.

22 Pleno y Salas

Con más magistrados constitucionales, once como lo propuesto, la carga procesal podría ser mejor distribuida⁵³⁹, pero no para que resuelvan cada caso en Pleno jurisdiccional de once miembros, sino, para que en la resolución de los derechos fundamentales protegidos por las garantías constitucionales, se organicen en dos Salas Constitucionales, integrada cada una por cinco magistrados. Mientras que el Presidente ejercería responsabilidades de representación y se guardaría para votar en caso de empate en las decisiones jurisdiccionales de la Sala Plena, como en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, los conflictos constitucionales y el cambio o colisión de jurisprudencia entre las dos Salas, materias que serían competencia fundamentales del Pleno, como a continuación se presenta.

- i. *Pleno*. Es importante precisar algunas competencias del Pleno, en la medida que el origen formalmente de la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano en mayo de 1997, según los magistrados constitucionales Acosta y García, fue que el recurso de aclaración solicitado por el Colegio de Abogados de Lima, sobre la sentencia del TC que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial, no fue absuelto por el Pleno, sino por tres magistrados usurpando la competencia del Pleno. Motivo por el cual formalmente los magistrados Nugent (Presidente), Aguirre, Revoredo y Terry fueron denunciados por sus colegas ante el Congreso, y la mayoría oficialista los acusó, procesó y

539. Francisco Rubio y Manuel Aragón, *La Jurisdicción Constitucional*, en Eduardo García y Alberto Pedreri, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1981, p. 856.

destituyó vindicativamente a los tres últimos por infracción a la Constitución⁵⁴⁰.

En efecto, recibido el pedido de aclaración sobre la sentencia del 3 de enero de 1997, el Presidente del Tribunal no llamó al Pleno para resolver el recurso de aclaración, sino que, por economía procesal dispuso que sea resuelto por los tres magistrados firmantes de la mencionada resolución. En ese sentido, la mayoría parlamentaria argumentó que “el doctor Ricardo Nugent, Presidente del Tribunal, incurrió en irresponsabilidad al no convocar al Pleno del Tribunal Constitucional para resolver el recurso de aclaración presentado por el Colegio de Abogados de Lima, y al justificar la infracción constitucional cometida por los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo, en lugar de adoptar las medidas rectificatorias”⁵⁴¹.

El ex-Presidente Nugent, una vez recibido el pedido de aclaración el 20 de enero de 1997, por práctica y celeridad procesal proveyó que pase a manos del ponente y los magistrados firmantes de la resolución materia de aclaración, lo cual constituyó un acto administrativo jurisdiccional que no requería ser visto en Pleno, aún cuando si dar cuenta de ello en uno posterior. Por eso se ha dicho “de haberse producido alguna irregularidad en la expedición de la resolución de *aclaración* (cosa que, ciertamente, no ocurrió), Nugent sería el responsable —el mayor responsable, en verdad— porque, en efecto, fue él quien ordenó —como Presidente del TC y con la anuencia, cierto es, del Pleno— el trámite y el procedimiento observados”⁵⁴².

Dado lo delicado del asunto, los magistrados firmantes de la sentencia de inaplicación deciden ir al Pleno, donde se dieron posiciones a favor y en contra de la aclaración,

Pero es importante tomar en cuenta que ninguna de ellos dice que nosotros no podemos resolver (García Marcelo, en sus posteriores declaraciones, ha manifestado que, obviamente, nosotros teníamos que resolver), sino que piden que se devuelva al Colegio de Abo-

540. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, 1997..., art. cit., pp. 256 ss.

541. Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Luis Delgado Aparicio, miembro de la Subcomisión acusadora, contra cuatro señores del Tribunal Constitucional, realizada en la sesión plenaria del Congreso*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, 1997..., art. cit., p. 437.

542. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., 144-145.

gados para que la solicitud venga dirigida a la presidencia. La presidencia lo considera un disparate, una pérdida de tiempo y manifiesta que por economía procesal ya había ordenado que pase al ponente, decisión que de acuerdo a ley debía tomar en los dos días siguientes y era inimpugnable. Se vota y la posición de la presidencia gana 5 a 2⁵⁴³.

De esta conducta procesal de la Presidencia, no se deduce la invalidez de la respuesta a la aclaración o que los magistrados que aclararon el pedido, usurparan las funciones del Pleno. Más aún, si la respuesta a los pedidos de aclaración correspondía absolver a quienes firmaron la sentencia y no a quienes se abstuvieron de ella⁵⁴⁴.

Luego de que en el mes de febrero quedara en receso el TC por vacaciones, según establece el artículo 19º de la LOTC, en todo caso por un principio de convalidación, el entonces Presidente del Tribunal convocó *ex-post* para el 14 de marzo de 1997, al Pleno administrativo de magistrados—sólo inasistió Acosta—, y se votó expresamente—por cinco votos a favor— ratificar la autorización dada a los jueces Aguirre, Rey y Revoredo para responder al recurso de aclaración solicitado por el CAL, con el voto en contra de García⁵⁴⁵. No obstante, Nugent señaló posteriormente que “dicha acta no constituye una convalidación *a posteriori* sino una ratificación de que la autorización hecha por el Tribunal da cuenta de un hecho pretérito y anterior a la resolución cuestionada”⁵⁴⁶.

De acuerdo a lo expuesto, cabe aclarar mínimamente algunas características básicas de la propuesta de organización y funcionamiento del Pleno del TC. El Pleno estaría integrado por todos los magistrados, lo preside el Presidente y en su defecto el Vice-Presidente, elegidos por ellos mismos de su seno. El Pleno podrá ser jurisdiccional cuando haya lugar a emitir resoluciones judiciales o realizar audiencia públicas de las causas judiciales a resolver, y podrá ser Pleno administrativo para dar cuenta del despacho y demás trámites jurisdiccionales, no sustantivos o administrativos, como presupuesto, nombramiento de funcionarios,

543. Manuel Aguirre Roca, *todo ha sido una emboscada...*, *op. cit.*, p. 8.

544. Congreso de la República, *Alegato del doctor Juan Monroy en al sesión del miércoles 28 de mayo de 1977, en Pensamiento Constitucional Año IV, N° 4...*, *art. cit.*, pp. 479.

545. EL COMERCIO, *Magistrados constitucionales piden conocer el sustento de los cargos en su contra...*, *op. cit.*, p. A5.

546. EL COMERCIO, *Nugent remitió al Congreso prueba de autorización para responder aclaración, sobre sentencia de inaplicabilidad de la ley interpretativa de reelección*, en la edición, 10 de mayo de 1997, p. A5.

etc. El Pleno para sesionar convocado por el Presidente requeriría el quórum de seis miembros.

En ese sentido, el Presidente del Tribunal gozaría de atribuciones tasadas para convocar a los Plenos, pero también podría hacer ejercicio razonable de las facultades abiertas que le confiere la Ley, el Reglamento del TC, para convocar o no a Pleno, para dar curso a un pedido de aclaración. Pero, en cualquier caso, el funcionamiento interno del Pleno no sería violado, si se asumiese una conducta procesal adjetiva de remitir al ponente de una sentencia la preparación de la aclaración solicitada. Por eso, dada la carga procesal y el carácter altamente delicado de algunas acciones de inconstitucionalidad, resultaría conveniente reformar la organización del Tribunal, creando dos Salas y distribuyendo razonablemente las competencias jurisdiccionales y administrativas del Pleno, el Presidente y las Salas.

- ii. *Salas.* La propuesta es que el Tribunal Constitucional funcione con dos Salas integradas por cinco magistrados cada una, para que resuelvan las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. Este planteamiento requeriría de la reforma legislativa de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, propuesta que además ya fue formulada por el propio Tribunal Constitucional por unanimidad en marzo de 1997⁵⁴⁷. Al respecto, cabe recordar que no hay ningún mandato de la Constitución que lo impida y, desde una perspectiva del derecho constitucional comparado, muchos países con tribunales constitucionales (Alemania, España o Portugal), han establecido la creación de salas en sus leyes orgánicas permitiendo una mejor organización y funcionamiento de los tribunales constitucionales⁵⁴⁸.

Asimismo, debe considerarse que de conformidad con el principio constitucional de la *fuerza normativa de la Constitución*, esta norma suprema pretende verse actualizada, con aquellos puntos de vista que

547. Oficio N° 104-97-P/TC (21-3-97) del Dr. Ricardo Nugent, Presidente del Tribunal Constitucional, al Presidente del Congreso de la República, con proyecto de ley modificatorio de la LOTC. En aras de agilizar el trámite de los procesos constitucionales, en el artículo 1° del proyecto de ley se plantea que, se conformen dos Salas en el Tribunal Constitucional.

548. Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit., p. 143; Albrecht Weber, *Jurisdicción constitucional en Europa Occidental...*, op. cit., p. 56; asimismo, José Almagro Nosete, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 69.

ayuden a las normas constitucionales a obtener su máxima eficacia⁵⁴⁹. En tal sentido, con la creación de dos Salas en el Tribunal Constitucional se hace evidente desde el punto organizativo, la búsqueda por hacer efectivas las normas constitucionales, relativas a la tutela de los derechos fundamentales y a las del control constitucional de la normas legales, a cargo del Tribunal Constitucional.

De otro lado, debería quedar expresamente consagrada la igualdad de rango e independencia entre ambas Salas, como se asegura en otros sistemas⁵⁵⁰. En ese sentido, las Salas podrían ser competentes en función del turno para resolver las garantías constitucionales; sin embargo, la posibilidad de la especialización de las Salas, parece prometedora. Así, la Sala primera podría resolver las acciones de amparo que se presenten por violación al debido proceso y a la tutela judicial; mientras que, la Sala segunda podría resolver los habeas corpus, habeas data, acciones de cumplimiento y los amparos distintos al debido proceso y a la tutela judicial.

Esta división se basa en la relación que existe entre el número de acciones de amparo y las demás garantías constitucionales ingresadas al Tribunal Constitucional, que es de tres a uno; es decir, que en promedio, por cada tres acciones de amparo se ha presentado un habeas corpus por lo general o en mucho menor medida una acción de cumplimiento o un habeas data. Además alrededor de la mitad de las acciones de amparo son demandando la tutela del derecho al debido proceso, como también ocurre en otras latitudes⁵⁵¹.

Claro un problema potencial que se presentaría entre las dos Salas, sería que las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales al constituir jurisprudencia vinculante, por el principio *stare decisis*, potencialmente podrían emitir sentencias contradictorias sobre un mismo derecho. En efecto, una Sala si bien se encargaría de la tutela de los derechos fundamentales, con excepción del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que sería competencia de la otra Sala. Dada la interrelación de los derechos fundamentales, entre el contenido material y formal o el contenido sustantivo y procesal, no sería extraño que mediante dos procesos—por ejemplo, vía el amparo por debido proceso

549. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 50 ss.

550. Ernst Benda y Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozesses...*, op. cit., pp. 43 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 69.

551. Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, p. 169.

y acción de cumplimiento— ambas Salas se pronuncien en el fondo sobre un mismo derecho constitucional, con fallos eventualmente contradictorios⁵⁵². Es el caso de una sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional alemán, que resolvió en vía del control incidental de una norma sobre el aborto “*konkrete Normenkontrolle*”, y que fue posteriormente contradicha con otro proceso sobre idéntico caso, por una sentencia de la Primera Sala mediante un recurso de amparo constitucional “*Verfassungsbeschwerde*”⁵⁵³.

Lo que obliga a establecer, sin perjuicio del principio de independencia e igualdad de ambas Salas, que la resolución que vaya a cambiar el precedente constitucional materialmente establecido, deba ser resuelta en Sala Plena, a fin de mantener la unidad jurisdiccional de las resoluciones, en aras de la seguridad jurídica de la tutela de los derechos constitucionales de las personas⁵⁵⁴. Lo que no obsta, por supuesto, para el cambio de jurisprudencia, siempre que las Salas fundamenten expresamente las razones de hecho y de derecho constitucional en que sustentan su nueva decisión⁵⁵⁵. Se debe recordar que cuando este planteamiento fue incorporado al sistema del Tribunal Constitucional Español, Almagro Nosete señaló “surge así en nuestro Derecho la figura de la doctrina jurisprudencial de las Salas reunidas, que fue una de las innovaciones introducidas por el Código Civil italiano de 1942 más alabadas por los autores”⁵⁵⁶.

Ahora bien, la distribución de la carga procesal entre el Pleno y las dos Salas propuestas, requiere de la creación de una pequeña Sala mixta integrada con tres magistrados, que serían los encargados de decidir

-
552. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, pp. 46 ss. Y 208 ss.
553. Jana Striezel, *Das “Kind als Schaden”- der Dissens im BverfG. (EuGRZ 1997, S. 635 ff)*, monografía para el Seminario de Derecho Público Comparado y de Filosofía del —Derecho, Universidad de Bayreuth, a cargo de Peter Häberle, Semestre de Verano, Bayreuth, 1998.
554. Andreas Sattler, *Die Zuständigkeit der Senate und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§§ 14, BverfGE)*, en Christian Starck (editor), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo I., *op. cit.*, pp. 104 ss.; asimismo; Friedrich Lauterjung, *Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte*, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau, 1932, reprint 1977, pp. 22 ss.
555. Manuel Pulido Quevedo, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, anotada con jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 121-12; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción constitucional en España...*, *op. cit.*, p. 70.
556. José Almagro Nosete, *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pp. 69-72.

acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de los acciones de inconstitucionalidad, conflictos constitucionales y recursos extraordinarios sobre garantías constitucionales que se presenten. Con un propósito no administrativo sino jurisdiccional, la pequeña Sala mixta debería depurar los expedientes que abiertamente no cumplan los requisitos de admisibilidad o de procedencia liminar, que sean manifiestamente improcedentes por carecer de contenido constitucional de demanda; ofreciendo al demandante, cuando lo acuerden los vocales y según la norma que debería crear esta institución, tres días para que subsane el defecto u omisión.

Este auto podría ser apelado sólo en un efecto. Esta pequeña Sala o Sección ha dado muy buenos resultados en la experiencia alemana, donde el 97% de los recursos de amparo ha sido resueltos por esta Comisión de tres jueces "*Dreierausschüsse*"⁵⁵⁷. En el caso de la jurisdicción española, las Salas antes que la *Sección* se han ocupado de resolver en la práctica la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, como parte de su carga procesal, que ha dado lugar a un debate y aporte tanto jurisdiccional como doctrinal⁵⁵⁸.

El funcionamiento del Tribunal Constitucional, a través del Pleno y las Salas, encuentra en el sistema de votación y en la inmunidad por dichos votos, un instituto fundamental que la experiencia de la jurisdicción constitucional en el Perú, en sus dos versiones, ha mostrado graves fallas conceptuales en la legislación y práctica judicial, que a continuación vamos a plantear.

3 SISTEMA DE VOTACIÓN E INMUNIDAD JUDICIAL

La aplicación judicial del derecho constitucional, ha sido planteada toscamente por el positivismo jurídico como la subsunción del hecho a la norma jurídica, donde la interpretación constitucional apenas ha ocupado un rol como hermenéutica jurídica. En todo caso, siempre se ha asegurado la inmunidad sobre los votos y opiniones de los jueces, como una garantía de la

557. Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *op. cit.* § 93, 3, notas 42-52; Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, *op. cit.*, pp. 174-175; asimismo, Dieter Umbach, Thomas Clemens (editores), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, § 93 c, pp. 1335-1349.

558. Ignacio Díez-Picazo, *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, CEC, 1996, pp. 25-37; Antonio Cano Mata, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 48-50.

independencia judicial, en la medida que el juez se encuentra vinculado a la ley, lo cual nada dice acerca de la imparcialidad o no en la aplicación de la misma⁵⁵⁹. El problema siempre se ha presentado cuando los tribunales han asumido una cuota de su poder judicial más activo y dinámico, controlando las decisiones gubernamentales, que ha dado lugar a conflictos con el poder político; lo cual resulta inevitable en estos tiempos de crisis y de transformaciones, donde la otrora centralidad del derecho empieza a ser desplazada por el puro decisionismo político de las transitorias mayorías parlamentarias⁵⁶⁰.

En este escenario se requiere reforzar más que nunca la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, mediante un sistema de votación que asegure el cumplimiento del rol de control de la Constitución, que se manifiesta centralmente en el control judicial de las leyes, así como también en la inmunidad judicial por las opiniones y sentencias emitidas, asimilable al privilegio parlamentario⁵⁶¹. Lo cual si bien plantea la irresponsabilidad de los magistrados constitucionales por sus fallos, no así por su conducta judicial, que en principio debe ser una materia disciplinaria a ser resuelta por el Presidente del Tribunal y/o la mayoría de los magistrados constitucionales, como dispone la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Lo cual lleva a plantear la reforma constitucional que evite que las decisiones judiciales contrarias a la mayoría parlamentaria de turno, sean pretexto para acusar a los magistrados constitucionales por infracción constitucional, como posibilita el artículo 99º de la Constitución de 1993.

3.1 Sistema de Votación

El sistema de votación tiene relevancia en el funcionamiento del Tribunal Constitucional y en consecuencia en su reforzamiento institucional, porque constituye el medio a través del cual los magistrados constitucionales

559. Joachim Riedel, *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters, Befangenheit und Parteilichkeit im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 9 ss., 25 ss. y 193 ss.

560. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 131 ss.; Karl Doehring, *Der Autoritätverlust des Rechts*, en Roman Schnur (editor), *Festschrift für Ernst Forsthoff. Zum 70. Geburtstag*, München, C.B. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, pp. 103-118; asimismo, Fritz Werner, *Vom Richter in unserer Zeit*, en W. Sarstedt, G. Heinemann, F. Werner, K. Sontheimer y M. Haug, *Justiz in Wandel der Gesellschaft*, Stuttgart-Berlin, Kreuz Verlag, 1968, pp. 32 ss.

561. Francisco Fernández Segado, *Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., pp. 310-314.

emiten resoluciones judiciales e inclusive toman decisiones administrativas importantes. Utilizar un determinado sistema de votación aparentemente es un tema pacífico⁵⁶², pero se vuelve totalmente polémico, cuando se le instrumentaliza políticamente, para no controlar o sobrecontrolar la Constitución. Pero, en cualquier caso, “todas las deliberaciones del Tribunal Constitucional estan sustraídas absolutamente de cualquier forma de control o de impugnación”⁵⁶³.

En este sentido, se puede señalar que la práctica del Tribunal Constitucional peruano frente a casos límite, por su naturaleza jurídico-política, ha dado lugar a actuaciones judiciales controvertidas de los magistrados, que se han manifestado en el sistema de votación utilizado en el Pleno. Debido tanto al perverso límite establecido por el legislador en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que para declarar una ley inconstitucional se requiere seis votos de los siete magistrados, como a la forma con que algunos magistrados trataron de resolver ese impedimento legal, no haciendo un voto disidente, sino usando el sistema de votación de la mayoría simple, previsto para el control difuso de constitucionalidad del artículo 138º de la Constitución de 1993. Dando lugar al cumplimiento de la advertencia que recae en todo tribunal constitucional, que “si éste se politiza, sectorializándose, según criterios partidistas, se habrá perdido la oportunidad de contar con un Tribunal respetado y respetable”⁵⁶⁴.

En efecto, el origen del conflicto se encuentra en el sistema de votación del artículo 4º de la LOTC, el cual señala que

el quórum del Tribunal es de seis de sus miembros. El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes. De producirse empate para la formación de una resolución, el Presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista

562. Hans Brox, *Rechtsprobleme der Abstimmungen beim Bundesverfassungsgericht*, en Theo Rittersprach y Willi Geiger, *Festschrift für Gerhard Müller, Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 1-20.

563. Antonio Agro, Carlo Lavagna, Franco Scoca, Paolo Vitucci, *La Costituzione Italiana, annotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale*, segunda edición, Torino, UTET, 1979, p. 1616.

564. Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España...*, op. cit., p. 76.; asimismo, Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, terza edizione, Cedam, Padova, 1990, pp. 626 ss.

en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada. En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.

Este sistema de votación, a primer vista, podría parecer que tiene por objetivo asegurar un riguroso y consensual control de la constitucionalidad de las leyes, lo que resultaría loable en la búsqueda de una opinión colegiada calificada, más aún si una ley de los representantes de la soberanía del pueblo va a ser derogada por un órgano y un método distinto por el cual fue aprobada dicha ley. Sin embargo, dado los antecedentes constituyentes y el *iter legislativo* de la LOTC, se puede afirmar que el sistema de votación adoptado, expresa directa y abiertamente la desconfianza del gobierno en la creación de un organismo independiente, como el Tribunal Constitucional, encargado del control de las leyes del gobierno. En efecto, el *iter legislativo* de dicha norma es muy claro. Si bien la Comisión de Justicia del Congreso Constituyente estuvo dominada por la mayoría parlamentaria, la Presidencia de dicha comisión recayó en César Fernández, que contó con el destacado apoyo de Carlos Ferrero, que siendo miembros de la mayoría parlamentaria oficialista, se caracterizaron por dar muestras de independencia. Por eso, al elaborar el proyecto de la LOTC, establecieron que con cuatro votos de siete magistrados se podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes⁵⁶⁵.

Sin embargo, en el debate parlamentario los constituyentes proautoritarios que estuvieron en contra de la creación del Tribunal Constitucional, como Enrique Chirinos Soto⁵⁶⁶, negociaron y presionaron para que el número de votos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes fueran seis y no cinco, como planteaba finalmente la mayoría parlamentaria, en el Pleno del Congreso. Quedando así establecida la disposición que exige seis votos de los siete magistrados del Tribunal Constitucional para hacer sentencia, e impidiendo de esta manera desleal que los jueces constitucionales, no sólo no cumplan con su función especial de control constitucional de las leyes⁵⁶⁷, sino también que se abriese el conflicto y la desintegración al interior del cuerpo colegiado de los magistrados constitucionales⁵⁶⁸.

565. Congreso de la República, *Dictámen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 1419/94, presentado por los Congresistas César Fernández Arce y Carlos Ferrero Costa y sobre el Proyecto de Ley N° 1421-94 presentado por el Congresista Antero Flores Aráoz*, documento parlamentario, Lima, 1994.

566. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 284.

567. Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale...*, op. cit., pp. 549 ss.

568. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter...*, op. cit., pp. 60 ss. y 99 ss.

Este paralizante sistema de votación dispuso también que esos seis votos fueran conformes, es decir, que la declaración de inconstitucionalidad sólo debía darse con seis votos unánimes, no con votos discrepantes o singulares en su fundamentación, aunque el fallo fuese idéntico por la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. De no alcanzarse los seis votos conformes, se declararían infundada la demanda, esto es, se invertía la realidad obligando a que el Tribunal declarese que la demanda había sido rechazada, pese a no demostrarse que la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada era infundada. Lo cual dio lugar a que en la práctica del Tribunal Constitucional, se dictasen sentencias donde la mayoría de los magistrados argumentaban por la inconstitucionalidad, pero se declarase infundada la acción de inconstitucionalidad. Veamos algunos casos y problemas derivados de este sistema de votación:

- i. *La votación mayoritaria pierde.* En la primera demanda de inconstitucionalidad recibida por el Tribunal Constitucional contra la Ley N° 26623, que intervino el Poder Judicial, cinco magistrados de siete declararon que la ley era inconstitucional; sin embargo, por mandato del artículo 4° de la LOTC, tuvieron que suscribir un fallo declarando la constitucionalidad de la norma, debido a que dos magistrados aliados públicamente del gobierno —Acosta y García— impidieron llegar a los seis votos para declarar la inconstitucionalidad de la mencionada ley⁵⁶⁹. De acuerdo, con este inconsistente sistema de votación, la mayoría del Tribunal tuvo que fundamentar su voto singular.

Pero es el magistrado Aguirre Roca quien expresó en su voto particular con claridad que

en los casos en que no se ha alcanzado la mayoría de seis (6) votos exigidos por el artículo 4° de la Ley Orgánica de este Tribunal, pero en que sí se ha logrado una clara mayoría de cinco (5) votos a dos (2), favorable a la demanda [...], estimo [...] que no pueden declararse constitucionales dichas disposiciones, ni infundada [...] pues ello equivaldría a hacer prevalecer la opinión de la minoría sobre la de la mayoría, lo cual no sólo llevaría al absurdo de hacerle decir al órgano colegiado, precisamente lo contrario de lo que piensa, permitiendo, de paso, que la opinión de sólo dos (2) de sus miembros triunfe sobre la de sus cinco (5) miembros restantes [...]⁵⁷⁰.

569. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 128 ss.

570. Tribunal Constitucional, *Sentencia del Tribunal Constitucional, declara fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra disposiciones de la Ley N° 26623*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 6 de noviembre de 1996, p. 144082.

Esta tesis significó un cambio de su posición jurisdiccional originaria, ya que cuando Aguirre Roca era magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales señaló positivístamente que “debe recordarse que el artículo 8º de la LOTGC no permite resolver la cuestión de inconstitucionalidad con menos de seis votos conforme”⁵⁷¹.

Sin perjuicio de ese saludable cambio de opinión constitucional, es del caso señalar que, la disposición legal en cuestión era pre-existente a la elección de los magistrados en el Congreso, de modo que si bien conocían las reglas de votación con anterioridad, parecía recién quedar al descubierto el nefasto sistema de votación mencionado. Esto se puso en evidencia con la segunda demanda de inconstitucionalidad, en la que se planteó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la LOTC, es decir, para que se declare la inconstitucionalidad del propio sistema de votación del TC. Si bien este tema ya ha sido abordado (ver Primera Parte, V. 2.), sólo es del caso hacer un breve comentario que incide en el sistema de votación, por cuanto se presenta el absurdo lógico de que la ponencia mayoritaria en una votación pierde el fallo.

En efecto, dada la importancia de resolver la demanda acerca del sistema de votación del TC, los magistrados constitucionales decidieron resolver en segundo lugar esta acción de inconstitucionalidad —no obstante que debió ser la quinta a fallar, de acuerdo al orden de ingreso de las demandas—⁵⁷². Al respecto, el caso se resolvió en contra de la demanda, manteniendo el sistema de votación para declarar inconstitucional una ley, es decir, requerir seis votos de los siete magistrados, en virtud a argumentar de que no había norma constitucional alguna que obligase al Congreso a establecer un sistema de votación calificado determinado.

En ese sentido, la mayoría judicial integrada por Acosta y García (ex-abogados del gobierno) y Nugent y Díaz (magistrados autolimitados), en base a un positivismo basado en la decisión de la autoridad legislativa⁵⁷³, asumieron que estaba en la facultad discrecional del legislador definir el número de votos necesarios para declarar inconstitucional una ley, renunciando así, los magistrados, a establecer parámetros constitucionales a dicho sistema de votación, a partir de lo cual se llegó a las

571. Manuel Aguirre Roca, *Las “sentencias” del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica*, en *Themis*, N° 7, 1987, p. 15.

572. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, *op. cit.*, p. 126.

573. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 232.

situaciones judiciales más absurdas y, lo que es peor, a la politización del Tribunal Constitucional⁵⁷⁴.

De esta manera quedó convalidado el sistema de votación para declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero la propia sentencia también dejó abierta la posibilidad del uso del control difuso, en los procesos de control abstracto de normas legales⁵⁷⁵. Poco después, este sistema de votación quedó convalidado en la tercera resolución del Tribunal, esta vez contra la ley que reglamentó el referéndum popular. La misma que generó una de las más absurdas consecuencias de requerir seis votos de siete magistrados, por cuanto, los cinco magistrados –tres activistas judiciales y dos autolimitativos– que estuvieron por la inconstitucionalidad de la ley, es decir, por declarar fundada la demanda, tuvieron que fallar como infundada la demanda porque no llegaron a los seis votos. Sin embargo, ya era tarde para los jueces autolimitados –Nugent y Díaz– que pretendiesen enderezar, lo que con su fallo, en la sentencia sobre el sistema de votación, habían ayudado a consolidar un sistema de votación ilógico e inconstitucional.

En ese absurdo sentido, los dos magistrados progubernistas que perdieron la votación del referéndum, pero ganaron el fallo que declaró infundada la demanda, tuvieron que expedir votos singulares para fundamentar su opinión minoritaria que hacía el fallo. Por eso, la sentencia reza: “que al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar inconstitucional la Ley N° 26592 exigidos por el Artículo 4° de la ley N° 26435 este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, a declarar infundada la demanda”⁵⁷⁶. De esta manera, se contradice la buena doctrina constitucional sobre la materia, según la cual la mayoría hace sentencia y la minoría sólo un voto singular⁵⁷⁷; que por lo demás, es un instrumento para expresar la legitimidad de las minorías en las constituciones democráticas pluralistas⁵⁷⁸.

-
574. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 260 ss.
575. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26435*, en *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.
576. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26592*, en *El Peruano*, Lima, 25 de diciembre de 1996, p. 145436.
577. Alessandro Pizzorusso, *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale*, en Corte Costituzionale, *L'opinione dissenziente* (a cura di Andele Anzon)..., op. cit., pp. 58 ss.
578. Gustavo Zagrebelsky, *Interventi*, en Corte Costituzionale, *L'opinione dissenziente* (a cura di Andele Anzon)..., op. cit., pp. 155 ss.

Pero, donde se pone de manifiesto dramáticamente los límites del sistema de votación del Tribunal Constitucional, es con las sentencias sobre la ley de la reelección presidencial; por cuanto, como se ha observado (ver Primera Parte, V. 3), Nugent como Presidente del TC mandó publicar dos sentencias: una, declarando inaplicable dicha ley al Presidente Fujimori, con la firma de siete magistrados, de los cuales tres votaron a favor y cuatro se abstuvieron fundamentadamente y, otra *sentencia*, declarando infundada la demanda con la firma sólo de dos magistrados que además se abstuvieron de votar. De allí que, se haya cuestionado la validez de la emisión de estas sentencias o mejor dicho que se haya debatido sobre la sentencia "menos inválida"⁵⁷⁹. Pero, en cualquier caso pone sobre el tapete, además de la carencia de argumentos jurídico-constitucionales, lo cual dice mucho de la selección de los magistrados constitucionales, acerca del problema del sistema de votación del Tribunal Constitucional.

- ii. *Votación.* En relación al sistema de votación de las acciones de inconstitucionalidad, prioritariamente, debería quedar establecido, en la LOTC, que es obligatorio que se cuente con el quórum de ocho magistrados, de los once propuestos para el Pleno, reservando el Presidente su voto dirimente en caso de empate; y que las resoluciones que declaren inconstitucional una ley no se adopten en general con un determinado número de votos, sino de votos variables en función de la norma legal impugnada de que se trate. En efecto, no sólo hay *momentos constituyentes* que generan una Constitución, y *momentos constitucionales* que producen leyes subordinadas a la primera, sino que entre ambos momentos, y en particular, entre las normas que producen, hay una amplia gama normativa de la cual el Tribunal Constitucional no puede estar ajeno al controlarlas⁵⁸⁰.

Así, partiendo de concebir que la mayoría absoluta, es una regla básica en todo sistema de formación de una opinión colegiada, se puede plantear taxativamente que cuando se trate de resolver acciones de inconstitucionalidad sobre leyes de reforma constitucional, y tratados internacionales que incorporen una modificación constitucional, se debería requerir ocho votos, mientras que si se tratase de una ley orgánica, el requisito debería ser de siete votos. En tanto si se resuelve sobre

579. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 263 ss.

580. Bruce Ackermann, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, cap. 1; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 139 ss.

leyes ordinarias, reglamento del Congreso y demás tratados internacionales aprobados por el Congreso, la votación debería ser de seis votos, y para los decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos leyes, tratados simplificados, normas de carácter regional y ordenanzas municipales, la votación debería ser de cinco votos, en cuyo caso si hubiera empate, el Presidente del Tribunal definiría con su voto dirimente, como ocurre en otros tribunales constitucionales⁵⁸¹.

La razón de ser de un sistema diferenciado de votación, radica en la ubicación de dichas normas impugnadas en el sistema de fuentes del derecho. La misma que se estructura sobre la base del principio de constitucionalidad, que ordena a las normas en función del órgano y del sistema de aprobación⁵⁸²; donde el sistema de votación tiene muchas veces una posición definitiva en la determinación del rango y fuerza de ley de las normas legales⁵⁸³. Así, en el sistema de fuentes peruano, a modo de ejemplo, las leyes que reforman la Constitución tienen un sistema de votación agravado en el Congreso, de mayoría absoluta del número legal de miembros de la Cámara Unica y ratificada por referéndum popular, o, cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con los dos tercios del número legal de congresistas, la ley orgánica requiere del voto de la mitad del número legal de los representantes; las leyes ordinarias la mayoría de los congresistas presentes; los decretos legislativos o de urgencia se aprueban tan sólo con el voto del Consejo de Ministros, como las ordenanzas que son decididas por el Concejo Municipal⁵⁸⁴.

En tal entendido, el planteamiento se basa en conectar el razonamiento constitucional del sistema de las fuentes del derecho positivo, con un sistema lógico de votación en el Tribunal Constitucional, a fin de otorgar racionalidad y proporcionalidad a las decisiones del TC en materia de resolución de las acciones de inconstitucionalidad. De esa manera, se promueve la incorporación de una mayor variedad en los sistemas de votación, a fin de perfeccionar y a su vez garantizar el principio de control constitucional de las leyes, a cargo del Tribunal Constitucional del Perú.

-
581. Maunz, Schmidt-Bleibttreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, op. cit., § 14, 5, pp. 22-27; asimismo, Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale...*, op. cit., p. 555.
582. Javier Pérez Royo, *Las Fuentes del Derecho...*, op. cit., pp. 13-24.
583. Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 283-296.
584. Marcial Rubio, *El sistema legislativo...*, op. cit., p. 176, y, César Landa, *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993...*, op. cit., pp. 241 ss., ambos en LTC, N° 10, Lima, 1994.

En cuanto al sistema de votación de los recursos extraordinarios sobre las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento que han sido rechazadas en las primeras instancias judiciales, el Tribunal Constitucional, debería resolverlas en sus dos Salas como se ha planteado en el acápite anterior (ver 2.2. ii.). Para tal efecto, contando con el quórum de cuatro de cinco de sus miembros, cada Sala debería decidir sobre dichos recursos con la mayoría absoluta de tres votos favorables, pero, como al igual que en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, no se requeriría que sean votos conformes. Más aún, como demuestra la experiencia del Tribunal Constitucional del Perú, los magistrados sin perjuicio de suscribir el fallo mayoritario, para dar cuenta de que existe votos *conformes*, simultáneamente también han hecho uso del voto particular, para expresar sus fundamentos personales e inclusive sus opiniones discrepantes, acorde con la autonomía de todo juez⁵⁸⁵. Sin embargo, estos votos particulares merecen un breve comentario.

- iii. *Votos particulares*. Si bien por el principio colegiado de las sentencias del Tribunal Constitucional, es deseable que las opiniones de los magistrados se expresen en un fallo unitario, esto no es incompatible con que se incorpore la opinión disidente o minoritaria de los jueces⁵⁸⁶; más aún, si los tribunales constitucionales en sociedades democráticas, buscan no sólo garantizar la supremacía de la Constitución, sino también “la protección de las minorías, tan consustancial a la democracia como el gobierno de la mayoría”⁵⁸⁷.

Sin embargo, en la experiencia pasada del Tribunal de Garantías Constitucionales, y también del presente Tribunal Constitucional, en materia de acciones de inconstitucionalidad, los votos particulares y la publici-

585. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter...*, op. cit., pp. 46 ss. y 68 ss.; Roberto Romboli, *L'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, en *Corte Costituzionale L'opinione dissenziente*, (a cura di Andele Anzon)..., op. cit., pp. 67 ss.

586. Constantino Mortati, *Relazione illustrativa della proposta di emendamenti dell'art. 18. Norme integrative, con il testo della proposta di introduzione dell'art. 18-bis*, pp. 393 ss.; asimismo, Antonin Scalia: *Remarks on dissenting opinions*, pp. 411 ss., ambos en *Corte Costituzionale L'opinione dissenziente*, (a cura di Andele Anzon)..., op. cit.; asimismo, Francisco Ezquiaga, *El voto particular...*, op. cit., pp. 61 ss.

587. Rosa Luz Lapeña, *El Tribunal Constitucional*, en J. Lalinde / M. García Pelayo / M. Ramírez y otros, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, edición preparada por Manuel Ramírez, Zaragoza, Libros Pórtico, 1979, p. 381; asimismo, Klaus Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit...*, op. cit., pp. 76 ss.

dad de las opiniones de los jueces, sobre todo *ex-post* el fallo, a través de los medios de comunicación social, ha sido, en muchos casos, fuente de dispersión en la búsqueda de una opinión colegiada; al punto que durante la experiencia del TGC de quince (15) sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad, no se llegó a formar sentencias en cinco (5) casos, sino sólo a emitir *pronunciamientos*, debido a que se requería que la mayoría de los votos que hacía sentencia fuese uniforme⁵⁸⁸.

Este lastre de la atomización de las votaciones, adquirió nueva forma en el Tribunal Constitucional, con las *abstenciones fundamentadas*, en el famoso caso de la ley de la reelección presidencial, que degeneró en que la sentencia, que declaró inaplicable la ley al Presidente Fujimori, tuviera sólo tres votos de los magistrados Aguirre, Rey y Revoredo, y la otra *sentencia*, que declaró infundada la demanda contra dicha ley, no obtuvo ningún voto conforme; por cuanto, en la primera sentencia, se abstuvieron de votar cuatro magistrados –Nugent, Díaz, Acosta y García– y en la otra *sentencia*, también se abstuvieron de votar los mencionados jueces, pero los tres restantes ni siquiera expresaron su voto. Y en el colmo de la irracionalidad judicial, en esta segunda *sentencia* sólo dos magistrados la suscribieron –Acosta y García–, el resto de magistrados ni siquiera reconoció este fallo, incluso Nugent y Díaz, que habían fundamentado su abstención⁵⁸⁹.

La nefasta experiencia del sistema de votación mencionado, de los *pronunciamientos* y de las *abstenciones fundamentadas*, se basó en la manipulación del derecho del juez a emitir votos particulares, que son fundamentalmente de dos tipos:

los votos discrepantes (*dissenting opinions*) y los votos concurrentes (*concurring opinions*). La diferencia entre ambos estriba en el alcance de la discrepancia, ya que los primeros van referidos al fallo de la decisión (y, consecuentemente, también a su motivación), mientras que los votos concurrentes comparten la decisión final pero discrepan de toda o parte de la motivación expuesta⁵⁹⁰.

La distorsionada práctica de los votos particulares, sin embargo, no debería llevar a eliminar en la LOTC los votos singulares (concurrentes).

588. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 84.

589. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, *op. cit.*, pp. 13 ss. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, *op. cit.*, pp. 260-265.

590. Francisco Ezquiaga, *El voto particular...*, *op. cit.*, pp. 63-64.

tes), o los votos discrepantes, en la medida que estos votos cumplen sanas funciones de control social, responsabilidad, independencia y autoridad del juez. Claro que el uso abusivo del voto particular puede terminar destruyendo los principios de colegialidad y tendencia a la unanimidad de las sentencias, que son necesarios para cumplir con los principios de la *fuerza normativa* y de la *eficacia normativa* de la Constitución⁵⁹¹, en virtud de los cuales los magistrados del Tribunal Constitucional siempre deberían hacer sentencia.

Para lo cual, la prohibición de las abstenciones en la resolución de las acciones de garantía subjetivas, es un paso necesario que ha sido dado en la Ley N° 26801, modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aún cuando fue aprobada por el Congreso de la República, con fines políticos de atraer a la oposición parlamentaria (sólo una semana antes de la destitución por la mayoría parlamentaria de los magistrados Aguirre, Rey y Revoredo, que resolvieron en contra de la ley de la reelección presidencial). Ratificando así la vieja tesis *mayoritaria* o *monista*, en virtud de la cual, en una democracia, se requiere entregarle plena autoridad legislativa a los que vencen en las elecciones generales, de ahí que cualquier intervención en contra de la justicia, es un acto *contramayoritario* o *antidemocrático*⁵⁹². Por el contrario, es en la unidad de la diversidad, donde la democracia encuentra su identidad social⁵⁹³.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad, sólo habría lugar a la inhibición del magistrado constitucional, en cuyo caso sería sustituido por un magistrado suplente, para efecto que no se produzcan *abstenciones fundamentadas*, mientras que en aras de cautelar la unidad del fallo colegiado, se debería establecer criterios de uniformización jurisdiccional, mediante la obligatoria suscripción del fallo, si ese es el sentido final de la opinión de los magistrados, sin perjuicio que en vía de aclaración, precisión o complementación emitan votos concurrentes o singulares. Esto, claro está, respetando la opinión de los jueces que en la votación del fallo quedaron en minoría, quienes tienen el pleno dere-

591. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 16 ss.

592. Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 136 y ss; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos...*, op. cit., pp. 84 ss.

593. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie...* op. cit., pp. 53-68; asimismo, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 69-71.

cho para emitir votos disidentes o discrepantes, así como también a publicarlos junto a la sentencia⁵⁹⁴.

No se debe olvidar que todo poder público necesita estar sujeto a la crítica pública, de ahí que los procesos constitucionales tengan un interés público *erga omnes*, más aún en el caso de las acciones de inconstitucionalidad contra las normas legales. En ese sentido, los magistrados constitucionales deben tanto asegurar la transparencia y publicidad del mismo, en lo pertinente, como guardar reserva de sus opiniones antes y después de las deliberaciones y de las votaciones del Pleno, en la medida que los jueces deben ser celosos guardianes de la unidad institucional⁵⁹⁵, sin perjuicio de que las minorías judiciales, mediante el voto singular o discrepante, hagan pública su posición constitucional junto al fallo de la mayoría.

No obstante lo señalado, se debería asegurar que la opinión colegiada del Tribunal Constitucional, se encuentre distanciada objetivamente de la parcialidad de la mayoría parlamentaria, de algunos medios de comunicación, o de la aislada vanidad personal de ciertos magistrados⁵⁹⁶, por cuanto se convierten en un peligro para la institucionalidad e independencia del Tribunal Constitucional, cuando los magistrados juzgan sometidos o sujetos al poder mediático sobre la opinión pública⁵⁹⁷; o, peor aún, cuando los medios denostan los fallos del tribunal, en función de intereses del gobierno⁵⁹⁸.

-
594. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter...*, op. cit., pp. 139 ss.; asimismo, Adele Anson, *Forma delle sentenze e voti particolari*, en *Corte Costituzionale L'opinione dissenziente*, (a cura di Adele Anzon)..., op. cit. pp. 167 ss.
595. Otto Kissel, *Über die Zukunft der Justiz. Versuch einer Zwischenbilanz*, Kronberg, Scriptor Verlag, 1974, pp. 17 ss.; asimismo, revisar la tesis doctoral de Bernhard Exner, *Recht und Öffentliche Meinung*, Mainz, Johannes Gutenberg Universität, 1990, pp. 38 ss., donde analiza la influencia de la opinión pública en el derecho; la misma que tiene gran repercusión en los casos criminales, ver Manfred Prose (coordinador), *Kriminalität und Massenmedien. Überlegungen zur Gerichtssaalreportage und Kriminalberichterstattung*, Graz, Leykam Verlag, 1981, pp. 24 ss.
596. Francisco Balaguer Callejón, *Un jurista europeo en Alemania. Conversación con el Profesor Peter Häberle*, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 9, 1997, Universidad de Murcia, p. 46.
597. Martin Huff, *Justiz und Öffentlichkeit*, W G, Berlin-New York, 1996, pp. 8 ss.; Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie...*, op. cit., pp. 253 ss.; asimismo, Otto Kissel, *Über die Zukunft der Justiz. Versuch einer Zwischenbilanz...*, op. cit., pp. 215 ss.
598. Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975, pp. 21 ss.; asimismo, Rolf Lamprecht, *Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 53 ss.

Porque, en la medida que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, sus decisiones tienen el valor de la cosa juzgada, fuerza de ley y carácter vinculante, por ello son irrevisables por otra instancia judicial o poder público⁵⁹⁹. Esto hace que sea una garantía del principio de supremacía constitucional y de la independencia del Tribunal Constitucional, que los magistrados constitucionales tengan inmunidad por sus fallos y opiniones judiciales, tanto del gobierno como de los grupos de presión⁶⁰⁰.

32 Inmunidad por los votos y opiniones

La Constitución ha establecido en el artículo 201º, en concordancia con el artículo 93º, que el Tribunal Constitucional es autónomo e independiente; y que sus magistrados gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas⁶⁰¹. En este entendido, los miembros del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo, ni interpelación alguna, ni responden por los votos u opiniones judiciales emitidos en el ejercicio de su cargo. No obstante haber sido nominados por los congresistas, no reciben instrucciones del Congreso ni de ninguna autoridad; es decir gozan de inviolabilidad e inmunidad en su cargo, como así lo dispone también el artículo 13º de la LOTC. Por ello, el artículo 14º de la LOTC ratifica que los magistrados constitucionales tienen los mismos derechos y privilegios que los congresistas⁶⁰². Sin embargo, es del caso señalar, que los artículos 99º y 100º de la Constitución peruana, establecen que cuando hay infracción a la Constitución o cometan un delito, los magistrados del Tribunal Constitu-

599. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 81 ss.

600. Glendon Schubert, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make...*, op. cit., pp. 82 ss.; asimismo, Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I..., op. cit., pp. 91-102.

601. Alesandro Pizzorusso, *Le immunità parlamentaria*, en Congreso de los Diputados, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, volumen I..., op. cit., pp. 59-87; Francisco Fernández Segado, *Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional*, en Francisc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., pp. 3293-322, y; Eloy García, *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 23 ss.

602. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, *Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 10, Madrid, 1986, pp. 175 ss.; asimismo, Congreso de la República, *Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional Año IV*, N° 4..., art. cit., pp. 463-464.

cional, entre otras altas magistraturas, pueden ser acusados ante el Congreso y si se encuentra responsabilidad se les puede suspender, inhabilitar o separar de sus cargos.

Dicha norma constitucional propia de sistemas democráticos plurales, se convierte en un peligro en manos de una mayoría parlamentaria cuando actúa arbitrariamente, dado que una garantía indispensable para la autonomía del juez y la independencia del Tribunal Constitucional, es precisamente la inmunidad de los jueces constitucionales. Por eso, en el derecho constitucional comparado, “la independencia judicial, se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como de la incompatibilidad. Los jueces son inamovible por otro poder; normalmente, sólo una decisión del Tribunal puede dar lugar a una dimisión o suspensión, para lo que se suele exigir una mayoría calificada (p.e. en la RFA, Italia, España)”⁶⁰³. Sin embargo, hay que precisar “como sucede con la inmunidad parlamentaria, *la independencia del juez es una prerrogativa eminentemente funcional*. Recubre no tanto a la persona cuanto a la función”⁶⁰⁴.

Empero el desconocimiento de la inmunidad de los magistrados, por sus votos y opiniones, se puso de manifiesto en el Perú, con la facultad del Congreso, de abrir proceso en caso de infracción constitucional, a partir de que el Tribunal Constitucional decidió admitir la demanda contra la ley de la reelección presidencial, el 23 de setiembre de 1996⁶⁰⁵. Desde entonces, se produjo una indirecta intervención parlamentaria y extra parlamentaria sobre la actuación de los magistrados del Tribunal Constitucional, con relación a esta causa político-constitucional. Causa que rebasó los límites del debate político, cuando en diciembre de 1996 trascendió, a través de los medios de comunicación, que el TC había resuelto, por cinco votas contra dos, declarar inaplicable la ley de la reelección presidencial, y que el borrador del proyecto de resolución había sido sustraído (ver Primera parte, V, 3.).

Desde entonces, se produce de manera directa la interferencia de la mayoría parlamentaria sobre el Tribunal Constitucional, poniendo en cuestión la inmunidad por los votos que emitieron los magistrados constitucionales, y en consecuencia, interviniendo en la función jurisdiccional, quebrando así el principio constitucional de la independencia judicial y el equilibrio de

603. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, op. cit., p. 55.

604. Juan López Aguilar, *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 114; asimismo, Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale...*, op. cit., p. 554.

605. Congreso de la República, *Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4..., art. cit.

poderes; en virtud de los cuales, los jueces están sujetos a la Constitución, al derecho, pero no a la autoridad ni a los poderes públicos o privados⁶⁰⁶. De esta manera, se afecta la seguridad jurídica no sólo de los jueces y del Tribunal, sino también de la propia sociedad, ya que la politización de la justicia sólo conduce a diluir las garantías de protección de las libertades y derechos ciudadanos: la independencia judicial. En este sentido, es necesario reconstruir el proceso y la argumentación del quebrantamiento de la inmunidad de los magistrados constitucionales, como base para replantear el sistema de protección de la inmunidad de los jueces constitucionales.

- i. *Intervención política*. El 15 de enero de 1997, la mayoría parlamentaria remite al Presidente del Tribunal Constitucional una carta notarial en vía de requerimiento previo, mediante una acción de cumplimiento, para que resuelva y publique la sentencia sobre la ley de la reelección presidencial; por si fuera poco, le conmina a que se abstenga de resolver utilizando el control judicial difuso de constitucionalidad, por cuanto estaría violando la Constitución⁶⁰⁷. En efecto, la mayoría parlamentaria inquirió

que la sentencia no contenga, ninguna *declaración* de inaplicabilidad que constituiría una inminente amenaza contra derechos fundamentales y políticos consagrados en la Constitución, así como un abuso de autoridad, al asumir el Tribunal facultades no previstas por su Ley Orgánica, la misma que le exige un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada⁶⁰⁸.

En esas extrañas circunstancias, que fueron rechazadas públicamente por el Presidente del Tribunal Constitucional, había trascendido ya abiertamente a la opinión pública el extravío del proyecto de dicha sentencia y de otra documentación oficial de la sede del Tribunal Constitucional, así como el registro ilegal de los archivos de la magistrada Revoredo⁶⁰⁹; motivo por el cual se produjo una denuncia por el robo de

606. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial...*, op. cit., pp. 125 ss. y 161 ss. Para una visión crítica del clásico concepto de independencia judicial, revisar Rolf Lamprecht, *Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter...*, op. cit., pp. 17 ss.

607. Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 123 ss.

608. Víctor Joy, Luz Salgado, Carlos Torres, y otros, *Carta Notarial de 40 congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría*, Notaría Felipe Salgado, Lima, 14 de enero de 1997, p. 3.

609. LA REPÚBLICA, *¡Escándalo! roban del TC documentos secretos sobre la reelección presidencial*, edición del Jueves 16 de enero de 1997, en <http://larepublica.com.pe/1997/Enero/pdf16/home.htm>.

documentos del Tribunal, la misma que es reorientada hacia el Congreso de la República, donde la minoría parlamentaria propone que se forme una Comisión Investigadora, que se crea recién en el mes de marzo de 1997, para investigar las presuntas: sustracción de documentos públicos, presión cometida contra miembros del Tribunal e irregularidades realizadas en el mismo. El Congreso nombró una Comisión formada fundamentalmente con la mayoría parlamentaria oficialista, que, además, estuvo presidida por Salgado, una de los cuarenta firmantes de la carta de los congresistas oficialistas al Tribunal Constitucional.

Esta Comisión Investigadora invitó a los magistrados del Tribunal a informar al Congreso, acerca de aquellos bochornosos acontecimientos, que ya eran materia de difusión en los medios de comunicación. Recibieron testimonio de todos los magistrados del Tribunal; sin embargo, al tomar las declaraciones de los magistrados García y Acosta, éstos se exceden en la materia de convocatoria, cambiando el giro de sus declaraciones hacia acusaciones contra cuatro magistrados, en base a falsos testimonios según se denunció⁶¹⁰. Esta acusación señaló que, ante un recurso de aclaración presentado por el Colegio de Abogados de Lima, para que se precise el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de reelección presidencial, los magistrados Aguirre, Revoredo y Rey, con la anuencia de Nugent, Presidente del Tribunal, habían respondido el pedido en nombre del Pleno del Tribunal Constitucional, usurpando funciones jurisdiccionales que no les correspondían⁶¹¹.

Los magistrados mencionados denunciaban, entonces, a sus tres colegas de haber resuelto el recurso presentado por el CAL, en representación del Tribunal Constitucional, sin la aprobación del Pleno, y que esto se había hecho bajo disposición del propio Presidente del Tribunal. En efecto, Nugent había pedido que contestaran el recurso de aclaración, sólo a quienes se habían pronunciado en la sentencia –Aguirre, Revoredo y Terry– y no a quienes se habían abstenido –Acosta, García, Díaz y el propio Nugent–⁶¹²; no obstante que la respuesta de los tres magistrados

610. EL COMERCIO, *Magistrados acusan a dos de sus colegas de haberlos calumniado*, 7 de mayo de 1997, p. A4.

611. EL PERUANO, *Piden que TC aclare caso de usurpación*, 29 de enero de 1997, p. A2.

612. EL COMERCIO, *Nugent remitió al Congreso prueba de autorización para responder aclaración, sobre sentencia de inaplicabilidad de la ley interpretativa de reelección*, 10 de mayo de 1997, p. A4.

al Colegio de Abogados de Lima fue por que no había nada que aclarar⁶¹³.

Resulta inadmisibles que asuntos jurisdiccionales de carácter interno del Tribunal Constitucional, hayan sido instrumentalizados políticamente por la mayoría parlamentaria, para desviar el poder fiscalizador de la Comisión Investigadora, creada para investigar fundamentalmente la denuncia de los robos de documentos oficiales del TC. En este mal sentido, la Comisión Investigadora encuentra responsabilidad en los tres magistrados mencionados, por haber resuelto un pedido de aclaración en nombre del Tribunal Constitucional, con lo cual los magistrados firmantes de la sentencia contra la ley de la reelección presidencial y el Presidente del TC fueron sometidos a un proceso de acusación parlamentaria vindicativa⁶¹⁴.

El proceso de acusación constitucional, en sus diferentes etapas, puso en evidencia a una mayoría parlamentaria áulica de la reelección del Presidente Fujimori, y exaltadamente opuesta al ejercicio del control judicial de sus leyes. En la Comisión Investigadora estuvieron Martha Hildebrandt, Jorge Trelles, Edith Mellado, Luis Delgado Aparicio y Enrique Chirinos Soto; en la Subcomisión Evaluadora Luz Salgado y Dennis Vargas Marín; en la Comisión Permanente con Carlos Torres y Jorge Muñiz Ziches. Todos ellos emitieron declaraciones políticas, poniendo en cuestión la inmunidad de los magistrados constitucionales y la independencia del Tribunal Constitucional, al intervenir en un asunto estrictamente jurisdiccional. Es decir, en un proceso judicial, los recursos de aclaración quienes se han pronunciado en el fallo, no quienes se abstienen de emitir opinión⁶¹⁵.

De ahí que en el proceso parlamentario de investigación y de acusación constitucional, realizado ante estas comisiones, no sólo se producen

-
613. EL COMERCIO, *Magistrados de Tribunal afirman que no hay nada que aclarar en sentencia, sobre inaplicabilidad de ley sobre reelección presidencial*, 22 de enero de 1997, p. A5.
614. Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Enrique Chirinos Soto, presidente de la subcomisión acusadora contra cuatro señores magistrados del Tribunal Constitucional, realizada en sesión plenaria del Congreso efectuada el día 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, art. cit., pp. 421 ss.; asimismo, EL COMERCIO, *Magistrados del Tribunal Constitucional denuncian represalias, por haber declarado inaplicable ley sobre reelección presidencial. Rechazan pedido de acusación en su contra*, 7 de mayo de 1997, p. A1.
615. Congreso de la República, *Alegato del doctor Juan Monroy Gálvez en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, art. cit., p. 477.

graves violaciones a la inmunidad de los magistrados por los votos y opiniones judiciales emitidas, así como una vulneración del debido proceso, en particular al derecho de defensa; sino que también politizó al Tribunal Constitucional y polarizó partidariamente a sus magistrados, como a veces también ha sucedido en otras latitudes⁶¹⁶. Por ello, lo único que quedó claro para la opinión pública, nacional e internacional, que la resolución de inaplicación de la ley de la reelección al Presidente Fujimori, fue la causa de la investigación parlamentaria, y posterior expulsión por la mayoría oficialista en el Congreso de los tres magistrados firmantes de la misma, así como de la apertura de la investigación contra el Presidente del Tribunal, quien renunció a los pocos días a dicho tribunal en solidaridad con sus colegas, pero no ha podido hacer efectiva su renuncia, hasta que el Congreso nombre a los tres nuevos magistrados constitucionales⁶¹⁷, o, que los destituidos sean reincorporados.

Si bien existen controles recíprocos entre los poderes y demás organismos constitucionales, las comisiones del Congreso debieron ceñirse con lealtad constitucional a la denuncia formulada por la sustracción de documentos del Tribunal, la presión política contra los magistrados y demás actos punibles cometidos en el mismo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 99º y 100º de la Constitución, en los casos que los magistrados cometan delitos o infracciones a la Constitución. Así como también respetar los mandatos constitucionales de los artículos 93º y 201º, en virtud de los cuales los magistrados del TC “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”⁶¹⁸. Pero, en un claro caso de desviación de poder, la mayoría parlamentaria sustituyó tanto al posible magistrado responsable de las denuncias como a la causa de la investigación, por los tres magistrados opuestos a la reelección presidencial y, en un acto de decisionismo arbitrario, los destituyeron fariseamente por un asunto administrativo-jurisdiccional interno.

-
616. Rainer Litten, *Politisierung der Justiz*, Hamburg, Hoffman und Campe Verlag, pp. 41 ss. y 90 ss., G.C. von Unruh, *Richteramt und politisches Mandat*, Athenäum Verlag, 1971, pp. 22-35; asimismo, Dietmar Albrecht e Ingo Hurlin (editores), *Politische Richter und Staatsanwälte - auf dem Wege zu einer polarisierten Justiz?*, Schriftenreihe der Akademie Sankelmark, *Neue Folge - Heft 61*, 1985, pp. 25 ss.
617. Universität Passau, *Erfahrungsbericht aus Lima über die Unrechtmässigkeit der Regierung Fujimoris*, en <http://www.claro.uni-passau.de>.
618. Congreso de la República, *Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, *op. cit.*, pp. 463 ss.

Frente a este tipo de juicios políticos de las transitorias mayorías parlamentarias, la inmunidad judicial es una garantía de protección de la conducta judicial autónoma, no sólo del juez constitucional, sino también del propio Tribunal Constitucional, por eso, en el derecho comparado, “el fuero jurisdiccional de los magistrados como protección frente a un procesamiento por actuaciones oficiales u opiniones emitidas oficialmente, así como la inmunidad como protección frente a un procesamiento penal, aparecen garantizadas con regularidad”⁶¹⁹. Sin embargo, es del caso mencionar la histórica *Act of Settlement* de 1701 británica, por la cual los jueces permanecen en sus cargos *during good behaviour*, siguiendo la tradición romana del *quandiu se tene gesserint*; de lo contrario, si el juez no ha mantenido “buena conducta”, el Parlamento le hace un juicio puramente político y no susceptible de control. La última vez que un juez británico fue cesado tuvo lugar en 1830⁶²⁰.

Como quiera que la independencia judicial, entendida como una garantía, puede dividirse en *independencia personal*, que protege al juez individualmente de las eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política; *independencia colegiada*, que tiende a proteger a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado, e; *independencia interna*, que ampara al juez individualmente frente al resto de la estructura judicial⁶²¹; se puede señalar que la inmunidad judicial de los magistrados constitucionales tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, asegura al magistrado una protección individual frente a la afectación de su ejercicio jurisdiccional por parte del poder o autoridad de turno, mientras que desde el punto de vista objetivo, la inmunidad es un atributo necesario de los magistrados, para asegurar la independencia del funcionamiento del Tribunal Constitucional, que no esta sometido a instrucciones de ningún poder público y menos privado.

En la medida que la inmunidad judicial se vio virtualmente resquebrajada, cuando el Congreso desvió su poder de investigación y sanción

619. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, *op. cit.*, p. 55.

620. Luis Diez-Picazo, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial*, en *REDC*, Año 12, Nº 34, Madrid, CEC, 1992, pp. 23-24; asimismo, Garry Sturgess y Philip Chubb, *Judging the world. Law and politics in the world's leading courts*, Sydney, Butterworths, 1988, pp. 189 ss.

621. Luis Diez-Picazo, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial...*, *op. cit.*, pp. 33 ss.; asimismo, revisar el derecho comparado de los países centrales: Herbert Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert Kritzer, Doris Provine y Joseph Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, Yale New Haven-London, University Press, 1996.

hacia los magistrados constitucionales encausados, dichos actos parlamentarios son pasibles de control judicial, en razón a que el Congreso sustituyó la materia relativa a la investigación y procesó vindicativamente a dichos magistrados, violando el derecho al debido proceso, en particular al debido proceso legal⁶²².

De otro lado, que durante el proceso de acusación constitucional, la mayoría parlamentaria haya hecho caso omiso a la inmunidad de los magistrados constitucionales, pone en evidencia su falta de compromiso democrático con la Constitución, en tanto sistema jurídico de límites y control del poder; máxime cuando los propios congresistas gozan también de la inmunidad por los votos y opiniones que emiten en el marco de su actuación parlamentaria.

Más aún, no existe en la reciente historia parlamentaria peruana, un congresista del gobierno o de la oposición que haya sido acusado constitucionalmente, procesado y sancionado por haber emitido una opinión o voto determinado; aún cuando sí hay una penosa tradición de expulsión o “remoción” de magistrados constitucionales, así como vocales, jueces y fiscales por razones políticas, a partir del golpe de estado de Fujimori en 1992 y hasta la actualidad. Lo cual ha mellado la siempre cuestionada independencia judicial⁶²³. Por ello, en aras de asegurar la independencia judicial, a través de la inmunidad de los magistrados constitucionales, es necesario plantear algunos lineamientos de reforma del proceso de acusación constitucional de los jueces del Tribunal Constitucional.

- ii. *Defensa del fuero constitucional.* La violación de la inmunidad judicial de los magistrados constitucionales, en el fondo por el fallo antirreeleccionista en contra de Fujimori, fue tan grave como suficiente para que, en adelante, el gobierno no tuviese ningún reparo en seguir consumando arbitrariedades bajo el amparo de su mayoría numérica en el Congreso. Esto se puso en evidencia con la falta de igualdad procesal entre las declaraciones de los magistrados denunciante –proreeleccionistas– y los acusados –antirreeleccionistas–, así como también que a

622. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 272 ss.; asimismo, Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* N° 4, op. cit., p. 447.

623. U.S. House of Representatives, U.S. Senate and Department of State, *Country report on human rights practices for 1997*, Join committee print, Washington, 1998, p. 1; asimismo, revisar los informes del periodo 1992-1996.

estos últimos se les restringió el derecho de defensa⁶²⁴. Todos estos elementos constituyeron un juicio político contra la decisión de un acto judicial, desviando el proceso parlamentario y violando el debido proceso, lo cual es materia justiciable.

La defensa del fuero constitucional debe ser razonada de un modo ponderado; en la medida que tanta independencia judicial es necesaria como responsabilidad de los magistrados, en salvaguarda de su propia legitimidad institucional, base del respeto de los demás poderes públicos y privados. Los magistrados constitucionales, si bien gozan de la inmunidad de sus fallos y opiniones, es decir que son irresponsables por éstos, también deben actuar jurídica y prudente o razonablemente "*juris prudentia*"⁶²⁵ para asegurar su *status* de independencia, para lo cual se ha afirmado que "una resolución judicial es correcta, cuando otros jueces hubieran sentenciado de la misma manera"⁶²⁶.

Ese sentido de legitimación judicial corporativa, no siempre es pacífica al resolver *causas difíciles* en el marco positivista de las normas constitucionales y legales, por ello se requiere interpretar moralmente la Constitución, como norma de principios sociales y no sólo como reglas jurídicas⁶²⁷. Esto es factible, por cuanto los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad, antes que del Estado, en la medida que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo" y que la Constitución aprobada por referéndum popular no se agota en su texto, sino que es una norma abierta orientada a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular. En este sentido se puede señalar que "el Derecho es política! El Derecho es una parte de la praxis política y de la teoría política"⁶²⁸.

Pero, si en razón de una inconducta judicial o, por exceso o desviación de la potestad judicial se llega a cometer una infracción constitucional, "todos los ordenamientos aquí considerados así lo contemplan, que la

624. Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* N° 4, art. cit. pp. 448 ss.

625. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...* op. cit. pp. 122 ss.

626. Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1969, p.100.

627. Ronald Dworkin, *Freedom's Law, the moral reading of the american constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 2.

628. Friedrich Graf von Westphalen, *Wird die Justiz unterwandert? Der Ruf nach dem politischen Richter*; Zürich, Interfrom AG, 1975, p. 9 y pp. 12 ss. y 27 ss.

responsabilidad debe basarse en una suficiente tipificación de las infracciones y sanciones, así como en la existencia de un procedimiento contradictorio⁶²⁹. Lo cual no ha sucedido en el proceso de acusación constitucional contra los magistrados constitucionales peruanos, en la medida que la infracción constitucional no estaba prevista tipificadamente en la Constitución, es decir que se les expulsó sin saber qué actos eran anticonstitucionales, cuáles eran los tipos de infracción constitucional, cuáles eran las sanciones en cada caso, y, cuál era el procedimiento para la defensa de los acusados constitucionalmente.

En este sentido, debe señalarse que un juicio político del Congreso no significa un proceso sin reglas, sino que cualquier *proceso* debe respetar dos principios y derechos fundamentales del Estado democrático: *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, así como el derecho al debido proceso y a la tutela judicial. Hechos que constituyen mérito suficiente para que se plantease una acción de amparo contra el acto parlamentario que destituyó a los magistrados constitucionales, violando los principios y derechos constitucionales mencionados⁶³⁰. Por cuanto, no puede haber un proceso más violador de los principios básicos de la justicia democrática, que procesar y sancionar a los magistrados por infracción a la Constitución, sin que ninguna norma haya establecido qué es, cómo se produce, en qué supuestos se aplica, quiénes pueden cometerla y cómo se debe procesar una infracción constitucional⁶³¹.

Asimismo, debe considerarse que no hay nada más contrario a la independencia judicial que sea un poder como el Congreso, el encargado de investigar, procesar, acusar e inhabilitar, suspender o destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional. En primer lugar, porque es precisamente el defensor de la Constitución quien tiene por tarea central precisamente controlar los excesos de las mayorías parlamentarias, cuando aprueban leyes inconstitucionales; y, en segundo lugar, porque los magistrados constitucionales no son funcionarios públicos sometidos

629. Luis Diez-Picazo, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial...*, op. cit., pp. 32.

630. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 272 ss.; Angela Figueruelo, *Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo*, en *REP*, N° 81, pp. 60 ss.; asimismo, para conocer la experiencia histórica inglesa contraria a este tema, ver Ignacio Torres Muro, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra*, en *REDC* Año 15, N° 43, Madrid, CEC, 1995, pp. 51 ss.

631. Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* N° 4, op. cit., pp. 455 ss.

dos a un estatuto público, sino se rigen por su ley orgánica especial⁶³². En tal entendido, los magistrados no deben estar sujetos de control político por parte del Congreso, como consecuencia de la inmunidad de sus opiniones y fallos judiciales. Motivo por el cual debería reformarse la Constitución eliminando que los miembros del Tribunal Constitucional sean pasibles de acusación constitucional.

En todo caso, de producirse inconductas funcionales de los magistrados constitucionales, está prevista en la LOTC la vacancia del cargo. Así, el Presidente o la mayoría de los magistrados son los que deben tomar las medidas disciplinarias previstas de cese o suspensión, según los siete supuestos tipificados en el artículo 15º de la LOTC: 1. Muerte. 2. Renuncia. 3. Incapacidad moral o incapacidad física permanente que lo inhabilite para el ejercicio de la función. 4. Incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo. 5. Violar la reserva propia de la función. 6. Haber sido condenado por la comisión de delito doloso. 7. Incompatibilidad sobreviniente. Supuestos en los cuales el Presidente resuelve la vacancia en los supuestos 1, 2 y 6 ; mientras que el Pleno con cuatro votos conformes por lo menos, en los demás casos.

No obstante lo planteado, es oportuno señalar algunos lineamientos de reglamentación legislativa de la infracción constitucional, en el caso que se mantenga dicha norma constitucional contra los magistrados constitucionales, pero delimitándola en función de la garantía de la inmunidad judicial por los votos y opiniones emitidas en los fallos:

- a. La infracción constitucional es pasible de cometerla los magistrados titulares y suplentes del Tribunal Constitucional, sólo en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; no como consecuencia de actos ilícitos o delitos.
- b. La infracción constitucional es factible de producirse en la resolución de las acciones de garantía del habeas corpus, acción de amparo, acción de cumplimiento y habeas data; no así, en la acción de inconstitucionalidad o conflicto de competencia.
- c. La infracción constitucional se produce, cuando por error judicial de hecho no de derecho o, por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, se dañan los derechos fundamentales de los interesados o terceras personas, nunca de los propios magistrados

632. Christiane Niethammer-Vonberg, *Parteilpolitische Betätigung der Richter. Deutschen Recht und Rechtsvergleichender Überblick*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 14 ss. y 59 ss.

constitucionales. La infracción constitucional se debe interpretar restrictivamente.

- d. El error judicial tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una sentencia firme –no un auto o un decreto– que infrinja los derechos fundamentales de una o más personas.
- e. El anormal funcionamiento del Tribunal Constitucional se produce cuando uno o más magistrados, sin que exista una conducta ilícita necesariamente, produce que el Tribunal Constitucional: funcione mal por culpa “*in committendo*”, no funcione por culpa “*in ommittendo*” o, funcione defectuosamente por falta de diligencia funcional indebida⁶³³.
- f. Los magistrados acusados por infracción constitucional tienen especial derecho a la igualdad procesal, al debido proceso legal, y en todo caso a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar la arbitrariedad del legislador.
- g. Sólo se debe abrir investigación o acusación constitucional por infracción constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional en el Congreso, con la opinión favorable de los dos tercios de los magistrados del Consejo Nacional de la Magistratura⁶³⁴.
- h. El Pleno del Congreso sólo podrá aplicar las sanciones que prevé la Constitución por infracción constitucional contra los magistrados constitucionales, por una mayoría de dos tercios de los miembros del Congreso Unicameral.

El reforzamiento orgánico y funcional del Tribunal Constitucional, planteado desde el renovado sistema de nominación de los magistrados, a partir de principios éticos y criterios técnicos que despoliticen su selección; la necesidad de contar con magistrados suplentes y de la creación de dos Salas

633. Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, CEC, 1983, pp. 150 ss.

634. Giuseppe de Vergottini y Fabio Roversi-Monaco, *Codice Costituzionale e Amministrativo. Leggi fondamentali dello stato italiano*, tercera edición, Repubblica di San Marino, Maggioli editore, 1989, pp. 449-450, donde por Ley Constitucional del 9 de febrero de 1948, artículo 3º, se asegura a los magistrados constitucionales italianos, que la inmunidad de que gozan los magistrados constitucionales sólo puede ser levantada por la Corte Constitucional. En Alemania, el Pleno del propio TFC asume la responsabilidad disciplinaria sobre sus magistrados, la misma que puede llegar hasta la destitución, ver Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgesetz...*, op. cit., § 105, 2, p. 10.

al interior del Tribunal Constitucional, para la mejor administración del despacho judicial. Así como un moderno sistema de votación conherente con la jerarquía de las normas, y un sistema judicial de autocontrol disciplinario de los magistrados, o, en último caso, una tipificación adecuada y tecnificación de los procesos de acusación constitucional por infracción constitucional, resulta necesario para ayudar a replantear la posición del Tribunal Constitucional también en el sistema constitucional. Sin embargo, la consistencia de la propuesta para el reforzamiento del Tribunal Constitucional hay que analizarla desde una perspectiva exterior del régimen político y de las relaciones de los poderes públicos con la jurisdicción constitucional.

TERCERA PARTE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DIVISION DE PODERES

La actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, requiere no sólo del fortalecimiento democrático de los mecanismos de selección de los magistrados constitucionales, la organización funcional de su labor judicial y del otorgamiento de garantías sobre su actividad jurisdiccional, así como de una teoría constitucional de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional, sino que también es necesario que construya su legitimidad jurisdiccional a partir de sus propias resoluciones —*judicial accountability*—¹. En tal sentido, la legitimidad judicial del Tribunal Constitucional sólo es posible de obtener en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos, pero es evidente que el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial, no constituyen organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional, sino que, por el contrario, a menudo presentan conflictos de diferente embergadura, que ponen de manifiesto la difícil tarea que tiene el Tribunal Constitucional para ocupar un lugar en el sistema de división de poderes tripartito².

Es del caso recordar que, si bien la división del poder como garantía de la libertad es constitutivo del Estado democrático moderno³, no se puede afirmar que el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. En la medida que han sido razones históricas y políticas las que originaron este sistema de división tripartita del poder, es que se puede afirmar que en la actualidad hay poderosas razones que han creado la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los

-
1. Stephan Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Chicago, Nelson-Hall Publisher, 1988, pp. 6 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, *op. cit.*, pp. 823-825.
 2. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes...*, *op. cit.*, pp. 29 ss. y 57 ss.; Manuel García Pelayo, *El «status» del tribunal constitucional*, en *REDC*, N° 1, 1981, *art. cit.*, p. 20; Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en *REDC* N° 17, 1986, *op. cit.*, pp. 9-46; asimismo, Fernando Díez Moreno, *El equilibrio de poderes en las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Monografías 4, 1986, pp. 27 ss.
 3. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, p. 126.

hombres de las propias autoridades de los tres clásicos poderes del Estado, creando nuevos órganos de naturaleza constitucional⁴. De ahí que el control de las normas legales y judiciales, que afectan los derechos fundamentales, sean materia de impugnación y anulación ante el Tribunal Constitucional, quien al ejercer la función de control constitucional, ha llevado a replantear la clásica idea tripartita de la división de poderes.

Pero, no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos, la que crea conflictos institucionales, sino que son los peligros fundados contra la libertad por parte de las autoridades, las que dan lugar a dicho conflicto, llegando a veces a tener profundas repercusiones políticas. Por ello, la declaración de inconstitucional de las normas, no busca sustituir la forma de gobierno, pero sí procura, mediante el control jurisdiccional, asegurar el balance y la cooperación entre los poderes.

Ello es posible a partir de entender que, en primer lugar, el Parlamento no es más el poder absoluto y no justiciable, y en segundo lugar, que la justicia constitucional, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no pone en cuestión el balance de poderes, sino que lo afirma. Lo cual no es óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces⁵, sin embargo, aún cuando siempre existe el peligro de hacer política con la justicia, lo que supone terminar politizando la justicia⁶, no existen conflictos extrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, en las sociedades democráticas avanzadas; por el contrario, la actuación judicial unas veces moderada y otras *normativista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos, que hacen en todo caso discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad⁷. Logrando así afirmar su legitimidad constitucional, gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública⁸.

-
4. Mauro Capelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional...*, op. cit., pp. 604-614; asimismo, Domingo García Belaunde, *Perfil del Parlamento Peruano*, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo II, op. cit., pp. 950-952.
 5. Edouard Lambert, *Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard & C., 1921, pp. 8-29.
 6. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung...*, op. cit., pp. 154 ss.
 7. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 417.
 8. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 77 ss.; asimismo, Stephan Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System...*, op. cit., pp. 342 ss.

En ese sentido, se puede decir que la experiencia del funcionamiento de la justicia constitucional en el Perú, demuestra que el Tribunal Constitucional no ha logrado ocupar una posición definida en el régimen político, no obstante que el sistema constitucional haya establecido sus fines y competencias. Lo cual refleja que no basta que la jurisdicción constitucional esté incorporada mejoradamente en la Constitución de 1993, o que los magistrados constitucionales se inmolen en el cumplimiento de los fines del control constitucional, como en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial de Fujimori. Sino que además es necesario que el Tribunal Constitucional reconstruya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, dentro del clásico modelo de división de poderes, sino del modelo de control y balance de poderes —*check and balances*—⁹, lo cual requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea que no es pacífica, debido a que pone en tensión las relaciones entre el derecho y la política¹⁰.

En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional ha logrado jugar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes democráticos, sin perjuicio de algunos problemas institucionales en el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político. Pero este proceso no es asimilable a otras realidades, si se parte de concebir que la democracia no es un concepto uniforme, sino que en las sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas se encuentran básicamente dos formas distintas de entenderla. Así tenemos que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político: una posición dogmática basada en un absolutismo de la mayoría numérica, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la libertad son consustanciales al sistema. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean sólo instrumentos de sus fines y objetivos; mientras que para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se trate de una obra abierta y en movimiento, orientada al limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional.

Pero en etapas de crisis sociales y cambios políticos, es necesario “tomar conciencia de las concepciones falsas de la democracia, en la actualidad

9. Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The american constitution...*, op. cit., pp. 140 ss.

10. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 125 ss.; asimismo, Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes...*, op. cit., pp. 11-25.

ampliamente utilizadas como pantalla engañosa para enmascarar transformaciones constitucionales, que son democráticas solamente en el sentido de la falsa amistad con la democracia¹¹.

De allí que en sociedades desintegradas y poco institucionalizadas, la autocracia muchas veces se convierte en abanderada demagógica de la democracia; sustituyendo los fundamentos de la democracia representativa por las prácticas transitoriamente eficaces del orden económico y la paz social conquistadas o incluso la democracia plebiscitaria. Por eso “establecer una marcada línea divisoria entre lo democrático y lo autoritario puede hacer perder de vista que las fronteras de estos regímenes muchas veces se superponen¹². En efecto, en América Latina, cuando a menudo las dictaduras civiles o las dictaduras militares se han levantado en contra de la democracia representativa, lo han hecho bajo la consigna “abajo las instituciones, ¡viva el pueblo! Este podría ser el lema de los demagogos de nuestro tiempo: un lema que es un arma poderosa porque asume el lenguaje de la democracia radical y se dirige, para arrollarlo, contra todo aquello –Parlamento, instancias y procedimientos de debate, control y garantía– que hace perder tiempo, y parece dispersar y volver vana la fuerza pura que proviene del pueblo¹³”

En ese sentido, la posición del Tribunal Constitucional en el régimen político, no puede ser analizada desde una perspectiva dogmática o neutral con la democracia, sino desde la defensa y desarrollo de las relaciones integradora del gobierno y la oposición; para lo cual la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, en tanto permite entender el rol de la jurisdicción constitucional, en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites del presidencialismo. Así como de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial¹⁴.

11. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 114.

12. César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., p. 126; asimismo, Juan Ferrando Badía, *Democracia frente a Autocracia. Los tres grandes sistemas políticos. El democrático, el socialmarxista y el autoritario*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 240 ss.

13. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 117.

14. Luca Mezzetti, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Dogana, Maggioli editore, 1992, pp. 243 ss.

POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL REGIMEN POLITICO

La posición que ocupa el Tribunal Constitucional en el sistema político sólo es posible de interpretarla, a partir de concebir dicho *status* en el marco de la forma de gobierno en que se desenvuelve, pero no de cualquier estructura política, sino del régimen democrático. Para lo cual, es importante partir de concebir que la distribución o concentración de poderes es lo que diferencia a la democracia de la autocracia, en tanto los regímenes autocráticos se caracterizan por la concentración de poderes. En ese sentido, se ha señalado que “la diferencia básica entre los diferentes sistemas políticos radica en sí en el poder, es decir si el poder está distribuido para un común ejercicio del mismo, o; si dicho ejercicio del poder está concentrado en un sólo poseedor que lo monopoliza”¹⁵.

A partir de esta vieja tesis, muchas veces se ha postulado la antítesis teórica entre democracia versus autocracia, válida para las sociedades pluralistas e integradas¹⁶, sin embargo, en las sociedades heterogéneas y desintegradas ambas esferas políticas muchas veces pueden encontrarse en la práctica superpuestas, por ello se ha señalado que “en los países en vías de desarrollo se registra una tendencia general a la adopción de regímenes democráticos, o de transición hacia la democracia, a partir de regímenes autocráticos u oligárquicos, cuyo proceso está lleno de vacilaciones, retrocesos o tomas de posición democrática más aparente que real en busca simplemente del paraguas legitimador, junto a otras mucho más auténticas”¹⁷. Proceso que se hace evidente en los modelos de democracia tutelada, míni-

-
15. Karl Loewenstein, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, p. 32; asimismo, Juan Ferrando Badía, *Tipología de los sistemas políticos*, en *Revista de Política Comparada* Nos. 10-11, Homenaje a Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1983, pp. 161-189.
 16. Raymond Aron, *Democratie et totalitarisme*, Paris, Gallimard, 1965, pp. 111 ss. y 225 ss.; asimismo, Juan Ferrando Badía, *Democracia frente autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 121 ss.
 17. José Rubio Carracedo, *Democracia mínima. El paradigma democrático*, en *REP*, Nº 89, Julio-Setiembre, Madrid, CEC, 1995, p. 166.

mas o delegadas que se viene implementando en muchos países emergentes de América Latina, como el Perú¹⁸.

Por ello, en principio, se puede señalar que la operatividad de las instituciones constitucionales se encuentran insertas en medio del funcionamiento del sistema político democrático, pero no de manera formal sino real y concreta. En consecuencia, la función del control constitucional de las leyes a cargo del Tribunal Constitucional, no está exenta de las presiones políticas de la mayoría parlamentaria, más aún, cuando las sentencias judiciales son contrarias a las opciones políticas del gobierno. A lo cual hay que añadir, que dicha mayoría parlamentaria se encuentran en total sintonía con la voluntad del Presidente de la República, que usualmente es el líder de su partido o agrupación política¹⁹. Con lo cual se puede señalar que la justicia constitucional se encuentra bajo el fuego directo del asambleísmo y del presidencialismo. Motivo por el que es necesario delinear las relaciones del Tribunal Constitucional con los poderes públicos, en el marco de estas desviaciones del sistema político democrático y de su forma de gobierno presidencial.

1. DEMOCRACIA VERSUS AUTOCRACIA

La implementación de la democracia en América Latina no se ha dado de forma pura, sino contaminada con la autocracia²⁰. En efecto, la democracia ha surgido, antes que electoralmente y en periodos de estabilidad política, en épocas de convulsión social y a través de guerras civiles o revoluciones, bajo el argumento de la legitimidad social. Por eso, se puede decir que la idea predominante de la democracia, es la del gobierno de la mayoría, ya sea porque un caudillo vence en las elecciones o se hace del poder de facto en nombre del pueblo, sin considerar que la democracia es sobre todo un proceso histórico, que tiene como finalidad la limitación del poder, en aras de proteger la libertad humana²¹. Sin embargo, la tradición democrática peruana se ubica en las antípodas de esta concepción liberal de la democracia y se encuentra más bien en la línea de la "democracia totalitaria que implica el

18. Guillermo O'Donnell, *Delegative democracy?*, Notre Dame-São Paulo, Kelen Kellog Institute/CEBRA, 1990; José Rubio Carracedo, *Democracia mínima*, en *REP*, N° 89, Julio-Setiembre, 1995, Madrid, CEC, pp. 165 ss.; asimismo, Carlos Santiago Nino, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven & London, Yale University Press, 1996, pp. 1-14.

19. Arturo Valenzuela, *El presidencialismo en crisis*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 15-28.

20. Larry Diamond, *Is the third wave over?*, en *JD* 7.3, 1996, pp. 20-37.

21. Karl Popper, *Open society and its enemies...*, *op. cit.*, p. 169; asimismo, Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno...*, *op. cit.*, pp. 15-37.

dominio despótico de la mayoría o, lo que es más probable, en nombre de la mayoría²².

En efecto, nada hay más de lo que se abuse en la vida republicana del Perú que apelar, so pretexto de una emergencia nacional, a la «*salus populi suprema lex est*», para ejercer la democracia verticalmente a través del Presidente de la República; concentrando el poder y la información²³. Lo cual se pone en evidencia regularmente, ya que cada vez que la mayoría parlamentaria ha sido del mismo partido o afín del Presidente de la República, no cumple con su función legislativa y de control al gobierno, mientras que cuando la mayoría parlamentaria ha sido de signo contrario al Presidente, ha desarrollado un control y fiscalización que a juicio del Ejecutivo ha sido desgastante cuando no destructiva del gobierno²⁴. En ese sentido, las distintas fuerzas políticas apelando a la legitimidad democrática de las masas o utilizando métodos democrático electorales, han implementado dictaduras civiles, cuando no han sido dictaduras militares, pero siempre utilizando el paraguas de la democracia para ejercer autocráticamente el poder, la mayoría de las veces en favor de las élites económicas y sociales.

Es del caso precisar que la propia democracia tiene un concepto ambivalente, que es necesario delimitarla en función del liberalismo, en la medida que son instituciones antinómicas que usualmente se asumen de manera única, siendo que históricamente

a) el liberalismo supone la división de poderes como recurso técnico para limitar los propios poderes. La democracia, en cambio, no admite limitación alguna para los poderes del pueblo [...] b) para el liberalismo es esencial la salvaguardia de los derechos de las minorías, pues todo individuo tiene una esfera intangible frente al poder del Estado; para la democracia, la voluntad de la mayoría no puede tener límite, c) el liberalismo significa así libertad frente al Estado; la democracia, posibilidad de participación en el Estado...²⁵.

-
22. Ramón Cotarelo, *En torno a la teoría de la democracia*, Madrid, CEC, 1990, p. 31; asimismo, Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, *op. cit.*, pp. 23 ss.
23. Giovanni Sartori, *Demokratie Theorie*, Primus Verlag, Darmstadt, 1997, pp. 137 ss.; Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia...*, *op. cit.*, pp. 94 ss.; asimismo, Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional y derecho de emergencia...*, *op. cit.*, pp. 1037-1039.
24. Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992*, en *La República*, Lima, 5 de junio de 1992, p. 4. Sin embargo, es del caso recordar que sólo el Ministro de Agricultura -Ross Link- fue interpelado y censurado, cuando la oposición parlamentaria era mayoría en el Congreso durante 1990-1991.
25. Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1959, p. 198.

Como quiera que la soberanía del pueblo no es absoluta, sino relativa, es decir, está limitada por la propia Constitución, que es obra del pueblo como poder constituyente, cabe entender perfectamente que las decisiones de la mayoría parlamentaria no puedan exceder las competencias asignadas en la Constitución, en un sentido formal y material. Por eso se ha dicho que “en todo Estado en el que de hecho no se observe la distinción entre constitución y gobierno no existe verdadera constitución, ya que la voluntad del gobierno carece de control, de modo que en realidad estamos ante un estado despótico”²⁶. Es así que no resulta sorprendente que Valle-Riestra saliente Presidente del Consejo de Ministros del gobierno de Fujimori, que contaba con el incondicional apoyo de la mayoría del Congreso, haya expresado que “la mayoría parlamentaria es mediocre, sumisa y totalitaria”²⁷.

En ese sentido, se puede señalar que los límites constitucionales al gobierno democrático de la mayoría deben basarse en el respeto de los derechos fundamentales, y en la defensa de la división del poder, con justicia social, por cuanto son principios y garantías que ordenan la vida pacífica y justa de la comunidad. De esta manera, la antinomia democracia versus liberalismo se resuelve en la forma del Estado democrático, constitucional y social, en tanto régimen basado tanto en el principio político de la voluntad popular, como en el principio jurídico de la soberanía de la Constitución y en el principio económico de la justicia social.

De modo que ni la autocracia ni la democracia se presentan de manera pura, sino de manera desigual y combinada, dada la heterogeneidad, complejidad e inestabilidad del país, no cabe presentar antinómicamente ambas formas políticas, salvo a modo de testimonio ético. Lo cual supone reforzar las instituciones naturales de la democracia liberal, partiendo de la realidad democrática peruana. Por eso, sería muy ingenuo pretender analizar el rol del Tribunal Constitucional en una excluyente y alternativa división política entre democracia y autocracia. De allí que diversos analistas hayan calificado al régimen político peruano de *democradura*, es decir mitad democracia y mitad dictadura²⁸. Por ello, se puede decir que el Tribunal Constitucional está inserto en un sistema político de *democradura*; lo cual supone que su posición constitucional con los poderes públicos, en la práctica está delimitada por esa relación híbrida de base.

26. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno...*, op. cit., p. 25; asimismo, James Madison, *The Federalist N° 51*, en *The Federalist...*, op. cit., pp. 289–294.

27. EL COMERCIO, edición del 10 de agosto de 1998, revisar <http://www.elcomercioperu.cpom.pe/3/1998/8/10/vall.txt.html>.

28. Domingo García Belaunde, *Representación y partidos políticos: el caso del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP–MDC, Fondo Editorial, 1995, p. 70.

Es del caso precisar que las características de la *democradura* peruana, que configuran el escenario del desarrollo institucional del Tribunal Constitucional son por un lado, el presidencialismo y el neoliberalismo económico, y por otro, la ideología de la tecnocracia y el rol político de los medios de comunicación²⁹. Así pues, uno de los argumentos fundamentales para la fácil y casi espontánea adopción de la *democradura*, con el tácito aval de la opinión pública, ha sido el corrosivo mensaje del Presidente Fujimori acerca de la ineficacia de la democracia representativa, para resolver los dramáticos problemas, por ejemplo de la década de los ochenta en el Perú: la crisis económica —caracterizada por la hiperinflación— y la crisis política —caracterizada por el terrorismo—³⁰, que desbordaron a las instituciones de la democracia³¹.

Pero los causantes de esa álgida situación política y económica no fueron las instituciones constitucionales y democráticas —Parlamento, partidos políticos, Poder Judicial o el Tribunal de Garantías Constitucionales—, sino que en esas instituciones se reflejó claramente la crisis del orden liberal de la democracia representativa³², que anidó previamente en el orden social y económico³³. Con lo cual no se obvía la irresponsable conducción con que actuaron muchas de esas instituciones y sus autoridades, al acelerar la descomposición de las clásicas instituciones políticas del derecho constitucional, sino que se las ubica en su real dimensión, al no haber podido realizar un proceso de desarrollo que combine crecimiento con equidad social³⁴, en el cual no se puede dejar de lado al rol del militarismo y al alto gasto en recursos militares improductivos³⁵.

29. Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Leinen, 1998, pp. 190 ss.

30. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina*, México, PNUD-FCE, pp. 189 ss.

31. Enrique Bernales, *Relaciones El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979*, en AA.VV., *La Constitución diez años después*, Lima, ICS, Fundación F. Naumann, 1989, pp. 140 ss.; asimismo, se puede revisar las críticas democráticas al Estado de bienestar en *Problemas actuales del Estado social y democrático de Derecho*, Actas del IV Congreso Nacional de Ciencia Política, Universidad de Alicante, 1985.

32. Dieter Grimm, *Krisensymptome parlamentarischer Repräsentation*, en P. Huber, W. Möhle, M. Stock (editores), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie. Symposium zum 60. Geburtstag von Peter Badura*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1995, pp. 3-16.

33. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos...*, op. cit., p. 20.

34. Bernhard Thibaut, *El problema del desarrollo social y la democracia en América Latina a principios de los años 90*, en Dieter Nohlen (editor), *Democracia y neocrítica en América Latina. En defensa de la transición*, Frankfurt, Vervuert-Iberoamericana, 1995, pp. 157 ss.

35. Edgardo Boeninger, *Latin America's multiple challenges*, y, Larry Diamond, *Introduction: in search of consolidation*, en Larry Diamond, Marc Plattner, Yun-han Chu, Hung-mao

Sin embargo, cabe señalar que el más caracterizado gestor de la crisis de la democracia representativa ha sido el *presidencialismo*, en tanto ha actuado como una perniciosa forma de gobierno sin eficacia social³⁶. Así, por ejemplo, Fujimori, luego de erigirse sobre la base del apoyo social debido al desgaste de las clásicas instituciones democráticas, se fue distanciando de ellas, para finalmente hacerse del poder total, clausurándolas en 1992 con el apoyo militar, sin que recaiga ninguna responsabilidad en la persona o el cargo del Presidente, en virtud a una falta de moral democrática³⁷.

No obstante el progresivo retorno a la democracia representativa entre 1993 y 1995, desde entonces no existen posibilidades de control y balance entre los poderes, debido a que el sistema político democrático está profundamente contaminado en la cúpula del poder, a partir de un ejercicio autoritario, elitista y tecnocrático del gobierno, que se funda en ciertos sectores de la sociedad, en las élites sociales y económicas, así como en la población de extrema pobreza. En ese sentido, “estas tendencias, se evidencian en el resurgimiento de las prácticas autoritarias bajo presidentes civiles elegidos como en Perú y Venezuela. Y en una erosión general del Estado de Derecho bajo la presión del tráfico de drogas, reflejan el incremento de la separación entre la democracia liberal y la democracia electoral en la región”³⁸.

Ello sólo es posible en el Perú gracias a que el impacto de la crisis de la democracia representativa, agitada desde la Presidencia y las Fuerzas Armadas, ha sido lo suficientemente eficaz para que los conservadores, siempre dispuestos a un liderazgo autoritario, y los liberales, ingenuos, y la élite tecnocrática siempre al servicio del poder de turno, así como las masas apelando a las demandas de la democracia radical y anti-formalista, coincidan en que la empresa para unos y la autoridad del Estado para los otros, constituyan los ejes principales en torno a los cuales pretenden organizar la vida social, económica, política y jurídica, incluso por encima y a veces en contra de las instituciones democráticas representativas.

En efecto, el fracaso de la democracia representativa ante los desafíos de la década de los ochenta ha sido continental, caracterizada por la falta de cultura política, el estancamiento económico, la estructura social polarizada, el debilitamiento de la clase media, la violencia, el narcotráfico, el marco

Tien (editores), en *Consolidating the third wave democracies. Regional challenges*, London, Johns Hopkins University Press, 1997, pp. xxviii ss. y 26 ss., respectivamente.

36. Enrique Bernales, *Relaciones El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979...*, op. cit., pp. 152 ss.

37. Arthur Millsbaugh, *Democracy, efficiency, stability*, Washington, The Brooking Institution, 1942, pp. 390-391.

38. Larry Diamond, *Is the third wave over?*, en *JD* 7.3, 1996, p. 30.

internacional cambiante y el sistema institucional disfuncional, a lo que habría que agregar el rol de las fuerzas armadas y de los medios de comunicación³⁹. Mas, la lábil convicción sobre la democracia del Presidente Fujimori y de las Fuerzas Armadas, ha terminado por desvalorizar la Constitución y la democracia como principios y como medios, del desarrollo en libertad y con justicia social. En otras palabras, apelando a un discurso político cínico, en virtud del cual en ciertas ocasiones el Estado está obligado a quebrantar las leyes por el propio bien de la sociedad, el gobierno ha tratado de instaurar un mensaje de pragmatismo, tecnocracia y eficiencia, que se acompaña en la práctica por el abuso de poder, así como por la corrupción moral y patrimonial que apareja el programa económico neoliberal. En este sentido, la *democradura*, es perfectamente compatible con aquella idea de la democracia como mayoría, en la medida que “para recibir el favor popular e ir tras él no es necesario, ni mucho menos, ser demócratas. Es propio de los autócratas de todos los tiempos la obsesión del *contacto directo* con el pueblo, de la pegajosa adherencia al espíritu popular”⁴⁰.

Esta concepción de la *democradura* se caracteriza por representar los intereses económicos de la élite y las ilusiones de la masa, convertida en objeto maleable del poder⁴¹; lo que a menudo ha ocurrido en la historia cuando en épocas de crisis social y moral, los sectores del pueblo más desamparados terminan de aliados de las élites económicas y sociales, bajo la figura o el liderazgo de un caudillo populista y autoritario. Ese es el caso del neopopulismo latinoamericano, que encuentra sus raíces en el fervor de la muchedumbre hacia el Presidente, quien actúa mesiánicamente implementando una dictadura civil, cuando no militar, al servicio de los viejos y nuevos intereses económicos y sociales. En el fondo, la concepción tecnocrática de la democracia de Fujimori, sólo concibe la transformación social como un tema de ajuste económico para superar la crisis de gobernabilidad, o para otorgar un ilusorio bienestar transitorio a la población, mas no como la alteración de los patrones de dominación del poder que anidan en la sociedad y en el Estado⁴².

39. Rolando Franco, *Estado, consolidación democrática y gobernabilidad en América Latina*, en Manuel Alcántara e Ismael Crespo (editores), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina...*, op. cit., pp. 47-65.

40. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 81; asimismo, Hans Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Paris, Recueil Sirey, 1932, p. 104.

41. Julio Cotler, *Los empresarios y las reformas económicas en el Perú*, Lima, IEP, 1998, p. 42; Adám Anderle, *La democradura en Perú*, en Adám Anderle y José Girón (editores), *Estudios sobre transiciones democráticas en América Latina*, Universidad de Oviedo, 1997, pp. 163 ss.; asimismo, Wright Mills, *The power elite*, New York, Oxford University Press, 1957, p. 309.

42. Sinesio López, *Ciudadanos reales e imaginarios. Concepciones, desarrollo y mapas de la ciudadanía en el Perú*, Lima, IDS, 1998, pp. 286 ss.; asimismo, César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina...*, op. cit., p. 170.

Este esquema se nutre de una segunda característica, aquella que instrumentaliza la Constitución y la democracia en función del mercado, bajo la ideología de la eficiencia técnica. En efecto, el presupuesto de la crítica neoliberal o neoconservadora a la democracia constitucional, se basa en el rechazo a las tesis de la democracia gobernante y su Estado socialdemócrata, en tanto que al incorporar demandas socioeconómicas propias de la democracia, causan economías deficitarias y democracias ingobernables⁴³. En efecto, los críticos de la democracia social señalan que los programas igualitarios destruyen el Estado de derecho y con ello la democracia misma⁴⁴ pero, sostienen que la Constitución mínima y formal que propugnan no parte de un consenso social, sino de intereses corporativos.

Sobre la base de este argumento, se ha dejado de lado al hombre político, sustituyéndolo por el *homo economicus* como la base del nuevo orden social, pero en una versión primitiva del individualismo utilitario, donde lo social y lo político, quedan subordinados al orden espontáneo que deben crear las fuerzas económicas a través del mercado. Que no son otras más que las del gobierno y los grupos económicos de su entorno, debido a que el mercado en el Perú no cuenta con los presupuestos previos para su existencia: integración nacional, bienestar básico y ciudadanía. No obstante, todos aquellos valores, principios y conceptos humanistas de la representación, el interés público y la participación política, propios del liberalismo y la democracia⁴⁵, son reducidos a su mínima expresión en aras del manejo eficiente y técnico de la economía, sin mayores consideraciones político-sociales prioritarias sobre la solución de la extrema pobreza, el centralismo, la violencia social, el tráfico de drogas, la destrucción ecológica, la deserción escolar y la insalubridad ciudadana.

En ese sentido, las instituciones representativas supérstites en este sistema de poder, como el Parlamento, Poder Judicial, Tribunal Constitucio-

43. Michel Crozier, Samuel Huntington y Jojo Watanuki, *The crisis of democracy: report to the Trilateral Commission on the governability of liberal democracies*, New York, University Press, 1975, Friedrich von Hayek, *Camino de servidumbre...*, op. cit., pp. 94 ss.; Ayn Rand, *Capitalism: the unknown ideal*, New York, Signet, 1967; asimismo, Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, vol. I. *El debate contemporáneo*, pp. 152 ss.

44. Ludwig von Mises, *La acción humana*, Madrid, Unión Editorial, 1986, pp. 79 ss.; Milton y Rose Friedman, *Libertad de elegir: hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo, 1980, pp. 201 ss., asimismo, James Buchanan y Gordon Tullock, *El cálculo del consenso...*, op. cit., pp. 35 ss.

45. Germán Bidart Campos, *Constitución y democracia en el nuevo mundo*, en Fix Zamudio/Hinestrosa/Bidart/Arciniegas/Uribe/Aman/Bobben/García/Tamayo/Gross, *Constitución y democracia en el nuevo mundo*, Universidad Externado de Colombia, 1988, pp. 27 ss.; asimismo, Anthony Birch, *The concepts and theories of modern democracy*, London, 1993, pp. 45 ss.

nal, los gobiernos locales y gobiernos regionales, entre otros, han quedado subordinados al Presidente, y si no es el caso, sus competencias han sido vaciadas de contenido, cuando no intervenidas indirecta o directamente por el gobierno⁴⁶. Utilizando muchas veces de manera arbitraria e irracional los artículos constitucionales límites o abiertos, como seguridad nacional, estados de excepción, decretos de urgencia, para beneficio del gobierno y sus aliados, o castigando con el artículo constitucional de la infracción constitucional, por ejemplo, a los magistrados constitucionales que se opusieron a la reelección presidencial.

Más aún, la toma de decisiones públicas mediante las instituciones deliberativas como el Congreso, donde hay debate de ideas, publicidad, control constitucional, responsabilidad y sanción⁴⁷, son sustituidas por el *decisionismo* y el secretismo en la toma de decisiones públicas de los grupos económicos, las élites tecnocráticas y de los súper-asesores presidenciales, que actúan paralelamente o dentro del aparato público, como poderes invisibles que llegan a configurar un Estado invisible⁴⁸. Estas élites tecnocráticas usualmente son pagadas por las agencias de gobierno o internacionales como la Agencia Internacional de Desarrollo de los Estados Unidos, el Banco Mundial o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, que financian o han financiado bajo el rubro de apoyo institucional al *think tank* privado del gobierno peruano, como Apoyo S.A. y el Instituto Libertad y Democracia; que no están supeditados a normas, ni se les puede exigir responsabilidad política o administrativa alguna, ya que es una red informal de poder⁴⁹.

En ese sentido, las élites tecnocráticas sólo responden, en todo caso, ante el Presidente y este ante la opinión pública. De allí que conocer permanentemente la opinión pública y su orientación, mediante las encuestas y los sondeos de opinión, se ha convertido en un nuevo y recurrente instrumento

-
46. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú...*, op. cit., pp. 21 ss.
47. Helmuth Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 454 ss.; asimismo, Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (editores), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 993 ss.
48. Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia...*, op. cit., pp. 85 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos...*, op. cit., p. 25.
49. Nicolás Lynch, *El gobierno secreto*, en *La República*, ver <http://www.larepublica.com.pe/suplemento/domingo/1998/1608/domingo1.htm>. Con características más institucionales este problema del gobierno a través de administraciones paralelas o *Quangos* –*Quasi-autonomous non-governmental organisations*–, ha sido estudiado en Inglaterra, en el Informe Nolan, debido a que constituyen un foco de corrupción gubernamental, ver Royal Commission, *Standards in Public Life. First Report of the Committee on Standards in Public Life*, vol. I, Report, London, 1995, pp. 83 ss.

de gobierno. Sin embargo, la opinión pública no es espontánea ni autónoma de los medios de comunicación; si no que, por el contrario, es directamente dependiente de los intereses y percepciones políticas, sociales y económicas que los medios de comunicación y detrás de ellos los grupos de poder desean transmitir, como también de la desinformación, manipulación e intoxicación de la información que produce la creciente prensa amarilla; de allí que la opinión pública no sea lo mismo que la voluntad popular⁵⁰.

De acuerdo a lo sostenido, es fácil entender por qué el presidencialismo necesita reforzar permanentemente su imagen en las encuestas y sondeos de opinión, a través de la propaganda y la publicidad televisiva. Pero, no de los medios de comunicación estatales, sino de los medios de comunicación y de las televisoras de los grupos económicos privados, con mayor llegada a los distintos estratos sociales del país. Hay que recordar, como dijo Popper, que “la televisión se ha convertido en un poder descontrolado, incluyendo desde el punto de vista político. Y esto contradice el principio de que en una democracia todo poder debe estar controlado”⁵¹.

En ese sentido, las grandes televisoras privadas —el Canal 4 y el Canal 5—, juegan un rol estelar tanto de alienación ciudadana, como en la formalización de la política, que empieza a identificarse como la *videopolítica*⁵², pero en particular como puntales del gobierno, en tanto alimentan al Presidente de publicidad y a cambio reciben prebendas económicas, como el canje de deudas tributarias vencidas por publicidad gubernamental, entre otros mecanismos, sobre todo en etapas pre-electorales. Por eso, se ha dicho que el gobierno de Fujimori se ha cuidado muy bien de no aparecer usando de modo abierto la censura previa, de allí que, ante la imposibilidad política y legal de censurar a la prensa, el régimen haya usado otros mecanismos, que buscan si no ganar al menos neutralizar a los medios periodísticos independientes del gobierno⁵³.

50. Hernando Burgos, *El gobierno y la prensa: libertad condicionada*, en http://www.desco.org.pe/qh/qh109_hb.htm; asimismo, Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 307-320.

51. Karl Popper, *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el Estado democrático* (entrevistado por Giancarlo Bosetti)..., *op. cit.*, p. 91.

52. Giovanni Sartori, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 63 ss.; del mismo autor, *Teoría de la democracia. El debate contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 166; Romeo Grompone, *Fujimori, neopopulismo y comunicación política*, Lima, IEP, 1998, pp. 16 ss.

53. Hernando Burgos, *El gobierno y la prensa: libertad condicionada*, en http://www.desco.org.pe/qh/qh109_hb.htm; asimismo, Carlos Reyna y Eduardo Toche, *La ilusión del poder...*, *op. cit.*, pp. 44-49.

A partir de 1995 y sobre todo 1997, cuando algunos medios de comunicación han llegado a distanciarse radicalmente del régimen, como en el caso del Canal 2 y Canal 9 de televisión, o Radio Miraflores, la respuesta del gobierno ha sido la persecución tributaria o el retiro de aquellos gestores y periodistas del canal; proceso que llegó a su máxima expresión cuando a Baruch Ivcher, propietario nacionalizado peruano del Canal 2, se le retiró la nacionalidad peruana y, en consecuencia la posesión de su canal de televisión de acuerdo a ley; terminando asilado luego de haber pasado de ser un virulento defensor del gobierno y, en particular de la cúpula militar, a un declarado opositor periodístico. Es indudable que los gobernantes han aprendido rápidamente que la “televisación de los poderes es una formalización de los mismos, que incide de modo radical en las relaciones entre los gobernantes y los gobernados”⁵⁴, así pues, Fujimori declara que “pienso que la intermediación (entre el gobernante y gobernados) va a seguir siendo personalizada por el Presidente. El poder está en Perú simbolizado por el Presidente”⁵⁵.

De allí su interés por controlar directa o indirectamente a la televisión, presionando para ello a los medios, debido a que no hay regulación específica o autoridad supervisora que asuma el desafío de controlar el abuso presidencial sobre los medios de comunicación social. Olvidándose que la politización de la televisión termina corrompiendo a la sociedad, por cuanto, “la televisión tiene un enorme poder sobre la mente humana, un poder que no existió nunca antes. Si no restringimos su influencia, seguirá alejándonos de la civilización, haciendo que los maestros queden sin poder para hacer nada al respecto. Y al final del túnel, no hay nada más que violencia”⁵⁶.

Al parecer la rápida pero accidentada transición a un modelo neoliberal de mercado, impulsado desde el gobierno desde los años noventa, ha conducido no a un fortalecimiento de la democracia política, sino al uso oportunista de la democracia a fin de establecer islotes de libre mercado en medio de una economía informal y de las economías sociales de subsistencia. De ahí que los contenidos mínimos de las democracias clásicas (defensa de los derechos fundamentales, así como división y balance de poderes, que se expresan en el bien común, pluralismo, respeto a las minorías, consenso básico, control,

54. Manuel Jiménez de Parga, *La ilusión política. Hay que reinventar la democracia en España?*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 130.

55. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina...*, op. cit., p. 193.

56. Karl Popper, *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el estado democrático* (entrevistado por Giancarlo Bosetti)..., op. cit., p. 97.

responsabilidad, elecciones transparentes, alternancia en el poder, independencia judicial, libertad de expresión, entre otras); se encuentren contaminados o por momentos sean inexistentes. Motivo por el cual en el Perú se cuenta con una *democradura*, o democracia delegada o de baja intensidad, o tutelada; que en buena medida, por un lado, es expresión del presidencialismo que ejerce Fujimori y, por otro, es una demanda del sistema económico del libre mercado, en sociedades heterogéneas, desintegradas y complejas.

2 RÉGIMEN PRESIDENCIALISTA

Definir las características y las estructuras de gobierno resulta importante para delimitar el rol del Tribunal Constitucional en sus relaciones interinstitucionales con los poderes públicos. La forma o sistema de gobierno expresa institucionalmente la forma de elección de las autoridades, y las relaciones existentes entre gobernantes y gobernados⁵⁷, así como entre el gobierno y la oposición; sin embargo, para los efectos de nuestro trabajo, nos atañe en particular abordar la forma de gobierno presidencial desde una perspectiva no sólo teórica, sino también práctica, que es la única manera de ir construyendo el escenario donde la jurisdicción tenga posibilidad de encontrar su rol en la defensa y el control del sistema constitucional⁵⁸.

Al igual que la clasificación clásica de los sistemas políticos entre democracias y autocracias, no daba cuenta de la realidad política latinoamericana y en particular del Perú. Así también la división de las formas de gobiernos clásicas en parlamentaria, semi-parlamentaria, presidencial y semipresidencial y sus variantes⁵⁹, reflejan un esquema teórico insuficiente y hasta equívoco para sistemas políticos desintegrados, heterogéneos y complejos como el de la *democradura* peruana, que es expresión de una concepción y ejercicio no racional y proporcional del poder, que es característica muy propia de la realidad política peruana que delimita un modelo de gobierno

57. Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno, en la historia del pensamiento político*, México, FCE, 1987, pp. XXX; asimismo, Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo...*, op. cit., pp. 71 ss.

58. Mauro Volpi, *Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici ed esperienze reali*, en *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Repubblica di San Marino, Maggioli editore, 1997, pp. 37 ss.

59. Giuseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, pp. 315-327; Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 210-227; Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 179 ss.; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 223 ss.

atípico, incluso para los análisis realistas de los politólogos⁶⁰. No obstante, cabe recordar la ponderada opinión de García Belaunde, al señalar que “el nuestro es un modelo presidencial *disminuido, atenuado o frenado*, toda vez que las grandes decisiones las tiene en última instancia, el Presidente de la República, atemperado por controles políticos y, en cierto sentido, por las opinión pública y los partidos políticos⁶¹”.

Sin embargo, la tradición caudillista latinoamericana ha dado lugar, con leves excepciones, a una rápida degeneración de la forma de gobierno presidencial hacia un sistema *presidencialista*, la mayoría de las veces prácticamente desprovisto de control público. De ahí que el personaje que llega a la Presidencia de la República, tanto por elecciones como desde ya por un golpe de Estado, se convierte en la persona más poderosa del país que ejerce el gobierno sólo subsidiariamente con los poderes públicos y organismos constitucionales, la mayoría de las veces a despecho de la opinión de la oposición y los derechos de las minorías derrotadas⁶². En ese sentido, “el presidente no se encuentra con las manos atadas por el exceso de autoridad del Congreso o por el carácter judicial de las instituciones, sino que posee una esfera de acción siempre amplia y en expansión, de manera que es considerado como el principal responsable en la dirección de la política nacional⁶³”.

No obstante, los caudillos siempre consideran que el ejercicio democrático del control del poder es antisistémico, por cuanto conciben el ejercicio del poder sin oposición ideológica ni discrepante. Así para Fujimori, antes del

-
60. Arendt Lijphart (editor), *Parliamentary versus presidential government*, Oxford University Press, 1992, Parte II, donde reúne un conjunto de análisis sobre el presidencialismo latinoamericano; asimismo, del mismo autor, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries...*, op. cit., pp. 37 ss.; Giovanni Sartori, *Comparative constitutional engineering, An inquiry into structures, incentives and outcomes*, Basingtoke, MacMillan, 1994, pp. 84 ss.
61. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 84; Pedro Planas, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fundación F. Ebert, 1997, pp. 37 ss.; asimismo, Antonio Colomer, *La tentación parlamentaria del presidencialismo iberoamericano: el caso del Perú*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4, op. cit., pp. 63-76.
62. Juan Linz, *The perils of presidentialism*, en Arendt Lijphart (editor), *Parliamentary versus presidential government...*, op. cit., pp. 118 ss.; Antonio Colomer Viadel, *Constitución. Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Nomos, 1995, pp. 97 ss.; asimismo, Luiz Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I, op. cit., 248 ss.
63. Luiz Pinto Ferreira, *El predominio del poder ejecutivo en América Latina*, en Manuel Barquín y otros, *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México, UNAM, 1977, p. 25; asimismo, revisar los demás artículos que se presentan en este libro que reúne las ponencias del I Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, dedicado al Poder Ejecutivo en América Latina.

5 de abril de 1992, “el Ejecutivo estaba atado de manos, porque los proyectos de leyes que se presentaban tenían observaciones, o simplemente se rechazaban para hacer oposición”⁶⁴. Es innegable que el presidencialismo no es un fenómeno único del Perú, sino que encuentra referentes históricos en otros regímenes políticos, incluso, se podría decir que el presidencialismo es una versión degenerada del presidencialismo tanto de los regímenes dictatoriales del pasado como de las democracias civiles limitadas de América Latina⁶⁵. Aún así, es necesario destacar la diferencia entre el presidencialismo y el régimen presidencial, en la medida que lo más significativo de las democracias presidenciales, es que han sabido procesar e institucionalizar el conflicto político que ese sistema genera, mediante el desarrollo de fórmulas políticas menos rígidas y más abiertas a la opinión pública, dadas las demandas de un Poder Ejecutivo moderno y responsable, como en el caso de los Estados Unidos.

Por eso, la forma de gobierno peruana en la Constitución de 1993, caracterizada por el reforzamiento del presidencialismo⁶⁶, sólo se puede aprehender en el análisis práctico del proceso político peruano antes que en el modelo teórico, lo que no exime de recordar que, “el presidencialismo constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente”⁶⁷, y que la consecuencia del presidencialismo “ha sido las frecuentes situaciones de dictadura de hecho y una dolorosa inestabilidad institucional”⁶⁸.

-
64. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina...*, op. cit., p. 190.
65. Giambattista Rizzo, *La Repubblica presidenziale*, Milano, Giuffrè editore, 1973, pp. 179 ss., 269 ss. y 295 ss.; André Mathiot, *Institutions politiques compares: Le pouvoir executif dans les democraties d'occident*, Paris, 1968, pp. 142 ss. y 324 ss.; asimismo, J. Djordjevik, J. Growe, J. Hodgetts, A. Iojrich, P. Laroque, R. Macridis, J. Meynaud, *O papel do executivo no estado moderno*, en RBEP, Rio de Janeiro, 1959, pp. 145 ss.
66. Carlos Blancas Bustamante, *El Poder Ejecutivo Presidencialista*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, Lima, 1996, op. cit., pp. 85-102; Enrique Bernales, *Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993*, José Elice, *El desarrollo de las instituciones parlamentarias en el nuevo Reglamento del Congreso de la República*, y; Valentín Paniagua, *Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?*, los tres en LTC N° 11, Lima, 1995, pp. 101 ss., 109 ss. y 125 ss., respectivamente.
67. Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional...*, op. cit., p. 152; para conocer algunos casos latinoamericanos, ver Viviana Krsticevic, *Presidencialismo en América Latina*, en Carlos Nino y otros, *El presidencialismo puesto a prueba*, Madrid, CEC, 1992, pp.127-152.
68. Luis Sánchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Editorial Universidad de Madrid, 1980, p. 249; Kurt Eichenberger, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, en VVRDStRL 40, 1982, pp. 25 ss. Para Javier Pérez Royo, *La distribución de la capacidad*

De allí que a lo largo de la historia política y constitucional peruana, se haya tratado de balancear normativamente el férreo presidencialismo, añadiendo instituciones parlamentaristas, pero que sólo han servido para hacer más ilusoria y atípica la forma de gobierno peruana⁶⁹. Así, junto a la fuerte institución del Presidente, están las figuras de los ministros de Estado y el refrendo ministerial; el Consejo de Ministros, los Vice-Presidentes, la interpelación y censura ministerial y de gabinete; la disolución del Congreso; la figura del Presidente del Consejo de Ministros; la aprobación parlamentaria presupuestal; la nominación de algunos altos cargos públicos por el Congreso; el informe anual del Presidente y el informe periódico de los ministros al Congreso; la posibilidad ministerial de concurrir al Congreso y tomar parte en el debate, pero sin votar; asimismo, la facultad para que los congresistas puedan ser ministros sin cesar en el mandato legislativo, y la suerte de voto de investidura que el Congreso deba otorgar a cada nuevo gabinete, entre otras instituciones.

El caudillismo presidencial ha ido adaptándose a cada reforma constitucional parlamentarista, y sometiendo luego a estas nuevas instituciones parlamentarias a su interés —sin mucha resistencia ciertamente de la oposición—, hasta devorarlas y transformarlas en instituciones “parlamentarias” al servicio del presidencialismo. Ello sólo ha sido posible gracias al caudillismo, al militarismo, a que la gran masa electoral no ha asumido su papel como ciudadanos⁷⁰, y sobre todo, a la idea mayoritariamente compartida de entender la democracia como la regla de la mayoría y, en consecuencia, el Presidente de la República al ser elegido directamente por el voto popular en doble vuelta o *ballotage*, obtiene una legitimidad social que en la práctica le otorga inmunidad absoluta en el ejercicio del poder. Tesis que, como se adelantó en el acápite anterior, está más cercana a la idea de la dictadura plebiscitaria que a la de la democracia liberal⁷¹.

normativa entre el Parlamento y el Gobierno, en Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, p. 94, “se ha producido, pues, una inversión del planteamiento tradicional que efectuara Montesquieu”.

69. Domingo García Belaunde, *Representación y partidos políticos: el caso del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, art. cit., pp. 68-71; César Valega, *la responsabilidad política del gobierno en la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, art. cit., pp. 193-201; asimismo, Roberta Biagi, *La forma di governo peruviana e i poteri di emergenza*, en *Nomos* 2, Italia, 1993, pp. 7-47.
70. Antonio Lago Carballo, *Las formas del Estado*, en Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional...*, op. cit., pp. 603-610; asimismo, Salvador Valencia Carmona, *El poder ejecutivo latinoamericano*, México, UNAM, 1979, pp. 49 ss., 70 ss. y 83 ss.
71. Humberto Nogueira, *Análisis crítico del presidencialismo*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 1988, pp. 142-145.

En ese sentido, la forma de gobierno presidencial de los textos constitucionales, dice muy poco de cómo son las relaciones del gobierno con la oposición política y las minorías en la realidad. En tanto que cualquiera que sea el resultado electoral que le da la victoria, el gobierno asume que ha recibido un “cheque en blanco” para gobernar –*winner take all*–⁷². Sin embargo, hay que reconocer que, en el fondo, este modelo presidencialista responde a una cultura política no democrática o de bajo nivel de desarrollo de la conciencia ciudadana para asumir los asuntos de interés público como propios⁷³.

Por otro lado, la incorporación de instituciones parlamentaristas en particular en la Constitución de 1993, no han servido para asegurar la “responsabilidad” –*accountability*– del gobierno frente a la sociedad y la oposición nunca exenta de conflictos⁷⁴, lo cual no es incompatible en un régimen presidencial⁷⁵; pero, en el caso peruano, sólo han servido de cortina de humo para consagrar o reforzar constitucionalmente el megapoder del Presidente de la República.

Así, en conjunto, el presidencialismo peruano se caracteriza por la instauración de las siguientes instituciones constitucionales: reelección presidencial; elección directa presidencial y en doble vuelta electoral; el Presidente es Jefe del Estado y de gobierno a la vez, sin embargo, no es responsable por sus actos, sino sus ministros, salvo por traición a la patria e impedir las elecciones; nombra y remueve a sus ministros sin concurso del Congreso; puede disolver el Congreso; convoca a Congreso extraordinario; goza no sólo de iniciativa legislativa, sino también ejerce facultades legislativas, por un lado, autónomas dictando decretos de urgencia, y por otro, dando decretos legislativos, en base a la delegación de facultades del Congreso, también aprueba tratados internacionales simplificados, sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, y dicta decretos que declaran el estado de emergen-

72. Juan Linz, *Presidential of parliamentary democracy: Does it make a difference?*, en Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2, *op. cit.*, pp. 14 ss.

73. Mattheu Shugart y Scott Mainwaring, *Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate*, en S. Mainwaring y M. Shugart (editores), *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge University Press, 1997, p. 53.

74. Michel Dendias, *Le renforcement des pouvoirs du Chef de l'État dans la démocratie parlementaire*, Paris, Boccard editeur, 1932, pp. 96.

75. Michael Laver y Kenneth Shepsle, *Making and breaking governments. Cabinets and legislatures in Parliamentary democracies*, New York, Cambridge University Press, 1996, pp. 3 ss.; asimismo, Luis Sánchez Agesta, *Poder ejecutivo y división de poderes*, en *REDC*, Vol. 1, N° 3, setiembre-diciembre, Madrid, 1981, pp. 28 ss.

cia y el estado de sitio, sin control parlamentario; veta, observa o promulga las leyes; elabora el proyecto de presupuesto que sólo puede ser aprobado o rechazado por el Congreso, mas no modificado; nombra a los máximos mandos militares y es jefe supremo de las fuerzas armadas, entre otras atribuciones⁷⁶.

En ese sentido, con las competencias constitucionales del Presidente y las prácticas caudillistas del presidencialismo, las facultades legislativas y fiscalizadoras del Congreso quedan anuladas, más aún, cuando existe una mayoría áulica del Presidente. Así, el Congreso con mayoría parlamentaria oficialista no ha interpelado ni censurado a ningún ministro⁷⁷, a pesar de que se han visto involucrados en casos de corrupción, asimismo, el Ejecutivo sigue legislando casi tanto como el Congreso, mediante decretos de urgencia y decretos legislativos. De ahí que se pueda afirmar que los intentos por parlamentarizar al presidencialismo han fracasado, y en todo caso, en la práctica sólo han encubierto el avance del caudillismo. Lo cual ha hecho que la Presidencia de la República despierte sumo interés y la persona que ocupe ese cargo sea cooptada por los grupos de poder fácticos y corporativos, para poder actuar más fácilmente detrás de la institución de la Presidencia de la República, sin perjuicio de operar como *lobbies* en el Congreso.

Si bien el presidencialismo no es un fenómeno personal de Fujimori, sino institucional de la forma de gobierno peruana y latinoamericana⁷⁸, lo cierto es que el fracaso de la democracia representativa y del desarrollo con justicia social, encuentra en el presidencialismo a su principal responsable público; ya que ha sido esta institución y no el Congreso ni los partidos políticos quienes han dirigido los asuntos públicos de la nación, sin lograr otorgar al pueblo la seguridad pública, el bienestar económico y la justicia social. Proceso en el que dada la escasa legitimidad de los partidos políticos y la alta legitimidad del Presidente por ser electo por el pueblo⁷⁹, el presidencialismo sí ha sido eficaz en trasladar esa responsabilidad histórica

76. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993...*, op. cit., pp. 69-91; asimismo, Humberto Nogueira, *Análisis crítico del presidencialismo...*, op. cit., pp. 125 ss.

77. Ver nota 24.

78. Carlos Restrepo Piedrahita, *Imagen del presidencialismo latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 18.; asimismo, Jorge Asbun, *Formas de gobierno en América Latina. Análisis jurídico-comparativo de las formas de gobierno en América Latina a través del Poder Ejecutivo*, Santa Cruz, 1991, p. 338.

79. Cynthia McClintock, *Presidents, messiahs and constitutional breakdowns in Peru*, en Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2, op. cit., pp. 314 ss.

al Congreso, a los partidos y demás instituciones democráticas y de control constitucional, como también en su momento al Tribunal de Garantías Constitucionales, según lo expresó Fujimori en su autogolpe de Estado de 1992⁸⁰.

En consecuencia, el modelo de gobierno presidencial atenuado de la Constitución de 1993, en la práctica se ha degenerado hacia una forma presidencialista, que pasa fácilmente a una semidictadura, en la medida que “el ejército desempeña un gran papel, sin ejercer directamente el poder, pero interviniendo cuando el ejercicio del poder no le agrada”⁸¹. Considerando la tradición caudillista y el estado de conciencia político de la ciudadanía, este proceso presidencialista que se concreta en la búsqueda de la reelección presidencial de Fujimori, constituye un obstáculo para la normalización del control y balance entre los poderes. Sin embargo, una jurisdicción constitucional autónoma debe operar estratégicamente en este escenario, ponderando los factores positivos de la forma constitucional presidencial atenuada, pero con conciencia de su funcionamiento degenerativo hacia el *presidencialismo*. Lo cual no es óbice para discutir acerca de la mejor forma de organización del gobierno, sobre la base de la reflexión crítica del modelo: híbrido presidencial, atenuado con instituciones parlamentarias.

Al respecto, dada la heterogeneidad, complejidad y desintegración del país, así como la importancia de afirmar la democracia y la estabilidad, parece que sería más adecuado un gobierno parlamentario que asegure el *check and balance* entre los poderes. Pero, sólo “a menos que un país sea naturalmente homogéneo y consensual, necesita fuertes características consensuales en su Constitución democrática, y por lo tanto le conviene más un gobierno parlamentario que uno presidencial”⁸². En tal entendido, en el Perú no existiría la base de integración y consenso social básica —expresada en un sistema de partidos— que permita sustentar un régimen parlamentario. Pero si la opción menos mala es el presidencialismo, hay que recordar también que “el presidencialismo multipartidista es más proclive a producir un paralizante bloqueo ejecutivo/legislativo que un sistema parlamentario o un presidencialismo bipartidista, y los sistemas presidenciales son menos aptos para tratar un bloqueo ejecutivo/legislativo”⁸³.

80. Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992...*, op. cit., p. 5.

81. Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional...*, op. cit., p. 153.

82. Arend Lijphart, *Democratización y modelos democráticos alternativos*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional...*, op. cit., p. 18.

83. Scott Mainwaring, *Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación*, en *REP*, N° 88, Abril-Junio, 1995, Madrid, CEC, p. 130.

En consecuencia, no habría forma de gobierno óptima para organizar y ordenar las estructuras del poder, dado el estado de los partidos políticos y las prácticas del gobierno/oposición, si no es aceptando las ventajas y desventajas del modelo más *ad hoc* a la realidad y a las aspiraciones democráticas y participativas de la sociedad peruana⁸⁴. Es pues, el gobierno presidencial atenuado, sobre una base multipartidaria a fortalecer, el que se halla más próximo a las posibilidades y expectativas democráticas de un gobierno limitado y con responsabilidad. Por eso es que hay que revalorar como ventajas del gobierno presidencial: que los ciudadanos elijan directamente a la máxima autoridad gubernamental, originándose una identificación con el gobernante que asume, entonces, una “responsabilidad” –*accountability*– con el electorado, más aún si puede ser reelecto⁸⁵.

Aún cuando el presidencialismo sea expresión institucional de una democracia mínima, ésta debe permitir asegurar un elemento de responsabilidad de los gobernantes ante el electorado, ya sea directamente en las siguientes elecciones, o indirectamente mediante los mecanismos del control político, administrativo y jurisdiccional de las acciones de gobierno, como también de las instituciones participativas de la democracia directa. Por ello,

el control del ejecutivo por el legislativo y el judicial, aparte del control que ejerce la opinión pública, ofrece una garantía indispensable para frenar la tendencia estructural que se observa históricamente en el ejecutivo a aumentar más y más su ámbito de acción sirviéndose de todas las circunstancias (estado de guerra, crisis nacional, etc.) y de diversos pretextos (razón de estado, seguridad pública, etc.) para invadir las competencias del legislativo y del judicial⁸⁶.

Ahora bien, a juicio del gobierno, la vigencia del relativo orden económico y paz social, a comparación de la década de los ochenta, está en función del mantenimiento del *presidencialismo*, tanto con la pretendida nueva reelección presidencial de Fujimori en el año 2000, como que la oposición y los organismos constitucionales de control no alteren los objetivos económicos establecidos. Sin embargo, es del caso recordar que, el modelo económico neoliberal no es exclusivo de las democracias sino que más aún es consustancial de las autocracias asiáticas; así como que tampoco la reelección

84. Al respecto, Matthew Shugart y John Carey, *Presidents and assemblies. Constitutional design and electoral dynamics*, New York, Cambridge University Press, 1992, pp. 28-75.

85. Matthew Shugart y Scott Mainwaring, *Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate...*, *op. cit.*, pp. 33-40.

86. José Rubio Carracedo, *Democracia mínima...*, *op. cit.*, pp. 181-182.

presidencial asegura la estabilidad política y la paz social, en tanto que los éxitos del gobierno quedan identificados en una persona y no en un programa enraizado en las instituciones de la sociedad. De allí que se planteen, en algunos medios de la oposición, el retorno consensuado a la Constitución de 1979, que consagró un Estado democrático y social de Derecho⁸⁷.

Sin perjuicio de ello, dado el estado del régimen presidencialista, le corresponde al Tribunal Constitucional asumir su labor jurisprudencial en función de los valores democráticos y constitucionales actuales, proceso en el que seguramente sus resoluciones en materia económica constituirán *political questions*, que les llevará a conflictos políticos con el gobierno, si es que los magistrados resuelven controlar las decisiones económicas gubernamentales fundamentales. Así como también se reabrirá el conflicto político con el Tribunal Constitucional, en tanto se retoman temas límites de carácter político, como fue en 1995 la sentencia de control difuso en contra de las leyes de amnistia a los militares que habían violado los derechos humanos o, en 1997, la sentencia en contra de la ley de la reelección presidencial. Fallo último que les costó a tres magistrados su expulsión del Tribunal Constitucional, por parte de la mayoría parlamentaria; acto parlamentario que fue recurrido pero desestimado, tanto por la Corte Suprema, como luego por resolución del supérstite Tribunal Constitucional⁸⁸.

Un renovado Tribunal Constitucional requiere contar por ello, no sólo con un concepto de democracia y de forma de gobierno constitucionales delineados, sino también con una teoría de sus relaciones constitucionales con los poderes públicos, que sirvan de parámetros implícitos o explícitos para asegurar jurisprudencialmente un mínimo de justicia social, y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a los conflictos que se deriven con los demás poderes del Estado. Principios que si bien se delimitarán y desarrollarán casuísticamente a través de su jurisprudencia, no es menos importante plantear algunas características básicas del modelo y funcionamiento del Tribunal Constitucional con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial en su rol de fortalecimiento de la democracia.

87. LA REPÚBLICA, *Un consenso sobre la Constitución del 79 debe preceder a una Asamblea Constituyente*, entrevista de Juan de la Puente a Pedro Planas, en <http://www2.larepublica.com.pe/1998/agosto/pdf17/politica.htm>.

88. Sala Constitucional de la Corte Suprema, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 321-97*, Lima, 30 de diciembre de 1997; asimismo, Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y, Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER EJECUTIVO

En el marco del modelo presidencial, atenuado de gobierno con algunas instituciones parlamentarias, es claro que se mantiene normativamente la división y control de poderes. Sin embargo, el ejercicio *presidencialista* del poder no sólo impide que se cumpla con esta matización parlamentaria, sino que también ha puesto en cuestión la propia división y balance de poderes⁸⁹. Dejando una sensación de impunidad frente a la corrupción gubernamental, que se ha convertido consustancial a esta forma degenerada del clásico gobierno presidencial, sobre todo en sus relaciones con los poderes fácticos, públicos y privados⁹⁰, lo cual compromete no sólo al gobernante transitorio, sino que llega a afectar al propio sistema democrático y a las instituciones constitucionales encargadas del control. Ello es sin duda,

fruto de una vida política inestable de un choque continuo de intereses y de pasiones, pero, en nuestro concepto revela, también, algo más profundo: que el país no ha logrado encontrarse a sí mismo, y que ha puesto más esperanzas en caudillos transitorios y en las leyes dadas por éstos que en el esfuerzo colectivo y perseverante de sus hombres a través de la historia. Por eso, cada vez que cayeron los caudillos desaparecieron con ellos sus constituciones⁹¹.

En efecto, la posibilidad del abuso legislativo ha crecido enormemente desde que el Presidente de la República puede dictar normas con fuerza de ley —decretos de urgencia— y decretos legislativos por delegación de facultades del Congreso, en ámbitos de decisión política marcadamente discrecional.

89. Segundo Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, tomo VIII, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1963, pp. 140-147.

90. Susan Rose-Ackerman, *Democracia y "alta" corrupción*, en *RICs* N° 149, Setiembre 1996, en <http://www.Unesco.org/issj/rics149/ackerman149.htm>; asimismo, Raymond Aron, *Democratie et totalitarisme...*, *op. cit.*, pp. 169 ss.

91. Luis Echeopar García, *Prólogo*, en Manuel Vicente Villarán, *Exposición de motivos del anteproyecto de constitución de 1931...*, *op. cit.*, p. 8.

les⁹². Debido a que el Presidente cuenta con el apoyo áulico de la mayoría en el Congreso Unicameral, ha terminado siendo un poder incontrolado y tan opresor como el de una dictadura parlamentaria⁹³. Lo cierto es que el Presidente ha doblegado tanto a las instituciones parlamentaristas, mencionadas en el acápite anterior, como a los organismos judiciales encargados del control. Así, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones se encuentran intervenidos o sometidos a los intereses del Presidente Fujimori, que se expresa en las resoluciones emitidas a favor de su reelección presidencial, a pesar de la prohibición constitucional y la resolución del TC de inaplicación de dicha ley al Presidente Fujimori⁹⁴.

En ese contexto, se puede decir que los presupuestos del control constitucional al Poder Ejecutivo, pasan por definir los alcances de la función legiferante del Poder Ejecutivo, las características de estas normas legales—decretos legislativos, decretos de urgencia y los decretos leyes—, y analizar las principales resoluciones de la jurisdicción constitucional, recaídas sobre estas normas legales del Poder Ejecutivo, a fin de inferir inductivamente las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Ejecutivo.

Desde finales del siglo XIX, el desarrollo del Estado democrático, ha puesto en evidencia la necesidad de que el poder público participe en el fomento y promoción del bienestar económico y social de todos los ciudadanos, lo cual ha sido motivo para que el Poder Ejecutivo, antes que el Parlamento, sea quien se encargue de llevar a cabo el desarrollo social y económico. Dada su competencia gubernamental, mayor dinamismo y recursos técnicos, arropándose de instituciones y prerrogativas legislativas, que han llevado inclusive a replantear la teoría de la división de poderes y de la forma de gobierno, así como el rol del control judicial; debido a que el problema ya no es tanto la delegación legislativa al Ejecutivo en sí, sino encontrar los medios para impedir el abuso⁹⁵.

92. Enrique Alonso García, *El ámbito de decisión política y técnica del gobierno exento de control jurisdiccional*, en Bar Condon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno...*, op. cit., pp. 51 ss.

93. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 41 ss.

94. Tribunal Constitucional, *Exp. N° 002-96-I/TC, sentencia del tribunal constitucional*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, pp. 146048–146050; LA REPÚBLICA, *Corte suprema falla a favor de reelección de Fujimori al 2000, declara fundada acción de amparo contra sentencia del TC*, en [www//larepublica.com.pe/1998/ENERO/pdf17/home.html](http://larepublica.com.pe/1998/ENERO/pdf17/home.html); asimismo, El Comercio, *Referéndum tendrá que pasar por el filtro del Congreso*, en <http://www.elcommercioperu.com.pe/main-pub/1998/8/20/lewins3.txt.html>.

95. Émile Giraud, *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*, Paris, Sirey, 1938, pp. 17 ss.; Segundo Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho*

Ello ha llevado a que a finales del siglo XX, la sobrecarga del Poder Ejecutivo se exprese contemporáneamente, por un lado, en la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, en la *economización* del interés general, y el rol gestor del Presidente en la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos. Proceso para el cual el principio de legalidad y de la ley constituyen las categorías básicas del ordenamiento jurídico, en función de la cual se organiza el Estado, la sociedad y la economía⁹⁶. Sin embargo, ello ya no es posible dada la inestabilidad social originada en la crisis económica contemporánea; de allí que, “el nuevo papel del estado no puede basarse en normas generales formales y universales elaboradas por el Parlamento. La función de mantenimiento y reproducción de las condiciones generales de la producción exige reglamentaciones particulares adaptadas a la coyuntura y a intereses muy concretos”⁹⁷, generándose la figura de las leyes singulares o leyes medida, que el Poder Ejecutivo ha desarrollado profusamente, mediante los decretos legislativos y los decretos de urgencia, básicamente.

En ese sentido, el Presidente Fujimori se ha servido de las facultades legiferantes de que goza el Poder Ejecutivo, para dictar decretos legislativos y decretos de urgencia, así como también de la dación de decretos leyes durante su gobierno de facto, orientados a la liberalización económica y al desmantelamiento del Estado Social. Sin embargo, este proceso se ha realizado sin mayores parámetros constitucionales, rechazando el control y sin asumir responsabilidad pública dado el férreo *presidencialismo* establecido. En cualquier caso, es importante caracterizar la facultad legislativa del Presidente, en el modelo de gobierno presidencial atenuado que a continuación se analiza.

1. DECRETOS LEGISLATIVOS

La Constitución de 1979, introdujo la figura de que el Congreso podía delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legis-

Constitucional argentino y comparado, tomo VIII, *op. cit.*, p. 131; asimismo, Mauro Capelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 604 ss.

96. Javier Pérez Royo, *La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno*, en Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno...*, *op. cit.*, p. 93-143; asimismo, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, pp. 911 ss.
97. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, *op. cit.*, p. 208; en el mismo, sobre las leyes medida ver pp. 312 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional...*, *op. cit.*, pp. 159 ss.

lativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa; asimismo, el Presidente debía dar cuenta al Congreso de la dación de dichas normas. La Constitución de 1993 ha mantenido la delegación de facultades legislativas, estableciendo algunas disposiciones complementarias, que más adelante se abordan⁹⁸.

El monopolio de la legislación corresponde al Congreso, en tanto el poder constituyente ha dispuesto que la legislación sea competencia básica de la asamblea de representantes elegidos por el pueblo para ejercer dicha función; sin embargo, subsidiariamente puede delegar una parte de su competencia legislativa a la Comisión Permanente del propio Congreso o al Poder Ejecutivo, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos⁹⁹:

- a. La delegación de facultades se hace mediante una ley autoritativa que establece las materias y el plazo de legislación, que aprueba el Pleno del Congreso unicameral.
- b. No cabe delegación en las materias relativas a la reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.
- c. Las materias delegadas no deben ser genéricas, sino taxativamente determinadas en la ley autoritativa.
- d. No cabe que el Poder Ejecutivo delegue en cascada la facultad legislativa encomendándola a otro organismo.
- e. La norma legal que use el Poder Ejecutivo debe ser el Decreto Legislativo.

98. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., pp. 89 ss.; asimismo, Francisco Eguiguren, *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo*, en F. Eguiguren (editor), *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Editorial Cuzco, 1987, pp. 395 ss.

99. Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen 1, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 235-240; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, CEC, 1995, pp. 263 ss.; Juan-Sebastián Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 131-138; Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pp. 96 ss.; Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, op. cit., pp. 156 ss.; Alberto Bianchi, *La delegación de funciones legislativas*, en *La Ley*, tomo 122, Buenos Aires, 1987, pp. 97 ss.; Javier Jiménez Campo, *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, en *RDP*. N° 10, Madrid, 1981, pp. 92 ss.

- f. El uso de la delegación por el Ejecutivo agota la delegación de facultades una vez publicado el Decreto Legislativo.
- g. Los decretos legislativos están sometidos al control de contenido, de apreciación y de evidencia del Congreso; así como, al control constitucional del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.
- h. El Congreso puede establecer fórmulas especiales de control en la ley autoritativa, como que antes de la aprobación del Decreto Legislativo se cuente con la opinión perentoria del Congreso.

La experiencia peruana durante la vigencia de la Constitución de 1979, marcó el carácter legiferante del Poder Ejecutivo¹⁰⁰, pero es con el Presidente Fujimori que se acentúa esa práctica presidencialista, donde se difuminan las fronteras entre el gobierno y la administración, así como entre el interés público y los grupos privados¹⁰¹. Así, cuando Fujimori llega al poder en 1990, se encuentra con un Congreso bicameral en donde su agrupación política —Cambio 90— era la minoría parlamentaria, pero sin la hostilidad esperada de la mayoría parlamentaria¹⁰²; debido a que, al aplicar el *shock* económico a los pocos días de asumir la Presidencia, obtiene el aval de los grupos parlamentarios —FREDEMO y PPC— que habían sido derrotados en las elecciones presidenciales, postulando un programa neoliberal, que el entonces candidato ganador había rechazado en la campaña electoral. Con lo que se inicia una política de ajuste económico estructural, y de promoción del mercado, con el concurso de las élites tecnocráticas y de los grupos de presión, como Apoyo y el Instituto Libertad y Democracia¹⁰³.

En ese escenario, donde todavía estaba vigente la Constitución de 1979, Fujimori solicitó delegación de facultades legislativas al Congreso para implementar su programa de reformas económicas, obteniendo el 14 de junio de 1991 el respaldo de la mayoría parlamentaria, mediante la Ley autoritativa N° 25327, para que legisle en materia de pacificación nacional, fomento del empleo y de la inversión privada, por 150 días. Al vencimiento del plazo, el Poder Ejecutivo dictó y mandó publicar ciento veintiséis decretos legislativos,

100. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., pp. 94-96; asimismo, Antonio Colomer Viadel, *La tentación parlamentaria del presidencialismo iberoamericano: el caso del Perú*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4, op. cit., pp. 68-70.

101. José López Calvo, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 91 ss.

102. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado peruano...*, op. cit., p. 23.

103. Alberto Bustamante, *Perú: Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?...*, op. cit., pp. 213 ss.

relativos a la promoción de la inversión privada en general y en diferentes sectores de actividad o servicios, privatizando empresas públicas, desregulando el mercado, liberalizando los precios de los bienes y servicios públicos, promoviendo la inversión extranjera, así como incluyendo normas relacionados a la reforma de la administración pública y la actividad empresarial del Estado¹⁰⁴.

No obstante el apoyo de la mayoría parlamentaria a la política económica orientada a controlar la inflación, liberalizar el mercado, reformar la legislación tributaria, empresarial y financiera, en enero de 1992 el Congreso observó que el Poder Ejecutivo había cometido una serie de excesos y en el marco de la “dación de cuenta”, decidió derogar o modificar veintiocho decretos legislativos por inconstitucionales, sin perjuicio que las minorías parlamentarias planteasen acciones de inconstitucionalidad entre varios decretos legislativos.

En ese sentido, procurando dar una solución legislativa permanente a las potestades legislativas del Presidente, el 9 de febrero de 1992 el Congreso aprobó la Ley N° 25397, Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República¹⁰⁵, la misma que, no obstante ceñirse al rol de control parlamentario y de reserva de ley parlamentaria —*résérve de la loi*—, fue una de las justificaciones de Fujimori para el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, por entender que “quedaba atado de manos el Presidente”¹⁰⁶, lo que tuvo el aval de los sectores conservadores del Congreso, así, “la llamada ley de control parlamentario cercenaba muy importantes potestades del Jefe de Estado....”¹⁰⁷. Olvidando que “el legislador gubernamental (Ejecutivo) no puede nunca determinar cuáles son los intereses que se han de satisfacer ni los objetivos que se pretenden alcanzar con el Decreto Legislativo, ya que estos

104. José del Castillo (compilador), *los decretos del nuevo Perú*, 2 tomos, Lima, ADEX, 1992; asimismo, Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado peruano...*, op. cit., pp. 24-26.

105. César Delgado Güémbes, *El debate parlamentario de la Ley N° 25397...*, op. cit., pp. 263 ss.

106. Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992...*, op. cit., p. 3; asimismo, Cynthia McClintock, *La voluntad política presidencial y la ruptura constitucional de 1992 en el Perú*, en Fernando Tuesta (editor), *Los enigmas del poder*, Lima, Fundación F. Ebert, 1997, pp. 62 ss.

107. Enrique Chirinos Soto, *Teoría del golpe de Estado, desde Julio César hasta Fujimori*, Lima, Editorial Proa, 1996, p. 67, para quien “la mayoría parlamentaria hacia el juego al terrorismo al debilitar precisamente la autoridad del Presidente de la República, encargado de combatir la subversión...”.

tienen que estar fijados previamente y de manera expresa en la Ley de delegación”¹⁰⁸.

En ese sentido, durante el verano de 1992, vísperas del establecimiento del gobierno de facto, el Tribunal de Garantías Constitucionales resolvió tres acciones de inconstitucionalidad, entre otras contra el Dec. Leg. N° 650, de compensación por tiempo de servicios cancelatoria; Dec. Leg. N° 651, de liberalización del precio del transporte público; y el Dec. Leg. N° 674, limitando la actividad empresarial del Estado. Dictados al amparo de la Ley N° 25327 de delegación de facultades legislativas, en el marco de la Constitución de 1979. Al respecto, resulta interesante comentar la sentencia constitucional sobre el Dec. Leg. N° 650, donde el TGC se pronunció sobre la facultad legislativa del Poder Ejecutivo.

11 Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos legislativos

El Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores, fue dictado el 24 de julio de 1991, al amparo del artículo 1°, inciso c), apartado 2 de la Ley N° 25327, que facultó al Poder Ejecutivo a “...consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes”. La compensación por tiempo de servicios ha sido el reconocimiento pecuniario pagado al trabajador, una vez cesado en el empleo, como un premio al esfuerzo y dedicación desplegados durante toda los años que ha trabajado para un empleador, recogido en numerosas leyes laborales. Sin embargo, con el Decreto Legislativo N° 650, se cambió radicalmente el sistema de compensación de servicios, al establecer un sistema de pagos semestral y cancelatorio, mediante depósito en las entidades bancarias y financieras a elección del trabajador.

Planteada la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 650, por sesenta senadores de la minoría parlamentaria aprista, izquierdista e independiente, se cuestionó dos aspectos centrales de la norma, de nuestro interés. Primero, el Poder Ejecutivo había usurpado atribuciones del Congreso, por cuanto el Dec. Leg. N° 650 se había excedido en el uso de la delegación, es decir que demandaban un control *ultra vires* o control de ilegalidad e inconstitucionalidad¹⁰⁹, lo que fue rechazado por los procurado-

108. Juan Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 131 ss.; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 100.

109. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada...*, op. cit., pp. 216 ss.

res del gobierno sin argumentación jurídica. Asimismo, se afirmó que el Dec. Leg. N° 650 era inconstitucional por cuanto modificaba disposiciones legales con rango de ley, que regulaban anteriormente la compensación por tiempo de servicios, que tenían rango superior al Decreto Legislativo. Los procuradores del gobierno, contra argumentaron indicando que los decretos legislativos tenían el mismo nivel jerárquico que la ley parlamentaria, más aún, podían modificar o derogar leyes en sentido formal¹¹⁰.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, declaró el 10 de mayo de 1992, la inconstitucionalidad parcial del Dec. Leg. N° 650, por siete votos conformes y un voto singular. La sentencia dispuso que

a. la constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta; y, en consecuencia, INFUNDADA la demanda en este extremo; b. la constitucionalidad parcial por el fondo del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta e, inconstitucional únicamente la parte pertinente del artículo segundo que prescribe el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicios y, en consecuencia, fundada e infundada respectivamente la demanda en dichos extremos¹¹¹.

El tenor de la sentencia también planteó dos temas de interés: uno, el relativo a si el Poder Ejecutivo se había excedido o no en la delegación de competencia legislativa, y la jerarquía del Decreto Legislativo en el sistema de fuentes del derecho.

En cuanto al abuso o extralimitación de la materia legislada, el TGC consideró que la regulación de la compensación por tiempo de servicios formaba parte de los beneficios sociales a los que estaba facultado el Poder Ejecutivo a legislar, habiéndose en consecuencia respetado la materia, plazo y dado cuenta al Congreso; no obstante que consolidar normas no supone reformarlas o modificarlas, sino tan sólo sistematizarlas o integrarlas¹¹². En ese sentido, los magistrados se quedaron en un primer nivel de razonamiento positivista, al utilizar un control de evidencia entre la ley autoritativa y el decreto legislativo en cuestión¹¹³, olvidando que los actos legislativos del Poder

110. Pedro Morales, *La compensación por tiempo de servicios y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, asimismo, Aníbal Quiroga, *La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. 650*; ambos, en *Themis*, N° 22, Lima, 1992.

111. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 650*, Arequipa, 10-3-92.

112. Carlos Blancas, *Comentario sobre la sentencia del TGC relativa al Decreto Legislativo N° 650*, en *Themis*, N° 22, art. cit., p. 29.

113. Bartolomé Clavero, *Imperio de la ley, regla de Derecho y tónica de la Constitución y*, Eduardo García de Enterría, *La democracia y el lugar de la ley*; ambos en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 41 ss. y 79 ss., respectivamente.

Ejecutivo no gozan de una presunción de constitucionalidad o legalidad, debido a que no reúnen los requisitos de la presunción de constitucionalidad de la ley¹¹⁴, sino que deben demostrar dicho carácter a los órganos competentes que se lo demanden. Por ello, el TGC debió delimitar los alcances de la materia laboral en cuestión, es decir, pasar a un segundo nivel de razonamiento, donde hubiese podido aplicar los criterios y diversidad del control constitucional, así como ofrecer una argumentación jurídica elaborada de la sentencia¹¹⁵:

De otro lado, es del caso mencionar que el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, no es un acto discrecional, sino reglado taxativamente a lo establecido en la ley autoritativa, y si ésta es genérica o ambigua, el mandato debe someterse a un *principio de legislación restrictiva*, postura que ni siquiera advirtió la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, en tanto supremo intérprete constitucional. Ello es así, en la medida que los límites de la potestad legislativa delegada del Presidente, no estaba solamente en la ley autoritativa, y en la propia Constitución¹¹⁶; además de los límites derivados del *indirizzo politico* del Congreso y las leyes orgánicas que eran materia indelegable al Poder Ejecutivo. En este sentido, la posición que ocupaba el Presidente de la República en relación a la facultad legislativa delegada, era excepcional, tasada y restrictiva¹¹⁷.

Por ello se puede decir que el Tribunal de Garantías Constitucionales, no advirtió que tenía competencia para realizar un *control del contenido* de los decretos legislativos, en el caso que se tratase de una materia compleja, o para ejercer un *control de apreciación* donde se procura que el Poder Ejecutivo no quiebre el principio de división de poderes, amparado por el *principio de corrección funcional*¹¹⁸. Asimismo, es del caso mencionar que la ley autoritativa del Congreso no transfirió al Ejecutivo la potestad de la reserva de ley o, dicho de otra forma, la reserva de ley del Congreso era intangible; en la medida que la competencia legislativa del Congreso, para regular cualquier materia, no se suspendía ni quedaba anulada, por haber delegado facultades legislativas en determinada materia y plazo al Presidente, sino que incluso podía darse el supuesto teórico, de que en cualquier

114. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit., pp. 163 ss.

115. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit., pp. 42 ss.

116. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 95.

117. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada...*, op. cit., pp. 195-198; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 101.

118. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 49 ss.

momento o caso, el Congreso podía derogar la ley autoritativa o legislar sobre lo delegado, antes del vencimiento del plazo.

En cuanto a la jerarquía normativa del Decreto Legislativo, el Tribunal de Garantías Constitucionales señaló que el Decreto Legislativo N° 650 había elevado a la jerarquía de ley a los decretos supremos y resoluciones ministeriales, que con anterioridad habían venido regulando y aplicando la nueva política del gobierno de la compensación por tiempo de servicios cancelatorio. Por su parte, los procuradores del Poder Ejecutivo argumentaron, tomando literalmente el artículo 188° de la Constitución 1979, que los decretos legislativos estaban sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. De ahí que pretendieron otorgar al decreto legislativo idéntico nivel jerárquico que a la ley, obviando que la Constitución reconocía en el artículo 211°-10 a los decretos legislativos sólo fuerza de ley.

La fuerza de ley, como se vió anteriormente (ver Primera Parte, Cap. III, 4) supone un doble alcance. Por un lado, la fuerza activa de la ley, o poder innovador, es la capacidad para modificar cualquier norma del ordenamiento jurídico legal, mientras que, por otro lado, la fuerza pasiva de la ley implica la resistencia de la norma para no ser modificada ni derogada por otra norma legal, dotada de la misma fuerza normativa¹¹⁹. En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 650 tenía fuerza de ley relativa, en la medida que sólo podía modificar normas legales en las materias tasadas para ejercer su competencia legislativa, y no podía modificar normas legales superiores; asimismo, carecía de fuerza pasiva por cuanto cualquier norma legal posterior podía modificarla.

Sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales no advirtió los matices de la posición jerárquica del Decreto Legislativo N° 650, en relación al ordenamiento jurídico delineado difusamente en la Constitución de 1979, de gran implicancia en relación a las demás normas, anteriores o posteriores, a efectos de responder el extremo de la demanda, que sostuvo que los decretos legislativos carecían de rango de ley. Es del caso mencionar que la propia Constitución, si bien había aludido a la fuerza de ley y al rango de ley, correspondía a la jurisprudencia constitucional y no al legislador discernir sobre este problema de las fuentes del derecho.

119. Luis María Díez-Picazo, *Concepto de ley y tipos ley. (Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución española?)*, en REDC N° 24, Madrid, 1988, p. 67; Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en RAP, Nos. 100-102, art. cit., pp. 420-422; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 92.

No obstante el tenor de esta resolución, el Presidente Fujimori criticó acremente esta resolución, entre otras, produciéndose poco después el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, que clausuró al Tribunal de Garantías Constitucionales y al Congreso, entre otras instituciones democráticas. Durante el interregno del gobierno de facto, Fujimori concentró el poder legislativo en su persona, dictando decretos leyes, sin posibilidad alguna de revisión de dichas normas legales de facto¹²⁰; sólo una vez restaurado el régimen democrático-representativo algunas de esas normas de facto fueron materia de control por el nuevo Tribunal Constitucional.

12 Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos leyes

El derecho de emergencia ha sido el ámbito de donde erróneamente se han sustentado algunas tesis sobre los decretos leyes, en la medida que la vieja doctrina del derecho de emergencia ha sido concebida dentro del Estado de derecho, para situaciones límites, pero sujeta a límites y controles¹²¹. Sin embargo, el derecho de emergencia ha trascendido en las sociedades latinoamericanas inestables como fuente de los decretos leyes de ahí que se les considere como normas legales dictadas por los gobiernos de facto. Los gobiernos de facto al quebrar el orden constitucional, en mérito a un estatuto revolucionario o de emergencia, concentran las facultades legislativas y de gobierno en el Presidente de facto¹²², así como también subordinan a la función judicial. El Presidente de facto y su gabinete ejercen la facultad de legislar, a través de decretos leyes, sin control político o judicial alguno¹²³.

Si bien el Presidente Fujimori fue electo en 1990 por cinco años para gobernar bajo el imperio de la Constitución, en 1992 quebrantó la Constitución para asumir el poder total, mediante un golpe de Estado suigeneris, bajo el apoyo de las fuerzas armadas. Este golpe blanco, "es el caso en que uno de los poderes públicos, sin acceso originario irregular del poder, ejerce competencia del otro al margen de la Constitución; por ejemplo, si el presi-

120. Enrique Aftalon y Marcelo Aftalon, *Los decretos leyes ante la Constitución real*, en *La Ley* N° 114, abril-junio, Buenos Aires, 1964, pp. 872 ss.

121. Hermann Bischof, *Das Nothrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung, historisch und dogmatisch nach allgemeinem und deutschen Rechte*, Gießen, Verlag Ferberfschen Universitäts Buchhandlung, 1860, pp. 47 ss. y 67 ss.

122. Sigifredo Orbegoso, *Historia y Constitución: temas polémicos*, Trujillo, Ediciones Vallejianas, 1995, pp 50-51; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernaldes, *Constitución y sociedad política...*, op. cit., pp. 309 ss. y 327 ss.

123. Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946, pp. 93 ss.; asimismo, Germán Bidart Campos, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 1984, pp. 415-421.

dente disuelve el Congreso y ejerce la función legislativa¹²⁴. En función de lo cual, el gobierno de facto absoluto de Fujimori, gobernó en base a un Estatuto del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que subordinó a la Constitución a sus objetivos políticos, es decir, se dio inicio a un gobierno de los hombres no de las leyes.

Si bien la Constitución de 1993, como la de 1979 no reconocen la existencia de una norma legal anticonstitucional, como los decretos leyes; es del caso recordar que una vez que se superan los gobiernos de facto, se presenta el dilema para el Estado democrático, acerca de cómo realizar la transición normativa del gobierno de facto al gobierno constitucional¹²⁵. Al respecto, existen tres modelos o tesis de la transición jurídica de un gobierno de facto a un gobierno de iure: primera, *tesis de la caducidad*, según la cual los actos y decisiones políticas o legislativos del gobierno de facto son inválidos, no surten efecto alguno al retornar a la constitucionalidad quebrantada¹²⁶; segunda, *tesis de la continuidad*, como quiera que los efectos de los actos y disposiciones de facto han producido con el tiempo relaciones jurídicas estables, se asume que dada la eficacia y la seguridad de las mismas, deben continuar en vigencia en el nuevo gobierno constitucional, salvo que sean derogadas o modificadas como cualquier otra ley; y, tercera, *tesis de la revisión*, se asume que la continuidad o caducidad de las normas y actos dictados por un gobierno de facto, deben resolverse mediante la revisión de las mismas por materias y plazos establecidos, derogando unos o incorporando a otros, según su naturaleza y efectos producidos¹²⁷.

Es evidente que el Congreso Constituyente de 1993 optó por la segunda vía, otorgándole continuidad jurídica al gobierno de facto, mediante las aprobación de leyes constitucionales propias de un constitucionalismo flexible, pero autoritario, que convalidó a los espúrios setecientos cuarenta cuatro decretos leyes. Sin embargo, ni el artículo 200°-4, ni la propia Ley Orgánica

124. Humberto Quiroga Lavié, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 258; asimismo, Carlos Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina 1957, pp. 599-611.

125. Luciano Parejo, *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida*, en *RAP* N° 94, enero-abril, Madrid, 1981, pp. 201 ss.; donde desde una perspectiva jurisprudencial española, se plantea el dilema de la validez relativa de la legislación predemocrática.

126. Salvador Dana, *La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto*, en *La Ley* N° 112, octubre-diciembre, Buenos Aires, 1963, pp. 862 ss.

127. Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto...*, *op. cit.*, pp. 14 ss.; Enrique Aftalon y Marcelo Aftalon, *Los decretos leyes ante la Constitución real...*, *op. cit.*, pp. 878 ss.; asimismo, Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales, *Constitución y sociedad política...*, *op. cit.*, p. 310.

del Tribunal Constitucional, reconoció expresamente la facultad del Tribunal Constitucional para asumir acciones de inconstitucionalidad contra decretos leyes, lo cual pudo convertirlas en una suerte de normas pétreas o incontrolables por la jurisdicción constitucional¹²⁸.

No obstante, se plantearon acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siendo admitidas y resueltas en los siguientes tres decretos leyes: Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social; el Decreto Ley N° 22633, que estableció la prohibición de usar los medios de comunicación durante el proceso judicial por delito de prensa¹²⁹; y, el Decreto Ley N° 25662, que estableció el doble de la pena para los delitos cometidos por miembros de la policía nacional¹³⁰.

De estos tres procesos constitucionales, sólo en el primer caso los demandantes cuestionaron, aunque tangencialmente, la validez o no del decreto ley impugnado, dado su origen *per se* inconstitucional, no obstante que después dicha norma había recibido un voto de indemnidad o legitimización del Congreso Constituyente, mediante otra norma inconstitucional, la Ley Constitucional del 6 de enero de 1993, que dispuso en su artículo 2° que “los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen plena vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático”.

Frente a esto, los jubilados demandantes impugnaron el Decreto Ley N° 25967 por “inconstitucionalidad congénita”, entre otros argumentos, en tanto que, dicho decreto ley contradecía flagrantemente

no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma (en ese entonces se encontraba vigente la Constitución de 1979). Se trata además, de un decreto ley con efectos retroactivos malignos, que ofende la conciencia nacional y resiente los más elementales principios naturales y constitucionales de cualquier sociedad civilizada;

128. César Landa, *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 27.

129. Tribunal Constitucional, *Declaran improcedente demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Artículo 317° del Código de Procedimientos Penales*, en *El Peruano*, 3 de mayo de 1997, pp. 148996-148997.

130. Tribunal Constitucional, *Declaran que carece de objeto sentenciar demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el D.L. N° 25662, por haber quedado derogada dicha norma*, en *El Peruano*, 23 de mayo de 1997, pp. 149465.

el que además, al no haber sido promulgado por un Congreso regular y constitucional, presenta una grave inconstitucionalidad congénita¹³¹.

Esto es, se alinearon con las tesis de la caducidad, que considera nulos los decretos-leyes, una vez pasada la etapa del gobierno de facto¹³².

Por su parte, los representantes de los demandados no se pronunciaron concretamente sobre la “inconstitucionalidad congénita” del decreto ley, sino que de manera genérica señalaron que ninguna de las normas legales impugnadas violaba precepto constitucional alguno, dado que el marco específico de la acción de inconstitucionalidad planteada era la Constitución vigente¹³³; es decir, que si el mencionado decreto ley podía ser contrario a la Constitución de 1979 derogada, en cambio no lo era con respecto a la Constitución vigente de 1993, que era la tesis básica que defendían. O sea, la convalidación tácita o expresa de los decretos leyes era para ellos un hecho indiscutible.

Por su parte, el Tribunal Constitucional con claridad meridiana se pronunció sobre este extremo de la demanda, postulando la *tesis de la continuidad*, en la medida que el Decreto Ley N° 25967, y todas las normas dictadas por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, es decir por el gobierno de facto de Fujimori, fueron legitimadas por el gobierno. Con el argumento irreflexivo de que, luego de celebradas las elecciones constituyentes,

el Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley del nueve de enero de mil novecientos noventitrés, la que disponía en su artículo 2°, que los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, entre el cinco de abril y el treinta de diciembre del mismo año mantienen su vigencia, en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático... 2. Sobre el particular este Tribunal Constitucional, considera que la validez formal del Decreto Ley N° 25967 ha sido convalidada por el Congreso Constituyente Democrático, depositario de la voluntad popu-

131. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D.L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS*, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148807 ss.

132. Salvador Dana, *La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto...*, *op. cit.*, p. 869.

133. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D.L. N° 25967...*, *op. cit.*, p. 148809.

lar, por lo que queda pendiente el pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no del contenido del mismo.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia respecto de la validez post-dictatorial de los decretos leyes dictados, en 1992, por el gobierno de facto de Fujimori, en tanto hubo un Congreso representativo, que expresamente reconoció la validez de dichas normas legales de facto, dando continuidad a las medidas y demás normas legales del Ejecutivo. Sin embargo, la convalidación de la legislación de facto por el Congreso, supuso la paradoja no sustantiva sino formal de legalizar un conjunto de decretos leyes que violaban normas expresas de la Constitución de 1979, aún vigente por entonces.

En este sentido, la coexistencia de la Constitución de 1979 con decretos leyes inconstitucionales, nos acercó en el mejor de los casos a un constitucionalismo flexible, pero sin los cimientos democráticos en que se asienta en el derecho comparado, por ejemplo inglés. Por ello, se puede decir que el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia asumió una postura en pro de un derecho constitucional formal y positivista¹³⁴, sin haber llegado a formular una jurisprudencia preventiva del derecho de emergencia, que ha sido el instrumento jurídico de gobierno, en las etapas más oscuras de la democracia y el derecho comparado¹³⁵.

13 Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos legislativos

Aprobada la nueva Constitución en 1993, y contando el Poder Ejecutivo con una mayoría parlamentaria dócil, la práctica de legislar del Presidente Fujimori, se reeditó con la delegación de facultades del Congreso al Ejecutivo, que se mantuvo inalterable entre 1993 y 1997¹³⁶. Así, en ese periodo, se dictaron ciento veinticuatro decretos legislativos, regulando aspectos sustanciales del proceso económico neoliberal; habiendo sido materia de control por el Tribunal Constitucional sólo cuatro decretos legislativos: Dec. Leg. N° 853, sobre el FONAVI¹³⁷, Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judi-

134. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 216 ss.

135. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, en *La Ley...*, *op. cit.*, pp. 1057- 1058.

136. Ver Cuadro N° 7.

137. Tribunal Constitucional, *Declaran nulo auto e insubsistente lo actuado en demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 3° del D. Leg. N° 853*, en *El Peruano*, 2 de abril de 1997, p. 148119.

cial¹³⁸, Dec. Leg. N° 817, sobre el régimen previsional de pensiones a cargo del Estado¹³⁹, y Dec. Leg. N° 295°, sobre causales de divorcio del Código Civil¹⁴⁰.

Pero es sólo en la acción de inconstitucionalidad contra el Dec. Leg. N° 817, sobre el régimen previsional de pensiones a cargo del Estado, donde los más de veintiseis mil jubilados demandantes plantearon que el Decreto Legislativo N° 817 excedía la materia específica que fue objeto de la delegación legislativa por parte del Congreso de la República. En este sentido, postulaban que el Presidente había transgredido el principio de especificidad en materia de delegación legislativa, consagrado en el artículo 104° de la Constitución de 1993, dado que dicha norma incluía contenidos normativos no autorizados por la Ley N° 26557, de delegación de facultades legislativas.

Por su parte, el apoderado del Congreso, como representante de los demandados, señaló que la Ley N° 26557 estableció como materia específica de la delegación de facultades normar el régimen de pensiones, aplicable al personal de los organismos e instituciones de los volúmenes presupuestales del 1 al 6 de la Ley de Presupuesto; argumentando, además, que ese régimen debía establecer como tope el sueldo de un congresista, por lo que se había mantenido en la materia precisa de la delegación de facultades legislativas, al normar el régimen previsional de todo el personal activo y cesante de todos los organismos regulados por la Ley General de Presupuesto, como podía apreciarse en el Decreto Legislativo N° 817. Estas tesis se ubicaron en la perspectiva de reducir el déficit público, en base a un manejo económico neoliberal que se resentía con el modelo de la economía social de mercado de la Constitución de 1979¹⁴¹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, se pronunció específicamente acerca del exceso del Presidente en el uso de las facultades delegadas. Al respecto, el colegiado analizó paso a paso los artículos 4°, 20°, 26°, 27°, 28°, Segunda y Novena Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N°

138. Tribunal Constitucional, *Declaran improcedente demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *El Peruano*, 23 de abril de 1997, p. 148724.

139. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado*, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148813 ss.

140. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Artículo 337° del Código Civil*, en *El Peruano*, 13 de mayo de 1997, pp. 149160 ss.

141. César Ochoa Cardich, *El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado*, en LTC N° 5, Lima, CAJ, 1990, pp. 75 ss.; asimismo, Alberto Bustamante, *Perú: buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?*, op. cit., p. 215.

187; en tanto fueron denunciados de inconstitucionalidad por rebasar la delegación autorizada por el Congreso. En ese sentido, los magistrados constitucionales consideraron, en la mayoría de los casos, que el Poder Ejecutivo se había excedido en la regulación del régimen previsional del Estado por¹⁴²:

- a) Establecer que la nulidad administrativa era imprescriptible, operaba de oficio y se formalizaba por la Oficina Nacional Previsional, debido a que la modificación de la Ley de Procedimientos Administrativos no fue materia de la delegación.
- b) Facultar a la Sala Previsional del Tribunal Administrativo Público a resolver reclamaciones laborales, por cuanto excedía la materia específica delegada.
- c) Establecer competencias y sanciones a jueces y fiscales; impedir resolver a los jueces y fiscales o que tengan familiares que se encontraban sujetos al régimen de pensiones del D.L. N° 20530, sobre este régimen de pensiones, en razón a que era materia de ley orgánica
- d) Facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial crear instancias judiciales, que no eran materia de la delegación.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional desestimó la acción de inconstitucionalidad por exceso en el uso de las facultades delegadas, en dos extremos: la creación de una Sala Previsional en el Tribunal de la Administración Pública, por cuanto era materia previsional, y reservada exclusivamente a la ley del Congreso; la derogación de la Ley N° 10772, Ley de Pensiones, ya que no suponía ningún exceso legislativo; esto sin perjuicio de estudiar en profundidad cada artículo incoado por violación material de la Constitución. Pero, sin llegar a analizar la ley de delegación, identificar y desarrollar las materias delegadas, la relación entre la ley delegante y el decreto legislativo o la limitación material del poder delegado¹⁴³.

De esta manera, el Tribunal Constitucional asumió una postura casuística antes que principista, en la verificación de los límites del ejercicio legislativo del Presidente de la República. Lo cual le permitió actuar con flexibilidad judicial, aunque siempre dentro de un razonamiento positivista o decisionista,

142. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado...*, op. cit., p. 148823.

143. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada...*, op. cit., pp. 145 ss.; asimismo, Juan Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 131 ss.

en virtud del cual declaró inconstitucional diversos artículos del cuestionado Decreto Legislativo N° 817, como también desestimar la demanda de otros. Esta concepción “supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho —esto es, los derechos y la justicia— a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”¹⁴⁴.

De acuerdo con la posición del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional, en relación a los decretos legislativos, así como de este último sobre los decretos leyes, se puede concluir que la jurisdicción constitucional peruana se encuentra atrapada en los estrechos límites del positivismo jurídico y de sus métodos clásicos de interpretación jurídica. De ahí que hayan realizado un exiguo control de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, en virtud de su desconocimiento de otras teorías y métodos de interpretación constitucionales jurídicas, y a las escasas demandas de inconstitucionalidad contra decretos legislativos planteadas por quienes gozaban de legitimidad procesal activa.

Por otro lado, es del caso recordar que de las 16 resoluciones sobre acciones de inconstitucionalidad, resueltas por el Tribunal Constitucional en 1996–1997¹⁴⁵, sólo cuatro fueron contra decretos legislativos, mientras que de las 15 acciones de inconstitucionalidad que resolvió el Tribunal de Garantías Constitucionales entre 1982–1992, apenas tres fueron contra decretos legislativos¹⁴⁶, cuando la importancia de los decretos legislativos, en número y contenido no era una materia despreciable de control constitucional.

Sin embargo, la mayor facultad legislativa que ha ejercido el Poder Ejecutivo tanto durante la vigencia de la Constitución de 1979 y de la Constitución de 1993, se ha dado a través no de los decretos legislativos, sino de los decretos de urgencia, que han marcado férreamente el carácter legislativo del presidencialismo peruano, sin mayor control de la jurisdicción constitucional concentrada, como a continuación se analiza.

2 DECRETOS DE URGENCIA

La Constitución de 1979 abrió la práctica y el debate en torno a los decretos de urgencia. Mientras que la Constitución de 1993 los consagró

144. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 33.

145. Ver Cuadro N° 5.

146. Ver Cuadro N° 1.

normativamente, gracias al presidencialismo, los convirtió en un cómodo instrumento de dirección política y de gestión de la crisis económica; temas sobre el cual se han hecho algunos trabajos dogmáticos¹⁴⁷ y de investigación empírica¹⁴⁸, considerando el derecho constitucional comparado¹⁴⁹. Lo cierto es que la experiencia del uso y abuso en la dación de estas medidas extraordinarias con fuerza de ley, por parte del Presidente Belaunde (1980-1985), del Presidente García (1985-1990) y del Presidente Fujimori (1990-1992)¹⁵⁰ fue *in crescendo*, en la década del ochenta e inicios de los noventa, hasta desembocar en el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992 y su gobierno de facto por decretos leyes. En rigor, lo que se produjo en más de una década fue un acelerado proceso de mutación constitucional de las *medidas extraordinarias* en decretos de urgencia, produciéndose una desviación entre el Derecho Constitucional y la Realidad Constitucional –*Verfassungsrecht / Verfassungswirklichkeit*–¹⁵¹.

En ese sentido, se puede decir que durante la vigencia de la Constitución de 1979, en el Perú, el Poder Ejecutivo legisló tanto o más que el Congreso. Así, durante el gobierno de Belaunde se dictaron 667 decretos de urgencia –además de 348 decretos legislativos–, que sumados hacen 1 015 normas legales con fuerza de ley, mientras que el Congreso sólo dictó 1 080 leyes. Durante el gobierno de Alan García se dictaron 1 033 decretos de urgencia –además de 263 decretos legislativos–, mientras que el Congreso dictó sólo 980 leyes, y durante el gobierno constitucional de Fujimori, bajo la Constitución de 1979, se dictó 562 decretos de urgencia –además de 156 decretos legislativos– mientras que el Congreso sólo dictó 140 leyes¹⁵².

-
147. Enrique Bernales, *Relaciones El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979...*, op. cit., pp. 149 ss.; asimismo, Francisco Eguiguren, *Legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993*, en LTC N° 10..., op. cit., pp. 183 ss.
148. Ana Velazco, *La Constitución Peruana de 1979; atribuciones legiferantes de los órganos ejecutivo y legislativo*, tesis (Br.), Lima, PUCP, 1988; César Castillo, *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993*, tesis (Lic.), PUCP, Lima, 1996; asimismo, Juan Ruiz, *El control parlamentario de los decretos de urgencia*, Tesis (Lic.), PUCP, Lima, 1998.
149. Pablo Santolaya Machetti, *El regimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 270; Astarloa Huarte-Mendicoa, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español*, en RAP N° 106, enero-abril, Madrid, 1985, pp. 97 ss.
150. Ver Cuadro N° 2.
151. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 87 ss.; asimismo, Javier Pérez Royo, *La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno...*, op. cit., pp. 142 ss.
152. Para conocer la experiencia europea de la actividad legislativa del gobierno, revisar la *Revue Française de Droit Constitutionnel* N° 32, Paris, 1997, que ofrece estudios del derecho comparado (Pizzorusso), así como sobre Francia (Favoreu), Italia (Paladin, Baudrez) y España (Diez-Picazo). Así, por ejemplo, mientras en el primer semestre de 1994 en Italia se dictaron 400 decretos de urgencia, en Francia en casi cuarenta años se dictaron sólo 170.

Sin embargo, cabe mencionar que durante el segundo mandato presidencial de Fujimori, entre el 28 de julio de 1995 y el 31 de julio de 1998, el Congreso sólo dictó 270 leyes, mientras que el Ejecutivo dictó 230 decretos de urgencia y 105 decretos legislativos¹⁵³. Confirmándose así el abuso de la legislación de urgencia y delegada, que en la práctica no está sujeta a control.

Por eso, el 9 de febrero de 1992, el Congreso dictó la Ley N° 25397, Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente, donde se establecieron los parámetros del control parlamentario sobre los decretos de urgencia, entre otras normas legales que el Presidente expide¹⁵⁴. Dicha ley, como ya se ha mencionado, fue uno de los pretextos para el autogolpe de Fujimori el 5 de abril de 1992, en la medida que suponía el control del presidencialismo. Desde entonces, su aplicación ha devenido en nula, no obstante que el Congreso estableció en su Reglamento cuatro artículos sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia, además de los decretos legislativos y los tratados simplificados del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, resuelta necesario identificar cuál es la posición constitucional y de la jurisdicción constitucional en relación a los decretos de urgencia, en tanto instrumento normativo de la hipertrofia legislativa del presidencialismo. Pero, es del caso mencionar, que mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales se pronunció sobre la materia, en cambio, el Tribunal Constitucional, no ha tenido esa oportunidad, lo que no es impedimento para abordar el tema de los decretos de urgencia en el derecho constitucional peruano, a la luz del derecho comparado¹⁵⁵.

21 Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos de urgencia

Durante la vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, sólo hubo una sentencia sobre la constitucionalidad de un decreto de urgencia, que fue desestimada, bajo el argumento de que el TGC no tenía competencia constitucional, para resolver una acción de inconstitucional contra un decreto de urgencia¹⁵⁶. Es del caso mencionar que el artículo 211° de la Constitu-

153. LA REPÚBLICA, *Decretos vs. Leyes*, en edición del 25 de octubre de 1998.

154. César Delgado Guembes, *El debate parlamentario de la Ley N° 25397...*, op. cit., pp. 278-286.

155. Gregorio Badeni, *Los decretos de necesidad y urgencia*, en *El Derecho* N° 138, Buenos Aires, 1990, pp. 926 ss., asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pp. 104-107.

156. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR*, Arequipa, 3 de octubre de 1990.

ción de 1979, al tratar las atribuciones del Presidente de la República, estableció en su inciso 20° que, éste podía “dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso”.

En el marco de esta potestad presidencial, por un lado, y acordada las radicales medidas económicas por el gobierno para controlar la hiperinflación, por otro lado, el 17 de agosto de 1990 el recién electo Presidente Fijimori dictó el Decreto Supremo N° 057-90-TR, prohibiendo el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo, para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que habían logrado indexar el aumento de salarios de los trabajadores al costo de vida. Este decreto supremo fue expedido al amparo del artículo 211°, inciso 20 de la Constitución de 1979, entonces vigente, motivo por el cual veinte senadores interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra el DS N° 057-90-TR.

Los demandantes cuestionaron el decreto presidencial, por cuanto violaba: el derecho a la protección al trabajo consagrada en el artículo 42° de la Constitución; el derecho a la negociación colectiva, del artículo 52° de la Constitución y, en consecuencia, demandaban que en vía del control difuso de constitucionalidad de la leyes, del artículo 236° de la Constitución, el Tribunal de Garantías Constitucionales declarase la inconstitucionalidad del mencionado decreto. Sin embargo, no cuestionaron temas centrales para la dación de las *medidas extraordinarias*, como si se cumplía el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario, la naturaleza económica y financiera directa –no indirecta– de la medida, y si era de interés nacional la restricción de los salarios de un sector de los trabajadores del Estado¹⁵⁷.

El Tribunal de Garantías Constitucionales falló en mayoría por siete votos conformes, con sólo un voto discrepante y dos votos concurrentes, por la inadmisibilidad de la mencionada acción, el 3 de octubre de 1990; por fundamentos constitucionales estrictamente positivistas, derivados de una interpretación literal y restrictiva de la norma constitucional. Así, la mayoría de los magistrados razonaron de la manera siguiente: de conformidad con el artículo 298°-1 de la Constitución de 1979, sólo se puede “declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que

157. Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los decretos-leyes...*, op. cit., pp. 103 ss.; José López Calvo, *Organización y funcionamiento del Gobierno...*, op. cit., pp. 320 ss.; asimismo, Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen 1, op. cit., pp. 231–233.

contravienen la Constitución por la forma o por el fondo”¹⁵⁸, y como en esta enumeración taxativa, no era posible incoar una acción de inconstitucionalidad contra un decreto supremo de urgencia, dictado al amparo del artículo 211°-20 de la Constitución de 1979, en consecuencia, para la mayoría de los magistrados constitucionales, el TGC no podía pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del DS N° 057-90-TR.

Sin embargo, la sentencia del TGC no consideró ni siquiera el hecho de que el decreto supremo incoado fue dictado como una medida extraordinaria en materia económica y financiera, en mérito del interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso, como dispuso el artículo 211°-20 de la Constitución de 1979¹⁵⁹, es decir que frente a la paradoja de encontrarse ante un decreto supremo por la forma, pero con fuerza de ley por sus efectos, prefirieron ignorar el problema constitucional planteado y denegar de plano la admisibilidad de dicha acción de inconstitucionalidad; lo cual fue una posición aislada en la doctrina¹⁶⁰.

No obstante, la falta de argumentación constitucional sobre la naturaleza del mencionado artículo 211°-20 de la Constitución de 1979, hubieron dos votos singulares o *concurring opinions*, que fueron más explícitos en denegar la admisibilidad del decreto supremo de urgencia. Así, el magistrado Diez-Canseco, opinó en el sentido que los decretos supremos de urgencia, no obstante esta última condición, debían ser incoados vía la acción popular en un procedimiento ordinario ante el Poder Judicial. Este proceso de acción popular se interpone, antes como ahora, contra los reglamentos y contra las resoluciones de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público. Asimismo, este voto singular observó que el TGC tampoco podía pronunciarse aún cuando el DS N° 057-90-TR tuviera fuerza de ley, por cuanto la acción popular era el proceso adecuado; tema de la fuerza de ley de los decretos supremos de urgencia, sobre el cual no se pronuncia el magistrado Diez-Canseco¹⁶¹.

158. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR...*, op. cit., p. 2.

159. Luis Cantuarias y Sergio Oquendo, *Acerca de los decretos llamados de urgencia*, en *Derecho* N° 45, PUCP, Lima, 1991, pp. 351-418; asimismo, Pedro Planas, *Decretos de urgencia y medidas extraordinarias*, en *Ius et Praxis*, N° 7, Lima, 1993, pp. 133-158.

160. Marcial Rubio, *El sistema legislativo en la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, op. cit., p. 175; asimismo, Francisco Eguiguren, *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo...*, op. cit., pp. 443 y 451.

161. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR...*, op. cit., pp. 3 ss.

En otro voto concurrente, el magistrado Pelayo Samanamud, también reconoció que la acción popular ante la vía judicial ordinaria, era el proceso adecuado para incoar el decreto supremo de urgencia, pero, desde una interpretación sistemática, se pronunció en el sentido de que el mencionado DS N° 057-90-TR no tenía fuerza de ley y que en todo caso las normas o actos jurídicos —como el convenio colectivo— con fuerza de ley, eran jerárquicamente inferiores a la ley, en la medida que la *ratio legis* del artículo 211°-20 de la Constitución, no les otorgaba expresamente ese carácter.

Sin embargo, cabe recordar que dicho decreto supremo de urgencia dejaba sin efecto los convenios colectivos de trabajo, que habían indexado automáticamente el incremento de los salarios al costo de vida, siendo que el artículo 54° de la Constitución de 1979, estableció que “los convenios colectivos de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley entre las partes”. Lo que suponía que el decreto supremo, dado al amparo de las medidas extraordinarias constitucionales, deviniese en una norma con fuerza de ley, para poder suspender los efectos de dichos convenios, característica propia de las normas legales sobre las cuales el Tribunal de Garantías Constitucionales era competente para ejercer su jurisdicción constitucional.

Finalmente, el único voto discrepante o *dissenting opinion* fue el del magistrado Efraín Espinal, a favor de la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad del mencionado decreto supremo de urgencia, en base a una interpretación basada fundamentalmente en la doctrina nacional sobre la materia¹⁶². En efecto, el magistrado argumentó que si bien era cierto que la norma cuestionada tenía la forma de decreto supremo, le alcanzaba la fuerza y el efecto de una ley; materia a juzgar por el TGC como órgano de control de la Constitución.

Más aún, en su voto discrepante, el magistrado interpreta sistemáticamente el artículo 211° de las atribuciones del Presidente de la República, para concluir que no es posible admitir que en el mismo artículo 211° se reitere la facultad reglamentaria de dictar decretos supremos, en los incisos 11 y 20; de modo que, cabe entender siguiendo al razonamiento del magistrado, que son dos normas distintas. En ese sentido, los decretos de urgencia del inciso 20, como los decretos legislativos del inciso 10, gozan de una naturaleza jurídica distinta de los simples decretos supremos, configurando

162. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 98 ss.; Francisco Eguiguren, *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo...*, op. cit., pp. 433 ss.; César Landa, *El Control parlamentario*, en *La República*, Lima, 24 de setiembre de 1990.

una actividad legislativa del Presidente, mientras que los segundos son producto de una actividad administrativa del mismo¹⁶³.

En consecuencia, se puede señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales, se autolimitó al interpretar positivísticamente la Constitución, para desconocer la existencia constitucional de los decretos de urgencia, y en todo caso su carácter de fuerza de ley, lo que no fue óbice para que en un voto singular discrepante, se reconociese la existencia constitucional de los mismos, en virtud de una interpretación dogmática de la Constitución. Con lo cual, el TGC aseguró el no control constitucional de los decretos de urgencia del Presidente.

22 Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos de urgencia

La Constitución de 1993 ha establecido en su artículo 118°, inciso 19, que corresponde al Presidente de la República “dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”, y en el artículo 74° que “los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria...”. Estas normas abiertas permiten el uso discrecional de conceptos jurídicos indeterminados como interés nacional, materia económica o financiera¹⁶⁴, sin resguardar el principio de división de poderes, por cuanto su interpretación queda a merced de la voluntad del Presidente de la República.

De otro lado, en el artículo 200°-4 de la Constitución se ha dispuesto expresamente que contra las normas con rango de ley, como el decreto de urgencia, cabe interponer una acción de inconstitucionalidad, por violar la Constitución por el fondo o por la forma. Asimismo, el artículo 135° ha dispuesto que cuando el Congreso sea disuelto por el Presidente, por haber negado confianza a dos Consejos de Ministros, en ese interregno, el Poder Ejecutivo legislará mediante decretos de urgencia, hasta por cuatro meses. Estas normas, por un lado, otorgan rango de ley a los decretos de urgencia y, por otro también tienen fuerza de ley¹⁶⁵. Con lo cual gozan de los atributos

163. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR...*, op. cit., pp. 8 ss.

164. Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 219 ss.

165. Aldo Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno VII, Milano, 1957, pp. 269 ss.; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles*

fundamentales de una ley, aunque estén reducidos a la materia económica y financiera, pero dado el carácter abierto de la norma, los decretos de urgencia constituyen el instrumento legal por excelencia del gobierno presidencialista.

Los desacertados artículos no han impedido que durante el periodo de gobierno de Fujimori, de 1993 a mayo de 1997, se hayan dictado 391 decretos de urgencia —además de 124 decretos legislativos—, mientras que el Congreso haya dado sólo 657 leyes¹⁶⁶. Sin que ninguno de los decretos de urgencia hayan sido derogados o modificados, en mérito del control constitucional parlamentario, a pesar de que la Constitución haya establecido expresamente en el artículo 118º-19 la dación de cuenta al Congreso, y menos aún, algún decreto de urgencia haya sido declarado inconstitucional, en razón del artículo 200º-4 que faculta interponer acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, contra los decretos de urgencia que violen la Constitución por la forma o por el fondo; a pesar que algunas de estas normas no hayan sido ni siquiera publicadas en el diario oficial, al considerarlas el gobierno como secretas¹⁶⁷.

En tal entendido, los decretos de urgencia constituyen el principal instrumento de gobierno del *presidencialismo* durante las etapas de gobierno democrático, como lo son los decretos leyes para las épocas de gobierno dictatorial o de facto. No obstante, esta realidad del régimen político latinoamericano, países como España e Italia también regulan la figura de los decretos de urgencia o decreto-ley, como así denominan a este instituto¹⁶⁸. Así, “lo característico del Decreto-ley es, ante todo, el hecho de ser una norma con fuerza de ley que emana directamente del Gobierno y sobre la que el Parlamento sólo se pronuncia a posteriori”¹⁶⁹. Pero, dada la corta pero intensa experiencia de los decretos de urgencia en el Perú, se podría caracterizar sucintamente esta institución de la siguiente manera:

de la legislación delegada..., op. cit., pp. 109 ss.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en RAP, Nos. 100-102, art. cit., pp. 417 ss.

166. Ver Cuadro N° 7.

167. César Castillo, *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993...*, op. cit., pp. 455, 459 y 460.

168. Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los decretos-leyes...*, op. cit., pp. 232; Pedro Cruz Villalón, *Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)*, en Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno...*, op. cit., pp. 145 ss.

169. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 102; asimismo, Astarloa Huarte-Mendicoa, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español...*, op. cit., pp. 137 ss.

- a. Son normas extraordinarias o excepcionales que se dictan ante una especial situación de necesidad o urgencia, que decide o interpreta el Presidente, con la finalidad de resolver inmediatamente una grave crisis, que provocaría un mal mayor para el interés nacional si no interviniese el gobierno¹⁷⁰.
- b. La validez de los decretos de urgencia tienen una periodicidad limitada, debido a que las situaciones de crisis que crean un estado de necesidad y urgencia que las justifican, por regla general siempre son transitorias¹⁷¹; de lo contrario, si ese estado excepcional se prolongase, el Congreso podría legislar sobre el tema y no sólo convalidar mediante un voto de indemnidad los decretos de urgencia, o a través de un silencio positivo que convalide dichas normas con fuerza de ley.
- c. Estas normas se denominan decretos de urgencia y tienen fuerza de ley relativa, por cuanto no tienen fuerza pasiva, es decir, pueden ser modificados por una norma similar y desde ya superior a éstas; pero si cuenta con fuerza activa, en tanto pueden modificar o suspender los efectos sólo de las leyes ordinarias en el ámbito de su competencia, teniendo como límites generales la protección de los derechos fundamentales¹⁷².
- d. Dictar decretos de urgencia es una atribución del Presidente de la República, pero que requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros y el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros.
- e. Los decretos de urgencia están reservados para regular sólo materia económica y financiera, pero si bien podría entenderse de carácter pública o privada, la práctica se ha orientado hacia la intervención sólo en el manejo de los aspectos presupuestales, financieros y crediticios públicos, que son normados por ley. La regulación legal de cualquiera de esas tres sub-materias constituye el objetivo único de los decretos de urgencia y no el suplementario o accesorio.
- f. Los decretos de urgencia están a condición de que lo requiera el interés nacional, que si bien es un concepto jurídico abierto o indeterminado,

170. Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los decretos-leyes...*, op. cit., pp. 106 ss.

171. Al respecto, ver el artículo 4° de la Ley N° 25397, que estableció seis meses de vigencia de los entonces llamados decretos supremos extraordinarios; norma que se encuentra abrogada.

172. Luis Segura, *El control de los decretos-ley por el Tribunal Constitucional*, en RAP N°104, mayo-agosto, Madrid, 1984, pp. 367 ss.

no es de carácter discrecional del gobierno; motivo por el cual, cabe el control parlamentario y judicial objetivo¹⁷³.

- g. El gobierno debe dar cuenta al Congreso de los decretos de urgencia, lo que supone, por un lado, la remisión fundamentada de dichas normas con fuerza de ley, y por otro, el control parlamentario de las mismas, mediante el pronunciamiento expreso o tácito de los legisladores, en tanto dichas normas afectan el ordenamiento legal que es dominio reservado del Congreso¹⁷⁴.
- h. El control judicial lo realiza el Tribunal Constitucional quien es competente para examinar la validez constitucional o no de los decretos de urgencia, tanto por el fondo como por la forma, sin perjuicio de que la justicia ordinaria se pronuncie sobre la constitucionalidad de su aplicación en un proceso concreto o en vía de amparo¹⁷⁵.

En la práctica constitucional peruana, los decretos de urgencia no han merecido un control constitucional del Tribunal Constitucional, debido a que no se ha planteado ni una acción de inconstitucionalidad contra dichas normas legales. Lo cual no significa que no hayan podido estar sujetas a control constitucional, por cuanto el Congreso tiene la función de ejercer el control posterior de los decretos de urgencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118°-19 de la Constitución, al disponer que el Presidente de la República debe “dar cuenta al Congreso” de los mismos¹⁷⁶.

Sin embargo, sólo se ha realizado el control parlamentario sobre tres decretos de urgencia: D. U. N° 029-97, N° 030-97 y N° 031-97, de conformidad el artículo 91° del Reglamento del Congreso ha dispuesto escuetamente el procedimiento respectivo. Esto se debe a que la mayoría parlamentaria ha sido renuente a disponer del efectivo control sobre dichas normas legales del

173. Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración...*, op. cit., pp. 134 ss.; asimismo, Luis Segura, *El control de los decretos-ley por el Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 362 ss.

174. Astarloa Huarte-Mendicoa, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español...*, op. cit., pp. 142 ss.; asimismo, Enrique Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen 1..., op. cit., , 234-235.

175. José Soriano, *Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española*, en RAP, Nos. 100-102, op. cit., pp. 465 ss.; asimismo, Antonio Cano Mata, *Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional*, en RAP, N° 106, enero-abril, Madrid, 1985, pp. 171 ss.

176. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 100; asimismo, Francisco Eguiguren, *La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993...*, op. cit., p. 189.

Presidente, aunque sean inconstitucionales. A pesar que dicha norma señala que dentro de veinticuatro horas a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República debe remitir al Congreso el decreto de urgencia expedido, para que la Comisión de Constitución se aboque a dictaminar si versa sobre materia económica o financiera, y si se da el supuesto habilitante de “situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extienda constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas”. Pero, sólo en el caso de que se viole lo prescrito, dicha Comisión se pronunciará y recomendará su derogación al Congreso, que debe aprobarla por ley¹⁷⁷.

Práctica que, pese a los 391 decretos de urgencia dictados entre 1993 y 1997, sólo se ha aplicado en 3 casos pero, en todos los demás tan sólo ha operado un silencio convalidante de la mayoría parlamentaria, la cual, en el mejor de los casos, ha procedido a realizar un control oblicuo, que ha consistido en la presentación de proyectos de leyes modificando o derogando las materias de aquellos decretos de urgencia, o en su caso decretos legislativos, tratando así de evitar la finalidad y función de la dación de cuenta, que es el control parlamentario a los actos normativos del Presidente de la República; coadyuvando así a establecer un gobierno de los hombres y no un gobierno de la Constitución¹⁷⁸.

La práctica y la teoría constitucional del control constitucional de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo esbozada, presentan una gran divergencia entre la norma, la doctrina y la realidad constitucional, en la medida que no obstante ser el Poder Ejecutivo el principal centro de impulsión y dación de normas legales, a través de los decretos legislativos, decretos de urgencia, y en épocas no muy remotas de facto, mediante decretos leyes. La jurisdicción constitucional, en la versión del Tribunal de Garantías Constitucionales o en el Tribunal Constitucional, han llevado a cabo apenas un control constitucional relativo, debido a que si bien el TGC declaró algunos decretos legislativos inconstitucionales parcialmente, en cambio no asumió el reto constitucional de examinar la nueva institución presidencialista del decreto de urgencia. Mientras que el TC si bien se pronunció sobre algunos decretos legislativos, lo hizo declarando parcialmente la inconstitucionalidad de algunos de ellos, pero cuando resolvió sobre decretos leyes, asumió una irrestricta tesis convalidatoria de las normas del gobierno de facto.

177. *Reglamento del Congreso de la República. Texto Unico Ordenado*, Oficialía Mayor, Dirección General Parlamentaria, Área de Relatoría y Agenda, supervisión de la edición Sr. Hugo Rovira, elaboración y revisión Juan Huaracaya y Estuardo Morales. Elaboración del Índice Analítico: Carlos Maguina, documento, Lima, s/f., p. 51.

178. Herbert Spiro, *Government by Constitution*, New York, Random House, 1959, pp. 361 ss.

En cualquiera de estos últimos supuestos, la jurisprudencia de la justicia constitucional refleja una posición constitucional subordinada al presidencialismo normativo antes que a la Constitución, debido a su dependencia abusiva a un positivismo legalista antes incluso que a un neoconstitucionalismo, como ocurre en sistemas constitucionales avanzados. Lo cual pone en cuestión un tema más profundo para el Derecho Constitucional: la vinculación de los jueces constitucionales frente a la ley; tema que se puede caracterizar en la posición que ocupa el Tribunal Constitucional frente al Congreso.

RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER LEGISLATIVO

El modelo presidencial de gobierno, atenuado con instituciones parlamentarias, es el marco normativo en el cual se debería caracterizar la posición constitucional de la justicia constitucional con el Congreso, sin embargo, la realidad constitucional y política marcan un derrotero diferente en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Legislativo. En este sentido, cabe señalar que la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario ha sido uno de los ámbitos más conflictivos de nuestra justicia constitucional, a raíz de las sentencias de la justicia constitucional sobre el sistema de votación del TC y sobre todo de la ley de la reelección presidencial; por cuanto, en ellas, no sólo se debatieron los límites de la concreta actuación de su actividad jurisprudencial, sino también porque el Congreso llegó a afectar la propia existencia de la justicia constitucional, con la destitución de tres magistrados constitucionales. Conflictos que también se producen en otras realidades, pero que son resueltos dentro del sistema con mayor razonabilidad¹⁷⁹.

Se puede señalar, entonces, que las causas políticas —*political question*— no resueltas entre la mayoría y las minorías parlamentarias en el seno del Congreso, son la fuente del conflicto en sede judicial constitucional. Lo que supone una escasa racionalización del conflicto político entre las instituciones políticas: gobierno, oposición, parlamento, partidos, etc.; es decir que no se cumple la función garantista del Derecho en general, que consiste en la *minimizzazione* del poder. En la medida que el presidencialismo se caracteriza precisamente por desechar la búsqueda del consenso político y susti-

179. Antonio Baldassarre, *Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 83-195; Christian Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik*, en *Recht und Staat*, N° 466/467, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 5-34; Markus González Beifluss, *Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley*, en *REDC*, año 14, N° 42, setiembre-diciembre, Madrid, 1994, pp. 117 ss.

tuirlo por la regla de la mayoría¹⁸⁰, así como por el gobierno del Ejecutivo por decretos en desmedro del Legislativo; de aquí la suprema necesidad del Presidente de suplir a las instituciones democráticas con el apoyo de los poderes fácticos, en particular de los medios de comunicación, y mantener una especial y directa vinculación con la opinión pública, a través de los sondeos de opinión. En este esquema, el Congreso ocupa un rol secundario en el régimen político, status que se refuerza con el obsecuente rechazo de la mayoría parlamentaria a controlar al Presidente y a legislar pluralistamente, lo cual ha demostrado la falta de flexibilidad del presidencialismo, que ha generado numerosas crisis de legitimidad democrática¹⁸¹.

En la medida que el Tribunal Constitucional está inserto en este modelo político; sus magistrados tienen que ser concientes de los límites y las posibilidades de su relación, en particular, con el Congreso, por cuanto existe el peligro fundado de que la justicia constitucional, termine siendo sólo un espejo sin luz propia de la crisis de la democracia representativa y de los partidos políticos¹⁸². Crisis que ha dado lugar a que los principios de legalidad y el concepto de ley, sean subordinados en función de las exigencias y expectativas del gobierno, como en el caso de la ley de la reelección presidencial de Fujimori, sin respetar los principios constitucionales y democráticos básicos, como también el rechazo parlamentario al referéndum popular y a la sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró a la ley de la reelección presidencial inaplicable para el Presidente Fujimori. Este caso, puesto en sede judicial constitucional, terminó siendo un dilema a resolver, entre someterse a una legalidad de facto del poder o defender la Constitución a través de sus principios; pero, es del caso mencionar, que son con argumentos judiciales modernos y sólidamente sustentados, como se deberían abordar las cuestiones políticas que se planteen. Proceso, que si bien se enmarca en la crisis de la democracia, requiere que la justicia constitucional se reoriente a través de la apreciación judicial de la política.

-
180. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 975; asimismo, Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries...*, op. cit., pp. 23 ss.
181. Juan Linz, *The perils of presidentialism*, en Arendt Lijphart (editor), *Parliamentary versus presidential government...*, op. cit., pp. 123 ss., Mattheu Shugart y Scott Mainwaring, *Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate...*, op. cit., pp. 29 ss. En contrario, Manuel Alcántara, *De la reforma y consolidación del sistema político*, en Manuel Alcántara e Ismael Crespo (editores), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina...*, op. cit., p. 45.
182. César Landa, *Crisis de la democracia representativa: a propósito del referendun sobre la ley de la reelección presidencial*, (Die Krise der repräsentativen Demokratie. Die Wiederwahl in Peru) conferencia ofrecida en la Universidad de Heidelberg, el 1 de diciembre de 1998, organizada por GRUPAL, Heidelberg, 1998, p. 12.

L CRISIS DE LA LEGALIDAD

El desarrollo constitucional contemporáneo es producto de un proceso constante de juridificación del poder hacia formas de organización democráticas y representativas, pero que no es lineal ni homogéneo, en la medida que el quehacer político y jurídico se basa en variables muchas veces independientes —e incluso vistas como contradictorias entre sí— como el bienestar económico, la solidaridad social, la cultura de libertad, entre otras. Motivo por el cual se ha señalado que la Constitución, otrora centro de unidad y de soberanía jurídica, ha perdido su carácter motriz frente a la realidad¹⁸³, debido a que el nuevo escenario donde se debaten y se resuelven los conflictos ya no está más en el Congreso o los partidos, sino en los poderes invisibles¹⁸⁴. Como también el Estado democrático liberal peruano se encuentra infectado de modos autocráticos, que atacan, debilitan o destruyen los centros vitales del Estado de Derecho.

Por eso, no se trata de una crisis coyuntural de las instituciones del régimen político, sino que esta crisis compromete al mismo pacto social, por cuanto hay tanto un divorcio entre la Constitución y la realidad, como también hay diversos grupos sociales detentadores de su propia constitución material, que viven en el borde, fuera o sobre la Constitución del Estado. Este nuevo escenario, que es dinámico y caracteriza a la política contemporánea, alcanza no sólo a la sociedad y a sus organizaciones, sino también al propio Estado, que con frecuencia se desvincula del núcleo de valores de la Constitución, creando una segunda Constitución a partir de la práctica legislativa intolerante de la mayoría parlamentaria y del presidencialismo. Por ello, si la soberanía de la constitución se encuentra subordinada al cumplimiento de las grandes decisiones económicas y políticas del régimen, y no a la Constitución, se puede adelantar, entonces, que no existe el espacio o posibilidad política suficiente, para que el Tribunal Constitucional cumpla con su cometido de controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno de Fujimori¹⁸⁵.

En cualquier régimen democrático, “la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayo-

183. Georges Burdeau, *Une survivance: la notion de Constitution...*, op. cit., p. 56. Opina en contrario el neoconstitucionalista Dominique Rousseau, *Une résurrection: la notion de Constitution...*, op. cit., pp. 5 ss.

184. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos...*, op. cit., pp. 24 ss.; Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia...*, op. cit., pp. 106 ss.

185. César Landa, *Balance del Primer Año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 268 ss.

ría”¹⁸⁶ para asegurar “la elaboración constitucional de las leyes y en particular su constitucionalidad material”¹⁸⁷; sin embargo, en el Perú, en el mejor de los casos, el Tribunal Constitucional es la única opción que tienen la oposición política y las minorías parlamentarias, para poder apelar a una suerte de segunda Cámara, donde a pesar de seguir siendo minorías los argumentos del debate ya no serían políticos sino jurídicos; aún cuando debajo de cada litigio constitucional exista un problema político, susceptible de transformarse en una cuestión de poder¹⁸⁸. Si bien no se puede reducir el funcionamiento de la justicia constitucional al exclusivo juego de la mayoría y la minoría, lo cierto es que esta relación muchas veces al ser de suma cero, es fuente de los grandes conflictos que se producen entre los tribunales constitucionales y los parlamentos¹⁸⁹. En virtud de lo cual la justicia constitucional ha logrado desarrollar principios y técnicas de interpretación constitucionales, que permiten procesar y hasta resolver el puro problema político en términos jurídicos (ver Parte II, Cap. II, 3).

Sin embargo, los jueces constitucionales tampoco pueden asumir y operar con los conceptos tradicionales de legalidad o de ley, cuando se ha producido un cambio medular en la propia concepción de la ley y de su principio de legalidad, a la luz del establecimiento de un Estado y una democracia informal¹⁹⁰; por cuanto “para garantizar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no basta, en efecto, con atribuir a todos los jueces y tribunales la facultad de cuestionarla y a uno (o a todos) la de apreciarla. Es necesario

-
186. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)...*, op. cit., pp. 252-253.
187. Costantino Mortati, *La costituzione in senso materiale...*, op. cit., pp. 115 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 125 ss.
188. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., p. 149; Heinrich Triepel, *Staatsrechts und Politik...*, op. cit., pp. 24 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 400 ss.
189. Mauro Cappelletti, *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo*, en REDC, N° 4, enero-abril, Madrid, 1982, pp. 9 ss.; Hans Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit., pp. 35 ss.; Javier Salas, *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial...*, op. cit., pp. 141 ss.; asimismo, Angela Figueruelo, *Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo...*, op. cit., pp. 47 ss.
190. Carlos Franco, *Acerca de pensar la democracia en América Latina*, Lima, Friedrich Ebert Stiftung, 1998, pp. 55 ss.; Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie...*, op. cit., pp. 45 ss.; asimismo, Manuel Jiménez de Parga, *La ilusión política. Hay que reinventar la democracia en España?...*, op. cit., pp. 30 ss.

además que la estructura de la Ley haga posible este control¹⁹¹. Lo cual se ha visto gravemente afectado con el enraizamiento del presidencialismo, en tanto que ha generado un tránsito de la noción de ley general a la de ley particular, es decir que la concepción de legalidad formal ha sido sustituida por una nueva versión de la legalidad informal¹⁹². Motivo por el que debe quedar meridianamente delimitados los conceptos antes mencionados de legalidad y ley, a la luz de esta transformación operada.

La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista.

De esa manera, "la Constitución como ley formal y axiológicamente neutral, en cuanto mero instrumento de garantía de los intereses generales, de la sociedad frente a las ingerencias del poder del Estado, pierde toda significación. En una sociedad dividida en intereses múltiples e irreconciliables, proteger a ultranza la autonomía privada suponía consagrar el triunfo de los fuertes"¹⁹³. Pero esa crisis del concepto clásico de Constitución, también alimenta la crisis de la noción clásica de ley, en tanto que está enraizada en el mismo concepto jurídico-formal de la Constitución, que se despoja de toda referencia valorativa y política.

Los atributos básicos de la ley formal eran su generalidad, racionalidad y previsibilidad, que otorgaban seguridad jurídica a la sociedad, en la medida que regulaban a la persona en términos abstractos y no particulares o singulares, y a sus conductas y relaciones en términos igualmente generales y

191. Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en REDC, Año 13, N° 39, setiembre-diciembre, Madrid, CEC, 1993, p. 39; asimismo, Antonio Baldassarre, *Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., p. 189.

192. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 302 ss.; asimismo, Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, op. cit., pp. 69 ss.

193. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 818; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 33; asimismo, Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, op. cit., pp. 69 ss.

no individuales; por eso, se llegó a afirmar que “se reconoce que una disposición es una regla general y abstracta, cuando ella no se agota en la aplicación de un caso previo y determinado anteriormente, sino que subsiste a esta aplicación; es decir, en tanto que ella no se aplique en un sólo caso, o tampoco a un sólo individuo”¹⁹⁴.

Pero dicha concepción se asienta en la idea fundamental de que es la autoridad legislativa la responsable de dictar las normas legales¹⁹⁵, en la medida que el orden social se concibe como un orden pacífico e integrado social, económica y políticamente, en torno a un sistema jurídico positivista y elitista. Pero cuando ese pacto oligárquico de dominación se resquebrajó en la transición del Estado liberal a un Estado social, debido a la aparición de la cuestión social, ya no aparece la ley como garante de las transformaciones socio-económica y políticas, sino la propia Constitución. Este cambio supuso también la suplantación del concepto formal de ley por el concepto formal de Constitución, así como también la idea de ley general por ley particular o medida¹⁹⁶, debido a la generalizada idea del positivismo jurídico, que ha llegado a identificar la ley en sentido formal con los actos de voluntad de la mayoría parlamentaria, propio de una concepción absolutista del poder: *auctoritas, non veritas facit legem*.

Así por ejemplo, a pocos meses de entrada en vigencia la Constitución peruana de 1993, una novedosa institución constitucional el *habeas data* fue materia de reforma constitucional, mediante Ley del Congreso N° 26470, en la medida que esta nueva garantía constitucional podía interponerse contra los medios de comunicación social, en caso que se negaran a dar cumplimiento al derecho de rectificación; el derecho que la Constitución reconoce a toda persona que hubiese sido agraviada por informaciones inexacta. Los medios de comunicación actuaron como un grupo de presión, conminando públicamente al Congreso a modificar dicho artículo constitucional, que había sido uno de los aportes modernos de la Constitución de 1993. La reforma constitucional fue aprobada inmediatamente y ratificada al año siguiente.

194. Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive...*, op. cit., p. 503; asimismo, Herbert L.A. Hart, *The concept of law...*, op. cit., pp. 86-96, donde distingue entre las normas primarias que aseguran derechos y obligaciones y, normas secundarias que estipulan como se forman y extinguen las normas primarias.

195. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, op. cit., p. 76; Max Imboden, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, pp. 23 ss.

196. Costantino Mortati, *Le leggi Provvedimento*, Giuffrè editore, Milano, 1968, pp. 1 ss.; Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 151-157; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 302 ss.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en REDC, Año 13, N° 39, op. cit., pp. 36 ss.

En ese sentido, el positivismo y el decisionismo parlamentario se han identificado en la ley-medida, “que designa a los actos jurídicos con forma de ley y contenido determinado en cuanto vinculados a la consecución de un objetivo concreto”¹⁹⁷. En consecuencia, se ha dejado de lado el concepto general de ley por el de singularidad, lo cual supone, de otro lado, el abandono de la noción racional –kantiana– de la ley, por una idea marcadamente utilitaria –Bentham, Ihering– de la norma legal, en el mejor de los casos. En este último sentido, se puede afirmar que el Estado corporativo utiliza una idea de norma legal orientada a satisfacer objetivos concretos y no respetar principios abstractos.

Otro grave caso de desnaturalización constitucional, que ejemplifica este proceso, se dio en 1994 con la Ley N° 26337, que dispuso la suspensión de la implementación constitucional de los organismos constitucionales electorales, como la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, concentrando sus funciones en el Jurado Nacional de Elecciones, desnaturalizando así la eficacia de las nuevas normas constitucionales, en base a una interpretación positivista y voluntarista de la norma constitucional¹⁹⁸. Asimismo, cabe recordar que el Congreso también ha dejado de lado el mandato de la Décima Tercera Disposición Transitoria de la Constitución, la cual dispuso que las autoridades regionales debían ser electas a más tardar en 1995, sin embargo, ello nunca se produjo, ni el Presidente del Congreso ni el Presidente de la República dieron cuenta de esta omisión constitucional, quedando inmersos en la impunidad constitucional¹⁹⁹.

Por eso, se puede afirmar que la ley o más aún la voluntad del legislador, se ha convertido en el instrumento y la fuente supremos de creación del Derecho, dejando a la Constitución a un rol secundario, simbólico y sin eficacia directa, debido a que por su carácter eminentemente general y principista, el gobierno la ha instrumentalizado sin mayores consideraciones interpretativas, gracias a que cuenta con una holgada mayoría parlamentaria sin control constitucional. Por eso, si “sólo como excepción cabe considerar la existencia de violaciones constitucionales, dentro de un orden jurídico

-
197. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., p. 314; asimismo, Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley 1989, pp. 55 ss.
198. Francisco Fernández Segado, *Estudios de Derecho Electoral...*, op. cit., p. 807.; César Landa, *Derecho electoral: aspectos jurídicos y técnicos*, en *Derecho* N° 48, Lima, PUCP, 1994, pp. 171-190; asimismo, Valentín Paniagua, *Sistema Electoral*, en *LTC* N° 10, pp. 219 ss.
199. César Landa, *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, pp. 243-244; asimismo, Pedro Planas, *El desorden constitucional*, en *El Comercio*, 6 de abril de 1996, p. A2.

regular. Cuando la excepción se convierte en regla, es que la anarquía o el despotismo han reemplazado al orden constitucional²⁰⁰.

Frente a ello le correspondía actuar al Tribunal Constitucional, pero la mayoría parlamentaria fue renuente a constituirla oportunamente, y en la actualidad ha sido desactivada en lo referido al control constitucional de las leyes. Por eso, la justicia constitucional se encuentra incapacitada de resolver las acciones de inconstitucionalidad, por no tener el quórum respectivo a raíz de la expulsión de tres de sus miembros por la misma mayoría parlamentaria, que al dictar en 1995 la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estableció que sólo con seis votos de siete magistrados se podía declarar inconstitucional una ley del Congreso, con lo cual se desnaturalizaba la función de control constitucional de los actos de los poderes públicos.

Esta idea de ley formal, que cobija tanto a una concepción de legalidad clásica —abstracta— como a su contraria —singular—, refleja la necesidad de revisar los fundamentos positivistas de la noción de ley con que debe operar un futuro Tribunal Constitucional. En la medida que si la ley ya no es general, sino singular, se está produciendo una interferencia directa del Congreso en el quehacer de la jurisdicción constitucional u ordinaria, que resulta inaceptable en un Estado democrático, porque, “el juez es independiente porque depende sólo de la ley, pero no podría decirse que lo es si la ley pudiera contener previsiones concretas que se conformen como mandatos dirigidos al juez, que contengan instrucciones dirigidas al mismo”²⁰¹. Por ello, se ha llegado a afirmar que “si es precisamente la erosión del concepto de Ley como norma general y abstracta, e incluso como “ordenación de la razón”, la que explica el surgimiento y la generalización de la jurisdicción constitucional, es la existencia misma de esta jurisdicción la que exige que las leyes tengan una estructura abstracta, sin la cual se burlaría el control jurisdiccional”²⁰².

Por otro lado, debido a que los jueces sólo pueden actuar con independencia judicial, a partir de que la ley tiene un carácter general, que les

200. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, *op. cit.*, p. 294; asimismo, del mismo autor, *tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, pp. 138 ss., donde plantea el proceso de desconstitucionalización que aconteció en la década de 1930 en Argentina.

201. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 50-51; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 29-30;

202. Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en *REDC*, Año 13, N° 39, *op. cit.*, p. 40.

permite a los magistrados singularizar la norma a los casos concretos en conflicto. Pero si la singularización viene predefinida en la nueva concepción de ley particular, entonces, el quehacer judicial se convierte en una tarea de funcionarios no de magistrados lo cual ciertamente podría resultar cómodo para los jueces que tienden a encontrar la fundamentación de sus fallos en el tenor literal de la ley, antes que en la interpretación constitucional de la norma suprema²⁰³.

Tal es el caso de la Ley N° 26657, aprobada en agosto de 1996 por la mayoría oficialista, que dispuso interpretar retroactivamente el artículo 112° de la Constitución, para así, desconocer el periodo presidencial de Fujimori iniciado con la Constitución de 1979, a efectos de permitirle una segunda reelección en el año 2000, a pesar de que la Constitución lo rechazaba²⁰⁴. Por eso, el Tribunal Constitucional recordó en su sentencia sobre dicha ley que "el artículo 103° de la Constitución establece que pueden expedirse leyes especiales, por que así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. En el caso *sub judice*, el supuesto de la Ley N° 266657, sólo sería aplicable en las elecciones políticas generales a llevarse a cabo el año 2000 y, exclusivamente, para permitir la postulación de una persona"²⁰⁵.

En efecto, en la medida que la misma mayoría parlamentaria de 1996, también fue mayoría constituyente en 1993, en esta oportunidad planteó aprobar el mencionado artículo constitucional, expresando abiertamente unos y tácitamente otros de que en todo caso Fujimori sólo podía ser reelecto una vez en 1995, pero ya no en el 2000 (ver Primera Parte, Cap. V. 3.). En ese sentido, se puede señalar que "la época actual viene marcada por la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir de *reducida generalidad o de bajo grado de abstracción*, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención *regulativa* en sentido propio: en lugar de normas, medidas"²⁰⁶.

203. Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política...*, op. cit., pp. 249 ss.

204. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., pp. 49-51.

205. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, cit., pp. 146046.

206. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 36; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 317 ss.

Ahora bien, esta transformación de la ley general en ley particular, también se ha visto impulsada por el presidencialismo y el Estado corporativo²⁰⁷, a los cuales la mayoría parlamentaria ha servido sin rubor alguno a costa de tiranizar a la oposición política y a las minorías sociales. Por cuanto, si la concepción clásica de la ley era propia de la época de división de poderes, la nueva idea de ley material o singular responde más bien a la etapa de concentración de funciones legislativas en el Ejecutivo, y de un ejercicio autocrático del poder, sostenido por los grupos de presión, ante la crisis del parlamentarismo y de los partidos políticos. Lo cual es promovido por los objetivos de transformaciones económicas neoliberales que postula el Presidente Fujimori, sin consenso político, donde el capitalismo estatal se expresa en la desnaturalización de las leyes del Congreso, pero sobre todo en la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, así como a la falta de control parlamentario directo de los decretos legislativos y los decretos de urgencia.

El argumento antiparlamentario es que, frente a la inestabilidad política, económica y social heredada de regímenes anteriores, se creó una realidad vital llena de expectativas frustradas ante la cual era preciso decidir de modo inmediato las soluciones urgentes, de ahí que el esquema de legislación parlamentaria haya quedado rezagada en relación al Poder Ejecutivo, y que la mayoría oficialista del Congreso no sólo delegue facultades legislativas periódicamente al Ejecutivo, sin perjuicio de que el Presidente legisle, simultáneamente, por decretos de urgencia, sin llevar a cabo el control parlamentario correspondiente. Dejando de lado la propia noción de Constitución, en la medida que “la Constitución como ley fundamental es el *freno jurídico de las actividades específicas* –funciones y poderes– *del Estado, ejercidas por los diputados como sus representantes* –los gobernantes, los funcionarios–”²⁰⁸.

En tal entendido, la ley otrora centro de la ordenación social y expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, se convierte en la expresión del desorden social y del enfrentamiento político –cuando no según Ripert– en manifestación de la *declinación del derecho*²⁰⁹, haciendo de ella no la solución del conflicto político entre el gobierno y la oposición, sino la profundización del mismo. Pero esta vez a raíz de un acto personal, concreto y particular, que respresenta intereses individuales; en tanto la crisis de la

207. Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia...*, op. cit., pp. 63 ss. y 85 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 37.

208. Adolfo Posada, *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 93.

209. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, op. cit., pp. 261 ss.

representación —en tanto base de la crisis de la ley— no permite institucionalizar el interés general de las demandas sociales, y ante ese vacío son los poderes fácticos y los grupos de presión los que participan en el inestable “mercado de leyes”. Pero lo que se puede haber ganado en flexibilidad y rapidez legislativa, se ha perdido en igualdad ante la ley, debido a la falta de pluralidad, debate, control y responsabilidad públicas del gobierno, que es la base de la democracia constitucional moderna²¹⁰. Si bien el monopolio de la legislación del Congreso ha dejado de existir, es de asegurar que ésta no se reproduzca en el Poder Ejecutivo, que a diferencia del Congreso no representa la pluralidad de intereses sociales, no existe publicidad del debate legislativo, no se asegura la protección de las minorías y menos aún existen mecanismos de autocontrol²¹¹.

Por ello, la reconstrucción de la noción de ley esta a resultas de encontrar en la Constitución los fundamentos de su legitimidad y validez social, lo cual supone dejar de lado la noción de ley formal en que el positivismo jurídico la había hundido²¹². Para tal efecto, hay que recuperar a la ley en función de la calidad unificadora de la Constitución, como centro de expresión de la legitimidad racional de los valores e intereses sociales que cuenten con un consenso social suficiente, y asegurar su carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para las mayorías parlamentarias, fuera del alcance de los señores de la ley. Así, “la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución, y se convierte ella misma en objeto de medición. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y en competencia”²¹³.

Sin embargo, la unificación del derecho en torno a la Constitución, no supone sustituir la vieja jerarquía normativa de la ley por la sola supremacía de la Constitución, debido a que ya se ha visto como tanto una mayoría

210. Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (editores), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis...*, op. cit., pp. 1021 ss. y 1055 ss.; asimismo, Helmuth Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung...*, op. cit., pp. 475 ss. y 507 ss.

211. Cynthia McClintock, *Presidents, messiahs and constitutional breakdowns in Peru*, en Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2, op. cit., pp. 304 ss.

212. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 14 ss. y 171 ss.; asimismo, Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, op. cit., pp. 76 ss.

213. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 40; Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., pp. 820-823; asimismo, José Víboras Jiménez, *La función legislativa en la jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., pp. 490 ss.

constituyente puede oprimir a la oposición y a las minorías sociales como una mayoría legislativa; de ahí que, ante todo, el principio de legalidad y la propia noción de ley deben fundarse en una concepción moral de la Constitución, en tanto subordinación a los derechos fundamentales y respeto al pluralismo jurídico²¹⁴. En esta perspectiva la jurisdicción constitucional y en particular el Tribunal Constitucional, tienen un gran reto constitucional a cumplir, el mismo que no puede soslayar los déficits pasados, sino empezar reconociendo de cerca los mismos a efectos de revertir el pasado positivista.

2 POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA LEY

En julio de 1996, al cumplirse el primer año de gobierno del reelecto Presidente Fujimori, la mayoría parlamentaria oficialista se hizo eco rápidamente de los designios del poder²¹⁵ y ante el asombro del país y la tenaz pero estéril oposición de las minorías parlamentarias, aprobó el 23 de agosto de 1996 la Ley N° 26657, que la denominó Ley de Interpretación Auténtica del Art. 112° de la Constitución²¹⁶. Esta ley-medida, llamada de interpretación auténtica del 112° de la Constitución, persigue habilitar al Presidente Fujimori para que pueda ser reelecto en las elecciones políticas generales para del año 2000. Con lo cual su gobierno que empezó en 1990 y se renovó en 1995 por cinco años más, se extendería del 2000 al 2005, es decir que gobernaría durante tres periodos presidenciales consecutivos, a pesar que la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata, y que la Constitución de 1993 le facultó sólo a una reelección inmediata.

Esta Ley N° 26657, dictada casi dos meses después de la instalación del Tribunal Constitucional, como no podía ser de otra manera, fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, que dio lugar a que el Tribunal Constitucional dictara una sentencia declarando inaplicable la ley al Presidente Fujimori y

214. Ronald Dworkin, *Freedom's Law, the moral reading of the american constitution...*, op. cit., pp. 7-38; Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional...*, op. cit., pp. 133-143; Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política...*, op. cit., pp 276 ss.

215. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina...*, op. cit., pp. 192-193.

216. César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática*, asimismo, Enrique Bernales, *El artículo 112° de la Constitución y la ley N° 26657*, ambos en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, op. cit., pp. 76-81 y 103-115; asimismo, Hubert Wieland, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en LTC N° 12, op. cit., pp. 201-206.

otro malhadado fallo que declaró infundada la demanda. No obstante, al ser esta causa una *political question*, la segunda “decisión” mostró sin mayor vergüenza judicial una escasa argumentación y fundamentación constitucional. Por ello, es en la sentencia que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial a Fujimori, donde se encuentran mayores argumentos a discutir en relación a la noción de ley que manejó el tribunal. En este sentido, a continuación se analizan la validez de la labor interpretativa de la Constitución a cargo del Congreso, así como los atributos del principio de legalidad —la aplicación de la ley en el tiempo y la irretroactividad de la ley—, consagrados en la Constitución de 1993.

21 Interpretación auténtica

Resulta importante aclarar la validez de denominar “interpretación auténtica” del artículo 112° de la Constitución, a la ley de la reelección presidencial, en la medida que este es un problema que guarda perfecta coherencia con la tesis de la mayoría parlamentaria, según la cual “el Tribunal Constitucional no es el intérprete supremo de la Constitución, por lo que no puede cuestionar la labor interpretativa del Poder Legislativo”²¹⁷. Es decir, que a juicio de los parlamentarios oficialistas, ellos gozan de la facultad de interpretar la Constitución, que es lo mismo que crear una segunda Constitución a medida de la voluntad política del gobernante, en un régimen de democracia mínima²¹⁸.

Sin embargo, es del caso mencionar que la otrora interpretación auténtica del legislador solía estar referida para cubrir las lagunas de la ley, en tanto norma general, pero desde que los jueces empezaron a interpretar la norma legal, para resolver un caso concreto, la interpretación auténtica pasó a ser competencia judicial, estableciendo su carácter vinculante²¹⁹. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, es el poder constituyente originario el autorizado para interpretar auténticamente la Constitución, al señalar

217. Tribunal Constitucional, *Declaran infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 145383.

218. Manuel García Pelayo, *El “status” del tribunal constitucional*, en REDC, N° 1, 1981, art. cit., p. 20.

219. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, op. cit., pp. 104 ss.; Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, en *Pensamiento Constitucional*, 1994..., op. cit., p. 27; asimismo, Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política...*, op. cit., pp. 29-30.

que “el Congreso Constituyente Democrático, autor de la Constitución... [es el] llamado a interpretarla “auténticamente”²²⁰.

Ahora bien, la interpretación *constitucional* tiene propiedades distintas de la otrora interpretación *legal*, entre ellas que no puede ser materia del legislador, sino del constituyente, porque de lo contrario significaría suplantarse la voluntad del poder constituyente por la voluntad de una mayoría parlamentaria transitoria²²¹, salvo cuando el Congreso reforma la Constitución, mediante el procedimiento agravado establecido en ella, ejerce parcialmente una esfera del poder constituyente, porque dicha función constitucional tiene límites o cláusulas pétreas o intangibles²²². Pero el legislador tampoco está exento de interpretar la Constitución en el desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales, más aún, cabe afirmar desde una perspectiva de una sociedad democrática abierta, que los intérpretes de la Constitución son todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos sociales, en la medida que son participantes materiales de la norma constitucional²²³.

Es indudable que el Congreso puede dar leyes e interpretarlas, según el artículo 102º-1 de la Constitución, pero ello no da mérito alguno para que se argumente puerilmente de que la Constitución es la ley de leyes, para los efectos de interpretarla desnaturalizándola, por cuanto, la Constitución es la ley más importante, que sirve de base y fundamento a las demás normas²²⁴. Porque las leyes que dicta e interpreta el Congreso —sin perjuicio de la interpretación particular que realizan los jueces— son normas de rango legislativo, propias de los poderes constituidos, de modo que el Congreso no está facultado, como antaño, a ser el supremo intérprete de la ley y bajo ninguna circunstancia a ser el intérprete auténtico de la Constitución²²⁵, ni existe

220. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657, El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997..., *art. cit.*, p. 146046.

221. Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral*, en Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun...*, *op. cit.*, pp. 138; asimismo, César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática...*, *op. cit.*, p. 78.

222. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, *op. cit.*, pp. 199-226; Pedro de Vega, *Reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...*, *op. cit.*, pp. 244-291; asimismo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I: *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984, pp. 165 ss.

223. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

224. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, *op. cit.*, p. 241.

225. Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema...*, *op. cit.*, p. 33; asimismo, Juan Monroy, *El mito de la interpretación auténtica*, en *El Comercio*, 23 de enero de 1997, p. A2.

práctica parlamentaria alguna que pueda ir más allá de lo que la Constitución le limita, so pena de inconstitucionalidad. Lo que no quita que el Congreso en el desarrollo legislativo de la Constitución, realice una interpretación aplicada del mismo, pero nunca auténtica y menos aún retroactivamente, como era propio de los siglos XVIII y XIX²²⁶.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia que emitió rechazó indirectamente la facultad del Congreso de interpretar la Constitución, más aún, declaró inconstitucional la ley de la reelección presidencial, porque a su juicio no había nada que interpretar en el artículo 112° de la Constitución. En efecto, en los fundamentos de la sentencia se señaló que

la Ley N° 26657, pretende realizar una interpretación “auténtica” del artículo 112° de la Constitución Política del Estado, precisando que la reelección “esta referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional”, aspirando con ello a determinar que el sentido del artículo constitucional se encuentra, no en el texto claro de la norma, sino en tal interpretación²²⁷.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional asumió en este sentido la tesis de que el Congreso mediante la dación de leyes, podía interpretar la Constitución, pero sólo para los fines de desarrollo legislativo del texto constitucional. Pero nunca de manera abstracta ni menos auténtica, ya que un poder constituido cuando desempeña su función legislativa ordinaria, no puede obrar como un poder constituyente, lo que no obsta, repito, como no podría ser de otra manera, para que el legislador enmarque y realice su actividad legislativa concientemente y reflexivamente, dentro de los parámetros establecidos en la Constitución²²⁸. Esta tesis de la interpretación auténtica, estaba acorde en los tiempos del viejo y expresivo aforismo inglés: “La ley lo puede todo, menos cambiar un hombre en mujer” y que se expresaba en la idea de que “todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto su eficacia, en cuanto a la fuerza de ley”²²⁹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional estableció que “sin cuestionar la potestad legislativa de interpretar que el Parlamento no Constituyente

226. Bernardette Droste-Lehnen, *Die authentische interpretation. Dogmengeschichtliche Entwicklung und aktuelle Bedeutung*, Baden-Baden, Nomos Recht, pp. 124 ss.

227. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657, El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *cit.*, p. 146046.

228. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pp. 27 ss.

229. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 1993, p. 114.

posee y ejercita al dictar leyes de desarrollo constitucional, es jurídicamente inaceptable....²³⁰. Más aún, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de controlar y limitar los excesos o violaciones inconstitucionales de las leyes, le corresponde realizar la interpretación constitucional de la norma legal impugnada como una labor exclusiva, aunque no excluyente. Por cuanto el Tribunal Constitucional tiene como única función el control de la Constitución (Art. 201º de la Constitución). Claro que el Poder Judicial también interpreta la Constitución, cuando realiza el control difuso de constitucionalidad de las normas (Art. 138º de la Constitución), pero siempre queda sometido a la jurisprudencia del TC, como se analiza en el siguiente acápite. Mientras que el Congreso cuando legisla (Art. 102º-2 de la Constitución) queda subordinado, tanto a la Constitución como a la interpretación que de ella haga el intérprete supremo, es decir, el Tribunal Constitucional²³¹. Incluso, cuando el Congreso reforma la Constitución mediante ley, que aprueba en el procedimiento agravado dispuesto en el artículo 204º de la Constitución, su función legislativa extraordinaria estará condicionada a no violar las cláusulas pétreas e intangibles de la Constitución, en todo caso, si así fuera, el Tribunal Constitucional también podría entrar a controlar la ley de reforma constitucional²³².

Por ello, en el fallo del Tribunal Constitucional no se hace una lectura constitucional del artículo 112º, a partir sólo del texto literal y estático de la norma, sino de la realidad dinámica y concreta, a través de los principios de interpretación constitucional como concretización²³³, que puso en evidencia la intención legislativa que estaba detrás de la norma, asegurar que el Presidente Fujimori gobierne quince años, a partir de buscar desnaturalizar el sentido de la norma constitucional en cuestión.

230. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657, El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *art. cit.*, p. 146046.

231. Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 4 ss.; asimismo, Angela Figueruelo, *La incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo...*, *op. cit.*, pp. 47 ss.

232. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, *op. cit.*, pp. 273 ss.; Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht...*, *op. cit.*, pp. 21 ss.; Rubén Hernández Valle, *El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional*, en *REDC*, Año 13, N° 37, enero-abril, Madrid, 1993, pp.150-155.

233. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...* *op. cit.*, pp. 43 ss.; asimismo, Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral*, en Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun...*, *op. cit.*, pp. 141 ss.

22 Hechos cumplidos y derechos adquiridos

Los congresistas Jorge Muñiz Ziches y Jorge Trelles Montero, entre otros representantes de la mayoría fundamentaron en el debate parlamentario la necesidad de dictar la Ley N° 26657, en la medida que existían dudas razonables sobre el contenido del artículo 112º, y en tanto que la aplicación de la prohibición de la segunda reelección era válida sólo a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993²³⁴. Si bien,

el artículo 112º, muy nítido pero incompleto, daba lugar a dos interpretaciones: la primera era que Fujimori no podía reelegirse en 1995, sino tenía que esperar hasta el año 2000, en donde recién operaría a plenitud la reelección presidencial para él. La otra interpretación era que la reelección era inmediata, o sea, hasta el año 2000, con lo cual el periodo 1995–2000 era el segundo periodo. Pero, que quede claro: una u otra interpretación, no las dos al mismo tiempo²³⁵.

No obstante, a juicio de la mayoría parlamentaria, entre los años 1995 y el 2000 el Presidente Fujimori recién estaría ejerciendo su primer periodo presidencial con la Constitución de 1993, la misma que le permitiría candidatear para un segundo mandato en el año 2000. Para poder dar este sentido al mandato constitucional, la Ley N° 26657 estableció expresamente que para los efectos de la postulación del Presidente Fujimori a la reelección del 2000, “no se tiene en cuenta retroactivamente, los periodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución”. Esto es, que se excluye el periodo presidencial de Fujimori de 1990 a 1995, como susceptible de ser considerado como la primera elección, en tanto el origen de dicho mandato presidencial se dio con la Constitución de 1979, derogada con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993²³⁶.

Si bien la tarea del Congreso es dar leyes que desarrollen la Constitución, sin desnaturalizarla, además de controlar al Poder Ejecutivo y representar a la ciudadanía; esto no ha sucedido con la Ley N° 26657, que ha “vaciado” de contenido al artículo 112º de la Constitución que prohíbe la reelección presidencial por dos periodos consecutivos. Por cuanto, es un hecho comprobable y no interpretable que el Presidente Fujimori ha ejercido la

234. César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, op. cit., pp. 72 ss.; asimismo, ver *La República*, 23 de enero de 1996, p. 3.

235. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., p. 51.

236. Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral...*, op. cit., p. 139.

Presidencia de la República en un primer periodo de 1990 a 1995, y que se encuentra ejerciendo un segundo periodo de 1995 hasta el 2000. Y de llevarse a cabo los propósitos gubernamentales, Fujimori sería Presidente en un tercer periodo del 2000 al 2005. De modo que el gobierno ha tergiversado mediante la ley la realidad del ejercicio de dos mandatos presidenciales, transformando en base a su mayoría parlamentaria dos periodos en un solo periodo presidencial²³⁷. A estos casos se refería Leibholz, cuando afirmó que "resulta que el proceso legislativo se halla en cada caso a merced de un partido o de una coalición de partidos..., [por ello] el dominio del proceso legislativo por los partidos ha llegado a ser casi absoluto, por incontrolable"²³⁸.

Esto quedó meridianamente claro en la sentencia del Tribunal Constitucional, cuando el fallo estableció que

la norma impugnada no aclara, no modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del artículo 112° de la Constitución, sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y harto sui generis vigencia temporal, de suerte: a) que una parte de él —la que permitió la reelección del actual Jefe de Estado en 1995— sí rija desde que entró en vigencia la Carta Magna de 1993; y b) que otra parte de él —la que no permite sino una reelección inmediata— no rija sino a partir de las elecciones de 1995...²³⁹

Es decir, por un lado, el Presidente fue **reelecto** en 1995 al amparo del artículo 112° de la Constitución de 1993, por otro para la ley del Congreso esa fue su primera elección, habilitando a Fujimori para una ficticia primera reelección en las elecciones presidenciales del año 2000.

Con lo cual se planteó el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, problema fundamental del principio de legalidad²⁴⁰, en función del cual se

237. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., p. 49; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, edición del 11 de octubre de 1996, p. A2.

238. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 29-30.

239. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, art. cit., p. 146046.

240. Etienne de Szászy, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie des droits privés)*, en Académie de Droit International, *Recueil des Cours* 1934, I, tome 47, Paris, Sirey, 1934, pp. 145 ss.; Gunter Kisker, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, pp. 12-36; José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991, pp. 63-77; asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1990, pp. 112 ss. y 175 ss.

dirime la constitucionalidad o no de la reelección presidencial de Fujimori en el 2000, pero a partir de determinar si es la teoría de los derechos adquiridos, o la de los hechos cumplidos la que rige en materia constitucional.

La ley de interpretación auténtica tácitamente se fundó en la teoría de los hechos cumplidos –*théorie des facta præterita*– que es la que prima como regla general en el Derecho privado, según la cual, “la nueva ley no tiene efectos sobre los hechos pasados”²⁴¹ o, dicho de otra manera, “los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta; los cumplidos después, de su promulgación por la nueva”²⁴². En ese sentido, la Ley N° 26654, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobada de acuerdo a la estrategia de la mayoría parlamentaria días antes de la ley interpretativa, estableció que “cuando una norma de Derecho Público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, sólo tiene en cuenta los iniciados con posterioridad a la referida norma”; asimismo, dispuso que esta tesis de los hechos cumplidos fuese de aplicación en todos los actos de los poderes públicos, salvo en el ámbito judicial²⁴³.

Con lo cual se pretendió someter al Jurado Nacional de Elecciones a la aplicación de la tesis de los hechos cumplidos, desconociendo que el JNE es un organismo jurisdiccional electoral, con lo cual queda fuera del ámbito de la aplicación de la mencionada ley. No obstante, de acuerdo a esta ley de los hechos cumplidos, de la mayoría parlamentaria²⁴⁴, el Presidente Fujimori estaría habilitado para ejercer hasta dos mandatos presidenciales consecutivos, en el marco de la Constitución de 1993, en tanto que, la primera elección en 1990 fue realizada bajo la Constitución de 1979, la que agotó sus efectos con su derogación por la Constitución de 1993. Lo cual supone entender que la Constitución pueda ser interpretada en base a una ley del Congreso, y no desde la propia unidad interna de la Constitución otorgándole además un contenido –*teoría de los hechos cumplidos*– propio del derecho civil.

241. Etienne de Szászy, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie des droits privés)*..., op. cit., p. 200.

242. Mario Alzamora Valdez, *Introducción al Derecho*, Lima, 1980, p. 283.

243. Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral*, en Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun*..., op. cit., pp. 137-138.

244. Hubert Wieland, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en LTC, N° 12, art. cit., pp. 207 y 211; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, del 11 de octubre de 1996, p. A2.

Frente a esta privatización de la Constitución, por el contrario, cabe plantear que la Constitución de 1993 adopta la *teoría de los derechos adquiridos* como regla. En cuanto a la teoría de los derechos adquiridos, se puede señalar que “todo hecho jurídico, sea un hecho fortuito o acto jurídico, se regula tanto en lo que concierne a sus condiciones de forma o de fondo, como en lo que afecta a todos sus efectos, pasados, presentes y futuros de conformidad al principio *tempus regit actum*, es decir, por la ley del tiempo en que el hecho fue jurídicamente cumplido, salvo que la ley nueva disponga lo contrario”²⁴⁵. De allí que, siguiendo las tesis subjetivistas de la irretroactividad de la ley, los derechos constitucionales y su contrapartida los deberes y las obligaciones constitucionales, se mantienen en el tiempo ultractivamente, a pesar de que una nueva norma constitucional modifique dichos derechos y obligaciones, en la medida que, se contrajeron en base a una norma determinada, lo cual garantiza estabilidad y seguridad jurídicas, así como, también, protege al ciudadano frente a la arbitrariedad del legislador²⁴⁶.

Así por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución, dispone que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo” y se podría extender al trabajador y al contribuyente, según los artículos 26°-2 y 74° de la Constitución. Por otro lado, el artículo 62° del texto constitucional establece que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones [...]. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente...”; asimismo, la primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución es evidente que le otorga ultractividad a los derechos pensionarios adquiridos “los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos...”.

Lo cual supone que la regla constitucional en materia de derechos sea, por un lado, que los derechos fundamentales adquiridos son irrenunciables, y por tanto, también, las obligaciones constitucionales vinculen a los ciudadanos, y por otro, que sólo excepcionalmente la ley pueda modificar retroactivamente el *status* de los derechos y obligaciones adquiridos, cuando

245. José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas...*, op. cit., p. 60; asimismo, Marcial Rubio, *Título Preliminar*, Lima, Fondo Editorial, PUCP, 1988, p. 61.

246. Ferdinand Lasalle, *Théorie systématique des droits acquis: conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, Giard & Brière, Paris, 1904, pp. 153 ss., asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei...*, op. cit., pp. 122 ss.

se trate de materia penal, laboral y tributaria y siempre que favorezca a la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, ya que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En tal entendido, la práctica jurídica de los poderes públicos ha sido concurrente a la tesis de los derechos y obligaciones constitucionales adquiridos, lo cual constituía un impedimento para que Fujimori fuese candidato presidencial en 1995²⁴⁷. No obstante, por un lado, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial han venido aplicando la teoría de los derechos constitucionales adquiridos en materia de protección de los derechos fundamentales, según se puede apreciar en la jurisprudencia sobre las acciones de amparo, que se han resuelto en base a la Constitución de 1979 por estar pendientes de sentencia final, estando ya en vigencia la Constitución de 1993²⁴⁸. Más aún, el propio Congreso también ha aplicado en reiteradas oportunidades la teoría de los derechos adquiridos, al permitir que el exPresidente Alan García y varios de sus exministros y altos funcionarios con rango ministerial del régimen aprista del periodo 1985–1990, hayan continuado gozando del privilegio de la acusación constitucional, dispuesta por la Constitución de 1979 ya derogada entonces –prerrogativa que la Constitución de 1993 ya no les concedía–²⁴⁹.

Por otro lado, el Congreso Constituyente Democrático, autor de la Constitución de 1993, en la primera ley constitucional que dictó –6 de enero de 1993– reconoció el primer mandato de Fujimori electo en 1990 hasta 1995, apelando a la disposición del artículo 205° de la Constitución de 1979. Posteriormente, el mismo CCD dictó la Ley N° 26430, el 5 de enero de 1995, en la cual estableció las normas electorales aplicables al ciudadano que ejerciendo la Presidencia de la República, postulase a la reelección; norma que fue aplicada a la candidatura de Fujimori en 1995²⁵⁰.

247. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., p. 51.

248. EL PERUANO, *Jurisprudencia de habeas corpus*, edición del 18 de octubre de 1996, pp. 2345 ss.; asimismo, EL PERUANO, *Jurisprudencia de acción de amparo*, edición del 1 de diciembre de 1996, pp. 2453 ss.

249. César Landa, *Informe al Colegio de Abogados de Lima, sobre la acusación constitucional contra Javier Tantaleán Arbulú ex-Jefe del INP*, documento, Lima, 23 de mayo de 1994, p. 8.

250. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, art. cit., pp. 146046-146047.

Si bien, en ese momento se dijo que “Fujimori no podía ser candidato en 1995 porque la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata”²⁵¹, quedó habilitado por el JNE, en el entendido que iba a la reelección facultada por la Constitución de 1993. En efecto, ante una tacha a su candidatura presidencial, el Jurado Nacional de Elecciones, consideró “que el artículo 112° de la Constitución de 1993 permite la **reelección** del Presidente de la República, sin establecer limitación alguna”; motivo por el cual, resolvió declarar infundada la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato a la Presidencia de la República de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori²⁵². Asumiendo, así, la jurisprudencia electoral la posición según la cual la elección de Fujimori en 1995 era una reelección, es decir que fue su primera reelección.

No obstante, la mayoría parlamentaria realizó una equívoca o falsa adaptación de la teoría de los hechos cumplidos a la Constitución, cuando es la teoría de los derechos y obligaciones adquiridas la que asume la Constitución de 1993, aún cuando existan normas infraconstitucionales como el Código Civil y la Ley de Normas Generales y Procedimientos Administrativos que dispongan la validez de la teoría de los hechos cumplidos, que son válidas en el ámbito de su competencia, que no es la constitucional.

En ese sentido, se puede decir que el Tribunal Constitucional, aún cuando no se pronunció acerca de la ley de la reelección ni sobre la vigencia de la teoría de los hechos cumplidos o de los derechos adquiridos en cambio sí abordó tangencialmente este tema jurídico-constitucional, cuando fundamentó su sentencia en el recuento sistemático de las normas legales –Ley constitucional del 5 de enero de 1993, Ley N° 26430– y resoluciones electorales –Resolución N° 172-94-JNE–. Asimismo, el Tribunal Constitucional no tomó en cuenta a la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que dispuso la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, en la medida que “no es aplicable al caso presente, porque la elección presidencial no constituye acto administrativo, sino político, realizado por el pueblo soberano y no por órgano del Estado”²⁵³. En función de todo lo cual, declaró que la reelección inmediata a que faculta el artículo 112° de la Constitución ya se había producido en 1995.

251. Enrique Bernales, *El artículo 112° de la Constitución y la ley N° 26657*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, *op. cit.*, p. 114; asimismo, Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, *op. cit.*, p. 49.

252. Jurado Nacional de Elecciones, *Declaran infundada tacha interpuesta contra miembro de fórmula presidencial*, Resolución N° 172-94-JNE, Lima, 26 de octubre de 1994.

253. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *art. cit.*, p. 146047.

Más bien, es del caso mencionar que el Tribunal Constitucional, en el caso de la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, estableció un criterio civilista antes que constitucionalista en materia de la aplicación de la ley en el tiempo. En efecto, sin perjuicio de reconocer los derechos adquiridos de los jubilados, dado el efecto ultractivo de las normas sobre pensiones, que le otorgó la primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional señaló que ello no desconocía el mandato de la obligatoriedad de la nueva ley de pensiones, “ya que la Constitución consagra la teoría de la aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementando lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil”²⁵⁴. Es decir, la afirmación de los magistrados del TC no fue sustentada constitucionalmente, sino que apelaron de manera determinante a un principio civilista, renunciando a encontrar en la Constitución los fundamentos de su fallo.

23 Irretroactividad de la ley

Fujimori fue electo en 1990 por cinco años con la Constitución de 1979 y reelecto en 1995 por el mismo periodo con la Constitución de 1993. Pero su posición presidencial a partir del 31 de diciembre de 1993 –fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1993–, supuso que en materia de duración de su periodo presidencial, las constituciones de 1979 y 1993 rigiesen simultáneamente. La primera en cuanto al periodo presidencial válido hasta 1995, es decir con efectos ultractivos, y la segunda, en todo lo referido a las competencias y atribuciones presidenciales. Sin embargo, la ley interpretativa dispuso la inexistencia del periodo presidencial anterior a 1995, para efectos de crear la ficción jurídica de que Fujimori sólo era Presidente a partir de 1995. Por eso, se ha señalado que “la Constitución de 1993 rigió durante el [primer] mandato del Presidente de la República. Por tanto, cuando el Presidente de la República postuló a las elecciones de 1995, lo hizo no a una simple elección, sino a la única reelección que el Artículo 112° permitía”²⁵⁵.

254. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposición transitoria del D.L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS...*, cit., p. 148812.

255. César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, op. cit., p. 76.

Pero la mayoría parlamentaria fue mucho más allá de esa ficción. En una discutible interpretación de la norma constitucional, dispuso aplicar retroactivamente la Ley N° 26657 a hechos anteriores a la vigencia de la misma, es decir, desconociendo el periodo presidencial de Fujimori de 1990 a 1995, en función de los intereses electorales del gobierno de posibilitar una tercera elección consecutiva al Ing. Fujimori en el año 2000, no obstante que la segunda reelección está prohibida por la Constitución de 1993.

Si queremos precisar el alcance específico de la retroactividad jurídica, se debe afirmar que “la retroactividad consiste en la aplicación de la norma jurídica a supuestos de hecho, actos, relaciones jurídicas, y/o situaciones existentes con anterioridad al inicio de su vigencia formal”²⁵⁶, sin embargo, es del caso especificar que la retroactividad también asume diversos grados, así: a) la retroactividad absoluta o imposible, aplica la nueva ley a efectos consumados de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de una ley anterior; b) la retroactividad relativa, aplica la nueva ley a efectos aún no consumados de relaciones que se crearon al amparo de una ley anterior, y; c) la irretroactividad limitada, es la aplicación de la norma más favorable²⁵⁷. No obstante que la Constitución de 1993 establece el principio de la retroactividad limitada, se puede decir que con la ley de la reelección se aplicó la retroactividad absoluta y en materia no autorizada por el constituyente.

En este entendido, con la ley interpretativa de la reelección presidencial, se violó no sólo el principio constitucional del segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución, según el cual “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo...”, sino también se violó la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución, que “admite la posibilidad de un cambio constitucional (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación; pero excluye el quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) –desviación del texto en un caso concreto– y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación”²⁵⁸.

256. José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas...*, op. cit., p. 8.; asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei...*, op. cit., pp. 253 ss.

257. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*. Vol. I, Pisa, Tipografia Nistri, 1868, pp. 27 ss.; asimismo, José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas...*, op. cit., pp. 69-76.

258. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 52; Bodo Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intemporale Gesetzgebung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981, pp. 50 ss.; Gunter Kisker, *Die Rückwirkung von Gesetze...*, op. cit., pp. 67 ss.; asimismo, César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, 11 de octubre de 1996, p. A2.

En consecuencia, en el marco del moderno Estado de Derecho, dar eficacia retroactiva a una norma legal es inconstitucional, a menos que favorezca al reo, trabajador o contribuyente, según los artículos 22°-6, 74° y 103° de la Constitución, ya señalados. Más aún, ya desde el siglo pasado había conciencia en la doctrina jurídica acerca de los límites a la ley interpretativa retroactiva, en virtud de la cual se señalaba que “la eficacia retroactiva de las leyes interpretativas tampoco pueden extenderse a las relaciones jurídicas perfeccionadas y finalizadas mediante transacción o sentencia”²⁵⁹. En efecto, la retroactividad de la ley ha sido una práctica frecuente en la etapa pre-democrática del Estado de Derecho o en las épocas revolucionarias, que se justificaron en nombre de la justicia. Pero, en cualquier caso, queda claro que estas leyes son producto del arbitrio del legislador, materia indiscutible en el siglo XIX, ya que existía la firme idea de que el Parlamento era el primer poder del Estado. Sin embargo, el proceso de desarrollo socio-económico y político de inicios del siglo XX, llevó a una racionalización del poder y a una afirmación de la confianza ciudadana en el gobierno²⁶⁰, mediante la prohibición o restricción de la omnímoda voluntad del legislador.

De allí que siempre la retroactividad de las leyes interpretativas no sólo tenían límites, sino también supuestos imposibles, como desconocer los efectos de las relaciones jurídicas consumadas o acabadas con anterioridad²⁶¹. Pero en el caso de la reelección de Fujimori, la mayoría parlamentaria dispuso en la Ley N° 26657, interpretativa del artículo 112° de la Constitución, que dicha norma legal se aplicase retroactivamente, contraviniendo tanto lo dispuesto expresamente en el artículo 103° de la Constitución, así como también, desconociendo que el Presidente Fujimori al haber sido reelecto en 1995 por cinco años más, ya había agotado el supuesto jurídico del artículo 112° de la Constitución.

Si bien es cierto que las leyes retroactivas son inmorales, porque destruyen la seguridad jurídica del pacto social²⁶², no es así si se establecen

259. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I..., *op. cit.*, p. 20; asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei...*, *op. cit.*, pp. 309 ss.

260. Vladimír Kubeš, *Theorie der Gesetzgebung*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1987, pp. 17 ss.; asimismo, Eloy García, *Legittimità e forma de governo: alcune considerazioni sul significato dell'ideologica nel regime democratico*, en Silvio Gambino, *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Repubblica di San Marino, Maggioli editore, 1997, pp. 111-132.

261. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 27 ss.; Etienne de Szászy, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie des droits privés)*, *op. cit.*, pp. 210-215; asimismo, Konrad Hellwig, *Grenzen der Rückwirkung*, en *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, pp. 25 ss.

262. Benjamín Constant, *Le Moniteur Universel*, 1 de junio de 1928, p. 755. En contrario, Ferdinand Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte*, 1861.

claramente las excepciones que el poder constituyente considere jurídicamente tutelables consensuadamente. Ello es así por el peligro que supone la aprobación de leyes retroactivas, por transitorias mayorías parlamentarias que pueden ir creando, de acuerdo a decisiones circunstanciales, su enraizamiento en el poder, en perjuicio de la oposición y de las minorías sociales, en definitiva vaciando de contenido el proceso de fortalecimiento de la democracia constitucional, que en términos generales se resume en el sistema de gobierno limitado²⁶³.

Entonces la licitud de la retroactividad de la ley sólo es válida a condición de que se aplique a los supuestos establecidos en la Constitución, de modo que es aplicable a la esfera del Derecho Público el viejo principio del *tempus regit actum*, en la medida que la Constitución no tiene efecto retroactivo salvo disposición en contrario de ésta, con lo que se establece una presunción *iuris tantum* sobre la irretroactividad de las leyes, que también alcanza directamente a los jueces como intérpretes de la norma²⁶⁴. Es decir, los legisladores y magistrados, en el ejercicio de la función legislativa y de la función jurisdiccional, podrán dar leyes o interpretarlas retroactivamente, respectivamente, para el reo, trabajador y contribuyente, respetando los siguientes criterios y límites:

- a. *Principio de legalidad*. El principio de legalidad es consustancial al Estado de Derecho y se expresa en la figura del imperio de la ley, el mismo que se encuentra subordinado al otro principio de la supremacía constitucional; en este sentido, la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de menor jerarquía, según establece el artículo 51° de la Constitución de 1993. Por ello, se ha dicho que “el Estado de Derecho será, pues, el imperio de la ley, la convivencia dentro de las leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales”²⁶⁵. Por lo tanto, la irretroactividad de la ley como regla, es una característica básica del principio de legalidad.

263. Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy...*, op. cit., pp. 3 ss.; Jon Elster, *Introduction to constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*, Cambridge University Press, 1988, pp. 2 ss.; asimismo, Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes...*, op. cit., pp. 150 ss.

264. C. F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I, op. cit., pp. 315 ss.; asimismo, Fritz Zunft, *Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, tomo 152, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1952, pp. 289 ss.

265. Eduardo García de Enterría, *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*,

- b. *Seguridad jurídica*. El principio de legalidad tiene su expresión más frecuente en la seguridad jurídica, según la cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Constitución de 1993, artículo 2º-24-a). Por ello se ha dicho que “el Estado de Derecho es lo opuesto al Estado de poder, es decir la reiterada contradicción de la *liberté de citoyen* con la *gloire de l'état*”²⁶⁶. De allí el preciso sentido que contiene el concepto de Estado de derecho burgués, de asegurar la libertad a través de la ley, mediante el principio de legalidad criminal (Beccaria, Feuerbach), en la fórmula *nullum crimen sine lege*; la misma que ha sido desarrollada ampliamente como un derecho fundamental: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Constitución de 1993, artículo 2º-24.d). Por ello, se dice que el principio de irretroactividad es expresión del valor seguridad jurídica, que tiene como contrapartida a los derechos adquiridos.
- c. *Derechos adquiridos*. La seguridad jurídica encuentra en la protección de los derechos de las personas, la consecuencia más idónea para el desarrollo de los derechos fundamentales. Si bien el legislador puede desde ya variar y actualizar la legislación en sentido retroactivo, la eficacia *ex-tunc* de la norma es sólo válida en cuanto sirva para ampliar los derechos fundamentales, en los casos excepcionales previstos en la norma constitucional –reo, trabajador y contribuyente–; sin embargo, también es del caso aplicar esta regla al juez constitucional, quien sólo podrá interpretar retroactivamente las normas que favorezcan a los sujetos específicamente tutelados en la Constitución²⁶⁷.

Si bien la Constitución de 1993 no usa la expresión derechos adquiridos²⁶⁸, estos quedan claramente establecidos en las siguientes disposiciones constitucionales: el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2º-1); ninguna relación laboral puede limitar el

en REDC, Año 4, N° 10, Madrid, CEC, 1984, p. 12; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en REDC N° 39, *op. cit.*, pp. 21 ss.

266. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, p. 130; asimismo, Max Imboden, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung...*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

267. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 301 ss. y 315 ss.; asimismo, Bernardette Droste-Lehnen, *Die authentische interpretation. Dogmengeschichtliche Entwicklung und aktuelle Bedeutung...*, *op. cit.*, pp. 301 ss.

268. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, 11 de octubre de 1996, p. A2.

ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, tienen carácter irrenunciables (artículo 22° y 26°-2); los contratos pactados válidamente según las normas vigentes del contrato, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores (artículo 62°, los tributos dictados en violación de los derechos fundamentales no surten efectos (artículo 74°); o que los jubilados mantienen el régimen de pensiones que obtuvieron a pesar de las modificaciones legales posteriores (Primera Disposición Final y Transitoria)²⁶⁹. Por ello, se puede decir que la irretroactividad de la ley es la otra cara de los derechos adquiridos.

- d. *Dignidad humana*. Los derechos fundamentales se fundan en el artículo de apertura de la Constitución y en la cláusula de los derechos implícitos, según los cuales se podría decir que la protección de los derechos fundamentales del artículo 2° de la Constitución, no excluye a los otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (artículos 1° y 3°). En ese sentido, una ley retroactiva supondría un ataque a la esencia de la dignidad humana y desde ya a la vieja autonomía de la voluntad²⁷⁰.

Como quiera que la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del *status quo* democrático y, en consecuencia, un punto de no retorno²⁷¹. Tenemos así entonces que, la no retroactividad de la ley, es la expresión de la eficacia del respeto a la dignidad humana, que “convierte al Diputado en agente fiduciario de los derechos fundamentales de los ciudadanos; en un sentido más profundo, está obligado a actuar en la realización de los derechos fundamentales de todos”²⁷². El principio de confianza –*Vertrauengrundsatz*– de los ciudadanos en la autoridad, está en función, pues, de que ésta respete la dignidad de la persona humana, evitando la arbitrariedad legislativa de dictar leyes con efectos retroactivos.

269. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposición transitoria del D.L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS...*, cit., p. 148812.

270. Ludwig Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, Elwert'sche Verlagbuchhandlung, 1889, pp. 17 ss., 56 ss. y 152 ss.

271. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 849-854.

272. Antonio López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia...*, op. cit., ponencia de Peter Häberle, sobre *El legislador de los derechos fundamentales*, p. 117; asimismo, Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 167 ss.

Aún cuando en la sentencia de la ley de la reelección presidencial, el Tribunal Constitucional hace sólo alusión al hecho que

sin cuestionar la potestad legislativa de interpretación que el Parlamento no Constituyente posee y ejercita al dictar leyes de desarrollo constitucional, es jurídicamente inaceptable que, utilizando este sistema, se pretenda alterar, con carácter retroactivo, reñido con el artículo 103° de la Constitución, y en beneficio de una situación concreta, no sólo el sentido de lo expresado en el artículo 112° de la Constitución...²⁷³.

En realidad, los magistrados no se pronunciaron acerca de la aplicación de la ley en el tiempo y sus efectos en materia de la ley de la reelección, a pesar del activismo judicial radical asumido al realizar el control difuso de esta ley, y que la demanda contra dicha ley se planteó vía el control abstracto de normas. El carácter nada pacífico de la posición asumida por el Tribunal Constitucional respecto a esta ley, esta estrechamente vinculada a la naturaleza política del caso, tema a continuación se plantea.

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS POLITICAL QUESTIONS

La doctrina de las *political questions* se origina en Estados Unidos, a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva o *prudente* impuso al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables, sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o *clásica* del activismo judicial, para la cual partiendo del caso Marbury vs. Madison, no hay disposiciones de la Constitución que estén exceptuadas del control constitucional; pero, como no podía ser de otra manera, también, existe una tercera corriente *funcional*, que trata de balancear ambos extremos estableciendo razones prácticas para su intervención²⁷⁴. Esta doctrina, en sus diferentes modalidades, ha tenido impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional²⁷⁵.

273. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *art. cit.*, p. 146046.

274. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1988, p. 96. En Inglaterra la situación es equivalente, ver Michael Zander, *The Law-Making Process*, Butterworths, London, 1994, pp. 312 ss.

275. Peter Häberle, *Kommentierte Vefassungsrechtsprechung...*, *op. cit.*, pp. 433-434 y p. 449; Cotta/Benda/Schambeck/Malinverni, *Richter und Politik. Giudice e Politica...*, *op. cit.*, pp. 71 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.

Esta doctrina de las *political questions* ha sido asumida, por vez primera, por la jurisprudencia constitucional peruana en la sentencia sobre el recurso de amparo de los ex-magistrados del Tribunal Constitucional, para obtener su reposición como se ve más adelante²⁷⁶. No obstante, antes estuvo presente de manera embrionaria en algunos casos difíciles. Como por ejemplo, la decisión judicial que asumió el Tribunal Constitucional en relación al Congreso, en materia de la ley de la reelección presidencial, que puso en evidencia los riesgos que tiene para la jurisdicción constitucional cuando intenta judicializar la política de manera absoluta, sobre todo, en un régimen presidencialista inclinado a ejercer el poder de manera total, sin otorgar un rol de participación real en las decisiones políticas fundamentales a la oposición política y a las minorías sociales. Es que en una democracia mínima, las instancias de control sólo son admitidas por el gobernante, en la medida que le sea funcional a sus propósitos²⁷⁷. Por eso, Fujimori ha dicho que “en Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema, y que sea el motor, el conductor [...] Yo no voy a estar al margen de ese proceso, obviamente, porque a mí me interesa que haya continuidad”²⁷⁸.

Si bien los poderes públicos son quienes tienen la tarea de establecer y ejecutar la agenda política, no es menos cierto que al Tribunal Constitucional le cabe controlar la constitucionalidad de las decisiones políticas hechas ley, a través del método jurídico, aunque éste no sea el método tradicional²⁷⁹. Pero en ese proceso político falto de consenso, como en el caso de las sentencias sobre la ley de la reelección presidencial, lo cierto es que el activismo judicial utilizado por unos magistrados y la autolimitación judicial de los otros, puso de manifiesto no sólo la crisis prematura de la propia justicia constitucional, sino también el profundo desencuentro entre el sistema político representativo y la opinión pública, a lo cual tampoco estuvo ajena la mayoría del Tribunal Constitucional²⁸⁰. En la medida que la ley reeleccionista

276. Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998.

277. Julián Santamaría, *La funcionalidad de la libre disidencia*, en *BICP*, N° 2, Madrid, 1969, pp. 138 ss.

278. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina...*, op. cit., p. 192.

279. Konrad Hesse, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JÖR* 46, 1998, pp. 8 ss.; Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 139; asimismo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 178 ss.

280. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 16 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 48 ss.

planteó en el Tribunal Constitucional, por un lado, una cuestión política – *political questions*– que convulsionó el delicado equilibrio judicial logrado con la elección de los magistrados constitucionales, a través de la conflictiva relación entre el derecho y la política²⁸¹, y por otro, mediante el debate de la cuestión de las fuentes o criterios de decisión, ante la insuficiencia del texto constitucional, para lograr la *minimizzazione del potere*²⁸².

Sin embargo, a partir de interpretar críticamente la cuestión política, es que se puede perfilar la posición del Tribunal Constitucional en relación al Congreso. Para lo cual cabe plantear no qué es una *political question*, sino cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*, sobre todo si se ve que la primera sentencia del Tribunal Constitucional en relación a la cuestión política, en relación al recurso de amparo interpuesto por los tres magistrados constitucionales destituidos por el Congreso, este fallo confirmó la destitución de sus excolegas, fundamentándose expresamente en el uso discrecional de la *political question*²⁸³. Si bien “la definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, por que la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”²⁸⁴.

Por otro lado, también es importante señalar, en la jurisprudencia comparada, el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1962, para establecer criterios que identificasen la llamada *political questions*. Así, en el caso *Baker versus Carr*²⁸⁵, el Tribunal Supremo sentenció que en todos los

281. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 108 ss.; Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *RDP*, 1928..., *art. cit.*, pp. 250-257; Peter Häberle, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, (Peter Häberle, editor)..., *op. cit.*, 1-45; asimismo, Philippa Strum, *The supreme court and “political questions” a study in judicial evasion...*, *op. cit.*, pp. 1-10.

282. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 975; Raoul Berger, *Government by judiciary*, Liberty Found, Indianapolis, 1997, pp. 332 ss.; John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 11-41; asimismo, Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 158.

283. Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998.

284. Philippa Strum, *The supreme court and “political questions” a study in judicial evasion...*, *op. cit.*, p. 1.

285. 369 U.S. 186, 217, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 (1962), en en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=\[body\]/hit_headings/words=4 hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=[body]/hit_headings/words=4 hits_only?)

casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions* se trataba:

a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una carencia de *standards* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, f) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales²⁸⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, sobre todo si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren, fue más bien una excepción, como quedó establecido a partir del Tribunal Burger²⁸⁷.

En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori* sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas²⁸⁸, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque en el marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos, así como en los límites y las posibilidades de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

286. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, *op. cit.*, pp. 299-315; Enrique Alonso García, *El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos*, en *REDC*, Vol. 1, N° 1, CEC, 1981, pp. 287-288; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, Buenos Aires, 1987, pp. 919-929. Para conocer el debate en Argentina, ver Ricardo Haro, *Las cuestiones políticas: Prudencia o evasión judicial?*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1, Derecho Constitucional..., *op. cit.*, pp. 333-362.

287. Enrique Alonso García, *El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos...*, *op. cit.*, pp. 290 ss. Los conflictos entre la judicatura y el gobierno son universales, ver Torstein Eckhoff, *The relationship between judicial and political branches of government*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo IV, Lawrence Friedman y Manfred Rehbinder (editores), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens (Sociology of the judicial process)*, Westdeutscher Verlag, 1976, pp. 18-22.

288. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen...*, *op. cit.*, pp. 7 ss.; del mismo autor, *Politische Theologie...*, *op. cit.*, pp. 25 ss.; asimismo, Kostas Chrissogonos, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlin, Ducker & Humblot, 1987, pp. 29 ss.

3.1 Tensión entre política y derecho

Más allá de las demoleadoras interrogantes respecto a los límites de la justicia, y su método para racionalizar la política planteadas por Schmitt en polémica con Kelsen²⁸⁹, es del caso señalar algunas características contemporáneas, que han cambiado los supuestos de la polémica sobre el control constitucional de la actividad legislativa del gobierno; pero que mantienen en esencia el problema fundamental de la justicia constitucional: *summum ius summa iniuria*, la lucha contra el abuso formalista de las leyes del Congreso²⁹⁰.

Si se entiende que la realidad política y económica sobre la cual actúa y se interrelacionan actualmente los poderes y organismos constitucionales, ha hecho que sus fronteras competenciales sean porosas. No es menos cierto que la crítica sobre el rol de los jueces (en épocas de profundos y rápidos cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos) es doble: por un lado, por su alejamiento de las demandas de la realidad social, y de otro, por su obsecuencia judicial a los cambios políticos al gobierno²⁹¹. Lo cual se ha puesto en evidencia en momentos de crisis nacionales o de guerras²⁹², cuando la justicia constitucional se ha convertido en una defensora del *status quo* constitucional, o ha asumido el programa político del poder en sus decisiones.

En efecto, la experiencia histórica constitucional comparada y nacional, enseña que frente a las decisiones políticas económicas en épocas de crisis o de guerra, el control de la justicia constitucional, por un lado, ha salido debilitado cuando se ha enfrentado con el poder muchas veces pegados al texto literal de la norma suprema y en otras interpretándola más allá de lo previsible. Como, también, por otro lado, los jueces han sabido adaptar un criterio jurisprudencial prudente frente a las cuestiones políticas²⁹³. Así, no

289. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, en *AÖR*, tomo 55, pp. 162-237. asimismo, Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, Band VI (1930/31)...., art. cit., pp. 575-628, en particular 590 ss.

290. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 125; asimismo, Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 150-151.

291. Joel Grossman y Richard Wells (editores), *Constitutional law and judicial policy making*, New York, Wily & Sons, 1972, pp. 14 ss.

292. Para conocer el rol del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante la Guerra Civil de Secesión, revisar Stanley Kutler, *Judicial power and reconstruction politics*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1968, pp. 7 ss. y 143 ss.

293. Bruce Ackermann, *We the people. Transformations*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1998, pp. 99-119 y 345-382; asimismo, Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court...*, op. cit., pp. 180 ss.

obstante la tradición, según la cual las *political questions* no eran justiciables, hubo decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en que se enfrentó (por cinco votos contra cuatro) al pronunciarse en contra del programa económico del *New Deal* del Presidente Roosevelt, que buscaba resolver el problema de la depresión económica con reformas sociales y un fuerte liderazgo democrático²⁹⁴.

En ese escenario de 30 casos federales, el Tribunal Supremo anuló 13 leyes entre 1934 y 1937, entre ellas las leyes de salario mínimo, de sindicación, de agricultura, de impuestos, de bancarrota municipal, industria de la construcción, etc. Por ello, se llegó a afirmar que “después de ese proceso político y legislativo, se ha añadido otra y más extrema e inflexible oposición, en la forma del control judicial de la política social, afirmando el *status quo*, que hace imposible llevar a cabo las tareas de orientación liberal”²⁹⁵.

Esta posición, motivó ciertamente a que el gobierno de Roosevelt —reelecto en 1936— respondiera políticamente con el *court-packing plan*, delimitando las competencias del Tribunal, cambiando el número de los jueces de nueve a quince magistrados —para nominar a los faltantes, cosa que finalmente no hizo— y estableciendo la jubilación forzosa a los setenta años²⁹⁶. Logró su objetivo hasta el punto que en 1941 sólo quedaba un juez de la época anterior a Roosevelt. De esta manera, se dio ingreso a una serie de jueces liberales, sensibles a las reformas económico-sociales del gobierno y al mandato popular, que acompañaron a la hasta entonces minoría liderada por los jueces Brandeis, Cardozo, Stone y Hughes²⁹⁷.

La crítica fundamental de esta experiencia es divergente: para unos, primero, que el Tribunal Supremo controló discrecionalmente y antidemocráticamente las medidas gubernamentales que respondían a un decisión polí-

294. Glendon Schubert, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make...*, op. cit., pp. 159 ss.; asimismo, Bruce Ackermann, *We the people. Transformations...*, op. cit., pp. 255 ss.

295. Robert Jakson, *The struggle for judicial supremacy. A study of a crisis in american power politics*, New York, Vintage Books, 1941, p. 320; asimismo, David O'Brien, *Constitutional law and politics*, volumen I, *Struggles for power and governmental accountability...*, op. cit., pp. 475-482.

296. Samuel Krislov, *The supreme court in the political process*, New York, MacMillan, pp. 85 ss.; John Schmidhauser, Larry Berg, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968*, New York, The Free Press, 1972, pp. 12 ss.

297. Benjamin Cardozo, *The nature of the judicial process...*, op. cit., pp. 142 ss.; Max Lerner, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court...*, op. cit., p. 61.; Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, op. cit., pp. 73 ss.; asimismo, Eugene Rostow, *The democratic character of judicial review*, en *HLR*, volume 66, 1952-1953, pp. 202 ss.

tica, violando la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, observación que venía desde antes²⁹⁸, y para otros, posteriormente, que el Tribunal aplicó un activismo judicial político —*judicial political activism*— perdiendo su independencia judicial al ser controlado por el gobierno²⁹⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo demostró que su rol judicial en una época de crisis y cambios estuvo más bien en función de la historia que del gobierno³⁰⁰, aunque posteriormente en etapas de estabilidad no siempre fuese así, como lo demostraría el Tribunal Burguer³⁰¹.

Otro caso significativo, en el Derecho Comparado, fue el rol que jugó el Tribunal Constitucional alemán en relación a algunas leyes y medidas económicas, durante la etapa de la reconstrucción económica, después de la segunda guerra mundial, cuando se plantearon cuestiones políticas “*politischer Fragen*”³⁰². En este proceso, caracterizado por el celoso restablecimiento de las instituciones democrático-constitucionales, se presentó el caso de la nulidad del artículo 2° de la Ley de Formación e Incremento de Precios —*Preisgesetz*— de 1948, que fue resuelta diez años más tarde por el Tribunal Constitucional³⁰³, en una discutida resolución³⁰⁴. Lo grave del caso era: por un lado, que de conformidad con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le correspondía anular una ley inconstitucional, con efectos *extunc*³⁰⁵, y que en base a dicha ley el gobierno había aplicado parte de su programa de reconstrucción económica, controlando los precios, alquileres, arriendos, tasas y remuneraciones para asegurar el consumo de bienes y

-
298. Felix Frankfurter y James Landis, *The business of the Supreme Court. A study of federal judicial system...*, pp. 310 ss.; Loren Peth, *Politics the Constitution and the Supreme Court. An introduction to the study of Constitutional Law*, New York, Perterson & Co. 1962, pp. 142 ss. Así, pues, para Merlo Pusey, *The supreme court crisis*, New York, Da Capo Press, 1973, pp. 40 ss., no existió en ese entonces realmente un mayor control judicial al gobierno que en otras épocas.
299. Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 261 ss.; asimismo, Frank Strong, *Judicial function in constitutional limitation of governmental power*, North Carolina, Carolina Academic Press, 1997, pp. 151 ss.
300. Edward Corwin, *Court over Constitution. A study of judicial review as an instrument of popular government*, New York, P. Smith, pp. 1950, pp. 168 ss. y 181 ss.
301. Enrique Alonso García, *El Tribunal Burger y la doctrina de las “political questions” en los Estados Unidos*, en *REDC*, Vol. 1, N° 1, *op. cit.*, pp. 287-299.
302. Friedrich Klein, *Bundesverfassungsgericht und richtliche beurteilung politischer Fragen*, Münster, Verlag Aschendorf, 1966, pp. 5-36.
303. *BverfGE*, 8, 274 (Ley de Precios).
304. Werner Weber, *Zur Gültigkeit des Preisgesetzes*, en *DÖV*, 1957, pp. 33 ss.; Fritz Gräber, *Zur Frage der Zustimmungsgesetze*, en *DÖV*, 1959, pp. 893 ss.; asimismo, Helmut Ridder, *Preisrecht ohne Boden*, en *AöR*, t. 87, 1962, pp. 311 ss.
305. Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *op. cit.*, § 76 ss.

servicios de toda la población, en virtud de los cual se habían celebrado y perfeccionado innumerables actos jurídicos. Es decir que había una práctica continua y uniforme de aceptar dicha norma hasta su impugnación, donde se puso en evidencia que era incompatible con la Constitución, a juicio de los magistrados constitucionales.

Sin embargo, el Tribunal logró hacer armonizar los preceptos constitucionales con la continuidad y seguridad jurídicas, gracias a una interpretación de la norma legal conforme a la Constitución³⁰⁶. El fallo expresó que la ley todavía era constitucional, interpretada restrictivamente y como regulación transitoria en una difícil situación económica y política; en vez de declararlo nula, que era lo más sencillo y quizás lo correcto formalmente. Pero no fue así, por el contrario, el Tribunal se abrió a la doctrina de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, en virtud de la cual, de diversas posibilidades de interpretación de la ley, sólo merece adoptar aquella que sea conciliable con la Constitución (ver Segunda parte, Cap. II, 3.3.); de modo que una ley sería nula sólo cuando materialmente fuese imposible de interpretarla conforme a las normas constitucionales. Esta fórmula estuvo inspirada precisamente en la jurisprudencia del *New Deal* norteamericano, expresada por el juez Brandeis en su *dissenting opinion* del caso *Ashwander versus Tennessee Valley Authority*³⁰⁷, bajo la fórmula de la presunción de la constitucionalidad de la leyes, como un principio jurídico fundamental que condicionaba la interpretación jurídica tradicional³⁰⁸.

En cuanto al caso peruano, se puede señalar que dada la crisis económica de finales de la década de los ochenta, caracterizada por la hiperinflación, la vertiginosa pérdida de valor de los salarios y el rapaz incremento del costo de vida, el Presidente Fujimori inició en 1990 un programa de reformas económicas neoliberales, mediante un *shock* económico, en base a las facultades legislativas que le otorgaba la Constitución de 1979 al Presidente. Es así que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, como ya se ha señalado (ver Parte I, Cap. III, 2) ejerció su rol de defensa constitucional, en particular como defensor del modelo constitucional del Estado social³⁰⁹, de-

306. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 132 ss.; Donald Kommers, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court, USA*, Sage Publications, 1976, pp. 69 ss.

307. 297 U.S. 288, 56 S.Ct 466, 80 L Ed. 688 (1936), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...wander++/doc/\[t16640\]/pageitems=\[body\]](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...wander++/doc/[t16640]/pageitems=[body]).

308. 297 U.S. 288, 56 S.Ct 466, 80 L Ed. 688 (1936), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...brandeis/doc/\[t16795\]/pageitems=\[body\]](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...brandeis/doc/[t16795]/pageitems=[body]).

309. César Landa, *El proceso de formación contemporánea del Estado peruano*, en AA.VV., *La Constitución diez años después...*, op. cit., pp. 56 ss.

clarando inconstitucionales tres decretos legislativos del Presidente –liberalización del precio del transporte público, restricción a la actividad de las empresas públicas, y empleados de la administración pública y limitación de las indemnizaciones de los trabajadores–, y una ley del Congreso, que también anulaba la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores públicos³¹⁰.

En este caso, el Tribunal asumió la defensa del *status quo* constitucional sin llegar a matizar sus decisiones a partir de concebir un rol no sólo de órgano judicial, sino también de órgano constitucional conciente de la incidencia directa de sus sentencias en el proceso económico y por ende político. Es cierto que los magistrados constitucionales adoptaron una postura de defensa del *statu quo* social que la Constitución consagraba, pero, aplicando, por un lado, estrechos criterios positivistas, y por otro, fundamentándose en un decisionismo social. Si bien desde el punto de vista gubernamental, lo claro era que el TGC había inconstitucionalizado algunas de sus normas laborales de liberalización básicas, sin importarle los argumentos o métodos jurídico-constitucionales, dando lugar a una respuesta política de Fujimori, que se plasmaría en la inconstitucional clausura del TGC, con el autogolpe de Estado de 1992³¹¹.

Clausura que se reproduciría parcialmente en 1996, con motivo de la destitución de tres magistrados constitucionales, pero esta vez por cuestionar una decisión política fundamental del gobierno, la ley de la reelección presidencial de Fujimori, en tanto que la declararon inconstitucional³¹². Por eso, es del caso apuntar que en esta oportunidad, el accionar del gobierno en contra de la jurisdicción constitucional, se debió a causas políticas antes que económicas, sin perjuicio de que el TC declaró inconstitucionales también algunas leyes económicas –inembargabilidad de los bienes del Estado, restricciones a las pensiones de jubilación y a la previsión social–³¹³; lo cual, no

310. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, 1995, pp. 80 ss.

311. AA.VV., *La democracia en cuestión*, Lima, Centro Norte Sur, Universidad de Miami, CPES, IEP, 1993, pp. 26-43; asimismo, Charles Kenney, *Por qué el autogolpe?*, en Fernando Tuesta (editor), *Los enigmas del poder...*, op. cit., p. 97.

312. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 115 ss.; asimismo, César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 245 ss.

313. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, que modifica el Art. 648° del Código Procesal Civil*, en *El Peruano*, 7 de marzo de 1997, pp. 147446 ss.; Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D.L. N° 25967, que modificó el goce de*

fue óbice para que la mayoría parlamentaria dictase, por ejemplo, la Ley N° 26756 que desconoció la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, en el caso de los bienes embargables del Estado³¹⁴.

Por ello, se puede decir que en esta segunda oportunidad el accionar del TC por un lado, agudizó su postura teleológica, pero, por otro, bajo una concepción positivista de la norma constitucional. En tal sentido, la reflexión fundamental para proceder al control constitucional de la ley de la reelección, se justificó en que: como había mayoría pero no llegaban a seis votos para declarar dicha ley inconstitucional, se podía pasar a realizar el control difuso de constitucionalidad, que demandaba solamente mayoría simple de votos, entre otras razones, que no cambian el *quid* fundamental del asunto jurídico-constitucional; es decir, el decisionismo propio de la interpretación positivista, que sustituye la voluntad del legislador por la voluntad del juez.

Pero, donde el Tribunal establece claramente su jurisprudencia sobre las *political questions* es en la sentencia que dicta sobre el recurso extraordinario interpuesto por los magistrados Revoredo, Rey y Aguirre contra la sentencia de la Corte Suprema, que denegó la acción de amparo contra la decisión del Congreso, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos. Pues bien, el Tribunal Constitucional señaló en dicha sentencia que

si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta trasgresión de dicho principio y por extensión de otros como

pensiones de jubilación que administraba el IPSS, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148807 ss., y; Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado*, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148813 ss.

314. Defensoría del Pueblo, *Resolución Defensorial N° 62-98/DP*, Lima, 26 de octubre de 1998, p. 9; publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de octubre de 1998.

el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional³¹⁵.

Al respecto, es destacable el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en un tema altamente sensible, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia comparada de la *political question*. Además, no es casual que quienes hayan utilizado la doctrina de la cuestión política sean los magistrados Acosta, García y Díaz, quienes se han caracterizado por emitir votos cargados de un positivismo legal y ahora de un positivismo político, bajo nuevos argumentos constitucionales. Pero, de la sentencia, es importante subrayar el argumento sostenido de que es justiciable en sede constitucional un acto privado del Congreso que viole la razonabilidad, el Estado democrático de Derecho, el debido proceso –material–, en la medida que el fallo establece un parámetro incipiente pero importante de control de los actos parlamentarios particulares. Sin embargo, es igualmente criticable que dicho criterio de control constitucional no lo hayan aplicado para evaluar si la decisión del Congreso se ajustó o no a los principios de razonabilidad, Estado de Derecho o debido proceso, por cuanto la línea argumental de la sentencia trasluce una defensa jurídica formal de la decisión política del Congreso, basándose como argumento concluyente en la ley, antes que en una interpretación material y concreta de los principios constitucionales que se aluden³¹⁶.

En ese sentido, se puede señalar que jurisdicción constitucional comparada –alemana y norteamericana– han sabido transitar con mayor creatividad y profundidad jurisprudencial los grandes desafíos del gobierno en épocas de crisis, aunque la primera de manera más accidentada que la segunda. Pero el éxito de esas transiciones judiciales, entre otras cosas, ha estado íntimamente vinculada a los criterios jurídicos razonables que han construido ante la insuficiencia normativa de la Constitución³¹⁷. Este proceso aún no realizado por el Tribunal Constitucional del Perú, muestra las posibilidades jurisprudenciales para establecer un test para casos difíciles o decisiones judiciales límite.

315. Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y, Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998, pp. 1221 y 1224-1225.

316. Angel Carrasco Perera, *El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional*, en *REDC*, Año 4, N° 11, Madrid, CEC, 1984, pp. 39-105.

317. Aharon Barak, *Judicial Discretion...*, *op. cit.*, pp. 222-233; asimismo, Donald Kommers, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.

32 Test y límites del control judicial

Los casos judiciales límite, por sus dificultades de resolución en base a una simple aplicación o interpretación tradicional de la Constitución, ya desde finales del siglo XIX han dado lugar a la incorporación de nuevas reglas o tests judiciales, que eran propios del Derecho Penal o del Derecho de Responsabilidad Civil, a fin de otorgar razonabilidad a las decisiones judiciales constitucionales límite³¹⁸. No obstante, en épocas de crisis y cambio social, también se ha escuchado radicales opiniones como la del juez Hughes (1907): “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, como también se ha sostenido la posición contraria del juez Harlan, quien en 1970 señaló en su voto concurrente y discrepante que “cuando el Tribunal no considera la expresa intención y concepción de los constituyentes, se ha invadido el campo de la política que tiene asignado el poder reformador la Constitución y, se ha violado los fundamentos constitucionales que es su más alto deber de proteger”³¹⁹.

Estas posiciones extremas sólo expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, basados fundamentalmente en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica directamente con la política, y, por otro, el positivismo judicial que usualmente fosiliza al Derecho alejándolo de la realidad³²⁰. Frente a estas dos formas de mentalidad judicial contrarias en sus fundamentos, pero convergentes en la instrumentalización de la Constitución, hay que oponer una teoría del control judicial basada en un pensamiento constitucional *posible*³²¹, que no pretenda poseer la verdad de la justicia constitucional, ni que considere banal su búsqueda. En ese sentido, “no debe olvidarse ni por un momento las consecuencias generales que el extremismo, de un lado, y la moderación, de otro, tienen sobre la vida social

318. James B. Thayer, *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, en *HLR*. Vol. VII, N° 3, 1893-1894, pp. 1129-156; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., *op. cit.*, p. 922.

319. 400 U.S. 112, 91 S.Ct 260, 27 L. Ed. 2d 272 (1970), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=[body]/hit_headings/words=4_hits_only?) (Caso Oregon versus Mitchell); Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The american constitution...*, *op. cit.*, pp. 1398 ss.; asimismo, Adolfo Pliner, *Pueden los jueces argentinos declarar de oficio la inconstitucionalidad de la leyes?*, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, pp. 93 ss.

320. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, p. 209 ss.; asimismo, Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 237 ss.

321. Peter Häberle, *Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *AÖR* 102 (1977), pp. 29 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 16 ss.

[...] La cuestión, bien entendida, es saber si las ciencias sociales no deberían empeñarse en la búsqueda de soluciones sensatas a los problemas sociales y si la moderación no será más razonable que el extremismo³²².

Corresponde, pues, recuperar el viejo concepto de la *juris prudentia*, frente a la *scientia juris*, en tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a los contenidos constitucionales; frente a la segunda que encuentra en la racionalidad formal el único camino para la comprensión de la Constitución. Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio de verdadero/falso, de manera excluyente de acuerdo a la lógica excluyente del *aut-aut* o “dentro o fuera”; la *juris prudentia* busca más bien acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que contemporáneamente se denomina, como *razonabilidad*³²³.

Ello se hace imprescindible ante la insuficiencia normativa del texto constitucional y la responsabilidad de la justicia constitucional de controlar la constitucionalidad de los actos del legislador, unas veces más sutiles y otras veces más groseros. Por ello se requiere partir de concebir no sólo el carácter normativo de la Constitución, sino también el sistema de valores que dan validez a la misma. Esto lleva a crear parámetros constitucionales de interpretación para la norma legal impugnada, a partir de construir el marco valorativo que fundamenta a la Constitución, dado el carácter abierto del texto constitucional, en función del cual los magistrados deberían aplicar la norma constitucional a la ley cuestionada³²⁴. Si este hubiera sido el modelo de argumentación a seguir en el caso de la ley de la interpretación auténtica del Art. 112° de la Constitución de 1993, se hubiese sucitado una mayor defensa de la sentencia dictada, a pesar de su carácter altamente político.

En ese sentido, tanto el texto normativo como el sistema de valores en que se basa la Constitución, constituyen la norma jurídica suprema que tiene carácter vinculante para los poderes públicos, instituciones y ciudadanos, en consecuencia, es inmune a las normas jurídicas y decisiones políticas que de ella se derivan. Esta supremacía constitucional, sin embargo, tiene matices

322. Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte...*, op. cit., p. 73; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 14-15.

323. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 49; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 108-129; Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law...*, op. cit., pp. 106-107; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución...*, op. cit., pp. 203 ss.

324. Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., pp. 850 ss.; asimismo, Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 100 ss.

y distinciones, dada la amplia textura normativa constitucional, que va desde el preámbulo hasta las declaraciones finales, pasando en lo sustantivo por normas de principios, derechos, garantías, así como por normas orgánicas y competenciales³²⁵.

Por ello, si bien el ámbito de control de la justicia constitucional es toda la Constitución y se concreta en la forma de declaración de inconstitucionalidad de una ley, la argumentación de la interpretación constitucional (ver Parte II, Cap. II, 3.), debe obedecer a criterios y grados de intensidad del control constitucional más amplios, en función de la naturaleza de la ley –general o singular–, alcances de la ley –regulatoria, interpretativa, dispositiva, etc.–, así como al grado de confianza o desconfianza con que cuenta el legislador³²⁶.

Sin embargo, esta forma de control constitucional tiene límites funcionales para no traspasar el principio de división y balance de poderes:

- a. *La autorrestricción judicial.* En democracias estables el *self-restraint* es la regla para asumir los procesos constitucionales con un abierto contenido político³²⁷. Pero, este límite no debe ser rígido, sino que depende de la naturaleza del proceso concreto; en todo caso, se debe recordar siempre que el Tribunal Constitucional es un organismo constitucional del Estado, que contribuye con su jurisprudencia al desarrollo social del país. En esta medida la justicia constitucional juega un rol político, dado el impacto de sus decisiones constitucionales en los procesos político, económico y social, por ello resulta impropio plantear la despolitización –*Entpolitisierung*– de las resoluciones de la justicia constitucional, ya que éstas tendrán vigencia real sólo cuando hayan adquirido autoridad jurídica –*auctoritas*– y aprobación social –*potestas*–.

En este sentido, para resolver idóneamente un conflicto político, no se necesita de una sentencia igualmente política sino jurídica, porque en lugar de controlar la vigencia de la Constitución, los jueces constitucio-

325. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, *op. cit.*, pp. 842 s.; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, *op. cit.*, pp. 68 ss.

326. Kurt Eichenberger, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, en *VVRDStRL* 40, 1982, pp. 13 ss.; asimismo, Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 851 ss.

327. Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 ss. y 171 ss.; Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en Peter Häberle y Alexander Hollerbach (editores), *Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften*, Tübingen, C.F. Müller, 1984, pp. 311-322; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, *op. cit.*, pp. 42-54.

nales estarían convirtiéndose en dueños de la misma³²⁸. Por eso, en principio, cuando no haya disposiciones constitucionales acerca de la discreción de los jueces, ni límites de lo justiciable, que previamente establezcan normas concretas y vinculantes que limiten a la jurisdicción constitucional, en casos políticamente álgidos, cabe plantear la problemática de los alcances del control de la jurisdicción constitucional en un determinado proceso, a partir de la autolimitación judicial —*judicial self-restraint*— como regla general³²⁹.

Sin embargo, en gobiernos con democracias e instituciones débiles,

las normas constitucionales no puede ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la interpretación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley³³⁰.

En ese entendido, la regla general no es fija sino variable, va desde la autorrestricción judicial hasta el activismo judicial, en función de la naturaleza del caso político y las circunstancias sociales que rodean al mismo. Así, pues, la experiencia de la jurisprudencia norteamericana, alemana y austriaca, muestra que la jurisdicción constitucional en esos países ha sabido mantener y asegurar su legitimidad gracias al *self-restraint*³³¹, pero que ha podido avanzar y coadyuvar al desarrollo social de sus sociedades, gracias al *judicial activism*³³². Por eso, es importante establecer un balance entre ambos sistemas, tendiente al ejercicio de un activismo judicial moderado, en etapas de democracias mínimas como la que se atraviesa en el Perú (ver Parte I, Cap. V, 4.1., c.).

328. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 842; asimismo, Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 117 ss.

329. Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., pp. 313 ss.; asimismo, Raoul Berger, *Government by judiciary...*, op. cit., pp. 466 ss.

330. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 843; asimismo, Ronald Dworkin, *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution...*, op. cit., pp. 265 ss.

331. Kurt Heller, *Judicial self restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes*, en *ÖsterrZöfR* 39, 1988, pp. 89-136; asimismo, Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, op. cit., pp. 133-144.

- b. *Los derechos fundamentales.* Los derechos constituyen límites materiales que no pueden ser sobrepasados por el Tribunal Constitucional en su apreciación de las causas políticas. En la medida que son expresión de una estructura valorativa en la que se funda el pacto constitucional. Este *ethos político* democrático, se basa en los principios de la voluntad popular y del respeto a la libertad, como elementos constitutivos de la comunidad política³³³. En la medida que estos valores fundamentales se transforman en principios constitucionales, adquieren contenidos jurídicos no menos vinculantes, así, se transforma el valor libertad en los derechos de la libertad y la voluntad popular en una forma de gobierno democrática, los mismos que irán asumiendo atributos normativos, en función del desarrollo legislativo del legislador y del control judicial que de él haga la justicia constitucional³³⁴.

Como es de entender, la interpretación de conceptos como igualdad, dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, Estado social, bien común, bienestar, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos, en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada. Lo que no quiere decir que objetivamente todos sean válidos a la vez, sino que tienen una validez funcional, en cuanto a que el juez constitucional debe asumir una interpretación de las posibles como válida constitucionalmente, la misma que podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos³³⁵. Claro está que esa función pacificadora sólo se logrará cuando sus resoluciones sean acatadas por el legislador y la opinión pública asiente sus decisiones. Ello es factible, siempre que el Tribunal Constitucional ejerza un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable³³⁶.

-
332. Stephan Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System...*, op. cit., pp. 10 ss. y 299 ss.; Arthur Goldberg, *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court...*, op. cit., pp. 67 ss.; Philip Kurland, *Politics the constitution and the Warren court...*, op. cit., pp. 191 ss.; John Schmidhauser, Larry Berg, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968...*, op. cit., pp. 17 ss.
333. Carl Friedrich, *La democracia como forma política y forma de vida...*, op. cit., p. 104; asimismo, Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 807-811; asimismo, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 957 ss.
334. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte...*, op. cit., pp. 130 ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 86 ss.
335. Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 314.
336. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...* op. cit., p. 37; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 30 ss.; asimismo, Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., pp. 277 ss. y 302 ss.

Es ilustrativo destacar que la justicia constitucional comparada ha desarrollado y establecido límites al control constitucional, mediante la concretización de los valores constitucionales y la creación de ciertas técnicas, para la tutela de los derechos fundamentales –*Wertjurisprudenz*–³³⁷ o la supervaloración de los derechos personales sobre los derechos patrimoniales –*preferred freedoms*–³³⁸. Lo que ha dado lugar a un gran desarrollo de los derechos fundamentales y, por ende, de la justicia constitucional. Proceso en el cual se han establecido como reglas básicas: la presunción de constitucionalidad de una ley, evitando declararlas nulas y previniendo las consecuencias de sus fallos, así como, el respeto a las valoraciones, pronósticos y fines políticos que establece el legislador en la ley³³⁹.

- c. *Libre configuración de la ley por el legislador.* Que el Tribunal Constitucional asuma una cuota de definición de los asuntos de interés público, mediante el control jurídico de las decisiones políticas del poder, no significa que intervengan en la esfera reservada del legislador de hacer de la ley un instrumento de dirección política –*politische Führungsinstrument*–³⁴⁰, como tampoco asumir una posición subordinada al legislador sin posibilidad de reorientar su actividad legislativa. En la medida que el principio de la división clásica de poderes, propio de época del Parlamento, primer poder del Estado, ha cedido paso hacia el principio del gobierno mixto³⁴¹, de control y balance de poderes³⁴², por que “tan

337. *BverfGE* 6, 32; *BverfGE*, 7, 198; *BverfGE* 27, 1, 6.; *BverfGE* 35, 79, 114; 34, 269, 280, y; *BverfGE* 35, 57, 65; 21, 362, 372.

338. 304 U.S. 144 (1938), nota 4; (United States versus Carolene Products Co.), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=[body]/hit_headings/words=4_hits_only?); asimismo, 323 U.S. 516 (1945), caso Thomas versus Collins, en Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The american constitution...*, op. cit., pp. 828, 851 y 1082.

339. Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., p. 854 ss.; asimismo, Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 845-849.

340. Thomas Ellwein, Alex Görlitz y Andreas Schröder, *Parlament und Verwaltung*, tomo 1, *Gesetzgebung und politische Kontrolle*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1967, pp. 24 ss. y 57 ss.; asimismo, Friedrich Schäfer, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, Grote, 1980, pp. 10 ss.

341. Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 315; M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 71 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en *REDC* N° 17, 1986, op. cit., p. 33.

342. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, *RDP*, 1928, art. cit., p. 225; Carl Friedrich, *Constitutional government and politics*, London, Harper & Brothers publishers, 1937, pp. 144 ss.; asimismo, Herman Finer, *The theory and practice of modern government*, London, Methuen & Co., 1961, pp. 94 ss.

sólo en un sistema equilibrado de controles recíprocos puede equilibrar, sin peligro de la libertad, a un poder legislativo fuerte, un poder ejecutivo fuerte, y un poder judicial fuerte³⁴³.

La determinación del contenido de la ley, es una competencia positiva que la decide el legislador bajo criterios constitucionales, materia propia de la reserva de la ley, como instrumento de la formación de la voluntad política³⁴⁴; pero, el control constitucional de dicha ley, es materia de legislación negativa del juez constitucional, siempre que haya vulnerado los parámetros constitucionales justiciables³⁴⁵. Al respecto, es del caso, dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, en la medida que entre ambas hay un baremos de posibilidades de actuación judicial, que son las que otorgan sentido real a la posición del Tribunal Constitucional frente a su rol de control constitucional. La Constitución sigue siendo una norma jurídica suprema que hace justiciable a la ley³⁴⁶, más aún, en tiempos en que ley no es toda decisión política que adopta el Parlamento, como tampoco sentencia no es toda resolución que adopta el Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, si la ley del Congreso ya no es —como regla—, una norma general, abstracta e intemporal sino, por el contrario, particular, concreta y temporal, no es razonable que se excluya a la justicia constitucional de realizar el control de las mismas, en función de una concepción formal de la justicia —*justizförmig*—; por cuanto, muchas veces, esas leyes singulares presuponen una decisión específica ya adoptada por el legislador, cuando les corresponden a las jurisdicciones comunes o especializadas decidir judicialmente. Con ello, se plantea el problema de que los jueces del Tribunal Constitucional ya no pueden asumir un rol tradicional de jueces objetivos y dependientes exclusivamente de la ley general, sino que deben convertirse en magistrados controladores precisamente de las leyes, en tanto portavoces de la Constitución³⁴⁷.

343. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 613.

344. Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (editores), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis...*, op. cit., pp. 993 ss.; Friedrich Schäfer, *Verfassungsgerichtbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung...*, op. cit., pp. 21 ss.; asimismo, ver Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, op. cit., p. 319, para quien “el poder judicial no puede juzgar los propósitos o motivos del legislador”.

345. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, Band VI (1930/31) ..., art. cit., pp. 587 ss.

346. Peter Badura y Joseph Kaiser, *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, Köln, Wirtschaftsverlag 1987, pp. 12 ss.

347. Charles Warren, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Brown, Boston, 1935, pp. 54 ss.; asimismo, Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States*, New York, 1913, pp. 100 ss.

Ahora, los actos legislativos presentan características propias que el juez constitucional no puede soslayar o confundir, así, “el legislador dispone de una libertad de apreciación de la realidad —si una medida es “idónea” para alcanzar un fin determinado o qué medida, entre varias posibles, es la “necesaria” (el problema del pronóstico)— que para distinguirla de la libertad de configuración debería denominarse “prerrogativa de estimación” (*Einschätzungsprärogative*)”³⁴⁸. Por ello, si bien en principio el acto de la configuración del contenido de la decisión normativo-constitucional de la ley, en tanto opción política, no es materia de control constitucional; sí lo sería en la medida que esa opción política obstruya los valores democráticos en que se basa la Constitución, como el pluralismo y la tolerancia políticas, así como los derechos fundamentales y el debido proceso legal. Es decir, la jurisdicción constitucional ante una *political question*, deberá procurar limpiar los canales de participación de las minorías, y del cambio social, ante el constante peligro del poder omnímodo de las mayorías³⁴⁹.

Porque si se acepta que la Constitución contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción constitucional, se estaría consagrando que junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional y a libre arbitrio del poder mayoritario de turno; por ello, no sin cierto valor pragmático se ha señalado que si bien es inadmisibles la elaboración judicial de las leyes —*judicial lawmaking*—³⁵⁰, esta es menos peligrosa que la legislativa, en la medida que puede ser revertida mediante la legislación o incluso la reforma constitucional. Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas leyes por ser una *political question*, en base a las imperfeccio-

States. Its foundation, method and achievements: an interpretation New York, Columbia University Press, pp. 1937, p. 242.

348. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, *op. cit.*, p. 51, también p. 55; asimismo, Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, *op. cit.*, p. 851.
349. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 105 ss.; Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *RDP*, 1928..., *art. cit.*, pp. 252 y ss.; Pedro Cruz Villalón, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, en *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coloquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra editora, 1995, p. 87; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987, *art. cit.*, p. 924.
350. Lord Devlin, *Judges and lawmakers*, en *The Modern Law Review*, Volume 39, N° 1, 1976, pp. 5 ss.; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987, *op. cit.*, p. 927.

nes de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder, que son valores fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo³⁵¹.

Por eso, en todo caso, es al Tribunal Constitucional y no al Congreso, a quien le corresponde decidir el alcance o densidad del control judicial de una cuestión política³⁵², a través del desarrollo de los principios y técnicas de interpretación constitucional, con lo cual se evita que frente al abuso parlamentario, se instale el abuso judicial. Lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces*³⁵³, sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones ante ningún poder público. Esta situación ha levantado voces preguntando legítimamente *quo vadis?*, y *qui custodet custodes?*³⁵⁴.

No hay una única solución a ese real peligro, pero definitivamente que una cuidadosa selección de los magistrados³⁵⁵, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitu-

-
351. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 627-629; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 929 ss.; Angel Carrasco Perera, *El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional*, en *REDC*, Año 4, N° 11, 1984, art. cit., pp. 79 ss.; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., op. cit., pp. 908-909.
352. Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, op. cit., pp. 86 ss. y 108 ss.; asimismo, Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court...*, op. cit., pp. 50 ss.
353. Edouard Lambert, *Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois...*, op. cit., pp. 220-236.
354. Jopsef Isensee, *Bundesverfassungsgericht - quo vadis?*, en *JZ* 22, 1996, pp. 1085 ss.; 51, Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, op. cit., pp. 62 ss.; asimismo, Christopher Wolfe, *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law...*, op. cit., pp. 1-11; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *La igualdad en la aplicación de la ley*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 152 ss.
355. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., pp. 82 ss.; asimismo, Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.

cionales³⁵⁶. Demás esta decir que la responsabilidad judicial también se va perfilando en las continuas y permanentes relaciones de cooperación con los demás poderes³⁵⁷. Sin embargo, los argumentos desarrollados para la actuación de la jurisdicción constitucional con el Poder Ejecutivo o el Parlamento, encuentra un espejo con la justicia ordinaria, con quien se plantean también problemas sustanciales de poder, pero en términos judiciales, que a continuación se analizan.

356. Ulrich Scheuner, *Verantwortung und kontrolle in der Demokratischen Verfassungsordnung*, en *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, (Th. Ritterspach y W. Geiger), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 379 ss.; asimismo del autor: *Die Kontrolle der Saamacht im demokratischen Staat...*, *op. cit.*, p. 78; Otto Kimminich, *Estado de Derecho, democracia, Constitución*, en *Universitas*, Vol. XXVI, N° 1, 1988, p. 1.

357. Deborah Barrow y Thomas Walker, *A court divided, The fifth courts of appeals and the politics of judicial reform*, New Haven-London, Yale University Press, 1988, pp. 248 ss.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL

La incorporación de la justicia constitucional en el Perú no ha sido un proceso pacífico, debido a que se ha insertado en una democracia mínima, más aún con un régimen presidencialista corporativo como el gobierno de Fujimori. Por eso, los ensayos de control constitucional de las leyes, referidas a decisiones políticas, en materia del programa económico y de reelección presidencial, han producido radicales y profundas respuestas del poder contra la justicia constitucional, como fue la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales perpetrada por el Poder Ejecutivo en 1992, y la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso en 1997.

Estas decisiones han puesto en evidencia tanto la agresiva renuencia del Presidente y del Congreso a ser controlados, como el conflicto interior que se presentó en el Tribunal Constitucional entre los magistrados en pro de un activismo judicial y en pro de una autorrestricción judicial. Situación que se ha visto atizada por el desafío que el Poder Judicial ha hecho al Tribunal Constitucional, en relación a dos importantes resoluciones de la jurisdicción constitucional; nos referimos a la revisión y contradicción en sede judicial ordinaria de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Bolsa de Trabajo³⁵⁸, y a la declaración de inaplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración de inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial³⁵⁹.

La creatividad de estas resoluciones del Poder Judicial, en contra de los fallos de la justicia constitucional, resultan sorprendentes dada la tradicional mediocridad de sus fallos³⁶⁰. Esto se explica porque los magistrados están

358. Corte Superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo en la Construcción Civil*, Lima, mimeo, 1991.

359. Sala Constitucional de la Corte Suprema, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 321-97*, Lima, 30 de diciembre de 1997.

360. Montesquieu, *L'Esprit de Lois...*, *op. cit.*, Libro VI, Capítulo III y Libro XX, Capítulo XIII; asimismo, Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en *REDC* N° 17, 1986, *art. cit.*, p. 22.

totalmente seducidos por el positivismo jurídico, y encuentran inaceptable cualquier innovación democrática que les lleve a trascender las decisiones legislativas, establecidas por el legislador. Por ello, se puede decir que,

esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos. Esta es una de las razones más importantes del porqué se crearon tribunales administrativos especiales en el siglo XIX, y tribunales constitucionales especiales en nuestro siglo, para cumplir este papel. Hoy en día, los jueces administrativos de Europa, más aún los constitucionales, se parecen mucho más a los jueces federales americanos que a los jueces civiles ordinarios³⁶¹.

Esta crítica universal a la judicatura tradicionalista es plenamente asimilable a la realidad judicial del Perú, pero con un agravante para el respeto de los derechos y libertades ciudadanas, por cuanto, “no hay libertad, si el poder de juzgar no esta separado del poder legislativo y ejecutivo. Si él estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario”³⁶².

En ese entendido, los casos judiciales que se van a tratar vislumbran el término de la vinculación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como una relación de poder traslativa; es decir, así como el Congreso ha quebrado en reiteradas oportunidades la reserva de jurisdicción, mediante la intervención legislativa en procesos judiciales en curso, así, también el Poder Judicial ha desconocido sentencias constitucionales, rompiendo la reserva de la jurisdicción constitucional. La diferencia de que las intromisiones del Congreso en el Poder Judicial, basado en la ley, en estos casos constitucionales, es que se ha hecho con el mismo instrumento: una sentencia.

Lo cual pone a discusión varios temas: si el Tribunal Constitucional realmente es el supremo intérprete de la Constitución o, por el contrario, ¿el Poder Judicial también puede disputar esa atribución de declarar en última instancia la verdad constitucional? Si el Poder Judicial tiene la función de inaplicar leyes inconstitucionales, entonces ¿cómo se pueden evitar o resolver los conflictos entre ambas jurisdicciones? Si el Poder Judicial también comparte la función del control constitucional de la leyes, ¿acaso los jueces

361. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, 1986, art. cit., p. 23; Dominique Charvet, *Crisis de la justicia, crisis del Estado?*, en la obra colectiva, *Crisis del Estado*, Barcelona, Fontanella, 1977, pp. 300.

362. Montesquieu, *L'Esprit de Lois...*, op. cit., Libro XI, Capítulo VI, p. 129.

se encuentran preparados jurídica e institucionalmente para ejercer una tarea fiscalizadora que va más allá de la aplicación del método jurídico?

En ese marco se va a delimitar la posición constitucional del Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial. Propósito que sólo puede ser analizado desde una perspectiva analítica del estado de la administración de justicia, así como también desde un estudio concreto de los conflictos judiciales producidos entre ambas jurisdicciones; a partir de lo cual y desde una perspectiva del derecho constitucional y judicial³⁶³ se trata de articular constitucionalmente a ambas jurisdicciones, en aras de la legitimidad constitucional de las sentencias que resuelvan tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial sobre derechos y libertades, no obstante los límites de la intervención de los poderes públicos y privados³⁶⁴.

1. CRISIS DEL PODER JUDICIAL

La falta de legitimidad del Poder Judicial es uno de los efectos más constantes de la crisis de la justicia en el Perú, que refleja la crisis del Estado de Derecho; fenómeno que tiene una importancia básica para entender en toda su dimensión las posibilidades y límites de la relación de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional. En ese sentido, cabe hacer un breve planteamiento de la cuestión partiendo de la realidad judicial contemporánea, para luego explicar cómo es que no se ha logrado judicializar la política, sino por el contrario que se ha terminado politizando la justicia.

1.1 Ilegitimidad del quehacer judicial

Sobre el Poder Judicial se coincide, en todas las épocas, en la crítica frontal a la falta de justicia y de calidad de su función jurisdiccional³⁶⁵, debido

363. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, pp. 63-100; Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1982, pp. 35-67.

364. Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1433-1456; y Miguel Aparicio Pérez, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Any LXXXII, N° 4, Barcelona, 1983, pp. 141-172.

365. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, IDL, 1994; Javier de Belaunde, y otros, *Poder Judicial y democracia*, Lima, CAJ-CLJA, 1991, pp. 21-58; Juan Monroy, *El Poder Judicial a 10 años de vigencia de la Constitución de 1979*, Lima, 1990; José Martín Pallín, *Perú: La Independencia del*

a su falta de independencia del poder político, grupos económicos y hoy en día del poder militar, así como por la falta de legitimidad ciudadana, expresada en la insensibilidad social y sobre todo la corrupción³⁶⁶. Junto a ello, la inadecuación de los códigos sustantivos y procesales a la realidad, los improvisados sistemas de trabajo judiciales y la carencia de estabilidad de los magistrados. constituyen características propias de la ilegitimidad del tercer poder del Estado³⁶⁷

Es así que una de las razones autojustificadoras del golpe de Estado de Fujimori de 1992, fue el estado de la administración de justicia “ganada por el sectarismo político, la venalidad y la irresponsabilidad cómplice [...] escándalo que permanentemente desprestigia a la democracia y a la ley”³⁶⁸. Sobre la base de estas ideas generales, técnicas y políticas, el gobierno ha ido realizando reformas a la administración judicial, las mismas que se pueden periodificar sucintamente en dos etapas:

a. *Destitución y nombramiento de jueces*. Dado el diagnóstico político generalizado del gobierno, con el autogolpe de Estado de 1992, se inicia una primera etapa de la reforma judicial, con la destitución mediante decretos leyes de los magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores del Poder Judicial, así como la destitución de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales y la clausura de este organismo judicial de control del poder, al igual que otras instituciones democráticas.

El gobierno de facto nombró directamente mediante decretos leyes a los nuevos magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores, justificándose en la necesidad de reformar la administración de justicia, acorde con los objetivos políticos de la reconstrucción nacional; que no eran otros que

Poder Judicial, informe para el CIJA-CIJ, Lima, 1989; Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, CEDSS, 1982, y; Domingo García Rada, *Memorias de un Juez*, Lima, Andina, 1978.

366. Revista *DEBATE*, *Encuesta del Poder*, Apoyo, Lima, julio-agosto, 1998, p. 39; asimismo, en el diario *La República*, del 11 de agosto de 1997, se dio a conocer un sondeo de Analistas y Consultores en el que el 78% de los encuestados no confía en el Poder Judicial, y sólo un 13% dio una respuesta afirmativa.

367. Desde una perspectiva gubernamental, José Dellepiani, *La reforma judicial en el Perú: una propuesta de modernización y reorganización del sistema de administración de justicia*, ponencia presentada al Seminario-Taller, “Reforma Judicial en el Perú: logros y retos. En busca de un plan de mediano plazo”, Academia de la Magistratura, Lima, 12-14 de marzo de 1996, separata; asimismo, Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*, auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Lima, 1994.

368. Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992*, en *La República*, Lima, 5 de junio de 1992, p. 5.

implementar la economía libre de mercado y luchar contra el terrorismo, soslayando en la práctica los problemas de corrupción y desde ya la falta de independencia del Poder Judicial. De ahí que voceros gubernamentales hayan señalado que “la subsistencia del sistema democrático, así como de las importantes reformas económicas introducidas por el presente gobierno, será inviable sin un sistema de administración de justicia eficiente que responda a las necesidades de una sociedad moderna...”³⁶⁹.

De acuerdo con esta ideología judicial moderna, la mayoría oficialista del Congreso Constituyente Democrático, incorporó en la Constitución de 1993 un conjunto de viejas y nuevas instituciones judiciales, entre las cuales destacan: Principios judiciales que consagran el debido proceso y la tutela judicial, el control judicial de las leyes, el reconocimiento de la justicia comunal, la elección de los jueces de primera instancia y de paz. Renovadas instituciones como la Corte Suprema, convertida en corte de casación; el Consejo Nacional de la Magistratura, encargado del nombramiento y sanción de los magistrados, entre otras. Estas disposiciones constitucionales gozaron en términos generales de críticas optimistas a favor de la mejora de la independencia del Poder Judicial³⁷⁰, en tanto las desvinculaban de otras instituciones constitucionales hegemónicas, como la reelección presidencial y el reforzamiento de la justicia militar.

Pero, previamente a la aprobación de la nueva Constitución, en marzo de 1993, el propio gobierno creó un Jurado de Honor de la Magistratura³⁷¹, integrada por destacados juristas –Manuel de la Puente, Fernando de Trazegnies, Jorge Ramírez, Miguel de Althaus y Guillermo Velaochaga–, que se encargaron de la revisión de los casos de los magistrados que habían sido cesados y de su reincorporación si era el caso, así como también de nombrar provisionalmente a magistrados en las vacantes. Pero, en febrero de 1994, la recientemente renovada Corte Suprema abdicó ante la justicia militar de su potestad de administrar justicia, contra un grupo paramilitar del ejército, argumentando que el secuestro, asesinato e incineración clandestina de los

369. Ministro de Justicia Ricardo Santa Gadea, *Introducción*, en Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú...*, op. cit., p. 9.

370. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993*, pp. 49-55, y, Javier de Belaunde, *Elección popular de jueces*, pp. 209-217, ambos en LTC N° 10, CAJ, Lima, 1994.

371. Ver las leyes constitucionales del 12 de marzo y 17 de diciembre de 1993 del Congreso Constituyente Democrático, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993...*, op. cit., pp. 238 ss. y 247 ss.

restos mortales de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, era un delito de función y no un delito de homicidio³⁷².

Pero este caso de abdicación del Poder Judicial, a favor del poder político y militar, fue simbólico de lo que en materia directamente jurisdiccional ocurriría: por lo general, los procesos judiciales continuaron realizándose con marcados índices de corrupción, así como de una clamorosa falta de respeto a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial de los ciudadanos. Al punto que una Comisión de Juristas extranjeros, sin duda alguna, pudo señalar que “los efectos prácticos de la *reorganización* del Poder Judicial y sus instituciones asociadas llevada a cabo por el Presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, cuando es juzada de acuerdo a los estándares aplicables, ha sido la grave erosión si no la eliminación de la independencia institucional de la justicia ordinaria”³⁷³. Ello demostró que no era suficiente un examen de juristas competentes en la valoración del quehacer jurisdiccional de los jueces.

b. *Modernización y dependencia judicial*. A partir de 1995, soslayando los problemas antes mencionados, el gobierno entra en una segunda etapa, a fin de realizar una “*verdadera reforma judicial*”. Para lo cual dicta la Ley N° 26623, que crea el Consejo de Coordinación Judicial y las secretarías técnicas en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, con potestades exorbitantes en materia de creación de juzgados, derecho a proponer proyectos de leyes, titularidad del pliego presupuestal, nombramiento de jueces provisionales, etc. El Presidente Fujimori designó al oficial de marina en retiro José Dellepiane, como jefe de la reforma judicial. Pero luego de un año, no sin razón, se señaló que “la concentración de los poderes para la reorganización del Poder Judicial en dos personas, una de ellas conocida por sus estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas, es un paso fuera del camino hacia la urgentemente necesaria independencia del Poder Judicial en el Perú”³⁷⁴.

En ese sentido, las exorbitantes competencias asignadas en la Ley N° 26623, fueron materia de impugnación del Colegio de Abogados de Arequipa, vía la acción de inconstitucionalidad de dicha ley ante el Tribunal Constitu-

372. APRODEH, *De la tierra brotó la verdad. Crimen e impunidad en el caso La Cantuta*, Lima, 1994, p. 72.

373. Comisión Internacional de Juristas, *Informe sobre la administración de justicia en el Perú...*, op. cit., pp. 79 ss.

374. Human Rights Watch/Americas, *Peru, presumption of guilty, human rights violations and the faceless courts in Peru*, Human Rights Watch, ISSN: 1077-6710, Washington 1996, p. 15.

cional, constituyendo la primera demanda de inconstitucionalidad que resolvió dicho tribunal como ya se ha mencionado. No obstante que cinco magistrados constitucionales, de los siete, opinaron que la ley era inconstitucional, tuvieron que suscribir un fallo declarando la constitucionalidad parcial de la norma, por mandato del artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debido a que dos magistrados identificados plenamente con el gobierno impidieron llegar a los seis votos para declarar la inconstitucionalidad de la mencionada ley³⁷⁵. De acuerdo, con este inconsistente sistema de votación establecido por la mayoría parlamentaria oficialista, en una votación para declarar inconstitucional una ley, los votos en mayoría pierden y los votos en minoría ganan³⁷⁶.

Esta ley institucionalizó la intervención del gobierno en la administración de justicia, sobre la base del proyecto de modernización de la administración de justicia, la misma que no modificó la inseguridad en el cargo de los jueces —removidos y reexaminados—, sino que más bien incrementó la inestabilidad de la carrera judicial. Así, según cifras oficiales, de los 1,473 jueces con que contaba el Poder Judicial en todo el país en 1997, sólo 403 (26%) eran titulares en sus cargos, es decir que los 1,070 jueces restantes eran suplentes (59%) y provisionales (15%). Más aún, de los 32 magistrados que integraban la Corte Suprema, 16 eran provisionales³⁷⁷.

Esta situación aún permanece, y significa que casi el 75% de los jueces del Perú se encuentran en una situación de inseguridad en el ejercicio de sus cargos, lo cual facilita la intervención política y la dependencia jurisdiccional activa o pasiva como regla, desde el más alto hasta el más bajo nivel de administración de justicia. Esta situación de inestabilidad judicial, se ha visto crispada debido a que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, tiene la facultad de nombrar y destituir jueces provisionales, sustituyendo esta atribución a un organismo constitucional como es el Consejo Nacional de la Magistratura. En este sentido, el CNM no ha podido nombrar a los magistrados respectivos de la Corte Suprema y otras instancias, debido a que la Academia Nacional de la Magistratura (ANM) encargada de capacitar a los magistrados para su posterior nombramiento, se alineó con la Comisión Ejecutiva y con el organismo constitucional del CNM, como así lo expresó el entonces director de la ANM “comprendo que el CNM se sienta incómodo por

375. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp.128 ss.

376. César Landa, *Balace del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, 1997, op. cit., pp. 251 ss.

377. José Dellepiane, *Reforma y modernización del poder judicial*, Poder Judicial, Lima, 1997, pp. 23 ss.

no poder efectuar sus nombramientos, pero las necesidades de la reforma de la Justicia son otras³⁷⁸. Por eso, se ha dicho con razón que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial “por un lado, demuestra un estricto celo y rigidez para nombrar magistrados titulares, pero por otro lado, gran facilidad y cierta informalidad para designar jueces provisionales y suplentes en las diferentes instancias jurisdiccionales que se viene creando como parte de la reforma³⁷⁹”.

De manera más clara, el Colegio de Abogados de Lima, también se pronunció en julio de 1997, señalando que:

En estos últimos meses el Perú ha presenciado una serie de hechos sumamente graves que, en su conjunto, implican una vulneración sistemática al Estado de Derecho, eje y sustento del sistema democrático [...]. Dentro de este contexto, el Poder Judicial y Ministerio Público, le sirve al grupo que nos gobierna, para que cuando sus actos arbitrarios y corruptos sean cuestionados mediante acciones de amparo, hábeas corpus o denuncias penales, los jueces y fiscales proclives y temerosos le concedan a dichos actos un ropaje de legalidad e inocencia según sea el caso, y en consecuencia se diluyan los cuestionamientos que realizan los medios de comunicación y la sociedad. Por ello es, que a este grupo le interesa que la mayoría de magistrados de país sean provisionales y no titulares, con la finalidad de manejarlos mejor...³⁸⁰.

Asimismo, el Presidente del gremio de los magistrados sostenía, en agosto de 1997, que el Poder Judicial está pasando por una de sus peores épocas. Y para superar dicha etapa propuso dejar sin efecto al Consejo de Coordinación para que sean los presidentes de las Salas Superiores, así como de la Corte Suprema, quienes se encargen del nombramiento de los magistrados³⁸¹.

Pero la Comisión Ejecutiva ha contado con el apoyo de algunos vocales al interior del Poder Judicial, que han hecho proselitismo con la reforma, como el ex presidente de la Corte Superior de Lima, logrando así que en agosto de 1997 los presidentes de las cortes superiores de justicia del país, se pronunciasen sobre la reforma del Poder Judicial:

378. Entrevista a Francisco Eguiguren, director de la Academia Nacional de la Magistratura, en *Expreso*, 13 de agosto de 1997.

379. Gorki Gonzales, *Jurisdicción y poder político en el Perú*, manuscrito de Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 41.

380. Declaración de José García, Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados, diario *La República*, 11 de agosto de 1997.

381. Declaración de José García Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados, diario *La República*, 11 de agosto de 1997.

La Reforma del Poder Judicial del Perú, forma parte de la Reforma del Sistema de Administración de Justicia, habiéndose constituido a la fecha en uno de los procesos modelo para los países en vías de desarrollo, cuyo grado de avance permite vislumbrar el logro cabal de sus objetivos en términos de seguridad jurídica, avance sustancial en la lucha contra la corrupción, previsibilidad y confiabilidad, como elementos sobre los cuales debe construirse el desarrollo nacional con paz y seguridad³⁸².

Tan distante de la realidad como de los logros, es la imagen de los vocales sobre la reforma, ya que en esta segunda etapa de la reforma judicial, la desconfianza de la opinión pública general y especializada es casi unánime, debido a que los actores judiciales: gremios de abogados, juristas, universidades y litigantes están excluidos de las decisiones fundamentales de la reforma, no obstante que dicha reforma les afecta directamente; lo cual se corresponde con la falta de consenso democrático en la acción gubernamental en general, permitiendo esta falta de transparencia e ineficacia en las decisiones de la reforma judicial³⁸³. Junto a ello, la sociedad percibe un deterioro de la justicia en el Perú, a partir de casos judiciales concretos de repercusión pública, que ponen en evidencia porque el Poder Judicial, desde hace varios años, sigue ocupando para la opinión pública, el primer lugar entre las instituciones más ineficientes y más corruptas del Perú³⁸⁴.

Es en abril de 1998 cuando se inicia el cierre de esta segunda etapa de la reforma judicial, debido a que el Congreso dicta la Ley N° 26933 que recortó las facultades fiscalizadoras sobre jueces y fiscales del Consejo Nacional de la Magistratura, precisamente, cuando había abierto una investigación a varios vocales supremos por el delito de prevaricato, al haber cambiado en el fallo el sentido de la votación, en el caso Novotec contra el Banco Central de Reserva. Estos vocales son los que en vía de una acción de amparo, en pro de la reelección presidencial de Fujimori para el año 2000, declararon fundada la demanda, pocos meses antes, como se estudia más adelante. Pues, bien, la inconstitucional y encubridora ley a favor de los vocales áulicos de la reelección presidencial, fue el motivo de la renuncia de los siete magistrados del CNM, encabezados por Parodi Remón, Roger Rodríguez y Carlos Montoya, entre otros.

382. Comunicado publicado en la mayoría de los diarios, el 14 de agosto de 1997.

383. Ver las opiniones de Roberto Mac Lean y García Belaunde, en el conversatorio *Reforma de la administración de justicia*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 185-208.

384. Revista *DEBATE*, *Encuesta del Poder*, julio-agosto, 1998, *art. cit.*, p. 39: asimismo, *La República*, 11 de agosto de 1997, *art. cit.*, donde se consigna que el 78% de los encuestados no confía en el Poder Judicial.

Este bochornoso episodio generó la suspensión y posterior cancelación del préstamo del Banco Mundial de 22,5 millones de dólares, que el Presidente Fujimori ya había suscrito pero que no se había desembolsado aún³⁸⁵. Esta decisión fue seguida por la posterior renuncia del artífice de la reforma judicial, el ex-marino Dellepiane, quien ya empezaba a entender que

la injerencia del poder político, sumada a la corrupción, destruye el concepto del equilibrio de justicia. Ambas cosas están presentes, y ese es el esquema que nos hace pensar inmediatamente en que lo que nosotros necesitamos como país es un juez de hierro [...] El parámetro de la justicia se encuentra diluido; por eso para que se pueda ejercer realmente la tutela jurisdiccional, necesitamos un sistema de justicia [...] Pero primero creo que el Congreso debería tener un gran debate alturado sobre el contenido de la Constitución y sus resultados. Habiéndose tramitado un año y ocho meses de la reforma administrativa, en lugar de hablar de reforma de la reforma, lo que tenemos que hacer es cambiar el tema hacia otro ámbito, y decir, vamos a cambiar la justicia en general³⁸⁶.

Entonces, el balance de la segunda etapa de la reforma judicial, se caracteriza por haber acentuado la intervención política del gobierno, a través de la llamada modernización y reorganización judicial, la misma que durante esta etapa fue sostenida por las entidades de crédito como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como, también, alentada por la cooperación técnica de los gobiernos de Estados Unidos, Japón, Reino Unido y las agencias gubernamentales y multilaterales de cooperación como el PNUD y la Unión Europea. Lamentablemente, todo este magnífico apoyo económico internacional sólo sirvió para “acentuar” la intervención política del gobierno en el Poder Judicial, lo que es lo mismo decir, para reforzar la dependencia del Poder Judicial a los intereses de la reelección del Presidente Fujimori y de la invulnerabilidad judicial de las Fuerzas Armadas, lo que ha llevado a la politización de la justicia.

385. Roberto Mac Lean, *La justicia cuesta abajo. A seis años de iniciada la reforma judicial los oficialistas en el Congreso de la República se han convertido en su peor enemigo*, en *Caretas* N° 1534, del 17/9/98, en <http://www.Caretas.com.pe>.

386. Declaraciones de José Dellepiane, *Cambiar la justicia en general*, en *La República*, edición del 8 de setiembre de 1997: asimismo, revisar Roberto Mac Lean, *Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia*, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México UNAM, 1997, pp. 333-357.

12 Politización de la justicia

No se puede dejar de reconocer que la jurisdicción constitucional es tributaria de la crisis de la justicia ordinaria —aún cuando el Tribunal Constitucional no sea un órgano del Poder Judicial—, en tanto ha sido creada como una alternativa al viejo sistema judicial, pero para aplicar el Derecho Constitucional, aunque de manera restringida. Por eso, durante la década de los noventa en el Perú, se ha vuelto a poner en evidencia en todo su dramatismo la crisis de la justicia ordinaria, debido a la repercusión en sede judicial de un nuevo fenómeno político: el agotamiento de la representatividad política³⁸⁷. En efecto, la crisis de legitimidad del estado de partidos, ha dejado de lado a la política como escenario de mediación “*cleavage*” de los conflictos sociales trascendentales del país, debido a que el sistema representativo y, en particular los partidos políticos democráticos, han perdido legitimidad en la opinión pública.

En este escenario, la resolución de los conflictos sociales se ha trasladado progresivamente de las cámaras políticas a las cortes de justicia, de lo cual no ha estado exenta la justicia ordinaria³⁸⁸. Produciéndose un proceso no deseado por los magistrados: la judicialización de la política, tema en el cual los jueces se ven obligados constitucionalmente a dictar sentencia y actuar como arbitros de conflictos de gran trascendencia política, muchas veces con mayor incidencia que las decisiones de la justicia constitucional; proceso en los cuales nunca han salido bien parados, debido a que asumen un mediocre rol de sometimiento a la legalidad, antes que al Derecho Constitucional. En ese sentido, se puede afirmar que los jueces no han llegado a domesticar judicialmente a la política, sino que por el contrario se ha producido un fenómeno inverso: la justicia se ha politizado, como nunca antes se había conocido³⁸⁹. En ese sentido, “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA señaló en su informe preliminar, luego de su reciente visita, que las comisiones ejecutivas del Poder Judicial y del Minis-

387. Domingo García Belaunde, *Representación y partidos políticos: el caso del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, 1995, op. cit., pp. 59 ss.

388. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, art. cit., pp. 11 ss.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El Parlamento y la representación política*, en Congreso de los Diputados, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, volumen I, Madrid, 1988, pp. 145 ss.

389. César Landa, *Independencia y reforma judicial en el Perú*, conferencia ofrecida dentro del programa *Rechtsstaatlichkeit, Justiz und Verfassungswirklichkeit in Peru*, Jugendzentrum, Nürnberg, 26 de marzo de 1998, mimeo, pp. 6.; Javier de Belaunde, en el conversatorio *Reforma de la administración de justicia*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 200-203.

terio Público resultaban interventoras y les restaban cierta autonomía a esas instituciones³⁹⁰.

También se pueden señalar algunos casos judiciales que constituyen una radiografía de la politización de la justicia en los cuales la mayoría parlamentaria ha intervenido en procesos judiciales en curso ante el Poder Judicial, mediante leyes dictadas arteralmente, violando no sólo la independencia del Poder Judicial, sino también el procedimiento parlamentario, sin ninguna consideración de la oposición parlamentaria y las minorías afectadas. Por ejemplo, en febrero de 1994, la Corte Suprema se encontraba para dirimir la competencia entre el fuero militar y el fuero común, en relación a un proceso penal iniciado contra paramilitares del Ejército –grupo «Colina»– acusados de asesinar a un profesor y nueve estudiante universitarios de la Universidad La Cantuta³⁹¹. Un día antes de que la Corte Suprema resolviese finalmente a quien le correspondía juzgar a los militares –tema que se veía favorable al fuero común– la mayoría parlamentaria, por sorpresa y desconociendo la mínimas prácticas parlamentarias democráticas, aprobó la Ley N° 26291, en virtud de la cual el caso La Cantuta pasó al fuero militar, para escarnio de la sociedad y de la justicia civil, la Sala Penal de la Corte Suprema corroboró sin mayor debate la decisión legislativa, aunque sí con votos contradictorios³⁹².

Otro caso, en junio de 1995, de una juez de primera instancia que abrió proceso penal contra el grupo paramilitar «Colina», que comprometía a oficiales de alto y media graduación, implicados en la matanza de varios pobladores de Barrios Altos. Pero, dada la presión militar, el Congreso aprobó la Ley N° 26479 de amnistía para los militares que habían cometido delitos contra los derechos humanos³⁹³. Sin embargo, la jueza del caso Barrios Altos, en ejercicio del artículo 138° de la Constitución de 1993, que ordena a los jueces preferir la norma constitucional a una legal, en caso de incompatibilidad entre ambas, resolvió constitucionalmente seguir procesando a los militares comprometidos en estos asesinatos. La fundamentada resolución fue apelada con argumentos formalistas y legalistas, pero, antes de que los

390. EL COMERCIO, *Intervención en órganos de justicia*, en edición del 23 de Noviembre de 1998, ver <http://www.infobanco.com.pe/webcomercio/231198/005212.htm>.

391. APRODEH, *De la tierra brotó la verdad. Crimen e impunidad en el caso La Cantuta*, Lima, 1994, pp. 45-55.

392. Sala Penal de la Corte Suprema, *Contienda de Competencia N° 7-94. CSJM-16 J.P. Lima*, Lima, 1994, pp. 4; Department State, *Country report on human rights practices for 1992 y, Country report on human rights practices for 1994*, Washington D.C., Joint Commiittee Print, 1993 y 1995, respectivamente, pp. 475 y 482, respectivamente.

393. APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad*, Lima, 1996, pp. 20 ss.

tribunales superiores se pronunciaran sobre este recurso, la mayoría fujimorista del Congreso volvió a aprobar una segunda ley de amnistía, Ley N° 26492, en virtud de la cual estableció que las leyes de amnistía no eran revisables en sede judicial, y que ello no significaba ninguna intervención en materia jurisdiccional. Mandato que fue asumido fielmente por los magistrados superiores y supremos³⁹⁴.

En noviembre de 1996, la Corte Superior de Lima ordenó el cambio de la jueza Minaya, para que no siga viendo el caso del habeas corpus a favor del ex-general Rodolfo Robles, puesto que éste había solicitado que la magistrada se apersona al cuartel militar Real Felipe, para exigir se cumpla la orden de su libertad que dictó. Así, también, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, repentinamente en febrero de 1997, desactivó la recién creada Corte Superior para delitos de narcotráfico, precisamente, antes de que se iniciaran los procesos judiciales por tráfico de drogas en el que se encontraban involucrados miembros de las Fuerzas Armadas.

Pero estos casos no resultan ser una excepción, sino casi la regla que acompaña a la reforma judicial, así, en junio de 1997, el gobierno retiró la nacionalidad peruana al dueño del canal 2 de televisión, debido a las denuncias periodísticas realizadas con información confidencial del Servicio de Inteligencia Nacional y de su mentor Vladimiro Montesinos; el Poder Judicial ratificó el despojo. Inmediatamente después, en agosto de 1997, la Corte Suprema de Justicia acordó denunciar penalmente a tres vocales superiores independientes, que resolvieron en contra del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Entre Setiembre de 1997 y abril de 1998, una ex-agente del Servicio de Inteligencia Nacional, es torturada y asesinada, una segunda torturada y procesada por la justicia militar, y una tercera hostigada cruelmente, supuestamente por dar información a la prensa sobre las actividades ilegales del grupo paramilitar "Colina", responsable de las matanzas de La Cantuta y Barrios Altos, escuchas telefónicas ilegales, entre otras fechorías; en la actualidad la sobreviviente y su colega se encuentran fuera del Perú, una como refugiada de las Naciones Unidas y la otra como asilada en los Estados Unidos.

De mayo a octubre de 1998, Delia Revoredo decana del Colegio de Abogados de Lima, el gremio de abogados más importante del Perú, se asiló

394. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, 1996, art. cit., pp. 151 ss.; asimismo, Ronald Gamarra y Robert Meza, *Ley de amnistía (impunidad)*, *Constitucional y derechos humanos*, documento de trabajo, Lima, IDL, 1995, 52 pp.

con su familia en Costa Rica; debido a que como ex-magistrada del Tribunal Constitucional, destituida por el Congreso, se convirtió en un claro elemento crítico al gobierno; coincidentemente, el Poder Judicial le inició proceso judicial a ella y a su esposo, por supuesto delito tributario. Estos casos que dan cuenta del grave estado de los derechos fundamentales en el Perú, ha sido materia de demandas ante el sistema interamericano de derechos humanos³⁹⁵.

Este recuento de casos pone en evidencia que el poder ha olvidado, que “la idea de la justicia constitucional es hija de la cultura del “constitucionalismo” o, lo que es lo mismo, de una concepción de la democracia fundada en la garantía de la libertad individual, y del pluralismo social y político que por ello exige un “gobierno limitado”, basado en la propia Constitución como *higher law*”³⁹⁶. Pero, si bien la justicia nunca ha sido un valor o un proceso aislado de las relaciones de poder³⁹⁷, sucede ahora, que debido al deterioro de las estructuras de poder democrático del Estado, también se ha informalizado y narcotizado la administración de justicia. Lo cual supone que la función jurisdiccional se encuentre sometida a una mayor inestabilidad e inseguridad que antaño, debido a que los tradicionales poderes públicos empiezan a ceder su autoridad a los poderes fácticos, tanto públicos representados por el poder militar, como privados, liderados por los medios de comunicación. De esta manera, la informalización del Estado de Derecho también se traslada al Poder Judicial, reproduciendo sus mecanismos de presión y de control en las decisiones judiciales más importantes³⁹⁸.

Esta situación judicial, por otro lado, se puede explicar por la dialéctica del formalismo jurídico y el decisionismo político, que ha convertido a los jueces en funcionarios del gobierno antes que del Estado³⁹⁹. En efecto, el

-
395. EL COMERCIO, *Comisión Interamericana expresa preocupación por violación a los DD.HH.*, en edición del 9 de octubre de 1998, ver en <http://www.elcomercioperu.com.pe/fs5n3.htm>.
396. Antonio Baldassarre, *Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamento...*, op. cit., p. 183.
397. Juan López Aguilar, *La justicia y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, en Perfecto Ibáñez (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción...*, op. cit., pp. 59 ss.; asimismo, Raúl Olivera, *Corrupción en el Poder Judicial y en el Ministerio Público*, Lima, Editorial San Marcos, 1985, pp. 21 ss. Y 57 ss.
398. Steven Spitzer, *The dialects of formal and informal control*, en Ricahard Abel (editor), *The politics of informal justice*, volume 1, *The american experience*, London Academic Press, 1982, pp. 167 ss.; asimismo Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie...*, op. cit., pp. 11-18.
399. Luis María Díez-Picazo, *Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial*, en REEDC, Año 12, Nº 34, Madrid, CEC, 1992, pp. 32 ss.; asimismo, Roberto Mac Lean, *Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración*

razonamiento judicial de los magistrados del Poder Judicial, para dar cobertura a la solución de los casos judiciales políticos, se caracteriza en términos generales por un positivismo normativista y decisionista, que ha creado una *jurisprudencia autista*, es decir, que no obstante los argumentos y pruebas en contra de su pre-judicio del caso, son minusvalorados o concientemente no considerados, con lo cual se ha creado un espacio judicial de pugna fuera de las vías procesales, en los medios de comunicación que se han convertido en una suerte de justicia material en el Perú.

Convenimos en que la *justicia comunicativa*⁴⁰⁰, basada en principios y métodos de interpretación jurídica no tradicional, es la que busca satisfacer no sólo la seguridad jurídica, sino también la razonabilidad de un caso⁴⁰¹. Pero, dentro del ordenamiento judicial constitucionalmente establecido, que respete los principios fundamentales del debido proceso y la tutela judicial, valores judiciales propios de sociedades democráticas abiertas, de pluralismo y tolerancia jurídicas. Prácticas de vida social que son escasas en el orden judicial peruano.

Este positivismo judicial es coherente con la falta de conciencia de independencia judicial, dada la tradicional experiencia de obsecuencia del juez a la ley, aunque esta sea inconstitucional, o, de dependencia más directamente de la voluntad política de quienes detentan o ejercen el poder. Produciéndose, en ese entendido, tanto un vacío o falta de administración de justicia, como una desvinculación entre la sentencia a la norma y de ambas a la realidad; lo cual queda expresado en las sentencias redactadas farragosa y elípticamente, imposibles de ser comprendidas por los propios interesados, donde el derecho adjudicado o negado coincide más con la voluntad del juez, que con la norma o incluso la pretensión. De esta manera, la justicia antes que conservadora o liberal, es en muchos casos políticos una justicia dislocada de la norma, de la realidad y de las expectativas ciudadanas.

En parte esta dramática situación es explicable, entre otras cosas, debido a los déficits de independencia judicial y mínima formación profesional de gran parte de los magistrados, que a menudo dan muestras de ejercer su función jurisdiccional paradójicamente; por un lado, con los tradicionales

de justicia, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional...*, op. cit., pp. 335-340.

400. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes...*, op. cit., pp. 290 ss.; asimismo Peter Häberle, *die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en *JZ*, 1975, pp. 297-305.

401. Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I, op. cit., pp. 292 ss. y 789 ss., respectivamente; y Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode...*, op. cit., pp. 185 ss.

vicios formalistas del proceso judicial, y por otro, con una informalidad al servicio de los poderes públicos y privados; por eso, el saber popular ha llegado a ironizar la imagen del juez, como aquel que aplica la ley severamente para el enemigo y da todo para el amigo⁴⁰².

En ese sentido, se puede señalar que el razonamiento judicial de la mayoría de los magistrados ordinarios está atada, en el mejor de los casos, a una práctica judicial positivista. No obstante, es del caso recordar que existen varios modelos de raciocinio judicial positivista: a) el modelo silogístico de la subsión del caso en una norma preestablecida; b) el modelo realista, donde el juez primero decide y luego justifica; c) el modelo de la discreción judicial, que defiende el poder político del juez, y d) el modelo de la respuesta correcta, donde el juez carece de discreción y por tanto de poder político⁴⁰³

De este baremo de posibilidades, se puede señalar que la justicia peruana está inmersa mayoritariamente en un concepto positivista-normativista, en virtud del cual los magistrados son sólo la *bouche qui prononce le parole de la loi*, disociando cuando menos la norma de la realidad, es decir, sin incorporar en su razonamiento judicial fenómenos de la realidad social concreta y de la doctrina, que explicarían la existencia de su función de administrar justicia de manera más cercana a los interesados y sin quebrar el ordenamiento constitucional⁴⁰⁴. Planteamiento que se pasa a verificar en la práctica judicial en su relación con la justicia constitucional.

2 LA GUERRA DE LAS CORTES⁴⁰⁵

El formalismo legal del Poder Judicial encubre una forma de ejercer el derecho judicial, que está desvinculada del consenso social en el cual debe

402. Raúl Olivera y Manuel Olivera, *Corrupción en el Poder Judicial y el Ministerio Público...*, *op. cit.*, pp. 44 ss.

403. Ver Primera parte, nota 293; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional*, en Antonio López Pina (editor), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 73-77.

404. Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Uberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice*, Roma, Angeli editore, 1981, pp. 25 ss. Y 43 ss.; asimismo, Vincenzo Vigoriti, *Le responsabilità del giudice: orientamenti e prospettive nell'esperanza italiana e comparativa*, en *Quaderni Costituzionali*, anno III, N° 1, Roma, 1993, pp. 49 ss.

405. Tal guerra se sucitó en Italia en 1965 cuando la Corte Constitucional rechazó en vía incidental una cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto desde una determinada interpretación no resultaba contraria a la Constitución -*sentencia interpretativas di riggeto*-; lo cual fue rechazado por la Corte de Casación que apoyada en los artículos 101° y 136° de la

reposar la aplicación de toda norma⁴⁰⁶. Por eso, en una democracia relativista o sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa, que es distinto a una Constitución abierta⁴⁰⁷, se crean las condiciones necesarias para que en situaciones de crisis constitucionales, las voluntades autoritarias se abran paso hacia un sistema de poder absoluto o dictatorial, tras las banderas de las emergencia, la reforma o la modernización, usando al poder judicial como un instrumento más de sus fines⁴⁰⁸. Esta es la causa que produjo la *guerra delle due Corti* entre la Corte Suprema y el Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso de la ley de la bolsa de trabajo, y años después entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en relación a la ley de la reelección presidencial, que a continuación se presentan.

21 Amparo contra la sentencia desestimatoria de control abstracto del TGC

La Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo de 1990, y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, que desestimó la demandada de inconstitucionalidad contra la misma, puso en estado de alerta a los empresarios de la construcción, debido a que la norma legal y la sentencia constitucional establecieron por vez primera los principios de igualdad y libertad en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, en tanto valores materiales, fundantes del constitucionalismo social de la Constitución de 1979⁴⁰⁹. Sin embargo, estos principios y derechos fundamentales fueron desestimados en sede judicial ordinaria, merced a una controvertida resolución de la Corte Superior de Lima, que en vía de acción de amparo, declaró en marzo de 1991 inaplicable para los empresarios de la construcción demandantes la ley de la Bolsa de Trabajo por inconstitucional, no obstante que la sentencia del

Constitución Italiana, se negó a aceptar la interpretación establecida y planteó reiteradamente la cuestión de inconstitucionalidad en conflicto, para forzar a la Corte Constitucional a resolver con una sentencia la inconstitucionalidad, ver Nicola Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "Guerra delle due Corti"*, Milano, Giuffrè, 1973; asimismo, en Alessandro Pizzorusso, *Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional Italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 275 ss.

406. Roscoe Pound, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, en *American Bar Association Report* 395, 1906, pp. 406 ss.
407. Peter Häberle, *Die Offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten...*, op. cit., pp. 121 ss. Y 151 ss.; Roland Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers ans Bestimmtheitsfordernisse*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 47 ss.
408. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend...* op. cit., pp. 244 ss.
409. César Landa, *La sentencia del tribunal de garantías constitucionales sobre la constitucionalidad de la ley de la bolsa de trabajo y los principios de la igualdad y libertad*, en *Derecho*, N° 45, 1991, art. cit., pp. 433 ss.

Tribunal de Garantías Constitucionales había declarado infundada una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada ley⁴¹⁰. Ello fue posible en virtud del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, a cargo también del Poder Judicial.

En efecto, simultáneamente a la presentación de la acción de inconstitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo, la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), con los mismos argumentos de la demanda de inconstitucionalidad interpuso una acción de amparo contra la mencionada norma, para que conforme a lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 23506, Ley Orgánica de Hábeas Corpus y Amparo, se declare la inaplicabilidad de la misma para las empresas de la construcción agremiadas a dicha patronal⁴¹¹. La resolución del Juez de Primera Instancia declaró fundado el amparo, el mismo que fue confirmado por la Corte Superior de Lima, con los votos de los magistrados Vega Maguiña, Ferreyros Paredes y Ortiz Portilla, mientras que el magistrado Paz de la Barra emitió un voto en discordia, pidiendo que se revoque dicha sentencia de primera instancia, en mérito de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la bolsa de trabajo.

La sentencia tiene importancia medular en la jurisprudencia constitucional, no sólo por que puso en evidencia el conflicto sobre quién es el supremo intérprete de la Constitución, sino también porque ejemplarizó el conflicto entre las decisiones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Para el efecto, cabe recordar que la Constitución de 1979, estableció en su artículo 236°, que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefería la primera. Mientras que por el artículo 298°-1, al TC le correspondía declarar la inconstitucionalidad de las normas legales⁴¹². Sin embargo, para integrar ambas jurisdicciones, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, dispuso en su artículo 39° que los jueces debían aplicar la norma cuya constitucionalidad hubiese sido confirmada por el Tribunal.

Pero, no obstante estas disposiciones, ante la demanda de CAPECO⁴¹³ la justicia ordinaria prefirió inaplicar la ley de la Bolsa de Trabajo al conside-

410. Alfredo Villavicencio y David Lobatón, *La bolsa de trabajo, razón de ser y fundamento constitucional*, en *Derecho y Sociedad*, Año N° 3, 1990 p. 5.

411. Para ver la identidad entre ambas demandas, revisar: Ministerio Público, Fiscalía de la Nación. *Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 25205*, Lima, 10 de mayo de 1990, firma Manuel Catacora, Fiscal de la Nación, 6 p.; asimismo, Corte Superior de Lima; *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo en la Construcción Civil...*, *op. cit.*, p. 1.

412. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional procesos constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

rarla inconstitucional. Así, la Corte Superior primero, pasó a desmontar el mandato legal de obligatoriedad de las sentencias del TGC; al argumentar que

el juzgado no debe abstenerse, obviamente de administrar justicia ni resignar su potestad jurisdiccional con relación a la acción de amparo sometida a su competencia, por haber declarado el Tribunal de Garantías Constitucionales la exequibilidad de la norma impugnada, porque el juzgado actúa en cumplimiento de lo normado en los doscientos treintidos y doscientos treintitres incisos uno, dos, seis y dieciocho de la Constitución⁴¹⁴.

Si bien el Poder Judicial, en virtud del control difuso de constitucionalidad, puede inaplicar la ley que entienda inconstitucional al caso concreto (Constitución de 1979, Art. 236°), se plantea la interrogante acerca de dónde quedaba, entonces, los alcances de la sentencia del Tribunal, por que también era igualmente indiscutible la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, si está desestimaba una acción de inconstitucionalidad⁴¹⁵. En efecto, es un tema pacífico en la doctrina, que las sentencias de los jueces y tribunales ordinarios estén vinculados a las sentencias del TGC, dado los efectos negativos –dejar sin efecto una ley– de las mismas; pero, al parecer, lo que no estaba claro era si el TGC emitía un fallo constitucional positivo –reafirmaba la constitucionalidad de una ley–, si en este segundo supuesto, la función de control difuso de los jueces y tribunales ordinarios, se mantenía o quedaba sin efectos, o en todo caso subordinada a la decisión de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En concreto, en la sentencia de la Corte Superior de Lima se señala que

de donde resulta que es primordial determinar si tal pronunciamiento (*sentencia del TGC*) incide en la resolución anterior del órgano jurisdiccional venida en grado (*sentencia de Primera Instancia*)” y determina que “la carta magna ha instituido los mecanismos independientes de control constitucional, con funciones totalmente diferentes y específicas; una, creada para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, con eficacia general y abstracta a cargo del Tribunal

413. Guillermo Boza, Juan Cortez, David Lobatón y otros, *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: ensayos a propósito de la sentencia de la bolsa de trabajo*, Lima ADEC-ATC, Desco, 1992, 294 p.

414. Corte Superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo en la Construcción Civil...*, op. cit., p. 2.

415. Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, N° 4, 1982..., art. cit., pp. 47 ss.

de Garantías Constitucionales y; otro, a través del Poder Judicial, encargado de la administración de justicia, con la obligación de preferir la norma constitucional en caso de incompatibilidad con una norma legal ordinaria⁴¹⁶.

En ese entendido, los vocales prefirieron asumir directa y segmentadamente sus potestades constitucionales, para realizar el control difuso en el marco de la independencia judicial⁴¹⁷, no se encontraban sometidas a las sentencias del TGC, y no obstante que, el propio Art. 39° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, disponía que “los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal”. Por el contrario, los vocales de la Corte Superior de Lima, declararon de oficio que este mencionado artículo también era inconstitucional, de acuerdo al control difuso que practicaron del mismo en la misma sentencia de amparo⁴¹⁸. Esta sentencia puede ser calificada de política, en tanto los magistrados rompieron, no sólo el principio del debido proceso legal establecido, sino que también quebraron el principio de la supremacía de la interpretación constitucional del Tribunal, y la obligatoriedad de los fallos constitucionales para los jueces y tribunales ordinarios⁴¹⁹.

Al respecto, cabe señalar que las sentencias sobre las acciones de inconstitucionalidad de los tribunales constitucionales tienen efectos vinculantes para todos —*erga omnes*—, son cosa juzgada constitucional y tienen fuerza de ley⁴²⁰. En este entendido, dado el carácter constitucional de la sentencia del TGC, ésta gozaba de plenos efectos para los demás poderes públicos. Más aún, el fallo del TGC declarando una ley inconstitucional, tenía efectos derogatorios de la ley de dos tipos: indirectos, porque quedaba obligado el Congreso a dictar una ley derogatoria de la norma inconstitucional, o directos, porque si el Congreso no derogaba la norma declarada inconstitucional en un plazo de cuarenta y cinco días, la sentencia del TGC se publicaba en el diario oficial, asumiéndose derogada la norma legal inconstitucional. Pero, si el TGC desestimaba la acción de inconstitucionalidad, es decir si la ley quedaba convalidada como constitucional, no podía menos que tener

416. Corte superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de trabajo en la Construcción Civil...*, *op. cit.*, p. 1.

417. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989, pp. 161 ss.

418. Gaetano Insolera, *Discrezionalità e irresponsabilità*, en Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Uberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice...*, *op. cit.*, pp. 92 ss.

419. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial...*, *op. cit.*, pp. 76 ss.

420. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional y poder judicial...*, *op. cit.*, pp. 66 ss., 84 ss. y 179 ss.; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 280.

efectos semejantes al del otro tipo de sentencia; es decir, cosa juzgada –*Rechtskraft*–, fuerza de ley –*Gesetzeskraft*– y carácter vinculante –*Bindungswirkung*–, para todos los poderes públicos encargados de pronunciarse al respecto, e incluso para las personas naturales y jurídicas, como se analizó antes. (Primera Parte, Capítulo IV, 2.3.).

Lo que por otro lado no supone que la eficacia normativa de una ley ordinaria del Congreso, sea menor a la de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad del TGC, sino que habiéndose producido una sentencia sobre la materia controvertida, sólo podría ser contradicha inmediatamente mediante una acción de amparo en el Poder Judicial, a pesar de la interpretación constitucional abstracta realizada por el TGC, cuando los principios de la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional del *stare decisis*, fuesen modificados debido a nuevas circunstancias⁴²¹, como la no discriminación de hecho contra los trabajadores sindicalistas y mayores de edad, por parte de los empleadores accionantes.

Es importante argumentar, también, que mediante la sentencia estimatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad de la ley, ésta se perfecciona judicialmente en su presunción de constitucionalidad, otorgando al ordenamiento legal mayor certeza constitucional. En ese sentido, si los jueces no podían dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad hubiese sido desestimada por el TGC, y además, “la sentencia denegatoria de una norma impide la interposición de una nueva acción fundada en idéntico precepto constitucional” (LOTGC, art. 36°)⁴²². Todo esto lleva a pensar que si la justicia ordinaria, excepcionalmente, podía emitir juicios de constitucionalidad mediante el control difuso, éstos estaban sometidos a la Constitución y a las sentencias del TGC, en tanto hubiese un pronunciamiento de este tribunal; por cuanto, si un fallo del TGC reunía los requisitos de la cosa juzgada, fuerza de ley y carácter vinculante, la Corte Superior sólo podía desconocer el fallo del TGC, a costa de quebrar el sistema constitucional nomofiláctico de integración de las sentencias al ordenamiento constitucional.

Además, cabe señalar que el efecto vinculatorio de las sentencias estimatorias o desestimatorias del TGC era predicable tanto del fallo como de sus fundamentos. Por eso, si bien, por un lado, los jueces estaban sometidos a la Constitución y a la ley, y por otro, al intérprete supremo de la Constitución, mal hizo la Corte Superior en asumir el control difuso como una

421. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...*, op. cit., p. 280.

422. Alfredo Corso Masías, *El tribunal de garantías constitucionales, prontuario...*, op. cit., p. 145.

competencia alternativa al control abstracto a cargo del TGC; en virtud de lo cual, desintegró la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional y el principio de la corrección funcional, es decir, en perjuicio de la competencia de control constitucional del TGC. Por ello, estando el juez y las cortes ordinarias subordinadas a la Constitución y a la ley, en consecuencia, no podían resolver ni en contra de la ley ni de la Constitución en los términos que el supremo intérprete de la Constitución lo había establecido.

Para ser lógicos y racionales: si la ley debía aplicarse de acuerdo a la Constitución, entonces la interpretación de la ley debía seguir la interpretación de la Constitución, y el control difuso de la Constitución debió asumir la interpretación constitucional que se hizo en base al control abstracto; habida cuenta de la función nomotécnica del TGC de tener como única y suprema función el control de la Constitución. Así, pues, en virtud del principio de la corrección funcional, las tareas de control difuso del Poder Judicial no debieron alterar las decisiones de la justicia constitucional, sino integrarse mediante la concordancia práctica con la jurisprudencia constitucional, sin que ninguna perdiese su identidad⁴²³.

De donde la Corte Superior estaba sujeta a la Constitución y a su interpretación, que unían en torno al Tribunal de Garantías Constitucionales, por lo que no podía resolver en contra de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, tal y como procedió. No por que no pudiese hacer el control difuso de las leyes en nuevos supuestos *mutatis mutandi*⁴²⁴, sino por que la Constitución y su suprema interpretación constitucional correspondían monopólicamente al TGC y ésta acababa de pronunciarse sobre el caso en abstracto⁴²⁵.

No obstante, la resolución del Poder Judicial no fue impugnada, más aún, con la llegada de Fujimori a la Presidencia en 1990, se dictó el Decreto Legislativo N° 727, de Promoción de la Inversión Privada en la Construcción, en virtud de la cual se excluyó a las empresas constructoras de las obligaciones laborales establecidas en la Ley de la Bolsa de Trabajo, a pesar de la sentencia del TGC⁴²⁶. Pero estas disposiciones se radicalizarían con el gobierno de facto de 1992, cuando mediante el Decreto Ley N° 25588, del 1 de julio

423. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 47 ss.

424. Luis López Guerra, *El Tribunal constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II, op. cit., p. 1454.

425. Manuel García Pelayo, *Estado Legal y Estado constitucional de derecho...*, op. cit., pp. 23-34.

426. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, en *Pensameitno Constitucional*, Lima, 1995, p. 81.

de 1992, se derogó absolutamente la mencionada Ley N° 25202 y en consecuencia la sentencia del Tribunal Constitucional⁴²⁷.

22 Amparo contra la sentencia de control concreto del TC

La sentencia del 17 de enero de 1997 del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial al Presidente Fujimori, fue motivo no sólo de la acusación política y separación de sus cargos de tres magistrados del TC por la mayoría parlamentaria profujimorista, sino también fue causa de que en febrero de 1997, la congresista Martha Chávez, integrante de dicha bancada, plantease una acción de amparo contra la sentencia del Tribunal Constitucional ante el Poder Judicial. Acción que abrió una grave fisura en la articulación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, dado que si ésta podía corregir las sentencias constitucionales, entonces no había garantías ni seguridad sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional y por ende de la supremacía constitucional⁴²⁸.

La demanda se basó en los siguientes argumentos: a) había la amenaza de violación de su derecho de reelegir libremente al Presidente Fujimori, en las elecciones del 2000, sin más limitaciones que la propia voluntad del Presidente de candidatear a la reelección; b) había la amenaza de que los tres votos de los magistrados Revoredo, Aguirre y Rey constituyesen una sentencia válida contra la ley de la reelección presidencial, dado que no había resuelto sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad demandada; c) los tres magistrados se habían pronunciado por la inaplicabilidad de la ley para el caso concreto de una nueva postulación de Fujimori para el año 2000, pero no por la acción de inconstitucionalidad peticionada; d) era ilegal e inconsulta la declaración del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Nugent, manifestándose por la validez del pronunciamiento incoado⁴²⁹.

Si bien el gobierno pretendió desconocer política e incluso jurídicamente la sentencia del Tribunal Constitucional, la sentencia de primera instancia del Poder Judicial fue contraria a los intereses de la demandante. En efecto, en marzo de 1997, la Sala de Derecho Público de Lima declaró improcedente

427. Ministerio de Justicia, *Las leyes de la Reconstrucción Nacional, Decretos leyes del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, dictados entre el 5 de abril y el 30 de diciembre de 1992*, 2 tomos, edición oficial, Lima, 1993.

428. Francisco Rubio Llorense, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982..., art. cit., pp. 46 ss.

429. Sala Constitucional de la Corte Suprema, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 321-97*, Lima, 30 de diciembre de 1997.

la demanda de amparo; en razón a que: a) no se puede demandar a los magistrados por los votos u opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo; b) el Poder Judicial carece de competencia para dejar sin efecto a través de una acción de amparo, la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que éste tiene autoridad de cosa juzgada; c) los jueces tampoco tienen competencia en esta materia, pues de otro modo sería conceder a este órgano jurisdiccional del Poder Judicial, la facultad de revisar las sentencias de dicho tribunal, conllevando a alterar el orden constitucional; d) el derecho de la demandante Martha Chávez de votar por el Presidente Alberto Fujimori en el caso de que postule a las elecciones del año 2000 y el Jurado Nacional de Elecciones lo declare apto, se encuentra expedito⁴³⁰.

La apelación de la sentencia no se hizo esperar, como tampoco la denuncia de la Fiscal Colán por prevaricato contra los magistrados que declararon infundada la demanda⁴³¹. El expediente del amparo pasó a la Sala Especializada de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, donde, cuando estaban por dictar sentencia, súbitamente el 29 de mayo dicha Sala Especializada fue reorganizada por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial —encargada de la reforma judicial—, separando a tres magistrados supremos titulares; quedando, entonces constituida la Sala con tres vocales supremos provisionales, César Tineo Cabrera, Adalberto Seminario y Luis Almeida, además de su Presidente Luis Serpa Segura y el vocal titular Nelson Reyes⁴³². La Sala resolvió medio año después declarar fundada la demanda de amparo, con el voto en contra de Reyes, en virtud de los siguientes argumentos:

- a. Si bien es cierto que “las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen la naturaleza de cosa juzgada y que por tanto no pueden ser revisados en sede judicial, también es verdad que por mandato expreso de la Ley, para que un pronunciamiento dentro de una acción de inconstitucionalidad tengan la condición de sentencia se requiere como condición *sine qua non* de seis votos conformes de los siete miembros que integran el supradicho Tribunal, lo que no ocurre en el caso *sub-judice*”⁴³³.

430. Sala de Derecho Público de Lima, *Sentencia recaída en la acción de amparo de expediente N° 544-97*, Lima, 24 de marzo de 1997.

431. EL COMERCIO, *Continúa al voto demanda contra inaplicabilidad de ley sobre reelección* en <http://www.elcomerciope.com.pe/3/1998/1/24/vall.txt.html>.

432. EL COMERCIO, *Continúa al voto demanda contra inaplicabilidad de ley sobre reelección*, en <http://www.elcomerciope.com.pe/3/1998/1/24/vall.txt.html>.

433. Sala de Derecho Público de Lima, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 544-97*, Lima, 24 de marzo de 1997.

- b. Al Tribunal Constitucional “como órgano de control directo de la Constitución, le corresponde expresamente conocer, en instancia única la acción de inconstitucionalidad... y por excepción, podría hacer uso del control difuso, cuando conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de una acción de garantías... lo que obviamente no es el caso”⁴³⁴.
- c. La resolución de la acción de inconstitucionalidad de una ley se encuentra sometida imperativamente por el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴³⁵.
- d. Por estos considerandos, concluye que los magistrados firmantes de la resolución del Tribunal Constitucional incoada, “han incurrido en una evidente irregularidad, sino además en una incongruencia *extrapetita*, pues es una facultad no otorgada por la ley, contraviniendo así el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil que obliga al juez no ir más allá del petitorio”⁴³⁶.

Desde una perspectiva constitucional, se plantea el problema siguiente: si en vía de una acción de amparo o incluso en la vía incidental de un proceso ordinario, el Poder Judicial puede revisar una resolución del Tribunal Constitucional que se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley, o que haya resuelto en última instancia un recurso extraordinario en materia de garantías constitucionales –*habeas corpus*, acción de amparo, *habeas data* o acción de cumplimiento–. Supuesto que presenta un conjunto de aristas planteadas en la relación jurídica entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y resueltas relativamente en el Derecho Comparado⁴³⁷. Sin embargo, en el Perú, por más que el marco de la Constitución de 1993 le haya asegurado al Tribunal Constitucional una posición jurídica prevalente en materia constitucional frente al Poder Judicial, con la sentencia de la Corte Suprema, anulando parcialmente la sentencia del Tribunal Constitucional, se ha abierto el debate, como a continuación se plantea.

434. *Ibidem*, *op. cit.*

435. *Ibidem*, *op. cit.*

436. *Ibidem*, *op. cit.*

437. Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, *op. cit.*, pp. 193 ss.; Raúl Bocanegra, *El Valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 225 ss.; Miguel Rodríguez-Piñero, *Constitución, legalidad y seguridad jurídica*, en *La vinculación del juez a la ley...*, *op. cit.*, pp. 157 ss.; en concreto, p. 172; Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982..., *art. cit.*, pp. 35 ss.; Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”*, en *El tribunal Constitucional*, volumen II, *op. cit.*, p. 1435 ss.

En efecto, de acuerdo con la lógica positivista del fallo y a pesar de que la sentencia la emitió una Sala Especializada de Derecho Constitucional de la Sala de la Corte Suprema, se aprecia una fundamentación basada exclusivamente en la ley –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Código Procesal Civil–; dejando de lado cualquier intento de interpretación de la Constitución, en tanto norma suprema. Si bien en un inicio los jueces ordinarios eran competentes para interpretar las leyes, y el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución, es indudable que la tarea del juez común ha dejado de ser una mera subordinación a la ley, para pasar a ser de subordinación primero a la Constitución⁴³⁸. Por eso, con razón se ha dicho “que la interpretación de la legalidad corresponde al poder judicial es evidente. Pero como esa interpretación ha de hacerse conforme a la Constitución, la función interpretativa de ésta llevada a cabo por el Tribunal Constitucional irradia sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales”⁴³⁹.

En ese sentido, siguiendo con una lógica neopositivista, habría que decir que la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional violó las siguientes disposiciones constitucionales: “el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución” (Art. 201°); “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...” (Art. 138°); “la ley se deroga sólo por otra ley. También quedan sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad” (Art. 103°); “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...” (art. 138°-2); “la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto” (Art. 204°)⁴⁴⁰.

Más aún, se podría argumentar que el Tribunal Constitucional goza de *la competencia de la competencia*; es decir, no cabe que le disputen sus

438. Javier Salas, *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial...*, op. cit., pp. 160 ss.; asimismo, Manuel Aragón, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad (I)*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 183 ss.

439. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 99.

440. Francisco Eguiguren, *Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, 1998, art. cit., pp. 115 ss.; Samuel Abad, *El valor de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico peruano*, en *LTC* N° 11, op. cit., pp. 239 ss.

atribuciones, como la de ser el supremo intérprete y controlador jurisdiccional de la Constitución; en esa medida, se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica (artículos 3° y 1° de la LOTC). Además, cabe recordar que la Constitución de 1993 ha incorporado para el Tribunal Constitucional la atribución de resolver los conflictos de competencias entre distintos poderes y organismos constitucionales⁴⁴¹. Lo que ejemplifica que la jurisdicción constitucional ejerce una competencia constitucional de árbitro de los conflictos inter poderes o inter orgánicos, en función de ello los tribunales de justicia ordinarios no tienen potestad para contradecir las decisiones de su árbitro *—obiter dicta—*.

Demás estaría perfilar las características de los efectos de una sentencia constitucional *—cosa juzgada, fuerza de ley y obligatoria para los poderes públicos—*, dispuesta en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ver Parte I, Cap. IV, 2.3.), si es que no se percibe que detrás de todo ello, se perfila un tema cada vez más presente en el desarrollo jurisprudencial del ordenamiento constitucional peruano: si el Tribunal Constitucional tiene la facultad para crear a través de sus fallos un derecho judicial? Lo cual desde ya es un tema debatible en el Derecho comparado⁴⁴². Dicho más claramente, si a diferencia del Poder Judicial, la justicia constitucional tiene la capacidad de crear con sus sentencias, normas jurídicas de alcance general, eficacia general y no sólo *inter partes*? En virtud de la cual, se pueda forjar una suerte de barrera o reserva jurisdiccional constitucional, infranqueable para el juez común y el legislador.

El sistema positivista tradicional basó su desarrollo en la subordinación de la sentencia a la ley, baluartes del quehacer legislativo y judicial⁴⁴³, sin embargo, con la aparición de la supremacía constitucional y la incorporación de la justicia constitucional, el nuevo eje de vertebración del sistema jurídico, desde entonces, radica en la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional, tarea aún no realizada en el Perú. Debido a que no sólo es un cambio de nivel "jerárquico", sino un replanteamiento cualitativo del ordena-

441. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional procesos constitucionales, hábeas corpus y acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, acción popular e inconstitucionalidad...*, op. cit., pp. 87-88.

442. John Hart Ely, *Democracy nd Distrust...*, op. cit., pp. 181 ss.; Herbert Spiro, *Government by Constitution...*, op. cit., pp. 36 ss; contrario es, Raoul Berger, *Government by judiciary...*, op. cit., pp. 369 ss.; Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, Volumen II, op. cit., p. 1437; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982, pp. 52 ss.

443. Bartolomé Clavero, *Imperio de la ley, regla del Derecho y tónica de la Constitución*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 41 ss.

miento jurídico y político por cuanto, la configuración de la ley es complementada por las sentencias de la jurisdicción constitucional⁴⁴⁴; en este sentido, la validez de una sentencia ordinaria requiere que su fundamentación radique en la Constitución, antes que en la ley, como queda planteado con las numerosas acciones de amparo que se incoan contra resoluciones judiciales de la justicia ordinaria.

Así, pues, la antigua "relación entre la ley y los órganos jurisdiccionales (y de éstos entre sí, jurisdicción ordinaria, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional), varía respecto al sistema anterior a la creación del Tribunal Constitucional, en el sentido de acercarse al modelo del *common law* en lo que se refiere a la capacidad de los órganos jurisdiccionales de crear normas con alcance general"⁴⁴⁵. En tal entendido, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de corporeizar, como última instancia constitucional, la unidad del sistema jurídico y de los valores constitucionales que lo fundamentan, a través del carácter vinculante de su jurisprudencia en particular para la justicia ordinaria —*stare decisis*— y de "la capacidad nomotética del Tribunal que resuelve en última instancia sobre la inconstitucionalidad"⁴⁴⁶.

Si bien la función de la justicia constitucional, es perfectamente coherente con la creación de un derecho jurisprudencial, a cargo del Tribunal Constitucional, también lo es que los tribunales ordinarios, como es el caso de la Corte Suprema, tienen competencia para ejercer autárquicamente el control difuso de constitucionalidad de las leyes (Art. 138° de la Constitución), sin que sus decisiones se eleven en consulta al Tribunal Constitucional. Con lo cual se abre a discusión acerca de los alcances de las sentencias de la justicia ordinaria sobre los fallos constitucionales⁴⁴⁷. Dicho en otras palabras, si en mérito a dicha norma constitucional, las sentencias del TC también son revisables por los tribunales ordinarios.

444. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 4 ss.; Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, Nº 4, 1982, p. 56; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, *op. cit.*, pp. 264 ss.

445. Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II..., *op. cit.*, p. 1439; asimismo, Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema...*, *op. cit.*, pp. 152 ss.

446. Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, Nº 4, 1982, p. 56.

447. Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 262 ss.

Al respecto, de acuerdo con una lectura normativista de los artículos 35°, 38° y Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tiene autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguientes a la fecha de su publicación”, además que “los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”, y “los jueces y tribunales 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”; se puede señalar que las sentencias del TC son incuestionables en tanto declaren inconstitucional una ley⁴⁴⁸. Pero, las sentencias constitucionales mantienen esa misma calidad de cosa juzgada, fuerza de ley y obligatoriedad de cumplimiento, si el Tribunal ha desestimado la demanda de inconstitucionalidad de una ley?

Desde un plano teórico y normativo, es importante distinguir la noción de cosa juzgada, tanto del *stare decisis* como del principio del precedente judicial. Por cuanto, cuando se alude a la cosa juzgada ya sea formal o material⁴⁴⁹, usualmente se refiere a los efectos de un caso concreto resuelto, inatacable una vez consentido y ejecutoriado, mientras que el *stare decisis* se refiere no al caso sino a la regla aplicada en el fallo, que afecta a todos aquellos que sean partes en procesos similares; en tanto que el principio del precedente judicial, busca hacer un uso generalizado de las decisiones anteriores, como base para adoptar resoluciones futuras, mientras que el *stare decisis* postula que los jueces estén vinculados efectivamente, y no sólo orientados, por el fallo constitucional precedente⁴⁵⁰.

Lo singular del caso de la sentencia del Tribunal Constitucional, sobre la ley de la reelección presidencial, es que originándose en una demanda de inconstitucionalidad de una ley, se resolvió el pedido como si fuera una demanda en vía incidental, es decir, pronunciándose sobre el caso concreto del Presidente Fujimori, antes que con carácter abstracto y general; con lo cual, se podría decir, desde un punto de vista positivista, que se ha violado la regla del *procedat iudex ex officio*, que impide al juez asumir de oficio un pro-

448. Para un análisis dogmático del tema, revisar Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 235 ss.; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, op. cit., pp. 257 ss.

449. Peter Häberle, *Die Verfassungsbeschwerde im System der Bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JöR*, 45, 1997, pp. 127-128.

450. Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II, op. cit., pp. 1440-1441.

ceso⁴⁵¹. Sin embargo, ello no fue así, porque el proceso ya estaba abierto, pero fue decidido por el sistema de votación distinto al del control abstracto de leyes, en razón de que la ley de la reelección era una ley-medida, sólo aplicable para la reelección del Presidente Fujimori en el año 2000, como también que para declarar una ley inconstitucional se requería seis votos conformes de siete, con los cuales no contaban los tres jueces activistas. Sin ánimo de reabrir el tema fronterizo de la validez de dicha sentencia del Tribunal Constitucional ya abordado (ver Parte I, Cap. V, 3.), es pertinente ahora retormarlo a efectos de examinar la validez de la sentencia de la Corte Suprema cuestionando la legitimidad de la decisión del TC, a propósito de la acción de amparo contra el fallo del Constitucional planteado.

Normalmente, las sentencias estimatorias del TC sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes constituyen decisiones con efectos legislativos negativos, y por tanto, vinculantes indudablemente para el Poder Judicial y demás poderes públicos, poniendo en cuestión la vieja tesis liberal de la separación entre la sentencia y la ley⁴⁵². Asimismo, cuando el TC resuelve en última instancia las resoluciones denegatorias, en materia de garantías constitucionales —*habeas corpus* y acción de amparo—, también constituyen jurisprudencia obligatoria si se desprenden principios de alcance general (LOT, Art. 9°); pero, si el TC resuelve en vía de una demanda de inconstitucionalidad de control abstracto de una ley, como si se tratara de un caso concreto, entonces se abre la discusión si dicha sentencia es una regla aplicable y de exigible cumplimiento para los demás tribunales. Más aún, cuando en vía incidental —cuestión de inconstitucionalidad— o en vía de acción de amparo —cuando se concede el derecho reclamado en las instancias judiciales ordinarias— el Tribunal Constitucional no tiene competencia para revisar dichos fallos.

Al respecto, es importante recordar que la ley de la reelección presidencial no cumplía con las características de una ley general, abstracta e intemporal, lo cual no fue óbice para que no se plantease su control constitucional; más aún, cuando “deben ser sometidos al control de la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan la forma de las leyes, aunque contengan normas particulares”⁴⁵³. Sin embargo, tampoco la sentencia del Tribu-

451. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial...*, op. cit., pp. 36 ss.

452. Achille Battagli, *I giudici e la politica...*, op. cit., pp. 3 ss. Y 15ss.; asimismo Alesandro Giuliani, *Interpretazione della legge e responsabilità del giudice*, en Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Umberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice...*, op. cit., pp. 125 ss.

453. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)...*, op. cit. p. 228.

nal Constitucional se pronunció sobre la validez en abstracto de la norma solicitada, sino por su inaplicación al caso concreto del Presidente Fujimori. La adaptación del control abstracto de la ley a una ley-medida, plantea un típico caso “difícil” o caso “trágico”, donde no hay una solución que no termine sacrificando algún elemento esencial de las disposiciones constitucionales, es decir, no es posible obtener un equilibrio mínimo⁴⁵⁴.

Por eso, el ejercicio informal de la regulación normativa del Congreso, norma singular, temporal y retroactiva que vulneró la Constitución, tuvo como respuesta una sentencia innovativa en aras de la protección de la Constitución y más ajustada a la verdad constitucional; porque si, mediante una ley, se otorga un derecho particular —además contrario a la Constitución—, el Tribunal Constitucional, a partir de un activismo judicial, hizo un uso innovativo del sistema de votación para resolver casos particulares y no generales, no previstos en su ley. Por ello se puede decir que “el poder inherente del proceso de constitucionalidad de las leyes, no se diferencia de aquellos que son propios de la actividad judicial dispuestos a decidir sobre el significado de la norma a aplicar al caso concreto, segundo, para lo cual es notorio que se requiere del conocimiento integral tanto del acto normativo como de aquello que norma”⁴⁵⁵. Lo cual ciertamente tiene límites por que, como señaló Harlan, “Al judicial le ha sido confiada hace tiempo la tarea de aplicar la Constitución en circunstancias de cambio. Pero, a veces el Tribunal otorga al texto de la Constitución una aplicación imprevista, implícita o explícitamente, que se hace en nombre de los constituyentes con algún propósito no transparente”⁴⁵⁶.

En efecto, la circunstancia que en este proceso se haya sustanciado como un proceso de control abstracto de normas, pero se haya resuelto como uno de control difuso para evitar la violación material de la Constitución, sólo es pasible de ser cuestionado desde una óptica estrictamente positivista, es decir, donde la premisa menor del silogismo constitucional —la sentencia judicial— viene a sustituir a la premisa mayor —la sentencia constitucional—. Pero, en tanto la Constitución no ampara el abuso del Derecho (Art. 103°) de ningún poder u órgano constitucional, la decisión menos gravosa para dar eficacia a la Constitución fue definitivamente la sentencia del Tribunal Constitucional.

454. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 146 ss.; asimismo, Manuel Atienza, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre casos trágicos*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 256 ss.

455. Constantino Mortati, *Le leggi provvedimento...*, op. cit., p. 169.

456. 400 U.S. 112, 91 S.Ct 260, 27 L. ED. 2d 272 (1970), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hists_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=[body]/hit_headings/words=4_hists_only?) (Caso Oregon versus Mitchell); asimismo, Mauro Cappelletti, *Giudice legislatore?...*, op. cit., pp. 63 ss.

Decisión que al crear cosa juzgada material –prohibición de una segunda reelección de Fujimori–, una regla de derecho jurisprudencial o *stare decisis* –prohibición de dos reelecciones presidenciales consecutivas–, además de tener fuerza de ley particular, carácter vinculante para los poderes del Estado y, en todo caso, ser fuente de interpretación judicial, se configuró como una suerte de reserva jurisdiccional constitucional –*Verfassungsresprechung Vorbehalt*⁴⁵⁷, que no podía ser revertida por la Corte Suprema.

Aunque los efectos de la resolución judicial de la Corte Suprema dada su deficiente conciencia constitucional⁴⁵⁸, no invalidó *in toto* la sentencia constitucional, en la medida que la declaró inaplicable sólo para la demandante; esto ha dado lugar a que el fallo del Tribunal Constitucional continúe teniendo efectos *erga omnes*. Claro que hubiera sido óptimo que dicha acción de amparo hubiese sido denegada por la Corte Suprema, para que el propio Tribunal Constitucional hubiese resuelto en última instancia la sentencia denegatoria, lo cual le hubiera permitido integrar su jurisprudencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial, con la acción de amparo sobre la misma materia. Supuesto que aparece teóricamente como remoto, debido a que las resoluciones sobre garantías constitucionales del Poder Judicial constituyen cosa juzgada, sólo cuando son favorables al reclamante (LOTIC, Art. 8°).

A lo que lleva esta situación inorgánica, es a la necesidad de articular al Poder Judicial con el Tribunal Constitucional, dadas la función integradora de la justicia constitucional, que abarca varias facetas:

garantizar la seguridad jurídica logrando la eficacia en la aplicación de la Constitución o transmutando conflictos políticos directos (fuente de buena parte de sus pronunciamientos) en sentencias (judicialización de los conflictos políticos); así también en el ámbito de protección de los derechos fundamentales en cuanto facilita la integración del ciudadano en el funcionamiento estatal (integración que tiene la doble faceta jurídica –en el sentido que Smend le daba a ese concepto– y de creación de legitimidad en el sentido sociológico del término). Más como es obvio, la eficacia de la misma se halla en estrecha relación con la aceptación social que la actividad del Tribunal Constitucional consiga⁴⁵⁹.

457. Para el caso del Poder Judicial, ver: Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, en *La Ley*, art. cit., 41 ss. y 65 ss.

458. Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, op. cit., pp. 197 ss.

459. Miguel Aparicio Pérez, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Any LXXXII, N° 4, 1983, art. cit., p. 159; asimismo, Jutta Limbach, *Integrationskraft des Verfassungen*, conferencia ofrecida en el Bundesgerichtshof, Karlsruhe, 19 de octubre de 1998.

Bajo estas premisas, si bien los dos sistemas de justicia son independientes orgánicamente, no lo son así jurisprudencialmente. Por ello, es lícito pretender incardinar las cuestiones constitucionales que resuelva en vía incidental el Poder Judicial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, incorporando expresamente en el Art. 201° de la Constitución que el Tribunal Constitucional no sólo es el órgano encargado de controlar la Constitución, sino también su supremo intérprete; asimismo, añadiendo al Art. 142° de la Constitución, que no sólo no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de jueces, sino que tampoco cabe recurso alguno contra las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia constitucional.

Finalmente, la propuesta también se orienta a incorporar en la LOTC un recurso de casación ante el Tribunal Constitucional, cuando la tutela del Derecho haya quedado consentida con una sentencia del Poder Judicial; en este supuesto, los magistrados constitucionales deberían utilizar la técnica del *certiorari*, que les permitiría elegir libremente qué casos de los que se plantéen merecen una decisión por el problema relevante que suscite y ejemplifique, a fin de otorgar seguridad jurídica a los justiciables⁴⁶⁰. De esa manera, el Tribunal Constitucional ejercería una función nomofiláctica de integración de la jurisprudencia en materia constitucional, que no es otra que la defensa de la supremacía constitucional⁴⁶¹.

No obstante, la propuesta de reforma constitucional no se pretende delinear un sistema judicial infalible, que sería una utopía irrealizable absolutamente, sino que en base a la perfectibilidad de la democracia constitucional, es que la Constitución de 1979 —lo cual ha continuado la Constitución de 1993—, abrió al control de la jurisdicción internacional las decisiones de la justicia nacional, que violasen los derechos fundamentales. Tema que a continuación se perfila, con la finalidad de presentar las posibilidades de la tutela de los derechos fundamentales a través del Sistema Interamericano de Derechos, así como los problemas de Derecho Constitucional que plantea.

460. Maria Angeles Ahumada Ruiz, *El "certiorari". Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, en *REDC*, Año 14, N° 41, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1994, pp. 89-136; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, p. 102-103, donde queda insinuado el problema de la apelación discrecional.

461. Miguel Rodríguez-Piñero, *Constitución, legalidad y seguridad jurídica, La vinculación del juez a la ley...*, *op. cit.*, pp. 175 ss.; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, *op. cit.*, pp. 208 ss.

EXCURSUS: TRATADOS Y JURISDICCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir de las década de los ochenta en América Latina, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo el masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó a delante mediante reformas totales o parciales a las constituciones, caracterizándose, básicamente, por la incorporación de la protección de los derechos humanos y el establecimiento de economías sociales de mercado⁴⁶². En los años noventa, el proceso de cambios constitucionales se relanza, esta vez como respuesta al fracaso de las transiciones democráticas populistas, para dar solución a los problemas de la violencia política y a la crisis económica gestadas desde los años ochenta, como también alentadas por el nuevo escenario internacional emergente, que luego de la caída del Muro de Berlin en 1989, postuló fuertemente la globalización de una economía libre de mercado, como requisito de la democracia liberal⁴⁶³.

Estos cambios han llevado a transformaciones constitucionales en diferentes países de América Latina, que matizadamente tienen como común denominador: la racionalización del poder, la incorporación de las normas internacionales como derecho nacional, y la ampliación del catálogo de los derechos humanos de carácter individual, incluyendo semánticamente derechos sociales y económicos⁴⁶⁴. Sin embargo, las características de las demo-

462. César Landa, *Effectiveness of the Constitución in Latin America* y, Domingo García Belaunde, *Constitutional Processes in Latin America*, ambos en César Landa y Julio Faúndez (editores), *Contemporary Constitutional Challenges*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 13 ss. Y 25 ss.

463. World Bank, *World development report 1997. The state in a changing world*, Washington, 1997; asimismo, Peter Self, *Government by the market? The politics of public choice*, Great Britain, Macmillan, 1993, pp. 48 ss. Y 198 ss.; Patrick McAuslan, *Law governance and the development of the market: practical problems and possible solution*, en Julio Faúndez (editor), *Legal and institutional reform in developing countries*, Great Britain, British Council, 1997, pp. 25 ss.

464. Jorge M. García Laguardia, *500 años de esfuerzo por la realización del derecho de los derechos humanos*, en Hosrt Schömböhm (editor), *Derechos humanos. Estado de Derecho. Desarrollo Social*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1994, pp. 104 ss.; Ariel Dulizky, *Los tratados de derechos humanos I*, San José, 1996, pp. 160 ss.; asimismo, Council of

cracias latinoamericanas mínimas, con un fuerte caudillismo presidencial, mayorías parlamentarias obsecuentes y un militarismo arrogante, que avasallan los derechos de la oposición y de las minorías, además de la extrema pobreza y riqueza, constituyen serios límites al desarrollo democrático del Estado de Derecho y, en especial, de los derechos fundamentales. No obstante, los gobiernos latinoamericanos se autocalifican gruesamente de democráticos, pero "si se ve la esencia de la democracia, no está en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y, por tanto, en la paz social, donde la jurisdicción constitucional aparece como un medio particularmente idónea para realizar esta idea"⁴⁶⁵.

No obstante esta realidad poco promisoría en América Latina y en particular en el Perú, se han delineado dos sistemas de protección jurisdiccionales de los derechos fundamentales: una jurisdicción constitucional a nivel de cada Estado nacional, mediante los tribunales constitucionales o las cortes supremas básicamente⁴⁶⁶, y otra jurisdicción supranacional, mediante la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁴⁶⁷. Sobre la base de estas instituciones, lentamente se ha dado inicio a una etapa de control constitucional del poder y de protección jurisdiccional nacional e internacional de los derechos fundamentales, aunque muy marginalmente, pero este sistema permite cuando menos a las víctimas, a la oposición y a las minorías defenderse del poder ante la jurisdicción internacional, aunque sus logros sean muy relativos; sobre todo, porque no encuentran un Poder Judicial independiente, institucionalizado, pluralista y apto jurídicamente para la defensa de los derechos ciudadanos violados por el poder.

De ahí que frente al limitado rol racionalizador del poder, que lleva a cabo la justicia nacional, las víctimas en general encuentran en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un ámbito de protección de los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales, aunque de ma-

Europe, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Strasbourg, Engel Publisher, 1990, pp. 32 ss.

465. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*..., *op. cit.*, pp. 253.

466. Alan Brewer-Carías, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*..., *op. cit.*, pp. 117 ss.

467. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*..., *op. cit.*, pp. 163-224.

nera mediata y esporádica. Aunque tampoco es cierto que una celosa defensa de los derechos humanos, llevaría en América Latina y en particular en el Perú, a un enfretamiento directo del Sistema Interamericano con el poder gubernamental, sin muchas posibilidades de imponerse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el poder de los gobiernos nacionales, si es que no está acompañada de fuertes compromisos del Estado con la protección de los derechos humanos. Por eso, luego de que la Comisión Interamericana recibiera en audiencias diversas demandas contra el Perú, el entonces ministro de Justicia Alfredo Quispe declaró que “creo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tiene competencia para juzgar a un régimen político y un Estado soberano como el Perú. El gobierno peruano estudia posibilidades para evitar que la CIDH juzque al Peru”⁴⁶⁸.

En ese entendido, el gobierno del Perú, como otros gobiernos latinoamericanos, no se verán constreñidos a adoptar decisiones políticas para modificar el estado de desprotección de los derechos fundamentales que se denuncia, siempre y cuando, por un lado, no se redefina la naturaleza y funciones del sistema de protección jurisdiccional nacional e internacional de los derechos humanos en el marco de la profundización nacional del Estado democrático y social de Derecho, y por otro, cuando el sistema judicial nacional e internacional asuma la protección plena que las constituciones y tratados le facultan en materia de derechos humanos. De lo contrario, la excesiva prudencia y pasividad del sistema interamericano, puede terminar apañando las violaciones cometidas por los agentes del Estado, mediante prácticas represivas o judiciales, que en numerosas oportunidades y en determinadas casos y épocas han surtido los efectos esperados⁴⁶⁹.

En tal entendido, a continuación se hace una breve evaluación del rol de protección de los derechos fundamentales, a través de la incipiente vinculación de la justicia constitucional con el Sistema Interamericana de Derechos Humanos y de sus posibilidades de fortalecimiento, lo cual ya supone un quiebre de la premisa positivista “*quod non in lege, nec in iure*” de la

468. CARETAS, reportaje de Guillermo González Arica, *OEA. Llover sobre mojado. Representantes del Estado peruano pasan apuros en capital norteamericana*, en <http://ekeko.rcp.net.pe/CARETAS/1988/oea/oea>. Htr; asimismo, *El Comercio, Comisión de DD. HH. de la OEA admite dos denuncias contra Perú*, en <http://www.Elcomercioperucom.pe>, del 215 de octubre de 1998.

469. Héctor Faúndez, *El sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, en IIDH, Costa Rica, 1996, pp. 109 ss. y 455 ss.: asimismo, Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, Spring Verlag, 1987, pp. 74-75.

prevalencia de la ley y de la sentencia a nivel nacional⁴⁷⁰. Para lo cual, es necesario poner el énfasis, primero, en la posición jurídica que ocupan los tratados internacionales en el sistema constitucional, tema aún no definido en el Perú, en la medida que se discute su carácter vinculatorio y, en segundo lugar, presentar las posibilidades de la justicia internacional de los derechos humanos, como una proyección más eficaz en la tutela de los derechos afectados, a través de su jurisprudencia más destacada.

1 POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

Con la entrada en vigencia de la Constitución del Perú de 1993, se planteó el debate acerca de la posición constitucional de los tratados en la nueva norma constitucional⁴⁷¹, debido a que esta norma suprema amplió, en su artículo 173°, la aplicación de la pena de muerte prevista para la traición a la patria en caso de guerra exterior, a los casos de delitos de terrorismo. Lo cual dio lugar a un conflicto normativo con la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto el artículo 4º-2, de este tratado, postula la tesis de la progresividad de la defensa de la vida, o dicho en otras palabras: la tesis abolicionista de la pena de muerte, señalando que “en los países que no se ha abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”⁴⁷².

Ante esta colisión normativa, en torno a la protección internacional del derecho a la vida y a su desprotección en la Constitución de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió una Opinión Consultiva N° 14, a pedido de la Comisión Interamericana, en la cual estableció

470. Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema...*, op. cit., pp. 181 ss.

471. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, Ediciones Nermsa, 1994, pp. 100 ss.; Domingo García Belaunde, *The new peruvian constitution: Judicial power and constitutional guarantees*, en César Landa y Julio Faúndez (editores), *Contemporary Constitutional Challenges...*, op. cit., p. 43; asimismo, Marcial Rubio, *Ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*, en *Pensamiento Constitucional*. Año V, N° 5, Lima, PUCP-MDC, 1998, pp. 99 ss.

472. Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humano. Su desarrollo progresivo*, IIDH, Madrid, Civitas, 1987, pp. 75 ss.; Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, IIDH, Lima, 1988, pp. 62-63; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 113 ss.

Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. 2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto⁴⁷³.

De modo que en materia de Derecho Internacional Público, quedó establecida una respuesta prejurisdiccional, que condena al Estado peruano y a sus autoridades, los mismos que se harán responsables en cuanto dicten una ley que amplíe la pena de muerte a los casos de terrorismo, como si la aplican, por ser evidentemente violatorias a la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina constitucional peruanas, no han asumido claramente una tesis de la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley, y menos aún sobre la Constitución, en la medida que la Constitución de 1993 no ha resuelto la posición jurídica de los tratados internacionales en el sistema de fuentes de nuestro derecho, como sí lo había hecho la Constitución de 1979. Motivo por el cual a continuación se plantea y se analiza la posición jurídica de los tratados internacionales, en sus tres dimensiones o naturaleza: constitucional, legislativa y ejecutiva.

11 Sistema de fuentes del derecho internacional en la Constitución

La Constitución de 1993 no aborda sistemáticamente el problema de las fuentes del derecho, a lo más establece algunos artículos dispersos relativos a los tratados, su control constitucional y carácter de fuente interpretativa del ordenamiento jurídico. Este déficit del constituyente, se convierte ahora

473. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana de los Derechos Humanos)*, San José, 1994, p. 16.

474. Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 446 ss.; asimismo, Marcial Rubio, *Ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, art. cit., pp. 99-113.

en un desafío para la doctrina y la jurisprudencia, como ha ocurrido en el derecho comparado⁴⁷⁵, en la medida que la integración del derecho nacional y el derecho internacional tienen importancia jurisprudencial y dogmática, es decir, práctica y teórica.

En tal sentido, en primer lugar, es importante ubicar la posición jurídica de los tratados internacionales, tanto en el sistema constitucional como en el derecho internacional, por cuanto constituyen fuentes supremas del derecho peruano, desde que son normas con mandatos aplicables directamente y exigibles judicialmente. Sin embargo, no hay opinión unívoca de la jerarquía de los tratados en relación a la Constitución y sobre todo en cuanto a su relación con las leyes; para unos prevalece la ley sobre el tratado⁴⁷⁶, para otros los tratados sobre la ley⁴⁷⁷, y para terceros en cada caso de conflicto, se resolverá específicamente⁴⁷⁸. La Constitución de 1979 tenía aclarado este problema, al disponer que en caso de conflicto entre un tratado y una ley nacional, prevalecía el primero; asimismo, que los tratados de derechos humanos tenían rango constitucional y que los tratados de integración prevalecían frente a otros tratados entre las partes.

Pero esta situación es conflictiva, porque la Constitución de 1993 elimina esas disposiciones constitucionales, entre otras, volviendo a replantear el viejo tema de la primacía o no del tratado sobre la ley, en caso de conflicto entre ambas, así como si la Convención Americana de Derechos Humanos tiene naturaleza constitucional o no. Cuando a nivel internacional se producen grandes transformaciones políticas y jurídicas, que hacen de la primacía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, principios universales exigibles en todas las latitudes del mundo, al respecto, la creación del Tribunal Penal Internacional para la persecución internacional de

475. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pp. 13 ss.; asimismo, Luciano Parejo, *Sistema de fuentes en la jurisprudencia constitucional*, (separata del Curso de Doctorado), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1993.

476. Domingo García Belaunde, *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales en Desafíos Constitucionales Contemporáneos* (C. Landa y J. Faúndez, editores), Lima, University of Warwick y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1996, p. 43.

477. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución peruana de 1993...*, en *RPJ*, Año XLVII, Nº 16, Julio-Setiembre, Trujillo, 1998, pp. 3-14; Marcial Rubio, *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución de 1993*, en *LTC* Nº 10, CAJ, Lima, 1994, p. 174.

478. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, op. cit., p. 101.

los crímenes contra los derechos humanos, es una muestra más de esta institucionalización del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷⁹.

Este proceso se expresa jurídicamente en las **tesis monistas**, que no sólo tienden a uniformizar el derecho, sino también la jurisdicción a nivel internacional⁴⁸⁰, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos con su órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con su órgano cuasi-jurisdiccional como es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la expresión más clara de esta tendencia monista se da con los tratados de la Unión Europea, que crea organismos representativos, ejecutivos y jurisdiccionales supranacionales, así como con la Convención Europea de Derechos Humanos y la prolífica actividad de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque también haya tenido una etapa de *sleeping beauty*⁴⁸¹.

En tal sentido, "el monismo toma la forma de una declaración de la supremacía del derecho internacional aún en el ámbito nacional, unida a la observación del buen desarrollo de la persona como sujeto del derecho internacional. Esta doctrina es la antípoda de los postulados jurídicos de la existencia de la soberanía de los Estados y reduce la ley nacional a un status de prisionera de la ley internacional"⁴⁸². Aunque antiguamente el monismo también podía otorgar la primacía al derecho estatal sobre el derecho internacional⁴⁸³.

Pero, por otro lado, la justificación jurídica de la involución constitucional peruana en materia de tratados internacionales, se explica en base a la **tesis dualista**, según la cual existen dos ámbitos o espacios propios del de-

479. Richard Wilson, *Heading for a permanent International Criminal Court*, texto presentado en la conferencia sobre *Containing State Power: Steps Toward International Enforcement of Human Rights*, Nuremberg, 24-25 de setiembre de 1997, p. 12.

480. Hans Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Académie de Droit International. Paris, Librairie Hachette, 1927, pp. 33 ss.; asimismo, Walter Schiffe, *Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur* Leipzig-Wien, F. Deutcke, 1937, pp. 23 ss, donde presenta las tesis de Krabbe, Duguit Scelle, Kelsen y Verdross.

481. Jochen Abr. Frowein y Gerhard Ulsamer, *Europäische Menschenrechtskonvention und nationaler Rechtsschutz*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985, pp. 9 ss.; asimismo revisar VVDStRL 49, *Deutschlands aktuelle Verfassungslage*, con los informes de Frowein, Isensee, Tomasucht y Randelzhofer, Berlin, 1990.

482. Ian Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 33.

483. Alfred Verdross, *Zur Konstruktion des Völkerrecht*, VIII, 1914, p. 329 ss.; asimismo, Edward Corwin, *National supremacy, treaty Power vs. State Power*, 1913, reeditado por P. Smith, Mass., 1965, pp. 296 ss.

derecho y la jurisdicción: uno internacional y otro nacional⁴⁸⁴. En efecto, “la doctrina del dualismo, establece una diferencia esencial entre el derecho internacional y el derecho nacional, consistente principalmente en el hecho de que los dos sistemas regulan materias diferentes. El derecho internacional es la norma entre los Estados soberanos; la ley nacional se aplica al interior del estado y regula la relaciones de sus ciudadanos con los otros y con el gobierno”⁴⁸⁵.

De modo que de acuerdo a esta última tesis, los tratados no primarían sobre las leyes, tan sólo serían una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad vinculante. Esta tesis dualista responde a la antigua concepción liberal del Estado nacional y soberano, que asumió el viejo principio de que no podía darse relaciones sobre similar materia entre el Derecho Internacional y el derecho interno, por que los hechos que normaban ambos derechos eran distintos⁴⁸⁶, lo que no fue óbice para que la doctrina anglosajona postulase la integración de los tratados al derecho nacional como norma suprema –*treaties supreme law of land*–, que según los fallos de las cortes unas veces prima sobre la ley y otras no, como en el caso de la sentencia del caso Pinochet⁴⁸⁷.

Pero al término de la dos guerras mundiales, la incorporación de la protección jurídica internacional de la persona humana –además de los Estados–, el desarrollo de las nociones de la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional, la legitimidad de las organismos supranacionales, con sus normas y jurisdicciones con fuerza autoaplicativa, han transformado la concepción jurídica del Derecho Público Internacional del viejo Estado nacional, basada en una moderna noción del Estado supranacional, que supedita el imperio de la ley al imperio del tratado inter-

484. Heinrich Triepel, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international*, Académie de Droit International. Paris, Librairie Hachette, 1925, pp. 3 ss.

485. Ian Brownlie, *Principles of public international law...*, *op. cit.*, pp. 32-33; asimismo, Hans Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public...*, *op. cit.*, pp. 45 ss.

486. Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von Hirschfeld, 1899, pp. 23 ss.; asimismo, Dionisio Anzilotti, *Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, en *Revista Jurídica*, tomo I, Buenos Aires, UBA, 1962, pp. 41 ss.

487. House of Lords. *Opinions of the Lords of Appeal for judgement in the cause: Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (apellant). Exparte Pinochet (respondent) (on appeal from a divisional court of the Queens's Branch División)*, en www.parliament.uk; asimismo, Robert Devlin, *The Treaty of Power under the Constitution of the United States*, San Francisco, Bancroft-Whitney Co., 1908, pp. 162 ss.

nacional, en virtud a su participación voluntaria de los Estados en la formulación y aprobación de los tratados internacionales⁴⁸⁸.

Ahora bien, la posición constitucional de los tratados no está exenta de asumir una opción mixta, con elementos monistas o dualistas, a través de la **tesis de la coordinación**, que caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración, en base a la responsabilidad internacional, en función de la cual ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, sino su armonización en base a un neiusnaturalismo integrador⁴⁸⁹. Ello es relevante en tanto permite una solución razonada y adecuada a las circunstancias. Lo cual no exime de abordar el tema de la prevalencia o no de los tratados en caso de conflicto con el derecho interno, a partir de las escuelas jurídicas que han expresado o recogen el tema del sistema de fuentes del derecho⁴⁹⁰.

- a. *Teoría positivista de la Escuela de Viena*. Para esta corriente el sistema normativo es el producto de la voluntad de los sujetos y de la autorización de sus actos para crear normas –fuentes de la producción–, las normas que califican a los hechos como normas –fuentes sobre la producción–, y las formas en las que se expresa la norma jurídica. En función de lo cual, la validez de una norma internacional deriva siempre de un acuerdo de voluntades estatales, proveniente de la regla del *pacta sunt servanda*⁴⁹¹.

Esta teoría concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas, en este sentido, “es aconsejable establecer instituciones de Derecho internacional o nacional que hagan posible la anulación de la norma de Derecho nacional que se encuentra en conflicto con el Derecho internacional. Sin embargo, cuando no existe esta posibilidad, la norma del Derecho nacional permanece válida al lado de la norma del Derecho

488. Antonio Cassese, *Human Rights in a changing world*, Polity Press, 1990, pp. 11 ss., 24 ss. y 153 ss.; asimismo, Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1990, pp. 1-40.

489. Charles Rousseau, *Droit International Public*, tomo I, Paris, editions Pedone, 1970, p. 48; Riccardo Monaco, *L'Ordinamento Internazionale in Rapporto all'Ordinamento Statale*, Torino, L'Istituto Giuridico della R. Università, 1932, pp. 23-27; asimismo, Ian Brownlie, *Principles of public international law...*, op. cit., p. 35.

490. Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources*, Paris, Editions Pedone, 1944, pp. 106 ss.

491. Dionisio Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, Athenaeum, 1923, pp. 65 ss.; asimismo, Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources...*, op. cit., pp. 106-107.

internacional⁴⁹². Pero, para esta escuela positivista atada a la validez y la eficacia del sistema normativo, como fundamento absoluto de la vida en sociedad, no termina por plantear la posibilidad de la nulidad o inaplicación de la norma que entre en conflicto con el Derecho internacional, dejando de lado las relaciones pre-jurídicas o balance de poderes internacionales entre los Estados.

- b. *Teoría institucional*. Esta corriente objetivista concibe al sistema de fuentes del derecho como el producto de una pluralidad de fuentes creadoras; compuesta no sólo de normas internacionales positivas y formales, sino también de normas generales y particulares, públicas y privadas, nacionales e internacionales, pero en funcionamiento que crean a las primeras. Es decir, hay una concepción dinámica y originaria del ordenamiento jurídico que busca hacer funcional el tratado internacional y la norma legal nacional, a través de la integración de las mismas que realicen los organismos supranacionales, en base a la costumbre o a la norma internacional⁴⁹³.

En tal sentido, “el Derecho internacional solamente aparece como auténtico derecho, en cuanto vincula y domina a la voluntad estatal, esto es, en cuanto la trasciende y se afirma como entidad *in se*, entidad que, en nuestra opinión, es el ordenamiento de la comunidad internacional al que están subordinados los distintos Estados, aunque sólo sea de manera limitada⁴⁹⁴. Con esta tesis monista, se afirma la primacía del tratado sobre la ley, sobre consideraciones que van más allá de la propia norma internacional positiva.

- c. *Teoría de la razonabilidad*. Esta teoría concibe al ordenamiento jurídico no como pura normatividad, sino como un proceso social que busca encontrar soluciones justas a los conflictos de la sociedad, que no son otros por excelencia que la demanda de derechos de las personas; en este sentido, el material normativo no es lo sustancial, sino meramente instrumental. “Pues bien, creo que el ordenamiento así entendido debe aspirar a ser racional, aunque en ocasiones no llegue a serlo. La racio-

492. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, *op. cit.*, p. 146; Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Wetbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, pp. 76 ss.; asimismo, José Puente Egido, *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, CSIC, 1962, pp. 100 ss.

493. Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources...*, *op. cit.*, pp. 107-109.

494. Santi Romano, *El ordenamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 215; asimismo, Maurice Hauriou, *La Teoría de la Institución y de la fundación...*, *op. cit.*, pp. 37-58.

nalidad, más que un dato, es una aspiración y un propósito⁴⁹⁵. De donde se podría desprender que en caso de conflicto entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, debería prevalecer la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar, es decir, la protección y el desarrollo de la persona humana⁴⁹⁶. En tanto que la persona humana ha pasado a constituir el sujeto de derecho, que progresivamente otorga unidad al derecho internacional, dejando de lado tanto el dualismo entre el derecho interno e internacional, como el dualismo entre el derecho público y el derecho privado no obstante, que los Estados sean los destinatarios por excelencia de las normas de Derecho Internacional⁴⁹⁷.

En nuestro parecer, la Constitución de 1993 no está afiliada a ninguna de las escuelas o corrientes descritas anteriormente. Más aún, los constituyentes no han dado a los tratados un procedimiento orgánico, en función de las fuentes del derecho peruano, sino que la Constitución tan sólo ha consagrado algunas disposiciones dispersas y eliminado algunos artículos constitucionales de la Constitución de 1979, sin lograr reordenar el sistema de fuentes del derecho internacional en la Constitución, que al parecer era su propósito. Motivo por el cual se encuentran una diáspora de artículos constitucionales, donde no sólo hay elementos de la concepción dualista, de la corriente institucional monista, sino también, disposiciones propias de la concepción razonable, que apela a la ponderación de los valores constitucionales.

En tal sentido, a continuación se va a sistematizar la posición de los tratados en el sistema de fuentes del derecho constitucional, en base a los conceptos antes mencionados. Pero, además, distinguiendo con claridad, en qué niveles normativos se encuentran los tratados –constitucional, legal, administrativo–, las normas que los contienen –resolución legislativa, decreto supremo, resolución suprema, circulares, etc–, los principios de supradordinación que permitan definir la prevalencia de los mismos en caso de conflicto –principio de jerarquía, principio de competencia– y las acciones de garantía

495. Luis Diez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 181; asimismo, desde una postura funcionalista, ver E.B.F. Midgley, *The natural law tradition and the theory of international relations*, London, Paul Elek, 1975, pp. 350 ss.

496. Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos*, IIDH, San José, 1993, pp. 266 ss.; asimismo, Robert Devlin, *The Treaty of Power under the Constitution of the United States...*, *op. cit.*, p. 167.

497. Carl Schmitt, *Über die Zwei Grossen "Dualismen" des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die unterscheidung von Völkerrecht und Staatlichen Recht zu der Innerstaatlichen unterscheidung von öffentlichem und Privatem Recht?*, separata de *Mélanges Streit*, II, Athen, Pysos A. G., 1940, pp. 315-328.

que protegen dichos principios —acción de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto de competencia—.

12 Tratados internacionales en la Constitución

Si bien en la Constitución de 1993 hay una insuficiente y asistemática regulación en torno a la posición constitucional de los tratados dentro del sistema de fuentes del derecho, según se desprende de los debates constituyentes⁴⁹⁸, se puede señalar que la Constitución sigue distinguiendo por lo menos tres tipos de tratados: constitucional, legal y simplificados, que a continuación se analizan.

1.2.1 *Tratados constitucionales*⁴⁹⁹

a. *Rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos*

De acuerdo al segundo párrafo del art. 57º de la Constitución, el tratado que afecta disposiciones constitucionales, es decir que contenga materia constitucional, es aprobado mediante el procedimiento reservado para las reformas constitucionales, establecido en el artículo 206º de la Constitución. De modo que la resolución legislativa, que aprueba dicho tratado, deberá ser sancionada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante un referéndum, o, en todo caso, se podrá omitir este último procedimiento, cuando el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. A este tipo

498. Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones del Plenario, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima, s/f, pp. 88-90; asimismo, Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones de la Comisión de Constitución y de Reglamento, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima, s/f, pp. 249-251 y 255-256.

499. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RPJ* N° 16,, 1998, art. cit., pp. 7 ss.; Marcial Rubio, *Ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998,..., op. cit., pp. 106 ss.; Javier Ciurlizza, *La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos*, en *LTC*, N° 11, Lima, CAJ, 1995, p. 68 ss.; asimismo, Carolina Loayza, *Recepción de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial*, en *Diálogo con la Jurisprudencia* Año II, N° 3, Lima, Gaceta Jurídica editores, 1996, p. 47; de otro lado, Fabián Novak, *Los tratados y la Constitución peruana de 1993*, en *Agenda Internacional* Año I, N° 2, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 91.

de tratado también se le ha otorgado en el derecho comparado un rango constitucional o supraconstitucional⁵⁰⁰.

En tal sentido, los tratados que versan sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al regular materia de nivel constitucional—equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el Capítulo I De la persona y de la sociedad, del Título I De la persona y la sociedad, de la Constitución de 1993—tienen por su contenido material una jerarquía supralegal, es decir de carácter constitucional. Motivo por el cual gozan del rango constitucional por la materia constitucional que abordan. Entonces, en caso de conflicto entre un tratado constitucional de materia constitucional y una ley, prima la primera en función del principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el art. 51^o de la Constitución⁵⁰¹. En tal entendido, la Convención Americana de Derechos Humanos protege los derechos fundamentales por sobre una ley, en todo lo que la favorezca o promueva, pero también la protege negativamente, limitando y prohibiendo en todo lo que la afecte una ley del Congreso⁵⁰².

No obstante, se puede afirmar que el artículo 200^o-4 de la Constitución, al disponer genéricamente que contra las normas con rango de ley—incluidas la ley del Congreso y los tratados internacionales, entre otras—, cabe plantear una acción de inconstitucionalidad, estaría otorgándoles a todos los tratados por lo menos igual jerarquía normativa que a la ley. Ahora bien, como los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del derecho

-
500. Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 9-11; Edmundo Vargas Carreño, *Introducción al derecho Internacional*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1992, pp. 159 ss.; asimismo, Rodolfo Piza, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San José, 1989, p. 359.
501. De otra opinión es Domingo García Belaunde en *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales...*, *op. cit.*, p. 43, para quien “se establece la primacía de la ley sobre el tratado, con lo cual el Perú vuelve a adoptar la posición dualista”, aunque, al parecer no se refiere a los tratados sobre materia constitucional, sino legal. Por su parte, Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, *op. cit.*, p. 101, señalan que en el artículo 55^o de la Constitución, “se dice simplemente que los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, sin decir que prevalecen ni decir que no prevalecen sobre la ley. Será llegado el caso, la jurisprudencia de los tribunales la que determine si el tratado en la circunstancia concreta, prevalece o no sobre la ley”.
502. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 18-27; asimismo, Karel Vasak (editor), *Ensayos sobre derechos humanos, las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Volumen I, Lima, CAJ, 1990, pp. 25-36.

nacional –vgr. art. 55º de la Constitución– el control constitucional sobre un tratado o una ley, se realizaría para saber si es conforme por el fondo o por la forma, no sólo con la Constitución sino también con los tratados de rango constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, en tanto goza de fuerza normativa constitucional y es de aplicación automática, completa y continua. En ese sentido, será el Tribunal Constitucional el encargado de dirimir, en un proceso constitucional, si una ley que viola la Convención debe ser inaplicada al caso concreto o ser declarada nula por ser contraria al orden constitucional de los derechos fundamentales, como acontece en el derecho comparado⁵⁰³.

La aparente paradoja de que el Tribunal Constitucional pueda declarar una ley, o incluso un tratado –de rango infraconstitucional– como inconstitucional, sobre la base de la norma constitucional y los tratados –como la Convención Americana–, queda resuelta a partir de que la Constitución señala en la cuarta disposición final y transitoria –tomada del artículo 10º-2 de la Constitución de España de 1978– que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De modo que hay un mandato constitucional vinculante, tanto para el legislador como para los jueces y cortes, y en particular el Tribunal Constitucional, a fin de que interpreten la Constitución en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias y opiniones, por ejemplo de la Corte Interamericana, en tanto intérprete supremo de la Convención Americana, en caso que la norma constitucional no sea suficiente para proteger el derecho invocado⁵⁰⁴.

Pero cuando la norma incoada por inconstitucional sea un tratado internacional de materia constitucional, como uno referido a la integridad, dominio y soberanía territorial del Estado; iniciado que sea un proceso constitu-

503. Konrad Hesse, *Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 5, 1998..., *op. cit.*, pp. 36 ss.; asimismo, Tomaso Perasi, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale* Milano, Giuffrè editore, 1952, pp. 20 ss.

504. Este modelo se corresponde con el actual sistema europeo, ver: Araceli Mangas Martín, *Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 61, Madrid, 1980, pp. 147 ss.; Enrique Linde, *Eficacia del Convenio en el Derecho español*, en AA.VV., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 152-154; Javier González Vega, *Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público*, en *REDI*, Vol. XL, N° 2, Madrid, CSIC, 1988, pp. 207-208; asimismo, Luis Ignacio Sánchez. *Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público*, en *REDI*, Vol. XXV, N° 1, Madrid, 1983, pp. 115 ss.

cional, el Tribunal Constitucional deberá cautelar si el tratado ha afectado disposiciones constitucionales pétreas o intangibles, y si, en todo caso, ha sido aprobado por el Congreso de acuerdo con el procedimiento de la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República, según dispone el artículo 57°, segundo párrafo de la Constitución. Lo cual abre a debate la posición vinculante que adopta un tratado en materia constitucional, en relación a las propias normas de la Constitución⁵⁰⁵. En el Derecho Comparado, un proceso ejemplificador de la fuerza vinculante de los tratados, se produjo con la aprobación del Tratado de Maastricht, que dio lugar en España, Alemania y Francia a reformas constitucionales, planteadas en las sentencias por sus tribunales constitucionales, debido a que la tranferencia de ciertas competencias soberanas, resultaban incompatibles con sus constituciones⁵⁰⁶.

En tal sentido, los tratados constitucionales y en particular la Convención sobre derechos humanos, deben ser interpretados con fuerza activa, dado el carácter innovativo del ordenamiento jurídico constitucional nacional en el ámbito, y con fuerza pasiva por cuanto el tratado resiste a cualquier modificación que pretenda realizar una norma infraconstitucional, como es el caso de una ley⁵⁰⁷; salvo que con esta norma se de inicio a un procedimiento de denuncia del tratado⁵⁰⁸. Que el tratado sea aprobado mediante una resolución legislativa del Congreso, no enerva su naturaleza constitucional. En este sentido, por ejemplo, una ley posterior no puede modificar a una resolución legislativa, que sancione un tratado aprobado siguiendo el procedimiento para reformar la Constitución, dada la materia constitucional que incorpora.

La razón del principio constitucional interpretativo de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución es contundente: "si se les permi-

505. Francis Jacobs y Shelley Roberts, *The efect of treaties in domestic law*, Vol. 7, London, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 63 ss.; Roger MacBride, *Treaties versus the Constitution*, Idaho, Caxton Printers, 1955, pp. 76 ss.; Adelkader El Kadiri, *La position des états du tiers monde a la conférence de Vienne sur le droit des traités*, édition de la Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales de Rabat, 1980, pp. 217-231; asimismo, Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho Internacional*, tomo I, Bogotá, Temis, 1983, p. 75.

506. Albrecht Weber, *El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada*, en *REDC*, Año 15, N° 45, Madrid, CEC, 1995, pp. 31 ss.; Konrad Hesse, *Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 5, 1998, art. cit., pp. 39-42.

507. L. Erades y Wesley Gould, *International law and municipal law*, Oceana Publications, New York, 1961, pp. 223 ss.; Louis de Naurois, *Les traités internationaux devant les juridictions nationales*, Paris, Recueil Sirey, 1934, pp. 144 ss.

508. Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources...*, op. cit., pp. 506 ss.; asimismo, Miguel D'Estéfano Pisani, *Derecho de los tratados*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986, pp. 104 ss.

tiera a los Estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmenbrado y sus normas se tornarían completamente ineficaces⁵⁰⁹. En tal sentido, los arts. 27º y 26º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), señalan que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado, y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes —*pacta sunt servanda*—, y que debe ser cumplido por ellas de buena fe —*bona fide*—⁵¹⁰. En este sentido, es que “se requiere que los Estados investiguen las graves violaciones a los derechos humanos, cometidas en su territorio”⁵¹¹.

b. *Fuerza normativa y eficacia de los tratados sobre derechos humanos*

Cabe precisar ahora si la posición que la Constitución asigna, a los tratados internacionales sobre derechos humanos —siguiendo al art. 10º-2 de la Constitución española mencionado—, categoría de fuente de interpretación de los derechos fundamentales, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana, significa reconocer a dichos tratados un nivel de norma de cumplimiento obligatorio. O, tan sólo son principios generales del derecho o del derecho consuetudinario, que se aplican supletoriamente ante el vacío o duda en la aplicación de una norma constitucional o legal positiva.

Al respecto, se puede señalar que los tratados internacionales a los cuales alude la cuarta disposición final y transitoria, exigen la interpretación de los derechos fundamentales en función no sólo del texto normativo constitucional, sino de las sentencias, opiniones y recomendaciones, que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido para la tutela de los derechos humanos⁵¹². Este criterio hermenéutico

509. Felipe González Morales, *Leyes de amnistía y violaciones graves a los derechos humanos...*, op. cit., p. 3; APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad...*, op. cit., pp. 39-46; Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional...*, op. cit., pp. 72 ss.; asimismo, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 193-202.

510. Francesco Capotorti, *Convenzione di Vienna sul Diritto die Trattati*, Padova, CEDAM, 1969, pp. 31-32; Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969...*, op. cit., pp. 224 ss.

511. Naomi Roth-Arriaza, *State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law*, en *California Law Review* Vol, 78, Berkeley, University of California, 1990, p. 513.

512. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 485 ss.; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo

es el que sigue el Tribunal Constitucional Español, en relación al sistema europeo de derechos humanos, que no ha dudado en sostener que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas de esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”⁵¹³.

Ahora bien, los derechos humanos consagrados en dichos tratados son normas jurídicas de aplicación directa e inmediatas –*self executing*–, es decir, no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución, sino que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatorias por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contenga normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona demandante, que las contenidas en la Constitución⁵¹⁴.

Es cierto que en la doctrina jurídica existe un antiguo debate sobre la naturaleza de los derechos humanos: como derechos positivos o morales, o como derechos objetivos, subjetivos o intersubjetivos⁵¹⁵. Pero, si se partiese de reconocer de acuerdo a la teoría institucional el doble carácter de los derechos humanos, se podría señalar que “de un lado, los derechos humanos son exigencias éticas; de otro, sólo derechos en la medida en que forman parte de un ordenamiento jurídico-positivo”, se tendría que señalar que, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú forman parte del derecho nacional (Art. 55º de la Constitución) y, en consecuencia, son normas jurídicas de cumplimiento obligatorio para los órganos constitucionales y los ciudadanos⁵¹⁶.

II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 401 ss. y 499 ss.

513. Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución...*, op. cit., pp. 309-310; asimismo, Constantin Economides, *Les rapports entre le droit international et le droit interne*, Conseil de l'Europe, Collection Science et technique de la démocratie, N° 6, Alemania, 1994, pp.12-15.
514. Louis Shon y Thomas Burgenthal, *International protection of human rights*, New York, Bobbs-Merrill Co., 1973, pp. 1238 ss.
515. Teresa Freixes, *Constitución y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 53-76; donde se recogen las construcciones jurídicas de los derechos fundamentales que han influenciado a los demás sistemas jurídicos, tanto en su vertiente norteamericana más caracterizada, en las tesis de Rawls, Dworkin, Ely y Tribe; como en su vertiente alemana caracterizada por las tesis de Häberle, Smend, Schneider y Luhmann.
516. Theodoor van Boven, *Les critères de distinction des droits de l'homme* y, Karl Josef Partch, *Les principes de base des droits de l'homme: l'autodétermination l'égalité et*

Más aún, se podría apuntar que en la Constitución peruana, siguiendo las tesis de Dworkin⁵¹⁷, existe una fusión de derechos humanos positivos y derechos humanos morales –iusnaturalistas–, por cuanto la enumeración de los derechos fundamentales del Capítulo I del Título I de la Constitución, no excluye los demás que la Constitución garantiza –vgr. incorporados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás artículos constitucionales–, ni otros derechos de naturaleza análoga o 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 de gobierno, según dispone el artículo 3º de la Constitución de 1993, de clara raigambre neoiusnaturalista⁵¹⁸.

De modo que, la Constitución peruana, a través de esa *cláusula de los derechos implícitos –numerus apertus–* y de la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional, reconoce que los derechos humanos abarcan bienes jurídicos más allá de lo que positivamente ella misma pueda haber consagrado en el texto político; por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales, también hay que encontrarlos en los tratados de derechos humanos y demás normas que incorporen los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación judicial correcta, que se derive de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos, que el Perú se ha comprometido internacional y nacionalmente a cumplir⁵¹⁹.

c. *Integración de los tratados, la Constitución y las leyes*

La Constitución, en el artículo 200º-5, reconoce que contra un tratado internacional cabe plantear una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución, por el fondo o por la forma. Si bien teóricamente caben las

la non-discrimination, en Karel Vasak (editor), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Gand, UNESCO, 1978, pp. 45 ss. y 64 ss., respectivamente.

517. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 276-303.

518. Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución...*, op. cit., pp. 52 ss.; Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 235-241.

519. Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 19-22; asimismo, Tom Campbell, David Goldgerb, Sheila McLean, Tom Mullen, *Human rights. From rhetoric to reality*, London, Blackwell, 1986, pp. 15 ss.; asimismo, Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 1995, Paris, PUF, pp. 87 ss.

acciones de inconstitucionalidad contra los tratados, aparece como una pregunta estrictamente académica si es posible de interponer una acción de inconstitucionalidad contra un tratado de materia constitucional, asumiendo que si bien ha sido incorporado al ordenamiento constitucional, mediante el mecanismo de reforma constitucional, dicho tratado podría estar contraviniendo otras disposiciones constitucionales supremas. En ese sentido, antes de que se conceda una declaración de consentimiento, sería necesario que el Tribunal Constitucional, pudiese controlar preventivamente la compatibilidad del tratado con las normas constitucionales⁵²⁰.

Es claro que procedería a examinar la inconstitucionalidad de un tratado, si se hubiese violado por la forma la Constitución, es decir, el procedimiento constitucional de aprobación para los tratados con rango y materia constitucional antes señalado. En tanto que examinar la inconstitucionalidad por violación del fondo de la Constitución, supondría que existan en la Carta Magna cláusulas pétreas, es decir, normas constitucionales que expresamente prohíben su reforma constitucional, o que existan cláusulas constitucionales intangibles que constituyan los cimientos del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional, lo cual plantea el problema de los límites materiales al ejercicio de la función constituyente⁵²¹.

En efecto, se estaría ante un debate iusfilosófico y político sobre la existencia de posibles normas constitucionales inconstitucionales – *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*⁵²², hasta el punto de estimar una norma constitucional como inconstitucional, por contradecir su sentido valorativo fundamental, como sería desproteger la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, por cuanto constituyen “principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento comenzando por la Constitución misma”⁵²³.

520. Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público*, tomo II, *Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 335 ss.; asimismo, Riccardo Monaco, *Giustizia costituzionale e giurisdizioni sopranazionali*, en Giorgio Lombardi (editor), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato...*, op. cit., pp. 343-359.

521. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., pp. 45-51; asimismo, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...*, op. cit., pp. 244-291.

522. Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht...*, op. cit., pp. 19 ss.; asimismo, Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., p. 202.

523. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 115.

De lo expuesto, queda establecido, entonces, que los tratados en materia de derechos humanos tienen una jerarquía no sólo constitucional, sino también que gozan de una fuerza material supraconstitucional, lo cual se extiende formalmente cuando al incorporar al derecho interno, un tratado modificador de disposiciones constitucionales, debe ser aprobado previamente por el Congreso siguiendo las normas para la reforma constitucional, antes de su ratificación por el Presidente de la República. Lo cual, ciertamente, se condice con la tendencia histórica de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno —en particular sobre la ley—, planteada desde inicios del siglo XX⁵²⁴ y que se viene aplicando progresivamente en el sistema jurídico internacional⁵²⁵.

1.22 *Tratados de materia legislativa*

Son los tratados aprobados por el Congreso que regulan infraconstitucionalmente temas específicos de rango legislativo en materia de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás temas que requieran de medidas legislativas, pero siempre de rango infraconstitucional, según dispone el artículo 56º de la Constitución. Estos *traités-lois* al tener como objeto “fijar reglas generales como lo hace una ley general dentro del Estado”⁵²⁶, da lugar a que una misma materia, por ejemplo derechos humanos, pueda ser compartida entre dos niveles jerárquicos normativos: el nivel constitucional y el nivel legislativo.

Entonces, de acuerdo a la *teoría de la competencia*, se define el rango de los tratados y de la ley, de donde se desprende que para efectos del control constitucional, por ejemplo, los tratados de rango constitucional regulan la materia de los derechos humanos en sus fundamentos constitutivos, mientras que los tratados de rango legislativo los desarrollan sin transgredirlos ni

524. Hans Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public...*, op. cit., pp. 87 ss.; asimismo, Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien-Berlin, Verlag J. Springer, 1926, pp. 20 ss.

525. Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...*, op. cit., pp. 105 ss.; Louis Cavaré, *Le droit international public positif*, tomo I, *La notion de droit international public. Structure de la société internationale*, Paris, Editions Pedone, 1967, pp. 185 ss. y 210 ss.; asimismo, Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 9-11.

526. Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1985, p. 157; asimismo, Juan Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 108-109.

desnaturalizarlos. De esta manera se desdramatiza el conflicto entre el tratado y la ley, diferenciando en función de la competencia no sólo entre la ley y el tratado⁵²⁷, sino también entre los tratados entre sí. En cualquier caso, los tratados legislativos son aprobados mediante resoluciones legislativas del Congreso.

El principio que sustentan a estos tratados de nivel legislativo, en caso de conflicto con otros tratados, sean de nivel constitucional o administrativo, será el *principio de competencia* y no el de jerarquía⁵²⁸. No obstante que los dos primeros sean aprobados por resolución legislativa del Congreso, y el tercero sea sancionado por decreto supremo del Poder Ejecutivo. Este principio de competencia opera a través de delimitar la lista de materias que le corresponde a cada tipo o nivel de tratado, según la Constitución, y mediante sus formas de aprobación y aceptación incorporadas en los artículos 12° y 13° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), actuando como *norma normarum*⁵²⁹.

Los principios y técnicas para la delimitación de las competencias deberían condensarse en una suerte de test de la competencia (ver Primera Parte, Cap. III, 4.3.). Estos, de manera sintética serían: El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales a la preeminencia de los intereses generales del Estado, que son “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, según el art. 44° de la Constitución.

Esta subordinación debería realizarse en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir que existiendo dudas sobre el titular de la competencia o atribución, se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones y a la cláusula resi-

527. Cesáreo Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 635 ss.; asimismo, Antonio Remiro Brotons *Derecho Internacional Público*, tomo II, *Derecho de los Tratados...*, *op. cit.*, pp. 337 ss.

528. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I..., *op. cit.*, p. 143.

529. Una opinión en contra de la clasificación de los tratados, por ejemplo en tratados-ley y tratados-contrato, no obstante la abundante referencias bibliográficas, es la de: Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 50-74; sin embargo, en Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969...*, *op. cit.*, pp. 222 ss., se plantea la cuestión de los acuerdos o tratados simplificados, en relación a los tratados tradicionales.

dual, de modo que la presunción siempre opere a favor de los intereses estatales, y no de los poderes públicos, que sólo ejercen una cuota de los deberes del Estado⁵³⁰.

Pero si eso fuese insuficiente para delimitar la competencia, de acuerdo al test de la competencia, debería verificarse mediante criterios interpretativos del principio de la competencia, mediante la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales, en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente⁵³¹.

En ese sentido, si una materia constitucional fuere motivo de disputa en cuanto a su aprobación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, se presentaría un conflicto de competencia entre ambos poderes, pudiendo cualquiera de ellos interponer ante el Tribunal Constitucional un conflicto de competencia, en virtud del artículo 202^o-3 de la Constitución y de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tanto si la disputa es positiva, es decir que los dos poderes pretenden aprobar el tratado por entender cada uno que es su materia, como en el caso de conflicto negativo, cuando ambos se niegan a aprobar el tratado por entender que no es materia de su competencia⁵³².

Si el supuesto de conflicto se hubiese ya expresado en una norma legal —resolución legislativa— contra ella cabría plantear una acción de inconstitucionalidad, por violación del fondo o la forma de la Constitución, según dispone el artículo 200^o-4 de la Constitución; es cierto que este proceso constitucional tiene efectos concretos en el derecho interno, desde el día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el diario oficial. Pero, a nivel del derecho internacional, la eficacia de dicha resolución sólo se hará efectiva a nivel internacional, cuando el Estado denuncie parcial o totalmente la norma que ha sido declarada como inconstitucional, siguiendo el paralelismo de las formas del derecho de los tratados⁵³³.

530. Al respecto, es significativo el encuadramiento constitucional del proceso de integración europea, ver: José Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, op. cit., pp. 897-906; Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad y, La Constitución española y el Tratado de Maastricht*, en la obra compiladora del autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 63-90 y 139-151, respectivamente.

531. Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 100 ss.; asimismo, Carlos Viver Y Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 72 ss.

532. Angel Gómez Montoro, *El conflicto entre órganos constitucionales...*, op. cit., pp. 247 ss.

533. José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 147 ss.; asimismo, Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 146 ss.

Finalmente, frente al conflicto entre un tratado de rango legislativo y una ley interna, hay dos posiciones: una, nacional, que al asimilar ambas con igual rango y valor jerárquico, aplica los principios generales que la teoría de la interpretación jurídica ha desarrollado, para resolver los conflictos entre normas iguales⁵³⁴; es decir, prima la norma legal especial sobre la general y la posterior sobre la anteriores⁵³⁵. Otra, internacional, que apelando al principio del *pacta sunt servanda*, y además que una ley nacional no es justificación del incumplimiento de un tratado, a menos que haya un vicio de consentimiento manifiesto al obligarse el Estado, y que afecte una norma de importancia fundamental para el derecho interno, establece la prevalencia del tratado sobre la ley, según lo dispone la Convención de Viena sobre los Tratados⁵³⁶.

1.2.3 *Tratados simplificados*

Son los tratados cuyas materias no están contempladas en el nivel legislativo ni constitucional, sino que operando como una cláusula residual, el primer párrafo del artículo 57º de la Constitución las define como competencia del Poder Ejecutivo; así pues, dispone que “el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente...”. El artículo precedente 56º dispone que

los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

-
534. Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 40ss.; Jaime Mans Puigarnau, *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. IX-XXX; asimismo, Alessandro Pizzorusso, *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*, en *Accademia Nazionale dei Lincei, I Principi Generali del Diritto*, Roma, 1992, pp. 239-254.
535. Giorgio del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tomo II, *op. cit.*, pp. 69 ss.; asimismo, Benoît Jeanneau, *Le principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris Sirey, 1954, pp. 179 ss.
536. Paul Reuter, *Introduction au droit des traités...*, *op. cit.*, pp. 153 ss.; Miguel D'Estéfano Pisani, *Derecho de los tratados...*, *op. cit.*, pp. 46-47 y 90-95; asimismo, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 194-195 y 201.

En efecto, de la Constitución peruana se desprende que los tratados simplificados son los acuerdos internacionales sobre materias de dominio propio del Poder Ejecutivo, como acuerdos arancelarios o de libre circulación de personas y mercaderías entre países, asuntos del Poder Ejecutivo. En efecto, su competencia por razón de la materia y la función de gobierno y administración, delimitan el ámbito de responsabilidad, en temas tales como los acuerdos de cooperación técnica internacional, bilaterales o multilaterales, que incorporan preferencias arancelarias, de libre circulación de personas o mercaderías, entre países o de organismos internacionales⁵³⁷. Estos tratados simplificados son aprobados indistintamente en el Perú, mediante decreto supremo, resolución suprema, e inclusive a través de circulares y notas de intercambio entre países, aunque mediante Ley N° 26647 se ha uniformizado para que sean aprobados sólo por decretos supremos del Poder Ejecutivo.

En el derecho comparado se diferencia entre tratado *—treaty* o *Vertrag—* y acuerdo simplificado *—executive agreements* o *Vereinbarungen—*, mientras el primero es “es el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”⁵³⁸, el segundo es concebido como una forma más de los acuerdos internacionales, es decir, “como una forma elegida para las relaciones del Derecho Internacional, como el tratado, convenio, convención, protocolo, pacto, etc.”⁵³⁹, pero su uso no siempre es muy claro, por eso se ha dicho que a veces el tratado simplificado surge “por razones de mera conveniencia, como cuando se trata de un acuerdo de carácter puramente administrativo y técnico”⁵⁴⁰.

A la luz del Derecho Internacional, en caso de conflicto entre los tratados, el artículo 30° de la propia Convención de Viena ha previsto seis criterios

537. Wallace McClure, *International Executiv Agreements*, New York, Columbia University Press, 1941, pp. 5-15 Guillermo Fernández-Maldonado, *Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Perú*, en *Derecho*, Nos. 43-44, Lima, PUCP, Fondo Editorial, 1990, pp. 346-352, aún cuando el análisis se refiere a la Constitución de 1979, en relación a los tratados simplificados no ha habido variación sustancial en la Constitución de 1993.

538. José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...*, op. cit., p. 112; Paul Reuter, *Introduction au droit des traites...*, op. cit., pp. 26 ss.; asimismo, Jan Kropholler, *Völkerrecht Vertrag und Drittstaaten*, en Tomuschat/Neuhold/Kropholler, *Völkerrechtliche Vertrag und Drittstaaten*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, pp. 105 ss.

539. Franziska Helm-Bush, *Executive Agreements im US-amerikanischen Verfassungsrecht*, Heymanns Verlag, München, 1995, p. 10; Wallace McClure, *International Executiv Agreements...*, op. cit., pp. 30 ss.

540. Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 157.

de prevalencia de uno sobre otro⁵⁴¹; pero, en materia de derecho público interno, el principio que operaría, en caso de conflicto entre diversos tratados sería el principio de jerarquía y el de competencia en razón de la materia y/o de la función. Es decir que para efectos del Derecho Constitucional, primaría el tratado de materia constitucional, que tiene supremacía sobre los tratados de materia legislativa y administrativa; pero, entre estos dos últimos, la prevalencia se resolvería por el test de la competencia, más no por el de la jerarquía; no obstante que los tratados simplificados sean aprobados por decreto supremo del Poder Ejecutivo, y los tratados en materia legislativa por resolución legislativa del Congreso⁵⁴².

Ahora bien, desde un punto de vista, los decretos supremos que ratifican los tratados simplificados del Poder Ejecutivo, por su naturaleza administrativa, no serían pasibles de control constitucional ante el Tribunal Constitucional, debido a que el art. 200^o-4 señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas de rango legal. En tanto que contra las normas de rango administrativo —decretos y resoluciones supremas, etc.— corresponde examinarlas, mediante la garantía constitucional de la acción popular que resuelve el Poder Judicial, siempre que dichas normas infringan la Constitución o la ley, según señala el artículo 200^o-5 de la Constitución⁵⁴³.

Sin embargo, como quiera que el Art. 200^o inc. 4) de la Constitución, identifica las normas y las materias que tienen rango de ley, estableciendo dentro de estas últimas a los tratados, es posible sostener que los tratados simplificados materialmente son pasibles de control constitucional directo ante el Tribunal Constitucional, pero no así formalmente, debido a la norma con que se aprueba —decreto supremo— y a la materia administrativa que regula. Sin embargo, habría que plantear como principio de resolución que la norma accesoria sigue la suerte de la principal, es decir que la forma debe supeditarse a la regulación sustantiva, más aún si los tratados simplificados pueden afectar derechos fundamentales⁵⁴⁴.

541. Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, *op. cit.*, pp. 129 ss.; Paul Reuter, *Introduction au droit des traites...*, *op. cit.*, pp. 116 ss.; asimismo, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 406 ss.

542. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RJP*, N° 16, 1998, *op. cit.*, pp. 11-12; asimismo, Javier Ciurizza, *Ciurizza, La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos*, en *LTC*, N° 11, pp. 72 ss.

543. Jorge Danós y Martha Sousa, *Constitucionalidad de las normas...*, *op. cit.*, pp. 322-323.

544. Edward Corwin, *National supremacy. Treaty Power vs. State Power...*, *op. cit.*, pp. 14 ss.; Paolo Barile, *I «Principi Generali» nel Diritto Costituzionale*, en *Accademia Nazionale die Lincei, I Principi Generali del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 311-314; asimismo, Willard Bunce, *Treaties and constitutional law, property interferences and due process of law*, Washington, 1941, p. 178.

Como es evidente, hay una gran diferencia entre la norma administrativa aprobatoria –decreto supremo– y el contenido material de los tratados simplificados, que tienen sin distinción rango de ley. Pero consideramos que la Constitución ha valorado el contenido material de los tratados, antes que la norma jurídica dé su aprobación, al otorgarle rango de ley a los tratados simplificados, pero, sólo para efectos de su control constitucional. Lo que no obsta señalar que asumiendo indiscutiblemente que los tratados simplificados tengan rango de ley, las normas formales que los contengan –decretos supremos–, no gocen de ese mismo rango de ley, sino de fuerza de ley⁵⁴⁵.

En términos generales, tendría un sentido constitucional otorgar fuerza de ley a los decretos supremos que aprueban tratados simplificados. En primer lugar, para que dichos decretos supremos tenga *fuerza pasiva*, es decir, resistan a las modificaciones que pretendan realizar otras normas con rango de ley, debido a que dichos decretos supremos tienen competencia para regular materias propias de los tratados simplificados, que son normas del bloque constitucional; y en segundo lugar, de manera excepcional, para que tengan *fuerza activa*, es decir, puedan innovar el sistema jurídico, modificando normas de igual rango legal, en caso que éstas vulneren su núcleo duro de competencias administrativas y gubernamentales⁵⁴⁶.

En consecuencia, a pesar que la intención de la mayoría constituyente de 1993 fue revertir la posición jurídica de los tratados adoptada en la anterior Constitución de 1979, no logró alterar el sentido fundamental de la primacía de los tratados en relación a la ley, ni de los tratados de derechos humanos en relación a la Constitución. Así, el rango constitucional de los tratados está consagrado, es decir que estos tratados prevalecen sobre la Constitución y desde ya sobre la ley en caso de conflicto. Mientras que los tratados de rango legislativo, en caso de colisión con una ley, tienen prevalencia; en tanto que la prevalencia entre un tratado simplificado y una ley se resolverá en función del ámbito de competencia de la materia regulada. Es decir que los tratados supraconstitucionales, constitucionales, legislativos y administrativos, no pueden ser derogados por el Derecho Interno, mediante una ley común o incluso una ley de reforma constitucional, salvo que medie la denuncia previa del tratado o convenio internacional. Sobre la base de la posición constitucional en torno a los tratados delineada, es que a continuación vamos a proceder a plantear el esquema teórico y práctico de funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, como una instancia

545. Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en la obra compiladora del autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución...*, op. cit., pp. 283-296.

546. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RPJ*, N° 16, 1998, art. cit., p. 12.

supletoria a la jurisdicción constitucional, en su tarea medular de la protección de los derechos fundamentales.

2 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1993 ha establecido en el artículo 205^o que “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”. Asimismo, recordemos, que en el artículo 55^o de la Constitución, se ha dispuesto que los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, forman parte del derecho nacional, siguiendo la vieja fórmula de Blackstone —*international law is part of the law of the land*—⁵⁴⁷. Mérito normativo que se ve reforzado cuando la Constitución de 1993, como se ha visto, continúa con la tradición de otorgar prevalencia a los tratados de derechos humanos sobre las normas nacionales⁵⁴⁸.

En tal entendido, se puede señalar que en el Perú se cuenta con un doble sistema de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel, a cargo de la justicia constitucional responsable de la tutela de los derechos fundamentales conforme a la Constitución básicamente⁵⁴⁹, y un segundo nivel, que es el sistema interamericano para la protección internacional de los derechos humanos, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁵⁰. A lo cual se podría añadir la creación del Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas, aunque con las dificultades provenientes de las objeciones de las potencias —como Estados Unidos— hacia un tribunal y fiscal

547. Robert Devlin, *The Treaty of Power under the Constitution of the United States...*, op. cit., pp. 3-4.

548. Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Strasbourg, IIHR, 1990, pp. 383 ss.; asimismo, César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RPJ*, N° 16, 1998, art. cit., 7-10.

549. César Landa, *Son los derechos fundamentales límites al poder en el Perú?*, en *Escribas*, Arequipa, 1998, (en prensa); Luis Huerta, *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*, en *LTC*, N° 13, 1997, pp. 21-59; Alberto Borea, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy...*, op. cit., pp. 15-21.

550. Louis Shon y Thomas Burgenthal, *International protection of human rights...*, op. cit., pp. 1276 ss.; Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 28 ss.; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 104 ss.

independientes de su poder político internacional⁵⁵¹, como también el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda⁵⁵².

De cualquier manera, junto al sistema constitucional nacional de protección de los derechos fundamentales, se ha formado un sistema internacional, con progresiva fuerza normativa y jurisdiccional, para la defensa y desarrollo de los derechos de las personas⁵⁵³. Ambos sistemas normativos y jurisdiccionales actúan complementariamente, de modo que deben compatibilizarse y prevenir los conflictos, pero, en caso de que se produzca el conflicto entre el sistema internacional y el sistema nacional, debería prevalecer la norma o la sentencia que con mayor legitimidad resuelva el hecho a juzgar, es decir la protección y el desarrollo de la persona humana⁵⁵⁴.

En tal sentido, la justicia internacional no sólo actúa supletoriamente frente a la justicia nacional, sino que ésta se encuentra sometida, tanto al derecho interno como al derecho internacional de los derechos humanos, al cual alude la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993. En este sentido, se puede colegir que todos —pero diríamos en especial el Tribunal Constitucional— deben interpretar los derechos fundamentales, en función no sólo del texto normativo constitucional, sino también de las resoluciones, recomendaciones y opiniones que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido, para la tutela de los derechos humanos.

Este marco institucional de referencia, el proceso y el sistema americano de protección de los derechos humanos, se asienta directamente sobre la base del reestablecimiento del Estado de derecho y la democracia, a partir de la segunda postguerra mundial. En ese sentido, sólo desde entonces se

551. John Dugard, *Obstacles in the way of an International Criminal Court*, en *Cambridge Law Journal* 56 (2), July, 1997, pp. 329-342; asimismo, *Süddeutsche Zeitung, USA sträuben sich gegen starkes Weltgericht. 160 Staaten entscheiden in Rom über ein Völkertribunal*, München, edición del 18/19 de julio, 1998, p. 1.

552. Christopher Gane y Mark Mackarel, *Human Rights and the administration of justice*, Kluwer Law, London, 1997, pp. 711 ss.; asimismo, Richard Wilson, *Heading for a Permanent International Criminal Court...*, *op. cit.*, p. 12.

553. Mauro Cappelletti, *Giustizia costituzionale sopranazionale*, en *Rivista di diritto processuale*, N° 33, 1978, pp. 1-32; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *La Protección Judicial de los Derechos Humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano*, en *Revista IIDH*, N° 8, Julio-Diciembre, 1988, pp. 34-40.

554. Antonio Cançado Trindade, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 248 ss. y 266 ss.; Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humano. Su desarrollo progresivo...*, *op. cit.*, pp. 156 ss.

inicia la codificación de los derechos fundamentales, mediante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969⁵⁵⁵. Esto, sin perjuicio de la vigencia entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En el Pacto de San José, en particular, se incluye las competencias y facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como organismos pertenecientes a la Organización de Estados Americanos⁵⁵⁶. Sin embargo, la jurisdicción vinculante de la CIDH no ha sido aún ratificada por Estados Unidos, México, Brasil ni Cuba⁵⁵⁷, ni ha alcanzado una legitimidad social que asegure el acceso a la justicia internacional de los lesionados. Sobre todo, debido a que si bien la Comisión Interamericana ha recibido más de 11,500 peticiones o demandas individuales de las víctimas, sólo ha planteado a la Corte Interamericana poco más de veinte demandas, habiéndose sentenciado sólo en diecisiete casos, hasta febrero de 1998⁵⁵⁸.

En América, todavía se está en un largo proceso de maduración de la internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales, que además encuentra permanente oposición de los gobiernos demandados. En tanto el sistema interamericano limita la soberanía nacional de los gobiernos y de sus cortes nacionales, en aras de la defensa internacional de los derechos y libertades de la persona humana, lo cual al parecer no se concibe en muchos países como una realidad imprescindible aún, dada la complacencia de los

555. Antonio Cassese, *Human Rights in a changing world...*, op. cit., pp. 153 ss.; asimismo, Cecilia Medina, *The battle of human rights. Gross systematic violations and the Inter-American System*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1988, pp. 67 ss.

556. Antonio Cançado Trindade, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas*, en Daniel Bardonnet y Antonio Cançado (editores), *Derecho Internacional y derechos Humanos*, San José, IIDH-Academia Internacional de la Haya, 1996, pp. 47-78.

557. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores) ..., op. cit., p. 191; asimismo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, *La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, en *Revista IIDH*, N° 7, Enero-Junio, 1988, p. 33.

558. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 458; asimismo, Daniel Herrendorf, *El tímido diálogo entre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus estados miembros*, en *Revista IIDH*, 12, Julio-Setiembre, 1990, pp. 11-18.

Estados con sus sistemas judiciales, no obstante, existe la tendencia hacia un progresivo uso de la jurisdicción internacional⁵⁵⁹.

Por ello es necesario dar a conocer las posibilidades, pero también los límites que presenta la protección de los derechos humanos a través del sistema interamericano, en tanto constituye la instancia suprema encargada de revisar las decisiones de la jurisdicción constitucional y ordinaria, sobre las violaciones a los derechos fundamentales de la persona humana. Esto sólo es posible realizarlo a partir de que los gobiernos de la región asuman "las implicaciones que se derivan del hecho esencial que consiste en constatar que el fundamento necesario de la jurisdicción internacional se encuentra, como consecuencia del ejercicio de su soberanía en el "consentimiento" expresado por los Estados"⁵⁶⁰.

21 Organismos

La persona que no encuentra tutela judicial a sus derechos humanos violados, con la sentencia de última instancia por un Tribunal de su país, goza del derecho de acudir ante el sistema americano para obtener justicia. Para tal efecto, el sistema tiene dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶¹. Así, la persona afectada o sus representantes, deben ir primero ante la Comisión para que examine la demanda y medie en el caso; pero, si encontrase responsabilidad en el Estado infractor y éste se negase a asumirla, podría apelar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que asuma competencia y resuelva jurisdiccionalmente la demanda, que la hace suya o un Estado directamente⁵⁶².

559. Tom Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights Regime: no longer a unicorn, not yet an ox*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, pp. 510-546; asimismo, Héctor Gross Spiell, *Derechos humanos, Derecho internacional y política internacional*, en IIDH, *1er. Seminario Interamericano. Educación y Derechos Humanos*, San José, IIDH, 1986, pp. 33 ss.

560. Alonso Gómez-Robledo, *Temas selectos de Derecho Internacional*, UNAM, México, 1986, p. 83; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *La Protección Judicial de los Derechos Humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano*, en *Revista IIDH* N° 8, 1988, 34 ss.

561. Juliane Kokott, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Heidelberg, MPI, Springer-Verlag, 1986, pp. 31 ss., y 117 ss.; asimismo, Cecilia Medina, *The battle of human rights. Gross systematic violations and the Inter-American System...*, *op. cit.*, pp. 113 ss. y 161 ss.

562. Cecilia Medina, *The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a joint venture*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, pp. 439-464; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, *op. cit.*, p. 395.

2.1.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un órgano cuasi-jurisdiccional integrado por siete miembros, que realiza diversas funciones: a) *conciliatoria*, entre el Estado y la víctima demandante; b) *asesora*, aconsejando a los Estados que lo solicitan, para la promoción de los derechos humanos; c) *crítica*, al emitir informes anuales sobre la situación de los Estados miembros de la Convención; d) *legitimadora*, en los casos en que un Estado se aviene a reparar las violaciones advertidas por el informe de la Comisión; e) *promotora*, al realizar estudios de fomento de los derechos humanos; y, *protectora*, cuando interviene urgentemente para pedir a un Estado que suspenda una acción violatoria de los derechos humanos⁵⁶³.

En cuanto a las reclamaciones individuales de las personas, la Comisión tiene competencia para escuchar a las partes, la víctima y sus representantes —usualmente las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos—, así como al Estado demandado. Sobre la base de los cargos y descargos, la Comisión dicta recomendaciones, que no son decisiones judiciales, pero que crean responsabilidad internacional para el Estado demandado. En esta tarea cuasi-jurisdiccional, la Comisión juega un rol de mediación y de arbitraje entre los demandantes y los representantes del Estado, buscando una *solución amistosa*, a fin de evitar acudir a la Corte⁵⁶⁴.

Se puede decir, entonces, que la Comisión debería actuar con competencias entre un fiscal y un defensor de oficio. En efecto, cuando el Estado rechaza el acuerdo que repare el daño causado, la Comisión puede derivar el proceso ante la Corte asumiendo, junto a las víctimas y sus representantes, la parte acusadora en el proceso; sin embargo, ésta no ha sido la práctica de la Comisión, debido al manejo político de las demandas, es decir, que se ha evidenciado la falta de garantías de independencia de la Comisión, debido a la presión de los gobiernos denunciados y a la hegemonía de los Estados

563. César Sepúlveda, México, *la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 201-202; asimismo, Bertha Santoscoy, *la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, Presses, Universitaires de France 1995, pp. 34-44.

564. Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 332-333 y 382-385; asimismo, César Sepúlveda, *El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *Las Américas*, OEA, 1984, p. 243.

Unidos, en especial durante la década de los setenta y hasta mediados de los ochenta⁵⁶⁵.

En efecto, teóricamente, la Comisión a través de su práctica otorga amplia protección a los derechos humanos demandados, usando la Convención y la doctrina del derecho público. En tal sentido, el entonces Presidente de la Comisión Interamericana, señaló en 1994, que con sólo nueve abogados ellos habían dado trámite a más de diez mil demandas desde la fundación en 1965 de la Comisión⁵⁶⁶, sin embargo, en un ambiente regional no exento de violencia y represión estatal, la Comisión Interamericana hasta febrero de 1998 sólo había enviado veintidós casos a la Corte Interamericana, para que sean procesados y sentenciados.

Esto también es explicable en la medida que ha habido resistencia de la Comisión para aceptar el rol principal que le toca jugar a la Corte Interamericana, como la única y suprema instancia jurisdiccional del sistema interamericano, encargada de tutelar los derechos humanos. Lo cual ha sido evidente, con el envío que la Comisión ha hecho a la Corte de sólo un caso por año, en promedio, sin considerar que la mitad de los casos ingresados a la Corte fueron presentados después de 1993⁵⁶⁷.

2.1.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es el órgano judicial del sistema interamericano y está integrada por siete magistrados, que tiene dos competencias fundamentales: jurisdiccional y administrativa⁵⁶⁸.

565. Tom Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights Regime: no longer a unicorn, not yet an ox...*, *op. cit.*, pp. 522 ss. y 540 ss.; Donald Kommers, Gilbert Loeschner, *Human rights and american foreign policy*, USA, University of Notre Dame Press, 1979, pp. 80 ss. y 216 ss.; asimismo, David Forsythe, *Human Rights, the United States and the Organization of American States*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, 1991, pp. 70 ss.

566. Claudio Grosman, *Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos*, en Rafael Nieto (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, CIDH, 1994p. 255.

567. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, *op. cit.*, p. 459; asimismo, Daniel Herrendorf, *El tímido diálogo entre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus estados miembros*, en *Revista IIDH*, 12, Julio-Setiembre, 1990, p. 18.

568. IIDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH, San José, s/f.; Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 69 ss.

- i. *Jurisdiccional*. La Corte examina los casos de violaciones de los Estados, que son llevadas por la Comisión o por los propios Estados, pero nunca por los particulares directamente. Admitida que sea la demanda, la Corte abre el proceso a dos etapas: escrita y oral; así, la etapa escrita se inicia cuando la Corte recibe la demanda, solicita a la parte demandante que elabore una memoria y al Estado acusado una contra-memoria, en la cual éste pueda hacer su descargo o incluso plantear objeciones preliminares, que resuelve la Corte⁵⁶⁹. Luego, se da inicio a la etapa oral, en la cual dada sus facultades tutelares, la Corte puede decretar medidas de instrucción y medidas cautelares, llamar a testigos y pedir que se actúen pruebas, que conduzcan a descubrir la verdad sustantiva y no la verdad formal⁵⁷⁰.

Cuando el Estado demandado está de acuerdo con la responsabilidad establecida por la Corte, puede terminar el proceso antes del juzgamiento; en este supuesto, la Corte puede o no archivar el caso –sobreser– y pasar a supervisar el cumplimiento del acuerdo entre las partes. Cuando la Corte encuentra responsabilidad del Estado, dicta sentencia con eficacia vinculatoria para las cortes nacionales del Estado demandado. Si existiera alguna duda, acerca del alcance de la sentencia final, la Corte podría aclarar su decisión, a petición de parte. Es del caso mencionar que, por el *stare decisis*, las decisiones de la Corte son vinculantes para sentencias futuras.

En la práctica la Corte Interamericana ha resuelto sólo diecisiete (17) casos desde 1980 (en que se instaló reglamentariamente en San José de Costa Rica) hasta febrero de 1998, sin perjuicio de las resoluciones que ha dictado como medidas provisionales o cautelares, resolviendo objeciones preliminares, estableciendo el valor de las indemnizaciones o interpretando el sentido de sus fallos⁵⁷¹ (ver Cuadro N° 10). Sin embargo, hasta esa fecha estaban pendientes de resolución los casos Paniagua Morales contra Guatemala, Benavides Cevallo contra Ecuador, Cantoral

569. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 481-483; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 486-491.

570. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores) ..., op. cit., pp. 199 ss.

571. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights. (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 13-17 July, 1998, pp. 14-18; asimismo, Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 494 ss.

CUADRO N° 10
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS
(1980-1998)*

CASOS	PAIS	AÑO	DERECHOS	FALLO
1. VIVIANA GALLARDO	COSTA RICA	1981	vida, integridad	INADMISIBLE (no agotó vía previa)
2. VELASQUEZ RODRIGUEZ	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
3. GODINEZ CRUZ	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
4. FAIREN Y CORRALES	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	ABSOLUCION
5. ALOEBOETOE y otros	SURINAM	1993	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
6. CAYARA	PERU	1993	vida, integr., libert., garantía judicial	DESESTIMACION (fuera plazo)
7. GANGARAM PANDAY	SURINAM	1994	vida, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
8. NEIRA ALEGRIA	PERU	1995	vida, integr., libert., garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
9. CABALLERO y SANTANA	COLOMBIA	1995	vida, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
10. MAQUEDA	ARGENTINA	1995	libertad, garantía judicial	SOBRESEIMIENTO (conciliación)
11. EL AMPARO	VENEZUELA	1995	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
12. GARRIDO y BAIGORRIA	ARGENTINA	1996	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
13. GENIE LACAYO	NICARAGUA	1997	garantía judicial	ABSOLUCION (allanamiento)
14. LOAYZA TAMAYO	PERU	1997	libertad y garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
15. CASTILLO PAEZ	PERU	1997	vida, integr., libert., garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
16. SUAREZ ROSERO	ECUADOR	1997	libertad, garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
17. BLAKE	GUATEMALA	1998	integridad, garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION

* Periodo: agosto de 1980 a febrero de 1998.

Fuente: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998; Th. Buergenthal, D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, IJHR, Strasbourg, 1995, y; http://umn.edu/humanrts/iachr/espanol/b11_110a.htm.

Elaboración: César Landa.

Benavides contra Perú, Durand y Ugarte contra Perú y Bámaca Velásquez contra Guatemala. Las sentencias son mayoritariamente condenatorias de los Estados latinoamericanos (doce), pero también, destacan algunos fallos puramente indemnizatorios, en tanto se logró un acuerdo entre las partes (tres), y es del caso mencionar también las sentencias que desestimaron peticiones de las víctimas y de un Estado (cuatro).

- ii. *Consultiva*. La Corte también tiene competencia para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o naturaleza de un artículo de la Convención, o puede estar referida a un caso concreto que se solicite⁵⁷²; sin embargo, como bien ha opinado la Corte, no es factible de ser requerida para emitir una opinión consultiva, sobre un futuro caso que va a ventilar como corte jurisdiccional, porque, entonces, estaría adelantado su opinión sobre el posible fallo.

Hasta 1997, la Corte ha expedido quince (15) opiniones consultivas⁵⁷³ (ver Cuadro N° 11), algunas de gran importancia, como la relativa a la pena de muerte, agotamiento de la jurisdicción interna, o sobre la no suspensión del núcleo duro de los derechos humanos, incluido entre ellos las garantías constitucionales, durante los estados de excepción⁵⁷⁴.

En la interpretación de la Convención Americana, la Corte ha venido realizando una lectura *indubio pro libertatis*. Basa sus opiniones no sólo en la Convención, sino también en el derecho y la doctrina penal, constitucional e internacional, que tiende a proteger los derechos fundamentales; en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg, también ha tenido influencia gravitante en la Corte de San José⁵⁷⁵.

-
572. Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 49 ss.
573. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights. (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., p. 11.
574. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, CIDH Sr. A, N° 8, 1987, en http://www.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4hs.html; asimismo, Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems...*, op. cit., pp. 348 ss.
575. Thomas Buergenthal, *The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court*, Rafael Nieto Navia, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y Rodolfo Piza Escalante, *La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos*, respectivamente en IIDH, *La Corte Interamericana de Dere-*

CUADRO N° 11
OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
(1982-1998)*

OPINIONES CONSULTIVAS	TEMAS
1. OC 1/82 del 24.9.82	Distinción entre los sistemas de protección regional y global.
2. OC 2/82 del 24.9.82	Efecto de la reserva de entrada en vigor de la Convención.
3. OC 3/83 del 8.9.83	Restricciones a la pena de muerte.
4. OC 4/84 del 19.1.84	Derecho a la nacionalidad y no discriminación.
5. OC 5/85 del 13.11.85	Colegiación obligatoria de periodistas es violatoria.
6. OC 6/86 del 9.5.86	La ley debe estar en función de la legalidad y legitimidad.
7. OC 7/86 del 29.8.86	Exigibilidad del derecho a la rectificación
8. OC 8/87 del 30.1.87	No se suspende garantías judiciales en estados de excepción.
9. OC 9/87 del 6.10.87	Son garantías judiciales: <i>habeas corpus</i> , amparo y otros.
10. OC 10/89 del 14.7.89	La Corte es competente para interpretar la Declaración Americana
11. OC 11/90 del 10.8.90	Excepciones al agotamiento de la jurisdicción interna
12. OC 12/91 del 6.12.91	Corte decide no responder un tema litigioso, no consultivo.
13. OC 13/93 del 16.7.93	Comisión califica sólo si una norma interna viola la Convención.
14. OC 14/94 del 9.12.94	Responsabilidad internacional por ley que viola la Convención.
15. OC 15/97 del 14.11.97	Comisión por excepción puede cambiar informe enviado a Estado

* Periodo setiembre de 1982 a febrero de 1998.

Fuente: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998, y; Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

Elaboración: César Landa.

De acuerdo con la información presentada, no puede menos que llamar la atención el estado limitado de acceso a la justicia internacional, en el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos; en la medida que de las más de once mil quinientas demandas individuales que se han presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sólo diecisiete se convirtieron en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente, existe un cuello de botella que ha hecho de la Corte una especie de oráculo al que sólo unos pocos casos privilegiados han podido llegar a ser resueltos.

Ello se debe en buena medida a que, en una primera etapa, el sistema americano de derechos humanos, al no contar con el respaldo de los gobiernos, que se encontraban en manos de dictaduras militares⁵⁷⁶, fueron los suficientemente complacientes para soslayar las demandas de las víctimas. En ese sentido, no obstante la implementación de la Corte en la práctica a fines de los setenta, "de 1979 a 1981, la Comisión nunca solicitó una opinión consultiva ni planteó un caso contencioso ante la Corte [...]. De 1982 a 1985 la Comisión demandó una opinión consultiva... A partir de 1986 empieza con la remisión de tres casos a la Corte..."⁵⁷⁷. Mientras que en una segunda etapa, caracterizada por los pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte, se abre la justicia de los derechos humanos con una marcada función tutelar de las víctimas, lo cual, ha dado lugar a decisiones judiciales que es también importante juzgarlas.

22 Casos Judiciales

Es indiscutible que la protección de los derechos humanos constituye un nodo muy sensible, que integra y unifica a la región, en tanto que el impacto de las decisiones del sistema interamericano sobre un Estado de la comunidad americana, constituye uno de los instrumentos valorativos, pero también instrumentales de las relaciones internacionales entre los Estados Unidos y los demás países americanos, una vez iniciado el retorno a la democracia en

chos Humanos. Estudios y Documentos..., op. cit., pp. 23-51, 115-153 y 155-176; asimismo, Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 171-174.

576. Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights...*, op. cit., pp. 74-75.

577. Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Press, Oxford, Clarendon 1996, p. 650.

América Latina, a partir de la década de los ochenta⁵⁷⁸. En ese escenario internacional, es que la Corte Interamericana ha dado muestras de haber iniciado un desarrollo jurisprudencial –teórico y práctico–, que a continuación se comenta en el somero análisis de algunos *leading-cases*.

221 Caso Velásquez Rodríguez⁵⁷⁹

En setiembre de 1981, Angel Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue arrestado sin orden judicial por miembros de los servicios de secretos del Ejército de Honduras. La ilegal detención fue hecha en circunstancias de una peligrosa etapa para la vida civil, caracterizada por la sistemática desaparición de *gente peligrosa*, para la seguridad del Estado, según afirmaba el gobierno. En tal entendido, Velásquez fue llevado a las dependencias de las fuerzas de seguridad del Estado, donde fue interrogado, torturado y acusado de crímenes políticos. Luego fue trasladado a una base militar donde continuó su detención ilegal.

En setiembre de ese mismo año, fue presentado un *habeas corpus* sin éxito. Un segundo y tercer *habeas corpus*, planteados en 1983, tampoco encontraron respuesta en las cortes judiciales⁵⁸⁰. Sus familiares, no obstante, iniciaron un proceso penal ordinario, el mismo que también fue declarado infundado, bajo el argumento de que “no habían pruebas” según los jueces. No obstante, en 1984, se inicia otro procedimiento contra varios elementos del ejército que también fue archivado por que “los autores no estaban debidamente identificados”. El único militar identificado se encontraba como agregado militar en el exterior y por tanto “no habido” en el proceso. Decisión judicial que fue recurrida, pero finalmente rechazada en la Corte Suprema de Honduras.

En octubre de 1981, la Comisión Interamericana recibió la demanda respectiva y solicitó al gobierno de Honduras información, sin recibir respuesta hasta 1986. En ese mismo año, al no obtener respuesta alguna del gobierno hondureño, la Comisión planteó la demanda ante la Corte Interamericana, por violación del derecho a la vida, derecho a la libertad e

578. David Guillies, *Between principle and practice. Human rights in North-South Relations*, Canada, McGill-Queen's University Press 1996, pp. 48-53; asimismo, Héctor Gross Espiell, *Derecho Internacional y Política Internacional*, en IIDH, *1er Seminario Interamericano. Educación y Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 57 ss.

579. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*. Serie C N° 4; asimismo, Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 349-401.

580. Carlos Hitters, *La Corte Interamericana y la condena al Estado de Honduras (aspectos procesales)*, en LTC 2, 1989, pp. 71 ss.

integridad personal, derecho a la integridad personal y derecho a la libertad personal. Ante la Corte, el gobierno de Honduras planteó objeciones preliminares por no haberse agotado todas las instancias judiciales nacionales, antes de apelar al sistema internacional. También objetó las delaciones de testigos por que tenían *razones ideológicas* o *intereses de injuriar al Estado*. Ambas objeciones fueron rechazadas por la Corte Interamericana, en base a los principios tutelares de los derechos humanos acerca de las garantías y recursos, los mismos que no eran idóneos por la tolerancia del gobierno con la lenidad judicial y las amenazas a los representantes de las víctimas⁵⁸¹.

De otro lado, el gobierno de Honduras pidió a la Corte que las declaraciones de los militares fuese realizada en una audiencia privada. La Corte aceptó este extremo, pero con la presencia de los representantes de la víctima. No obstante, dos testigos que declararon en San José de Costa Rica ante la Corte, a su regreso a Honduras, fueron asesinados. Otro, que no llegó a viajar, también fue ejecutado. La mayoría de los testimonios provino de personas que habían sido torturadas por agentes del gobierno, en una práctica institucionalizada. Lo que fue corroborado por el testimonio de un ex-miembro del ejército hondureño, que se arrepintió de sus actos y facilitó detalles de cómo se realizaban las detenciones, secuestros, torturas y desapariciones, así como las prisiones ilegales, el acoso contra los denunciantes. etc.⁵⁸²

La Corte evaluó las pruebas generales –sistemáticas desapariciones–⁵⁸³, las pruebas específicas –testimonios– y las pruebas preliminares; así como también consideró el derecho del Estado de defender su seguridad interior, sentenciando en 1988 que el gobierno de Honduras era responsable por la violación del derecho a la vida y otros de Angel Velásquez. Esta decisión fue el primer caso en que la Corte condenó a un Estado miembro por violar la Convención Americana, la misma que sentó precedente judicial *stare decisis* en dos temas jurídicos novedosos:

Uno, relativo a las pruebas. En la Corte Interamericana el valor de las pruebas es menos formal que en las cortes nacionales, en tanto que las evidencias preliminares, en el caso de una desaparición, usualmente son

581. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4..., *op. cit.*, pp. 364 y 371 ss.

582. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 377.

583. Carlos Hitters, *La Corte Interamericana y la condena al Estado de Honduras (aspectos procesales)*, en LTC 2, 1989, p 79; asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, *op. cit.*, pp. 379 ss.

destruidas o ocultadas por los agentes que la cometen, dada su responsabilidad. En este sentido, la Corte también valoró el contexto socio-político de Honduras, al momento de los hechos violatorios, calificando como de una sistemática desaparición forzosa de personas tolerada por el gobierno e impune en el sistema judicial. Como la Corte estableció, al resolver las excepciones preliminares planteadas por el gobierno de Honduras, “la Corte, al ejercer una jurisdicción internacional, no está llamada a atribuir a las consideraciones de forma la misma importancia que ellas podrían tener en el derecho interno (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgement N° 22, P.C.I.J., Series A, N° 2, p. 34; véase también Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J., Reports 1978, párr. 42)”⁵⁸⁴.

En ese entendido, la Corte señaló en el párrafo 135 de la sentencia que “a diferencia del derecho penal interno, en los procesos de violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”⁵⁸⁵. En otras palabras, se sentó el precedente judicial, de que en estos casos de desapariciones, se invierte la carga de la prueba, ya que cede la obligación de la víctima para demostrar la culpabilidad del Estado, pasando al Estado la responsabilidad de tener que colaborar con la justicia para demostrar su inocencia. Por eso se ha dicho que “la carga de la prueba corresponde, pues, al demandante. Pero esta no es una regla absoluta, menos en materia de derechos humanos”⁵⁸⁶.

Dos, el agotamiento de la vía judicial interna. La Convención Americana establece, en efecto, que para acudir al sistema interamericano, se deben haber agotado previamente todas las instancias judiciales que ofrece el Estado demandado. Sin embargo, a juicio de la Corte, esta disposición no es rígida, sino que con el sano juicio de la crítica, la Corte ha señalado que se reserva el derecho de analizar si los remedios internos son eficaces o no⁵⁸⁷. En este

584. Rafael Nieto Navia, *La valoración de la prueba por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desapariciones forzadas en Honduras*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos...*, op. cit., p. 205.

585. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*, San José, 1988, p. 32; asimismo, Germán Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario...*, op. cit., pp. 39 ss.

586. Rafael Nieto Navia, *La valoración de la prueba por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desapariciones forzadas en Honduras*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos...*, op. cit., p. 221.

587. Antonio Cançado Trindade, *O Esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de “Vítima” no direito internacional dos Direitos Humanos*, en *Revista IIDH*, N° 3, Enero-Junio, 1986, pp. 5 ss.; y del mismo autor, *The Inter-American System of Protection of Human Rights. (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., pp. 20 ss.

sentido, habían tres *habeas corpus* y dos procedimientos penales sin haber agotado todas las instancias judiciales, pero no por defecto de los representantes de la víctima, sino por los obstáculos planteados por el gobierno. En consecuencia, la Corte entendió materialmente como agotadas las vías internas, en base a los principios generales del derecho⁵⁸⁸, según los cuales “una Parte no puede beneficiarse del hecho de que otra no haya cumplido alguna obligación [...] si aquella Parte, por algún acto ilegal, le ha impedido a la otra cumplir la obligación en cuestión”⁵⁸⁹.

Con este caso quedó sentado, que está más allá de cualquier duda, que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero, por grave que sea la alteración del orden jurídico, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral; porque, ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana⁵⁹⁰.

2.2.2 Caso Castillo Páez⁵⁹¹

En octubre de 1990, Ernesto Castillo, estudiante de sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue detenido por la policía al sur de Lima, en circunstancias en que se encontraba caminando rumbo a su casa, luego de que detonaran dos bombas por las inmediaciones de la zona. Los testigos declaran que fue introducido por la fuerza en la maleta de un auto policial. Luego de lo cual nadie más volvió a saber de Castillo.

Los familiares presentaron un *habeas corpus* e iniciaron un proceso penal contra los policías presuntamente responsables. Planteado el *habeas corpus*, la policía negó su detención. Más aún, cuando la juez Minaya del *habeas corpus* fue a indagar a la estación policial, observó cierto nerviosis-

588. Julio A. Barberis, *Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional*, en *Revista IIDH* N° 14, Julio-Diciembre, 1991, pp. 24 ss.

589. Rafael Nieto Navia, *La valoración de la prueba por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desapariciones forzadas en Honduras...*, op. cit., p. 214; asimismo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho y la Justicia, resguardos de libertad*, en *Revista IIDH* N° 1, Enero-Junio, 1985, pp. 25-38.

590. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 848 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 43, Oñati, 1995, pp. 49-54.

591. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997*, San José, 1997.

mo en los policías cuando exigió que le presentarán los libros de registro de los detenidos; pero, cuando se los presentaron habían arrancado la última página y cerrado el registro de los detenidos, con una evidente tachadura y alteración de las fechas. La juez del *habeas corpus*, a mérito de esta burda maniobra policial y de las declaraciones de los testigos, que confirmaron la demanda de los familiares, declara fundado el *habeas corpus*, ordenando se libere inmediatamente a Eduardo Castillo⁵⁹².

El Tribunal Superior confirmó la resolución de la juez. En ese sentido, la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece que confirmada que sea la resolución con la cual se ratifica la protección del derecho reclamado, el proceso judicial queda terminado. Sin embargo, debido a las maniobras del poder político, el proceso es llevado ilegalmente ante la Corte Suprema, vía el recurso de queja, para que se pronuncie por vicios de forma. La Corte Suprema asumió jurisdicción sobre la forma y el fondo del proceso y declaró nulas las sentencias que ordenaban la libertad de Castillo, en la medida que no se había probado que la detención del estudiante hubiese sido hecha por la policía y que la juez del *habeas corpus* había tomado las declaraciones de dos testigos, sin identificar sus nombres y señas, violando el Código Procesal Penal.

Frente a esta burda sentencia, la Comisión Interamericana recibió la demanda de los familiares de las víctimas, y solicitó información del gobierno peruano. El gobierno respondió indicando que se encontraba en curso un *habeas corpus* y un proceso penal por negligencia y abuso de autoridad, aún no concluido. Dado el precedente del caso Velásquez, la Comisión planteó una demanda ante la Corte contra el gobierno peruano, por violación de los derechos a la vida, integridad física y libertad y seguridad personal. Por otra parte, trascendió que el gobierno intentó tranzar con los familiares de la víctima ofreciendo diez mil dólares de reparación; pero tal ofrecimiento no fue aceptado en la medida del irreparable daño moral causado.

En tal sentido, el gobierno peruano planteó varias excepciones preliminares, entre ellas una aduciendo que la jurisdicción nacional no se había agotado⁵⁹³, por cuanto el *habeas corpus* denegado en la justicia ordinaria, no había sido recurrido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; sin embargo, ello resultaba imposible debido a que desde el 5 de abril de 1992 el TGC estuvo clausurado por el gobierno, y sólo se reconstruyó el 28 de junio de

592. *Caso: Ernesto Castillo Páez vs. Ministro del Interior, Jefe de la Policía Nacional y el Jefe de la Dirección contra el Terrorismo s/. Habeas Corpus*, en LTC N° 5, Lima, 1990, pp. 151 ss.

593. Alonso Gómez-Robledo, *Temas selectos de Derecho Internacional...*, op. cit., pp. 39-59.

1996. Sin perjuicio de esta denegación de justicia, el gobierno peruano planteó otra excepción, solicitando la inadmisibilidad de la demanda. Estos pedidos fueron desechados por la Corte, considerando la jurisprudencia del caso Velásquez Rodríguez⁵⁹⁴. En ese entendido, en noviembre de 1997, la Corte sentenció responsabilizando al Estado peruano por la desaparición de Ernesto Castillo y ordenando que se indemnice a los familiares de las víctimas; mandato que aún no se ha cumplido.

En este proceso, también se presentan algunos temas de relevancia jurídica, en concreto en relación al *habeas corpus*:

Primero, es cierto que en el proceso constitucional del *habeas corpus* la jueza no cumplió con las formalidades de ley, de identificar individualmente a los testigos, pero la ley del Habeas Corpus y Amparo otorga al juez del *habeas corpus* un rol tutelar en los procesos constitucionales. Para lo cual, la interpretación constitucional de los derechos fundamentales demandados, constituían el material jurídico a reparar en el marco de la Constitución, antes que en la estrechas disposiciones de la ley. Más aún, dadas las circunstancias de violencia terrorista y del Estado, si la juez hubiera identificado a los testigos, habría puesto en peligro sus vidas, como sucedió con los testigos del caso Cayara⁵⁹⁵.

Segundo, el proceso del *habeas corpus* tiene por objetivo recuperar la libertad de una persona arbitrariamente detenida "*homine libero exhibendo*", sin embargo, cuando se presenta una detención-desaparición, que es una forma perversa de la autoridad de violar el derecho a la libertad y el derecho a la integridad física y la vida de una persona, cabe recordar que el *habeas corpus* no sólo protege a un persona de una detención arbitraria, sino también de los derechos conexos a la libertad que sean vulnerados. En consecuencia, como señala la sentencia, "el *habeas corpus* tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida"⁵⁹⁶.

594. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996*, San José, 1996, pp. 11-12; así como ver el interesante voto razonado del juez Cançado Trindade, adjunto a dicha sentencia, pp. 1-5.

595. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cayara. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993*, San José, 1993, pp. 7-8.

596. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997...*, op. cit., p. 23; IIDH, *Guía sobre aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, San José, 1996, pp. 80 ss.; asimismo, Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en América Latina*, en *REP*, N° 97, Julio-Setiembre, Madrid, CEC, 1997, pp. 118 ss.

223 *Caso María Loayza*⁵⁹⁷

María Loayza, una profesora universitaria, fue detenida en Lima el 25 de febrero de 1993 y posteriormente procesada por una corte militar acusada de actividades terroristas en primer grado –delito de traición a la patria–, a favor del grupo terrorista Sendero Luminoso, pero, la justicia militar, en última instancia, no encontró prueba alguna de dicha imputación delictiva, motivo por lo cual fue absuelta. Sin embargo, la corte militar en vez de liberarla la mantuvo prisionera y en esa condición fue puesta a disposición de la justicia penal común, para que la investiguen y procesen eventualmente por terrorismo en segundo grado –delito de terrorismo–.

A los tres meses de su detención, estando procesada ante la justicia militar, la víctima planteó una petición por violación de su libertad personal e integridad personal, ante la Comisión Interamericana, quien requirió información al gobierno peruano y envió a sus representantes al Penal de Mujeres de Lima, para que hagan una visita *in loco* a la detenida y a las autoridades encargadas de su situación. Luego de lo cual la Comisión envió comunicaciones rogatorias al gobierno del Perú, para que liberen a la víctima y el 26 de setiembre de 1994 formuló una recomendación al gobierno peruano (Informe N° 20/94), solicitando la libertad de Loayza, basado en la violación de su libertad personal, derecho a la integridad personal y de las garantías judiciales del debido proceso. El gobierno peruano rechazó la recomendación de la Comisión, en mérito a que Loayza se encontraba procesada y no se había agotado la jurisdicción interna; más aún, señaló que desde el 8 de octubre de 1993, la detenida estaba siendo procesada –esta vez– por la justicia penal ordinaria y no se había agotado la jurisdicción interna.

Dos años después, el 6 de octubre de 1995, la Corte Suprema en última instancia falló denegando su libertad, por encontrarla responsable del delito de terrorismo. La Comisión entonces presentó una demanda ante la Corte el 12 de enero de 1995. La Corte admitió la demanda que comunicó al gobierno peruano, quien planteó una excepción preliminar por falta de agotamiento de vías previas en la jurisdicción interna. El 31 de enero de 1996, la Corte denegó las excepciones preliminares planteadas por el gobierno peruano, dada la sentencia de la Corte Suprema con lo cual quedó agotada la jurisdicción interna⁵⁹⁸. Es así que la Comisión pasó a presentar testigos y peritos, siendo objetados algunos de ellos por el gobierno peruano, la Corte desestimó este

597. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de setiembre de 1997, San José, 1997, pp. 1-40.

598. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de excepciones preliminares, marzo de 1995, San José, 1995, en <http://207.82.250.251/cg1-bin/start>.

rechazo, reservándose el derecho de valorar sus declaraciones. En acuerdo con el Estado, el 11 de octubre de 1996, la Corte designó a Eduardo Ferrero Costa como experto para dirigir el interrogatorio a la víctima y a los testigos que se encontraban en las cárceles del Perú, quien remitió su informe respectivo el 13 de diciembre de 1996.

La Corte realizó la Audiencia Pública el 5 de febrero de 1997, para dar curso al proceso, escuchar a las partes y resolver el asunto. La Corte Interamericana valoró las pruebas ofrecidas por las partes y declaró que se había demostrado que se violó el derecho a la libertad, integridad personal y protección judicial "*non bis in idem*", sin embargo, el extremo de la demanda en la cual se demanda la violación de la víctima durante su detención y tortura, la Corte considera que "*después de analizar el expediente y dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado*"⁵⁹⁹, como si se tratase de un proceso administrativo, y no de una demanda, que en cualquier proceso judicial se resuelve con un examen forense especial. Sin perjuicio de este extremo, la Corte ordenó en su fallo poner en libertad a María Loayza dentro de *un plazo razonable*. Sentencia que fue acatada por el Estado peruano, obteniendo su libertad en noviembre de 1997.

En este caso es importante subrayar, por un lado, la *rapidez* con que la víctima denunció su situación ante la Comisión Interamericana, a los tres meses de estar siendo procesada por la justicia militar, no obstante el carácter subsidiario del sistema interamericano, y, por otro, la eficaz actuación de la Comisión en comparación con otras peticiones. Lo cual hace de este proceso un caso emblemático, porque se trata del primero que resuelve el sistema interamericano a favor de una víctima con vida y que recupera su libertad⁶⁰⁰.

Este caso, siendo un avance en la afirmación del sistema americano de protección de los derechos humanos, también reabre algunas interrogantes acerca de ¿cuál es el criterio que utiliza la Comisión para pasar a la Corte unos pocos casos, de las más de once mil quinientas peticiones que le han formulado otras tantas víctimas? Al respecto, se ha señalado que

la Comisión se niega a someter a la Corte asuntos vitales, que involucran ejecuciones sumarias, uso de torturas, privaciones arbitrarias de la libertad personal, o restricciones indebidas de la libertad de expresión.

599. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de setiembre de 1997*, op. cit., p. 29.

600. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights. (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., p. 17.

Sólo recientemente, en los casos Genie Lacayo, Maqueda, Loayza Tamayo y Suárez Rosero, se han sometido a la Corte asuntos que refieren a la violación de las garantías judiciales y que, al menos en el caso de los dos últimos, no involucran el derecho a la vida, que parecía ser una constante en los previamente remitidos a la Corte⁶⁰¹.

2.3 Perspectivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ha tenido su origen y desarrollo en los momentos de relanzamiento del sistema democrático y constitucional de gobierno, a nivel mundial después de 1945, y a nivel regional después de 1980, motivo por el cual cabe señalar que el desarrollo del sistema interamericano de cara a futuro, está en función de la profundización del proceso de democratización de los Estados americanos⁶⁰². Pero, como Estados constitucionales reales, que hagan frente a los desafíos autoritarios de las democracias presidencialistas y corporativas, a partir de orientar el proceso de cambios sociales, económicos y políticos, en base al respeto a la dignidad humana⁶⁰³.

Procesos que en la actualidad afrontan un nuevo desafío en muchos países de América Latina, con la práctica caudillista de la reelección presidencial, la misma que genera la corrupción del sistema constitucional, debido a que se obvian y hasta corrompen los principios más elementales del Estado de Derecho. En efecto, la corrupción en su sentido más amplio, es siempre expresión de un déficit democrático, de modo que a mayor dictadura civil es fácil encontrar mayor corrupción, lo que fue un sinónimo en la época de las dictaduras militares. Por ello, el presidencialismo reeleccionista en los frágiles Estados de Derecho latinoamericanos, hacen que los sistemas judiciales de protección de los derechos de la personas, se sometan en muchos casos al poder del gobernante y a las presiones del poder militar y económico⁶⁰⁴.

601. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 461.

602. Carlos Guitérrez, *Relación entre los sistemas de protección nacional e internacional de los derechos humanos*, en IIDH, 1er. Seminario Interamericano. Educación y Derechos Humanos..., op. cit., pp. 145 ss.; asimismo, Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 494 ss.

603. Robert Kaplan, *Was democracy just a moment?*, en *The Atlantic Monthly*, December, 1997, Volume 28, Nº 6, pp. 55-80; Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence: the Role of Law in Political Transformations*, en *Yale Law Review*, May 1997, pp. 2071 ss.

604. Kurt Madlener, *La justicia como garante de los derechos humanos: en latinoamérica: I. La independencia de la justicia y del juez*, en revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 6, Madrid, UNED, 1996, pp. 775-781.

Frente a la perversidad del sistema penal y policial, caracterizado por una visible falta de justicia eficiente, honesta e independiente a nivel nacional⁶⁰⁵, la protección judicial de los derechos fundamentales sólo puede buscarse en el sistema interamericano de derechos humanos, cuando no en el nuevo Tribunal Penal Internacional, como una instancia de sanción para los graves delitos contra los derechos humanos: crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión, que han quedado impunes en América Latina⁶⁰⁶.

En ese sentido, en primer lugar, hay que fortalecer el sistema interamericano, porque la Corte Interamericana está desarrollando lentamente una valiosa jurisprudencia de protección de los derechos humanos, pero, sin la capacidad de abarcar más casos de los hasta ahora resueltos, en la medida que la Comisión Interamericana o los propios Estados no le presenten más demandas⁶⁰⁷. Por eso, resulta altamente contradictorio que de más de once mil quinientas peticiones que ha recibido la Comisión, en casi tres décadas, sólo haya derivado veintidós casos a la Corte, con el resultado de diecisiete sentencias.

Sin embargo, la reforma del sistema interamericano que promueven algunos gobiernos latinoamericanos, como México y el Perú,

no permiten concluir que lo que se pretende es introducir una reforma al estilo de la del sistema europeo, sino que, más bien, lo que intenta es debilitar y desperfilar el sistema interamericano. Es pertinente observar, a este respecto, que la mayoría de los Estados que auspician una revisión global del sistema han cuestionado en los últimos años la legitimidad del trabajo de la Comisión sin que ello los haya llevado en ni en un sólo caso específico a presentar el asunto ante la Corte⁶⁰⁸.

Por el contrario, debería emprenderse una reforma que tienda a fortalecer y articular los sistemas judiciales nacionales e internacional de protección de los derechos humanos; proceso que en el derecho europeo viene logrando éxitos estimables, al haberse articulado progresivamente las rela-

605. Daniel Herrendorf, *El derecho a tener derechos*, Catálogos, 1996, pp. 175 ss.

606. LE MONDE, *La création d'une Cour criminelle internationale s'est heurtée aux réticences américaines*, Paris, edición del 18 de julio de 1998, p. 3; asimismo, *El País, España podrá juzgar a Pinochet por genocidio*, Madrid, 31 de octubre de 1998, p. 1.

607. Lynda Frost, *The evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of present and former judges*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, pp. 171- 205.

608. Felipe González, Diego Rodríguez, Katya Salazar, *Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos (1995-1996)*, en *La Revista* N° 56, Junio 1996, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1996, p. 38.

ciones entre la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg con los tribunales constitucionales de los países miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁰⁹.

Frente a la pretensión de *discapacitar* al sistema interamericano de protección de derechos humanos, se plantea que la Comisión Interamericana, por el contrario, se descargue de las labores de promoción, información y asesoría gubernamental en derechos humanos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entidad igualmente perteneciente a la Organización de los Estados Americanos, para transformarse tanto en una instancia mediadora y componedora, buscando el arreglo amistoso entre la víctima y el Estado demandado, como también en una instancia técnica del proceso judicial ante la Corte, dando curso a las evidencias del caso en audiencias públicas, en un procedimiento probatorio de carácter contradictorio, que le permita a la Corte disponer de información básica, para la posterior valoración y sentencia de la Corte Interamericana como instancia de fallo⁶¹⁰.

Asimismo, la Comisión debería ampliar el número de sus miembros de siete a once comisionados, contar con miembros suplentes, así como dividirse en dos subcomisiones, a fin de poder dar trámite a los cientos o miles de demandas que se plantean. De otro lado, la Comisión debería ser un organismo, permanente y no sólo reunirse en dos sesiones anuales, y, a su vez, reformar su Secretaría Técnica organizando comisiones de técnicos y peritos judiciales, antes que organizarse en secciones responsables por países, tarea que podría ser asumida por los comisionados con la asistencia del caso. También debería cambiar su sede de Washington en Estados Unidos a San José en Costa Rica, donde esta la sede de la Corte Interamericana.

En definitiva, la reforma del sistema interamericano y en particular de la Comisión Interamericana que se postula, tiene el propósito de ampliar el acceso a la justicia internacional a los ciudadanos que no vean tutelados sus

609. Asbjørn Eide, *National Sovereignty and International Efforts to realize Human Rights*, en E. Eide y B. Hagtvet (editores), *Human Rights in Perspective*, Blackwell, Oxford, 1992, pp. 3 ss.; Helga Seibert, *Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht*, en H. Vogel, H. Simon, A. Podlech (editores), *Die Freiheit des Anderen*, Bade-Baden, Nomos Verlag, 1981, pp. 519 ss.; asimismo, Wilhelm Grewe, Hans Rupp, Hans Schneider (editores), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1981, pp. 201 ss.

610. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 209 ss.; asimismo, César Landa, *Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana*, ponencia en el Seminario *Menschenrechte und Grundrechte*, organizado por la Freie Universität Berlin y la Pontificia Universidad Católica del Perú, Berlín, 3 al 5 de junio de 1998.

derechos humanos en las cortes nacionales, pese a la apertura constitucional que de manera nominal se han dado en sus nuevas constituciones; así como resolver el cuello de botella que supone la Comisión, para dar curso fluido a las demandas existentes y obtener más técnicamente la verdad material de la violación de los derechos humanos en América Latina.

2.4 *Addenda*

Al término de este libro en 1998 se han producido una serie de acontecimientos políticos y jurídicos que inciden en lo trabajado en estos últimos acápite; pero, que se pueden resumir en esta *adenda* en lo siguiente: El 8 de Julio de 1999 el Congreso del Perú aprobó mediante Resolución Legislativa Nº 27152, el retiro con efectos inmediatos del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la misma que el representante del Gobierno peruano presentó al día siguiente a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, anunciando la denuncia parcial de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La decisión parlamentaria sostenida por el Presidente Fujimori se originó en la sentencia del 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana sobre el caso Castillo Petruzzi y otros, en virtud de la cual se dispuso la invalidez del proceso penal por Traición a la Patria y se ordenó que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal, según dispone la Convención Americana de Derechos Humanos.

Contra esa sentencia el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con el argumento de que por motivos de seguridad nacional, el Estado tenía derecho a defenderse del terrorismo genocida, drama que los jueces de la Corte Interamericana desconocían. Además señaló que, la sentencia de la Corte era contraria al reconocimiento de la jurisdicción militar que otorga la Constitución Política.

Sin embargo, como se ha señalado, la razón fundamental del retiro del Perú de la Corte Interamericana, en el fondo no se debe al caso Castillo Petruzzi y otros; si no, a los casos pendientes contra el Perú que se encuentra en trámite para ser resueltos ante la Corte; no obstante que, la defensa del gobierno ha señalado que cientos de presos por terrorismo, podrían invocar dicha sentencia para solicitar la revisión de sus procesos penales y eventualmente obtener la libertad.

Dentro de esos casos por resolver, se encuentran algunos con un alto contenido político, como la denuncia de los tres magistrados del Tribunal

Constitucional –Manuel Aguirre, Delia Revoredo y Guillermo Rey– destituidos por el Congreso peruano, por haber declarado inaplicable la ley de reelección presidencial, y; la denuncia de Baruch Ivcher a quien se le privó de la nacionalidad peruana y de la propiedad de su canal de televisión, por denunciar la corrupción y la represión del Servicio de Inteligencia Nacional.

La estrategia política del gobierno se confronta con claros principios y normas jurídicas del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional que a continuación se esboza. La Constitución peruana ha consagrado el derecho fundamental a la tutela judicial nacional e internacional de los ciudadanos; en ese sentido, el artículo 205° de la Constitución del Perú de 1993 dispone que: “agotada la jurisdicción interna quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales y organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

En consecuencia, la única instancia jurisdiccional internacional que puede tutelar los derechos humanos no protegidos en el ámbito de la jurisdicción nacional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Motivo por el cual, con el rechazo del gobierno de Fujimori de someterse a la jurisdicción de la Corte se deja en indefensión a todas las personas que quieran ejercer el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional internacional, cuando no han sido reconocidos sus derechos por la justicia peruana.

De otro lado, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto al retiro del Perú de su jurisdicción; señalando que la aceptación de la competencia contenciosa constituye una cláusula pétrea, que no admite limitaciones que no estén comprendidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Es decir, que un Estado parte sólo puede desvincularse de sus obligaciones internacionales observando las disposiciones que ha suscrito en el propio tratado. Norma y principio de Derecho Internacional que el gobierno peruano pretende desconocer

Mas aún, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos “una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado parte puede retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría de los beneficios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional”. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró el 27 de Octubre de 1999 como inadmisibles el pretendido retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte.

En esta perspectiva los peruanos gozan del derecho de acceso a la justicia internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio de la decisión política del gobierno de negar la tutela jurisdiccional internacional de los derechos humanos cuando se haya agotado la jurisdicción nacional, por ser inválido dicho retiro.

EPILOGO

1

La posición y el rol que cumple el Tribunal Constitucional, como defensor de la Constitución, está vinculada directamente con los alcances y los límites del proceso democrático. Así, en sociedades que han alcanzado estándares democráticos, temprana o tardíamente, se ha logrado que la justicia constitucional juegue un rol de afirmación de la democracia. Mientras que en sociedades desintegradas y débiles, con un desarrollo democrático precario o desleal con los valores de libertad, la justicia constitucional ha terminado siendo sometida al poder, cuando este no ha pretendido judicializar la política.

Es cierto que el desarrollo de la justicia constitucional no ha sido pacífico en ninguna experiencia histórica, sea en el sistema de control difuso de las leyes o en el sistema del control concentrado, sin embargo, la tensión que dichos procesos de judicialización de la política han provocado, han sido resueltos en el derecho comparado, mediante vías institucionales; en procesos dialécticos que han dado lugar al desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional. Sin embargo, en el Perú, el gobierno se ha resistido a aceptar las sentencias constitucionales que sean contrarias a su parecer, motivo por el cual, en 1992, clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales, que declaró inconstitucional varias leyes que implementaban el modelo económico neoliberal, y en 1997, expulsó del Tribunal Constitucional a los magistrados opuestos a la ley de la reelección presidencial.

Precisamente, el gobierno no ha entendido el rol de control y fiscalización constitucional que le corresponde jugar al Tribunal Constitucional, sino que las consignas intangibles de la reelección presidencial y de la liberalización económica, constituyen los cimientos de la "segunda Constitución" que orienta la acción del gobierno. En esta perspectiva, el Presidente y su mayoría parlamentaria no consideran que la finalidad de una Constitución, y de su órgano contralor, sea limitar la concentración del poder, sino que su finalidad es de servir de instrumento al programa político y económico del gobierno, al cual la justicia constitucional debe colaborar o sino ser subordinada.

Esta precaria idea de la posición de la justicia constitucional, acorde a la voluntad de la autoridad supone desconocer dos principios fundamentales del Estado democrático constitucional; primero, la concepción de la democracia como la forma de gobierno limitada, es decir, el gobierno de la mayoría, pero con respeto de la minoría, y la concepción de la Constitución como el respeto a la supremacía constitucional. Sin embargo, la idea y práctica gubernamental de la democracia radica en el dominio de la mayoría en nombre del pueblo, y de la Constitución en un instrumento al servicio del poder.

Por ello, la legitimidad del Estado democrático y constitucional no radica sólo en el resultado de unas elecciones limpias y transparentes que sienten las bases de un Estado de derecho, sino también en la radical protección y el mayor fomento de los derechos fundamentales, en tanto la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, deben ser los fundamentos del orden social y jurídico de los Estados con democracias débiles, en tanto aseguran la paz y garantizan el desarrollo social. Precisamente, en este proceso de democratización del Estado, la justicia constitucional juega un rol no sólo de defensa, sino también de promoción, de los derechos fundamentales.

No obstante, el Tribunal Constitucional como organismo constitucional encargado de tutelar los derechos fundamentales y controlar la constitucionalidad de las leyes, presenta un balance insuficiente en relación a las expectativas sembradas, y a las posibilidades de actuación jurídica de dicho tribunal. Debido a que la jurisdicción constitucional sólo es plenamente válida en sociedades con gobiernos previamente democráticos; de lo contrario, las sentencias de defensa irrestricta de los derechos fundamentales, quedan a merced de la voluntad y las decisiones del gobierno. Mientras se ha realizado el control constitucional de las leyes, ello no ha ido más allá de lo que el gobierno ha considerado tolerable.

Ello se debe a diversas razones. Una primera es de carácter jurídico, y se encuentra en la ideología jurídica positivista, predominante en la jurisprudencia constitucional; es decir, en el modo de razonamiento judicial discrecional que no funda sus fallos en razonamientos normativos y dogmáticos demostrables, sino en referencias legales que no las vinculan con el caso *sub litis*, sino que apenas les sirven de apoyo a sus opiniones sobre la materia en conflicto. En consecuencia, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional resuelve en última instancia, en base aun criterio de autoridad «*obiter dictum*», por el cual, primero deciden y luego justifican legalmente su fallo.

Una segunda razón es de carácter política, y radica en la falta de independencia judicial respecto del poder, debido a que en la nominación de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, la mayoría parlamentaria

aseguró la presencia de abogados que no estaban desvinculados del gobierno, o de magistrados cuando menos no proclives a desvincularse del poder. De allí que en las causas más litigiosas, ciertamente en materia de inconstitucionalidad de la ley de reelección presidencial, el Tribunal Constitucional se transformó en una caja de resonancia jurídica del conflicto político entre el gobierno y la oposición, sin posibilidades de integrar ambas posturas en el marco de una interpretación constitucional razonable.

Con este *caso dramático*, nunca antes como entonces el ejercicio del poder político gubernamental había llegado a amenazar y a cuestionar, la propia existencia de la jurisdicción constitucional, como quedó evidenciado con la destitución de tres magistrados constitucionales en mayo de 1997. Esto expresa la anómica relación entre el gobierno con la oposición, que se transformó en el sacrificio que le correspondió pagar al Tribunal Constitucional en la defensa de un sistema democrático, con división y balance de poderes y protector de los derechos fundamentales. O, dicho más crudamente, muestra los límites del control constitucional del frágil Estado de Derecho peruano, administrado por las mismas autoridades que en 1992 no tuvieron reparo en quebrantar la institucionalidad constitucional, clausurando entre otros organismos constitucionales al Tribunal Constitucional de entonces, por considerar que sus resoluciones no eran conformes con el proyecto político y económico, promovido por el gobierno y los grupos de presión económico y militar.

En este sentido, se puede señalar que la experiencia de la jurisdicción constitucional, bajo el gobierno del Presidente Fujimori, por un lado, expresa el vaciamiento o desustancialización del proceso de democratización y constitucionalización peruano, que no es otra cosa que el desmontaje del principio de la *supremacía constitucional*; por otro lado, pone de manifiesto la renuencia del poder gubernamental a someterse al control y racionalización del poder, para lo cual cuenta con la anuencia de su mayoría parlamentaria en el Congreso y del Tribunal Constitucional restante, luego de la destitución de tres de sus magistrados. Lo señalado no pretende soslayar el cargado positivismo judicial con que ha actuado ahora y antes la justicia constitucional, estableciendo una jurisprudencia constitucional basada en normas legales, o en la voluntad del legislador, antes que en un pensamiento constitucional propio; razonamiento judicial que ha reproducido por afirmación o por negación un positivismo jurídico, en el mejor de los casos de carácter constitucional.

De ahí que la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos, basándose en construcciones positivistas o neopositivistas e interpretaciones hiperformalizadas alejadas de la realidad nacional. Por ello, la jurisprudencia constitucional tiene que redimensionarse fortaleciendo su función de limitación del gobierno por el derecho, es decir, defendiendo el orden y los

valores de la persona humana, propios del principio de supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible, partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor de la justicia constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de su jurisprudencia constitucional.

2

La revaloración de la jurisdicción constitucional en los países con débiles democracias, como el Perú, requieren que se repiense los fundamentos del propio Derecho Constitucional; porque, de un lado, una moderna institución como la justicia constitucional, no puede funcionar eficientemente bajo los viejos preceptos del positivismo jurídico o del neopositivismo constitucional, en tanto formalización judicial de la jurisdicción constitucional, como tampoco cualquier Tribunal Constitucional no puede subsistir alejado de los valores sociales y políticos que demanda una sociedad abierta y dinámica como la peruana.

En ese sentido, para entender los problemas constitucionales del presente, es importante señalar que la deformación del Estado peruano encuentra sus raíces en la falta de identificación ciudadana con el Estado de Derecho, como la entidad encargada de brindar seguridad y protección de los derechos fundamentales de la persona, situación que ha ido enraizándose o, también, bajo las diversas formas de ejercicio del poder tradicional como el caudillismo militar o civil, bajo la cada vez más devaluada consigna del gobierno constitucional en base a la voluntad popular. En la medida que el presidencialismo y el asambleísmo han consagrado una idea de Constitución y de legalidad positivista, sometida a la voluntad de la autoridad; la sociedad ha respondido saliéndose silenciosamente del orden legal para regresar al Derecho. En la medida que el orden constitucional y legal establecido está al servicio del poder y de los poderes privados que rodean al gobierno, que no representan sus intereses.

En ese sentido, el positivismo jurídico al servicio del poder ha requerido pasar del derecho privado —conceptos como persona, derechos, obligaciones— al derecho público, en particular al Derecho Constitucional; pero, sin cerrar la brecha entre la Constitución formal y la Constitución material. Más aún, la positivización del Derecho Constitucional ha pretendido eliminar valoraciones políticas y sociales de la norma constitucional, sometiéndola al método jurídico. Sin embargo, esa neutralidad jurídica, sólo ha creado un relativismo o cultura jurídica del silencio sobre los valores constitucionales, permitiendo, así, que se abra la brecha entre la Constitución y la Democracia. Más aún, llegado el caso, el positivismo seguirá sosteniendo la validez del constitucionalismo sin importarle si es o no democrático. Con lo cual, la noción cons-

titucional y democrática, como límite al poder y protección de los derechos fundamentales, pierde sentido con el positivismo constitucional, no obstante que se cree un Tribunal Constitucional con competencias más amplias.

En ese sentido, se debe recomponer el viejo constitucionalismo, a partir de ciertos principios y realidades evidentes: la necesidad de asumir el carácter abierto y dinámico de la sociedad, supone el reconocimiento de los diferentes sectores de la sociedad, lo cual se expresa en la tolerancia social, el consenso político y finalmente el pluralismo jurídico; pero, fundamentados y orientados por la defensa y promoción de los derechos fundamentales, origen y razón de la existencia del Estado democrático. Sin embargo, no debería sobrecargarse de expectativas en el Tribunal Constitucional, en la medida que el exceso de judicialización de la política, sólo termina en la politización de la justicia.

Repensar en estos términos la posición del Derecho Constitucional y del Tribunal Constitucional, supone concluir precisando algunos elementos constitutivos del mismo. Así, la teoría institucional renovada éticamente, constituye la columna que vertebra y sostiene a las críticas y propuestas constitucionales que se han formulado. Así, partiendo de la idea de las instituciones sociales u ordenamientos concretos que yacen en la sociedad —distante del neoinstitucionalismo—, se plantea que es el conflicto social la fuente permanente del cambio social, gestado no por la fuerza normativa de los hechos, sino la fuerza normativa de la Constitución; como expresión de la correspondencia entre la normalidad y normatividad constitucional y de la recuperación de las nociones básicas de la ética y la utopía constitucionales, pero con responsabilidad hacia las nuevas generaciones.

Si bien de la crítica ya se ha escrito bastante, desde el pensamiento neoliberal —fuerte— y postmoderno —débil—, es innegable que el primero ha cambiado la servidumbre del hombre al Estado por la servidumbre del hombre al mercado, o mejor dicho, a los poderes privados; mientras que el segundo, si bien hace una crítica profunda y radical al pensamiento constitucional, no formula ninguna alternativa, salvo parciales propuestas culturales. En ese entendido, sólo un pensamiento humanista, que se realice a través de las instituciones constitucionales, puede ofrecer una regeneración ética de la política y la integración del interés general como política del Estado.

Ello sólo es posible, en tanto el grado de desarrollo de los derechos fundamentales se conviertan en la medida del avance y calidad de la vida constitucional de los ciudadanos. Si bien existen diversas formas de entender los derechos fundamentales, es desde una perspectiva institucional de los derechos fundamentales que interesa afirmar a los mismos; la misma que propone cerrar el divorcio entre los derechos subjetivos del individuo y los

derechos objetivos del Estado, a través de garantizar proporcional y equilibradamente el contenido esencial de los derechos y obligaciones constitucionales, así como otorgándoles un carácter procesal y activo a los derechos fundamentales; como una forma de evitar el abuso del legislador.

No se pretende reducir la reconstrucción del Derecho Constitucional sólo en base a los derechos fundamentales, sino también incorporándolos al derecho judicial, a través de las técnicas de la interpretación constitucional propias del quehacer jurisdiccional. En ese sentido, se postula una perspectiva institucional de la interpretación orientada a la *concretización*, donde sin perjuicio de utilizar el método jurídico, como una primera fase de la tarea interpretativa de la norma constitucional, corresponde incorporar los elementos de la realidad a efectos de dar sentido a la interpretación constitucional, mediante principios guías, como la unidad de la Constitución, la fuerza normativa, concordancia práctica, corrección funcional, la eficacia integradora y la interpretación conforme a la Constitución.

La defensa de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional, no son sólo técnicas que ayudan a purificar y dinamizar a la Constitución del positivismo formalista, sino que en este proceso también es necesario fortalecer orgánicamente al propio Tribunal Constitucional. En temas fundamentales como una elección técnica-política de los magistrados constitucionales, mediante la preselección de los candidatos a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, quien en lista cerrada propondría al Congreso la ratificación con votación cualificada de los dos tercios de los magistrados constitucionales, para lo cual deberían desarrollarse audiencias públicas en esta última fase. Un perfil adecuado de los candidatos requiere que se prefiera a los que muestren una trayectoria democrática, imparcialidad profesional, alta sentido de compromiso con la voluntad popular, cualidades humanas de tolerancia y pluralismo, como también capacidad de trabajo en grupo.

Una de las demandas contemporáneas urgentes para el reforzamiento del Tribunal Constitucional, es la necesidad de cambiar el sistema de votación para declarar inconstitucional una ley, pues, debería existir un sistema gradual de votación; así, para declarar inconstitucional una ley de reforma de la Constitución, se debería requerir ocho votos, para una ley orgánica siete, para una ley ordinaria seis, y para normas legales presidenciales – decretos legislativos y decretos de urgencia– y normas generales de los municipios y regiones cinco votos. El reforzamiento del Tribunal Constitucional también pasa por la ampliación del número de magistrados, de siete a once miembros, y el nombramiento de cinco magistrados suplentes; además, que se creen dos Salas Constitucionales con competencias cada una autónomas, una para resolver las acciones de amparo por violación del debido

proceso y otra para atender las demás causas de amparo y los recursos de habeas corpus, habeas data, acción de cumplimiento. Asimismo, el Pleno se encargaría de resolver las acciones de inconstitucionalidad de las leyes y los conflictos constitucionales de competencia.

Asimismo, se debería reforzar el sistema de votación planteado asegurando la unidad del voto colegiado y el respeto a las opiniones discrepantes y concurrentes, pero evitando que se termine en la dispersión de votos que ha sido una experiencia autodeslegitimadora del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, los magistrados deben gozar de la inmunidad por los votos y opiniones que emitan. En ese sentido, si se denunciara una infracción administrativa contra un magistrado constitucional, debería corresponder al Pleno del Tribunal Constitucional investigar y sancionarlo, más no al Congreso, lo cual supone una reforma constitucional. En todo caso, si el magistrado constitucional hubiese cometido una infracción constitucional, esta debe estar tipificada como tal previamente en una ley, antes de iniciar un proceso de investigación, acusación y sanción constitucional, así como asegurar en dicha ley las garantías del debido proceso y la tutela judicial del procesado; quien, además, debería gozar del derecho de recurrir en vía judicial dicha decisión política, por la eventual violación de sus derechos fundamentales.

3

Las reformas delineadas que tienden al reforzamiento de la justicia constitucional, sólo son posibles de llevarse a cabo tanto en el marco de la reforma del Tribunal Constitucional, como de maduración del Estado democrático, que se pongan en evidencia en las relaciones institucionales con los poderes del Estado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional se encuentra inserto en un régimen político, caracterizado por la *democratadura* y el presidencialismo que instrumentaliza a la voluntad popular, de acuerdo a sus objetivos políticos (de la reelección presidencial) y económicos (de enraizar el neoliberalismo económico), para lo cual se ha llegado a manipular a las instituciones representativas de control como el Congreso, Poder Judicial, o Tribunal Constitucional, así como a la satanización de la desarticulada oposición, con el apoyo de importantes medios de comunicación televisivos y el acoso de las fuerzas armadas. En ese sentido, los valores democráticos son reemplazados por el del economicismo, autoridad, pragmatismo y eficiencia; configurando un gobierno neopopulista.

Es cierto que el presidencialismo es la típica forma de gobierno no sólo del Perú, sino de América Latina, pero nunca como ahora el presidencialismo sumido formas corporativas deslegitimando las instituciones representativas. El presidencialismo se resume en la práctica electoral de "todo al ganador", lo cual, supone la marginación de la oposición y la discriminación de las

minorías. En ese esquema, el control y balance de poderes, como la responsabilidad pública —*governmental accountability*—, son imposibles de practicar independientemente, en la medida que está contaminada por el gobierno. Sin embargo, la alternativa no pasa por cambiar el régimen presidencial por un régimen parlamentarista, sino que en concordancia con las raíces y el estado de conciencia de la vida cívica y política en el país, el presidencialismo debe controlarse y moderarse, limpiando la impurezas para el establecimiento real de un presidencialismo moderado o atenuado; para lo cual se hace necesaria una reforma constitucional, en la que se elimine la reelección presidencial inmediata y se redimensione el poder gubernamental del Presidente.

Dicha reforma es necesaria, en la medida que el Presidente ha ejercido con exceso su facultad legislativa mediante decretos legislativos y decretos de urgencia, —así como por los decretos leyes dados durante su gobierno de facto en 1992—, al punto que se puede afirmar que el Congreso legisla menos cuantitativa y cualitativamente que el Presidente de la República. Más aún, no obstante que el Congreso debe revisar los decretos legislativos y decretos de urgencia que se expiden, la mayoría parlamentaria ha hecho imposible que se cumpla cabalmente esta obligación constitucional. En ese mismo sentido, el Tribunal de Garantías Constitucionales, en su momento, desistió del control constitucional de los decretos de urgencia, en base a una interpretación estrictamente positivista de la Constitución, carente de lealtad constitucional. Pero hay que relieves que se reivindicó en el control constitucional de diversos decretos legislativos, que habían vulnerado la Constitución de 1979, por exceso en el uso de las atribuciones legislativas delegadas en materia específicas por el Congreso. El actual Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de tomar posición todavía al respecto.

La posición del Tribunal Constitucional en relación al Congreso, puede ser observada en base al estado del principio de legalidad, en la medida que la ausencia de legitimidad de la ley, se origina en la idea positivista de que la norma es la expresión de la voluntad absoluta del legislador. De ahí que la noción de ley como norma general, abstracta e intemporal, haya sido sustituida por una concepción de ley—medida, es decir, como norma concreta, específica y temporal. Con lo cual, la reconstrucción de la noción de legalidad y de ley, sólo puede operarse en la Constitución, es decir a través de recuperar su validez en función de la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales y el respeto al pluralismo jurídico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sido tangencialmente claro al pronunciarse sobre algunos problemas medulares vinculados al principio de legalidad y a la ley. Así, en relación a la interpretación auténtica de la Constitución, los magistrados constitucionales han descartado que ésta sea competencia del Congreso, insinuando que en materia de interpretación constitucional, el Tribunal

Constitucional es un *primus inter paris*; en cuanto a la validez de la ley en el tiempo, el Tribunal Constitucional ha sostenido, en la sentencia sobre la reelección presidencial, la tesis de los derechos adquiridos —desestimando la tesis de los hechos cumplidos—, es decir, la Constitución ha consagrado como regla que los derechos son irrenunciables y las obligaciones exigibles, y en relación a la irretroactividad de la ley, el Tribunal Constitucional ha desestimado claramente la retroactividad de la ley de la reelección presidencial por inconstitucional, principio que tiene excepciones en los casos previstos y que se derivan de la norma suprema.

Junto a la posición jurídica que ha ido asumiendo el Tribunal Constitucional, no puede soslayarse que se han producido casos difíciles, como la sentencia acerca del sistema de votación del propio Tribunal, y desde ya casos dramáticos como las sentencias sobre la ley de reelección presidencial. Al respecto, se puede señalar que no obstante, en estos casos de judicialización de la política, el Tribunal desconoció el uso de la doctrina de las *political questions* que se presentaron en esos casos; lo cual no hubiera significado la inhibición del colegiado, sino por el contrario, la oportunidad de establecer los criterios para delimitar cuándo, cómo y hasta dónde son justiciables las causas políticas, tema que apenas insinuó el colegiado, pero sin ofrecer una respuesta en el fallo constitucional sobre la acción de amparo interpuesta por los tres magistrados constitucionales, contra la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de su expulsión. Al respecto, es innegable la tensión entre el derecho y la política, en casos constitucionales límites, frente a lo cual no hay una respuesta *a-priori*; sin embargo, el pronunciamiento constitucional, a riesgo de calificarse de un activismo o radicalismo judicial, debe estar premunido del ejercicio de un test de razonabilidad, caracterizada por la prudencia judicial, la libertad de configuración de la ley por el legislador y el respeto a los derechos fundamentales, a fin de no quebrantar el principio de división de poderes.

Pasar de un gobierno de los hombres a un gobierno de la leyes, muchas veces ha significado entrar al gobierno de los jueces, en ese sentido, la función judicial ejercida por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial ha planteado nuevos conflictos y dilemas, en la medida que el Poder Judicial ha desafiado la supremacía de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional. Ello sólo ha sido posible, como una manifestación más de la crisis de la justicia ordinaria, la cual alumbró la propia existencia del Tribunal Constitucional. Pero la crisis judicial se ha radicalizado en los últimos tiempos, manifestándose también como una *Guerre delle due Corti*. En efecto, en 1990, a través de la sentencia de acción de amparo del Poder Judicial, se desconoció la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales que desestimó una acción de inconstitucionalidad sobre la ley de la Bolsa de Trabajo; asimismo, en 1997, la Corte Suprema de Justicia declaró fundada

una acción de amparo cuestionando la legitimidad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial. Al respecto, si bien existe un sistema mixto de control constitucional entre ambas jurisdicciones, hace falta que la Constitución redefina con mayor claridad que la función del control constitucional y de suprema interpretación constitucional, le corresponde al Tribunal Constitucional y, en todo caso, que no cabe recurso judicial alguno contra las sentencias de la jurisdicción constitucional y que las resoluciones judiciales consentidas en materia de garantías constitucionales, puedan ser revisadas en casación por el Tribunal Constitucional, pero utilizando la técnica del *certiorari*.

Sin perjuicio de reforzar la jurisdicción constitucional, en el seno de un Estado de Derecho pluralista y tolerante, donde la legitimidad democrática del poder se justifique a partir de la existencia y la operatividad, a nivel real de los derechos fundamentales; también, debe potencializarse el uso subsidiario o alternativo del derecho internacional de los derechos humanos, como una nueva instancia judicial supranacional, capaz de morigerar la falta de tutela judicial de dichos derechos a nivel nacional, en base a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que obligan al Estado a respetar dichos tratados por el principio *pacta sunt servanda*.

En ese sentido, es importante señalar que la ola de democratización de América Latina en la década de los ochenta, ha reforzado el rol del sistema interamericano de derechos humanos; lo cual ha permitido, entre otras cosas, reabrir el debate en torno a la posición que ocupan los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho nacional. La respuesta de la Constitución de 1993, no pudo ser más imperfecta, sin embargo, interpretando institucionalmente a dicha norma, se puede afirmar que los tratados de derechos humanos están por sobre del derecho local, incluso en determinados casos por sobre la propia Constitución; este es el caso de las normas relativas a los tratados sobre derechos humanos.

No obstante que la eficacia en la aplicación de dichas normas internacionales se sostiene, en última instancia en el balance de poder internacional, que asegura su cumplimiento; la defensa de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción internacional requiere de profundas reformas. En la medida que. Desde su fundación la Comisión Interamericana ha recibido más de once mil quinientas denuncias, pero sólo ha pasado poco más de veinte denuncias a la Corte, que ha fallado diecisiete sentencias. No se trata de homologar los déficits de los tribunales constitucionales y los sistemas judiciales comunes con el establecido por el sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, si la protección de los derechos fundamentales debe articularse mediante el sistema interamericano de Derechos Humanos, a nivel regional, y los sistemas judiciales nacionales, llámensen tribu-

nales constitucionales o cortes supremas, debe asegurarse que dichas instancias funcionen independientemente del poder político internacional de los Estados.

Motivo por el cual y en función del reforzamiento de la tutela judicial de los derechos de los nacionales, la Corte Interamericana debe funcionar de manera permanente y no sólo por sesiones; la Comisión debería pasar a ser una dependencia especializada de la Corte, encargada de realizar las tareas de investigación judicial necesaria, facilitando así el acceso ciudadano a la justicia internacional. Sobre todo, en épocas donde se vislumbra, como evidente, el incremento de las demandas y quejas ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular contra países como el Perú. Tendencia que está directamente vinculada a las forzadas prácticas de la reelección presidencial, en tanto son fuente de perversión del sistema constitucional y democrático; desafío que corresponde resolver a la sociedad civil, con el apoyo de la comunidad regional e internacional, mediante el sistema de justicia constitucional y el sistema interamericano, en el marco del fortalecimiento del Estado democrático.

Tribunal Constitucional y Estado Democrático

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 1999
en los talleres de Servicio Copias Gráficas S.A.
(RUC 10069912) Telefax: 424-9693
Jr. Jorge Chávez 1059, Lima 5, Perú

go, en una segunda parte se plantea la tesis de la teoría institucional ética, base sobre la cual se analiza la organización y funcionamiento del tribunal constitucional.

Pero, como el quehacer de la justicia constitucional esta inserto en un determinado régimen político, en una tercera parte se trabaja la relación del Tribunal Constitucional con el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Asimismo, en la perspectiva de un mundo cada vez más globalizado, finalmente se plantea el escenario y las perspectivas de la articulación entre la justicia constitucional y la justicia interamericana de los derechos humanos.

La obra no es sólo producto de una profunda reflexión teórica e institucional, precedida por otros trabajos preliminares del autor (*Derecho Político del Gobierno y de la Oposición Democrática*, 1990, y, *Apuntes para una Teoría Democrática Moderna para América Latina*, 1994), sino, también es el resultado del análisis del derecho constitucional comparado; base sobre los cuales se presentan propuestas maduras para reformar al tribunal constitucional, de cara al fortalecimiento del proceso democrático peruano.

