

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL VS
COSA JUZGADA JUDICIAL”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER
EN DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA
JURIDICCIONAL

AUTOR

VISTOR MALPARTIDA CASTILLO

PRESIDENTE DEL JURADO

DR. GORKI GONZALES MANTILLA

ASESOR

DR. EDUARDO HERNANDO NIETO

JURADO

DR. ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER

LIMA-PERÚ

2012

INDICE

“COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL VS. COSA JUZGADA JUDICIAL”

	Pág.
INTRODUCCIÓN GENERAL	04

CAPITULO I

PODERES DEL ESTADO, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

	Pág.
1.- INTRODUCCIÓN	06
2.- LOS PODERES U ORGANOS DEL ESTADO	09
2.1.- TEORIA DE LA DIVISIÓN DE PODERES Y FORMAS DE GOBIERNO	09
2.2.- CONCEPTO DE DIVISIÓN DE PODERES, TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y TEORÍAS POLITICAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES	13
2.3.- ¿LA DIVISIÓN DE PODERES O SEPARACIÓN DE FUNCIONES ES SÓLO UN MITO DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DIECIOCHESCO?	24
3.- PODER JUDICIAL, ESTADO LEGAL DEL DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO	28
3.1.- ESTADO LEGAL DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL	28
3.2.- ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL	36
3.3.- NEOCONSTITUCIONALISMO, PODER JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	37
4.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL. ORIGEN Y FUNCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	42
4.1.- ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	42
4.2.- LA PROPUESTA DE KELSEN	50
5.- RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	56
6.- COMENTARIOS FINALES.	65

CAPITULO II

PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU: ¿FUNCIONES ENCONTRADAS?

	Pág.
1.- INTRODUCCIÓN	68
2.- PODER JUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ	68
2.1.- PODER JUDICIAL: IMAGEN DE SU DESARROLLO HISTÓRICO	68
2.2.- LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL PODER	76
2.3.- PODER JUDICIAL, FUNCIÓN JURISDICCIONAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL	79
2.3.1.-AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL	79
2.3.2.- PODER JUDICIAL, INDEPENDENCIA Y CONSTITUCIÓN	85
2.4.-PODER JUDICIAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL	90
3.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU	97
3.1.- INTRODUCCIÓN	97
3.2.- MODELO DUAL O PARALELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	98
3.2.1.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA	99
3.2.2.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: MODELO DUAL O PARALELO	105
3.2.3.- ¿SE HA MANTENIDO INALTERABLE EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL?	110
3.2.3.1.- DOCTRINA DE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”	117
3.2.3.2.-CONSOLIDACIÓN DE LA “AUTONOMÍA PROCESAL” DEL TRIBUNAL COINSTITUCIONAL	132
3.2.3.3.-MÁS ALLÁ DE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”: HIPERACTIVISMO JUDICIAL	134
4.-REFORMAS PLANTEADAS EN CUANTO JUSTICIA CONSTITUCIONAL	145
4.1.- PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN 2002)	145
4.2.- PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - CERIAJUS	147
4.3.- PROYECTO DE LEY Nº 14321-2005-CR “QUE PROPONE GARANTIZAR LOS PRINCIPIOS DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD”	148
4.4. PROYECTO DE LEY 03930/2009-CR: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (23/03/10)	153

5.- PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL PERUANO: ¿EXISTE UN SISTEMA COHERENTE?	158
---	-----

CAPITULO III

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PODER JUDICIAL(A PROPÓSITO DE UN PROCESO COMPETENCIAL

	Pág.
1.- INTRODUCCIÓN	163
2.-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL: ¿GUERRA DE LAS CORTES?	164
3.- A PROPÓSITO DE UN PROCESO COMPETENCIAL	166
3.1. INTRODUCCION	166
3.2.- RECONSTRUCCIÓN DE LA RESOLUCIÓN	167
3.2.1. ASPECTOS GENERALES	167
3.2.2. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL: AFECTACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL PODER EJECUTIVO DE CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LAS LEYES, Y, CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES	169
3.2.3.-ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNA	173
3.2.4.- ASPECTOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA	177
3.2.4.1.- ¿ES EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN Y JERÁRQUICAMENTE SUPERIOR?	177
3.2.4.2.- PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES	184
3.2.4.3.- COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	197
4. COMENTARIOS FINALES	207
CONCLUSIONES	214
RECOMENDACIONES	217
BIBLIOGRAFÍA	218

INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente trabajo tiene como aspecto central, la relación existente en nuestro país, entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, y, dentro de ésta relación, lo concerniente a la posición del primero en referencia con la denominada “cosa juzgada constitucional” y cómo incide éste concepto en la independencia del Poder Judicial, la forma en que se regula y se aplica el instituto del precedente constitucional vinculante, y, finalmente, la supuesta posición jerárquicamente subordinada del Poder Judicial frente al Tribunal Constitucional.

No obstante lo expuesto, era necesario articular un contexto, un conjunto de aspectos previos, necesarios para finalmente observar y analizar lo que en la actualidad sucede entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, a través del acontecer de la sentencia 006-2006-PC/TC.

Dichos aspectos previos considerados en el derecho y política comparada - como determinar históricamente la aparición del principio de la división de poderes, la función que cumple el Poder Judicial, el origen de la justicia constitucional, la aparición de un distinto poder constituido como el Tribunal Constitucional y cómo afecta esta aparición en la histórica tripartita existencia de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), y, asimismo, preguntarnos sobre si existe una distinta función de los jueces si estamos ante un Estado Legal o Estado Constitucional del Derecho – eran necesarios para desprender de su tratamiento una idea de si en otras realidades había sucedido o sucedía algo parecido con lo que acaecía en nuestro país.

Asimismo, resultaba también necesario contextualizar sobre bases históricas y jurídicas referidas a nuestro país, lo que finalmente desembocaba en la sentencia antes dicha, es decir, la determinación de los términos de la relación en nuestro país del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial como poderes constituidos. Asimismo, si el modelo de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución peruana era la fuente de los conflictos o si, muy distintamente, el origen de las fricciones entre ambos poderes constituidos era una actitud invasiva del Tribunal.

No era sólo entonces iniciar un análisis atemporal de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, es decir de la sentencia 006-2006-PC/TC. Era, que a partir de

su objetivización en el análisis, sirviera de “pretexto” para incursionar en una serie de aspectos, cuya caracterización es de previos en el presente trabajo.

Es así, entonces, que lo anteriormente dicho se trata en tres capítulos, en los que finalmente se ha dividido el trabajo.

En el primer capítulo se aborda en cuanto a derecho y política comparada, tanto lo que corresponde a la división de poderes, y a partir de allí la función que cumple el Poder Judicial, como la aparición de la justicia constitucional y el Tribunal Constitucional.

Igualmente en el segundo capítulo, se trata lo concerniente a la actuación del Poder Judicial y la aparición de la justicia constitucional y el Tribunal Constitucional en nuestro país y, finalmente se trata de responder si existe un sistema o diseño constitucional coherente en cuanto al Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

Y, finalmente, en el tercer capítulo, se analiza la sentencia en el Exp. N° 006-2006-PA/TC con lo cual, a nuestro modo de ver se cierra un capítulo sobre el actuar de nuestro Tribunal Constitucional. Mediante el concepto “cosa juzgada constitucional” se culmina una actuación invasiva y subordinante frente a la judicatura ordinaria, actuación que responde a una visión de la sociedad de nuestro país – visto como un país heterogéneo, desigual y complejo – y al desarrollo de un principio como es el de la “autonomía procesal” que teoriza sobre el rol que debe cumplir en una sociedad como la nuestra el Tribunal Constitucional, como instrumento válido de construcción democrática.

No es sólo, entonces, analizar la sentencia antes dicha, sino los prolegómenos que existen a su alrededor y, asimismo, los elementos que posibilitan que la “cosa juzgada constitucional” se haya establecido, como son, de un lado el heterodoxo concepto de precedente constitucional vinculante, como asimismo, una enunciación de una posición “preferente” del Tribunal Constitucional.

CAPITULO I

PODERES DEL ESTADO, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

1.- INTRODUCCIÓN

Hablar de una democracia moderna, es hablar de la denominada democracia constitucional. Ésta es definida como un modelo de organización político jurídico en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persigue en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos, precisándose que detrás de esta doble finalidad reposan los derechos fundamentales de los individuos que integran la colectividad política¹.

A su vez, Bovero manifiesta que en su acepción predominante, la expresión democracia constitucional designa un objeto complejo: un entero sistema jurídico-político. Agrega que: “Con mayor precisión se refiere a la amalgama o la síntesis de dos elementos, una forma de Estado y una forma de gobierno: justamente el Estado constitucional y la forma de gobierno democrática. La naturaleza del objeto designado

¹ Salazar Ugarte, Pedro: **La democracia constitucional. Una radiografía teórica.** Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Primera reimpresión de la primera edición, México 2008, p.45. Salazar agrega a lo dicho: “La tesis de partida puede parecer evidente para los ojos de los estudiosos: la democracia constitucional es un modelo complejo que se integra por dos sistemas o “bloques conceptuales” que tienen una historia propia e independiente pero que, en su conjunto, dan vida a una unidad con características específicas y particulares. Con mayor precisión, la democracia constitucional nace del encuentro entre la idea de constitución rígida (cuya rigidez es una garantía especial de protección para los derechos fundamentales) y el método democrático que integra un conjunto de reglas para adoptar decisiones colectivas con el máximo de consenso y el mínimo de imposición. El primer ideal, el constitucionalismo, se refiere al contenido de las decisiones(al qué cosa es legítimo o no es legítimo decidir), mientras que el segundo, la democracia, da cuenta de la forma con la que las decisiones son adoptadas(de quién y cómo está autorizado para adoptar decisiones legítimas). De aquí desprendo una segunda tesis que puede ser menos evidente: en el interior del modelo que surge del matrimonio entre los dos “bloques conceptuales” conviven principios, ideas, aspiraciones políticas y paradigmas institucionales que tienen su origen en tradiciones diferentes que frecuentemente entran en tensión.”(Ibid. pp. 48-49).

con esta fórmula no es inmediatamente empírica sino, ante todo, conceptual: la democracia constitucional es un modelo teórico, una construcción de la razón”².

En buena cuenta, entonces, en la democracia constitucional tenemos una forma de Estado, en donde sus respectivos órganos se encuentran articulados mediante el principio de división o separación de poderes bajo una norma constitucional, en la cual se ha establecido el respeto y garantía de los derechos fundamentales. Existe una conexión entre dos elementos: los derechos fundamentales, de una parte, que van a constituirse en límites principales del poder político, de otra, “inviolables por el mismo: dichos derechos son aquellos ante lo que el poder carece de poder, aquellos de que el poder no puede disponer; tanto en el sentido de que no puede (le está prohibido) adoptar decisiones que lesionen o nieguen dichos derechos, como en el sentido de que debe (está obligado a) asegurar su disfrute por parte de los titulares, que son todos los individuos” – aclara Bovero-. Este mismo autor se pregunta: ¿qué debemos hacer para que el poder no supere estos límites, para que respete estos vínculos?. Responde señalando: Sólo nos queda dividirlo, creando órganos de poderes diferentes, con la finalidad de que “el poder frene al poder”. La división de los poderes, concluye Bovero, fue concebida como un remedio (preventivo) para controlar el abuso de poder³.

² Bovero, Michelangelo: **Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución**. En: Salazar Ugarte, Pedro: Ob. Cit., p. 14.

³ Ibid., p.18. Una visión sobre la división de poderes la tenemos en Segundo Linares Quintana quien opina: “La división y distribución – tanto funcional y horizontal como territorial y vertical – del poder constituye un medio técnico indispensable para asegurar la libertad individual, como lógica consecuencia de la desconcentración del poder, corolario de su fragmentación o atomización y, por ende, del recíproco freno y control que se opera entre los diversos órganos estatales que lo ejercen en los ámbitos funcional y territorial. Funciona así un sistema de frenos y contrapesos cuya consecuencia práctica es mantener la actividad de cada órgano circunscrita dentro de la respectiva órbita delimitada por la Constitución. En el nivel funcional y horizontal, es tradicional la división del poder en tres órganos: legislativo, ejecutivo y judicial; en tanto, que en el nivel territorial y vertical, es conocido el reparto del poder entre el gobierno central, gobiernos estatales o provinciales y también organismos municipales, que tiene lugar en el estado federal”.(Linares Quintana, Segundo V.: **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional**. Tomo 7. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires 1985, pp. 205-206). Igualmente Gámez Mejías señala: “La división de poderes, postulado histórico, unido a la idea de Estado de Derecho y democracia representativa, ha sido recogida en las Constituciones democráticas y parlamentarias. Esto conlleva, en primer término, que la división de poderes en la actualidad se asocia inescindiblemente con la base democrática de las Constituciones. La misma significa que todos los ciudadanos participan por igual en la determinación de los fines y en la toma de las decisiones estatales. A partir de esta premisa fundamental, el poder estatal se ejerce a través de una serie de órganos constituidos, ámbito en el que ha de moverse necesariamente el contenido posible de la división de poderes en la actualidad”(Gámez Mejías, Manuel: **El significado jurídico actual del principio de**

De allí que se diga que la constitución del constitucionalismo⁴ tiene una función precisa - a diferencia de una concepción antigua de constitución con la cual sólo se alude a un ordenamiento para organizar las magistraturas -. Esta función es limitar el poder político con la finalidad de proteger los derechos fundamentales individuales,

división de poderes en las constituciones parlamentarias. Universidad Carlos III-Dykinson S.L., Madrid 2004, pp. 23-24).

⁴ Neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo “pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”(Carbonell, Miguel: **“El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”** en: **El canon neoconstitucional.** Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo(Editores). Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá 2010, pp. 161-162). De otra parte, Joseph Aguiló expresa que el “constitucionalismo es una ideología que grosso modo puede caracterizarse a partir de estas dos notas: 1. Sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respeto a los derechos desempeña un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad de referencia, y 2. recurre a la forma constitucional – entendida como opuesta a la forma legal ordinaria – como garantía de ese papel atribuido a los derechos”.(Aguiló, Joseph: **La Constitución del Estado Constitucional.** Palestra- Temis. Lima-Bogotá 2004, p. 107). Asimismo, Luís Prieto Sanchís señala: “...hoy por constitucionalismo no se entiende cualquier sistema político dotado de un texto más o menos solemne o rígido llamado Constitución o Ley Fundamental(...) ni siquiera cuando dicho texto diseña un régimen basado en la separación de poderes, el respeto a las libertades públicas o el gobierno representativo(...)En realidad, la idea del constitucionalismo o, al menos, la idea que aquí nos interesa parece usarse como noción superadora del estado de Derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico, y quizás su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes(...)Incluso, más ampliamente, cabe decir que la limitación y el control del poder(no solo el control de constitucionalidad)representan el elemento definidor del constitucionalismo(...)”(Prieto Sanchís, Luís: **Constitucionalismo y Positivismo.** Ediciones Fontamara. Primera reimpression de la primera edición. México 2005, pp.15-16). Por su parte Comanducci dice: “”Neoconstitucionalismo” es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho(Susana Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa(particularmente en España e Italia) y Latinoamérica(particularmente en Argentina y México) los estudios de esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico”(Comanducci, Paolo; Ahumada, Ma Ángeles; y, González Lagier, Daniel: **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.** Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2009, p. 87).

empatándose – como aprecia Salazar Ugarte – con la idea moderna de Estado de Derecho ^{5 6}.

Por tanto, democracia constitucional, constitucionalismo o neoconstitucionalismo, y, división o separación de poderes y garantía de derechos fundamentales son aspectos en los cuales se basa el discurrir actual de la política y el derecho, y asimismo, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional.

2.-LOS PODERES U ORGANOS DEL ESTADO

2.1.- TEORIA DE LA DIVISION DE PODERES Y FORMAS DE GOBIERNO

André Hauriou, refiriéndose a la teoría de la separación de poderes o funciones como “el equilibrio en el seno del poder central entre el Gobierno y el Parlamento”, señala que: “Este equilibrio que expresa una distinción entre gobernantes y censores de los mismos, es fundamental y fue destacado, primeramente, por Locke, en el siglo XVII y, sobre todo, por Montesquieu, en el XVIII...”⁷.

Asimismo, Néstor Pedro Sagües encuentra lo que concierne a la división de funciones y distribución del poder, dentro de lo que viene en denominar Principio de Fundamentalidad, como principio específico o propio del Derecho Constitucional, advirtiendo que este principio, engloba a – entre otros – subprincipios como el de organización (“La constitución tiene que diagramar los poderes básicos del

⁵ Salazar Ugarte, Pedro: Ob. Cit., p. 72.

⁶ “Puede muy bien afirmarse – aclara Elías Díaz – que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas que estamos analizando se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho. El establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho. Lo que, en definitiva, éste pretende, frente al Estado absoluto del *ancien régime* y frente a todo Estado totalitario, es la protección, garantía y realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a aquellos conexas”. (Díaz, Elías: **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Editorial Taurus. Madrid 1998, pp. 51-52).

⁷ Hauriou, André: **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Colección Demos. Editorial Ariel. Segunda edición, Barcelona 1980, p. 84.

Estado (legislativo, ejecutivo, judicial, además del orden constituyente y electoral), y determinar cómo toman sus decisiones, cómo las cumplen y cómo se coordinan entre sí); y, el subprincipio de distribución (“Asigna competencias a los órganos del poder y deslinda las facultades del Estado y los derechos de los particulares...”)⁸.

Por otro lado, Enrique Bernal Ballesteros manifiesta que la teoría de la división de poderes del Estado y sobre las formas de gobierno – aspectos que van unidos – tiene larga data y ha sido tratada tanto por la teoría clásica, que desarrollan las propuestas de Montesquieu sobre organización del poder del Estado, como por el constitucionalismo moderno^{9 10}.

Igualmente, según lo expuesto por Kart Loewenstein¹¹, se puede concluir en que los tipos de gobierno no pueden ser comprendidos exclusivamente a partir de las instituciones y técnicas. Señala que si una clasificación ha de tener sentido, tendrá que estar basada en un análisis de la realidad política del proceso gubernamental que, en general, no podrá deducirse de la constitución. Criterios realistas de clasificación se deberán obtener de la anatomía del proceso del poder, es decir, a través del análisis de la forma y manera en la que se obtiene, ejerce y controla el poder político en una determinada sociedad estatal. Entonces, Loewenstein quiere significar, en primer lugar, una relación directa entre la teoría de la separación de poderes – en palabras del autor, la forma y manera como se obtiene, ejerce y controla el poder político -, y las formas de gobierno; asimismo, el autor en mención señala que no bastan las instituciones y técnicas para comprender los tipos de gobierno^{12 13}.

⁸ Sagües, Néstor Pedro: *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Astrea. Buenos Aires 2007, pp.20-21.

⁹ Bernal Ballesteros, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. ICS Editores. Tercera edición, Noviembre 1997, p. 421.

¹⁰ No se debe olvidar lo mencionado por César Landa: “Cabe recordar que si bien la división del poder, como garantía de la libertad, es constitutiva del Estado democrático moderno, no se puede afirmar que el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Cabe precisar que este sistema de división tripartita del poder se originó por razones históricas y políticas concretas, las que le dieron origen”. En: Landa Arroyo, César: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Palestra. Tercera edición. Lima 2007, p. 690.

¹¹ Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona 1982, p. 42 y ss.

¹² Seguimos mayormente en adelante al último autor citado para desarrollar esta parte, pp. 42 y ss.

¹³ Al respecto resulta importante lo señalado por el colombiano Jairo Vallejo Moreno quien manifiesta que como esencia de la teoría se debe tener en cuenta: “Dos ideas dominantes inspiran la separación de poderes: asegurar la libertad natural del hombre proporcionándole la garantía de que cada uno de los poderes se ejercerá legalmente, y

Lo anterior va a ser una tesis fundamental para establecer el hilo conductor que nos permita comprender la verdadera importancia de la – mal llamada - separación de poderes.

Así, en cuanto a formas de gobierno, Aristóteles siguiendo a Herodoto y Platón, plantea una división tripartita, partiendo del criterio cuantitativo del número de los detentadores del poder. Distingue: Monarquía, aristocracias y politeías, designando con éste nombre, al decir de Loewenstein, lo que modernamente se conoce como democracia constitucional. Sin embargo, el propio Aristóteles asume una posición no tan esquemática y reconoce la existencia de formaciones “pervertidas” o degeneradas de estos tipos ideales, como la tiranía, la oligarquía y, finalmente, la oclocracia.

Maquiavelo, por su parte, basándose en lo diseñado por Aristóteles, desarrolla la idea de que en un principado (monarquía) la soberanía radicaba exclusivamente en el detentador del poder, bien por derecho o por fuerza, mientras que la soberanía en una república está distribuida en una mayoría o en una colectividad de personas que constituyen los detentadores del poder.

Por otra parte, Montesquieu, introdujo la trilogía de las funciones estatales o “poderes”, y asimismo, la necesidad, debida a razones ideológicas – advierte Loewenstein – de establecer límites a dichos “poderes” por medio de frenos y contrapesos. Igualmente, adicionó un elemento cualitativo a las formas de gobierno planteadas por Aristóteles: la virtud a la democracia, moderación a la aristocracia y honor a la monarquía. También Montesquieu contrapuso despotismo - ejercicio ilegal, arbitrario y tiránico del poder político a través de un único detentador del poder – a las formas monárquicas y republicanas que quedaban agrupadas bajo el concepto de “Estado constitucional”, vale decir – señala Loewenstein – en versión moderna, Estado de derecho.

Luego el jurista alemán cita al historiador italiano, especialista en historia romana, Guglielmo Ferrero, para quien, el número de detentadores del poder no es esencial; asimismo, éste último señala que el valor de un régimen político no radica en su conformación como monarquía o república, siendo lo realmente decisivo la relación

la prevención y defensa contra el despotismo de la autoridad las cuales se conseguirán por la vinculación recíproca de ellos mediante un sistema de correctivos y de votos”.(Vallejo Moreno, Jairo: **Teoría y práctica de la separación de poderes**. Tesis de Grado para Optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-económicas. Bogotá 1971, p. 18).

sociopsicológica entre los detentadores y los destinatarios del poder. “La nueva dicotomía de Ferrero – señala Loewenstein – distingue entre el gobierno legítimo y el revolucionario. El fenómeno del poder será enfocado a partir de la situación psicológica: ¿teme el gobierno al pueblo, o, por el contrario, el gobierno es temido por el pueblo? El gobierno legítimo se basa en el consentimiento voluntario, sin miedo y fuerza, por parte del pueblo: el gobierno revolucionario está obligado a apoyarse en la opresión por medio de la fuerza, generando por tanto el miedo. La liberación del miedo es la libertad de ser libre; el temor esclaviza tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder...”¹⁴.

Finalmente, Loewenstein advierte una actitud escéptica sobre una clasificación basada en la simple distinción de las instituciones gubernamentales, actitud escéptica que se fortalece con la nueva sociología histórica de Mosca, Pareto, Michels y Max Weber. Para estos – señala el autor alemán – la dirección de cualquier sociedad estatal, independientemente de la institucionalización de su “forma de gobierno”, yace en las manos de una minoría manipuladora constituida por los detentadores del poder, bien los oficiales y legítimos, o los no oficiales e invisibles.

De lo anterior, concluye el profesor citado, que sólo se podrá obtener una útil clasificación de los Estados a través de una investigación comparada de sus estructuras reales de gobierno. Este criterio radica – advierte – en la manera y forma de ser ejercido y controlado el poder político en la sociedad estatal concreta. “La distinción entre la distribución del ejercicio y control del poder político y la concentración del ejercicio del poder, que está libre de control – advierte nuestro autor -, crea el cuadro conceptual para la fundamental dicotomía de los sistemas políticos en constitucionalismo y autocracia. La utilidad de este principio yace en el hecho de que todas las formas de gobierno, tanto del pasado como del presente, pueden ser catalogadas en ambas categorías. Se probará que la distinción entre el constitucionalismo como sistema de distribución del ejercicio del poder, y la autocracia como sistema de concentración del ejercicio del poder, constituye la clave con cuya ayuda cualquier régimen político puede ser ubicado en la categoría que a él le corresponda...”¹⁵.

Es en este punto donde Loewenstein engarza la teoría de las formas de gobierno con la teoría de la división de poderes. El profesor, entonces, hace radicar en la distinción

¹⁴ Loewenstein, Karl: Ob. Cit., p. 46.

¹⁵ Ibidem, p. 50.

entre la distribución del ejercicio y control del poder político y la concentración del ejercicio del poder, para encontrar los sistemas políticos concluyentes como son el constitucionalismo y la autocracia.

Así, el jurista alemán señala: “El Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder. La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a un respectivo control a través de los otros detentadores del poder; como está distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado. Es una verdad de Pero Grullo, que donde dos cabezas tienen que tomar una decisión una sola no podrá prevalecer con su opinión”¹⁶.

Por otra parte, en la autocracia – según el profesor alemán – “existe un solo detentador del poder; éste puede ser una persona (dictador), una asamblea, un comité, una junta o un partido. Dado que no existe ningún detentador del poder independiente de él, el ejercicio del poder no está distribuido, sino concentrado en sus manos. Tampoco se encuentra ningún control efectivo sobre su poder. El monopolio político del único detentador del poder no está sometido a ningún límite constitucional; su poder es absoluto. Este sistema político tiene necesariamente que funcionar en un circuito cerrado del poder, en el cual se excluye la competencia de otras ideologías y de las fuerzas sociales que las propugnan...”¹⁷.

2.2.- CONCEPTO DE DIVISIÓN DE PODERES, TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y TEORÍAS POLITICAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES

La teoría de la división de poderes es, entonces, consustancial al constitucionalismo, de allí la importancia que tiene esta teoría. Lo que se viene en denominar “separación de poderes”, no es sino el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la separación de poderes, aclara Loewenstein. “La separación de poderes – aclara el teórico – no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los

¹⁶ Ibidem, p. 50.

¹⁷ Ibidem, p. 51.

poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa...”¹⁸.

Por otra parte, Maurice Duverger manifiesta que el principio de separación de poderes, es un principio célebre, ya que la estructura de las instituciones políticas de las democracias liberales reposa en el mismo. Agrega que “esta concepción filosófica-jurídica de tres “poderes” que estarían, por naturaleza y por esencia, separados, es discutible. En realidad, esta teoría abstracta constituye una justificación ideológica para un objetivo muy concreto: debilitar a los gobernantes en su conjunto, haciendo que se limiten recíprocamente”^{19 20 21}.

Ahora bien, esta teoría tiene antigua data. Así, se señala que Aristóteles, en Política, habría diseñado lo que modernamente se conoce como “separación de poderes”. El Estagirita – comenta Loewenstein²² – distinguió tres partes o segmentos en las funciones estatales. Así, las “deliberaciones sobre asuntos de interés común”, “la organización de cargos o magistraturas”, y, “la función judicial”. Añade el citado autor alemán, que no se puede dejar de admirar la modernidad del padre de la ciencia política, cuando al principio de esta exposición declara que la diferencia entre las diversas constituciones o, modernamente formas de gobierno, yace en la diferente

¹⁸ Ibidem, pp. 55-56. Al respecto es conveniente citar lo que Raúl Ferrero Rebagliati dice: “El Poder no puede ser uno y trino a la vez. El concepto de un poder soberano que se descompone en tres sin dejar de ser uno, resulta una abstracción metafísica. Lo que sucede es que se ha impuesto la conveniencia de que la voluntad de la nación esté representada por varios órganos, a fin de que estos se limiten y controlen recíprocamente. De esta verdad ha derivado la ficción de que existen varios poderes, cada uno de los cuales detenta un elemento de la soberanía, pese a lo cual esta permanece indivisible”. (Ferrero Rebagliati, Raúl: **Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional**. Lima 1984, Editorial Ausonia. Séptima edición, pp. 307-308).

¹⁹ Duverger, Maurice: **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**. Editorial Ariel. Cuarta edición española, Barcelona 1982, pp. 124-125.

²⁰ Por otra parte, García Pelayo opina: “La constitución norteamericana puede mostrarse como ejemplo clásico de la división de poderes. No hay, sin embargo, ningún precepto consagrado especialmente a tal división, pero esta se encuentra bien patente en varios de ellos...”.(García Pelayo, Manuel: **Derecho Constitucional Comparado**. Manuales de la Revista de Occidente. Sexta edición. Madrid 1961, p. 350).

²¹ Asimismo, Pedro Planas manifiesta: “Como régimen político, el sistema presidencial estadounidense estrenó el principio de separación de poderes, obedeciendo a la poderosa influencia de Montesquieu...”. En: Planas, Pedro: **Regímenes Políticos Contemporáneos**. Fundación Friedrich Ebert. Primera edición. Lima 1997, p. 290.

²² Loewenstein, Karl: Ob. Cit., pp. 56-57.

disposición de esas tres funciones estatales. Sin embargo, la comprensión aristotélica de la diferencia entre estas categorías – continua – no puede equipararse con la exigencia actual de separación de funciones, tal como se ha pretendido de las oraciones citadas en entrecomillados²³.

Luego, lo que originalmente pensó Aristóteles, se perdería en la práctica, para muchos siglos después, con la llegada del constitucionalismo, aparecer como la teoría de la separación de poderes. Loewenstein se pregunta, por qué nació la teoría y la práctica de la separación de funciones y la distribución del poder, convirtiéndose en un hito de la historia política de la humanidad. Al respecto señala: “La idea de la distribución del poder está esencialmente unida a la teoría y práctica de la representación, así como a la técnica gubernamental que se basa en ella. La naturaleza jurídica de la

²³ Norberto Bobbio manifiesta que - Polibio, historiador que vivió en el siglo II a.c. - al explicar su tesis del “gobierno mixto” – “la tesis principal de la teoría polibiana” al decir del justilósofo italiano -, camina paralelamente a la teoría de la separación y equilibrio de poderes.

Polibio al respecto escribe lo siguiente: “Tal es la capacidad que tiene cada una de las partes **(que devienen de la monarquía, de la democracia y de la aristocracia)** para dañarse o cooperar entre sí. Sobre esta base, en todo percance opera adecuadamente la solidaridad entre ellas, hasta el punto de que no cabe encontrar mejor sistema constitucional(...)Y cuando, liberados de las amenazas externas, de nuevo viven felizmente entre los bienes que les deparan sus aciertos, cuando disfrutan de su dicha y rodeados de susurros halagüeños y comodidades empiezan a ser víctimas de la desmesura y la ufanía, según suele suceder, entonces más que nunca cabe ver cómo la constitución halla en sí misma su propio reparo. En el momento en que alguna de las partes comienza a expandirse, a buscar querellas y a dominar por encima de lo debido, ya que, de acuerdo con la argumentación anterior, ninguna es autónoma y cada una puede ver sus propósitos contrarrestados e impedidos por las otras, no se registra expansión ni arrogancia en ninguna de ellas. Todas, efectivamente, se mantienen dentro de los límites existentes, unas al ser su carrera frenada, otras porque antes de empezarla tenían la oposición de la de al lado”.(Polibio: **Historia de Roma**. Alianza Editorial. Madrid 2008, pp. 593-594).

Se debe recordar que Polibio planteaba – en explicación de Bobbio – que el arreglo de las tres formas de gobierno (monarquía, democracia y aristocracia) consiste en que el rey o cónsul es frenado por el pueblo que tiene una adecuada participación en el gobierno, y el pueblo a su vez lo es por el senado. Al representar el rey o cónsul el principio monárquico, el pueblo al democrático y el senado al aristocrático, resulta una nueva forma de gobierno que no coincide con las tres formas corruptas porque es recta. Según Bobbio, Polibio encuentra la razón de la excelencia del gobierno mixto en el mecanismo de control recíproco de los poderes, vale decir, en el principio del “equilibrio”. En relación entonces a la tesis polibiana y a lo que en la época moderna se conoce como separación y equilibrio de poderes, Bobbio concluye: “Aun cuando la teoría del gobierno mixto, que observamos ya bien formada en Polibio, no debe ser confundida con la moderna teoría de la separación y equilibrio de poderes (que será enunciada por Montesquieu en una teoría famosa), es un hecho que ambas caminan paralelamente”. (Bobbio, Norberto: **La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político**. Fondo de Cultura Económica. Séptima reimpresión de la Segunda edición. México 2010, pp. 50-51).

representación es que los representantes, cualquiera que sea la manera de su investidura – reciben por adelantado el encargo de autorización de actuar conjuntamente en nombre de sus representados, y de ligarles por sus decisiones colectivas”²⁴.

La técnica de la representación aparece en el siglo XIV, conjuntamente con la extinción del feudalismo. Loewenstein resalta la importancia de la representación en la teoría de la separación de funciones y la distribución del poder: “Retrospectivamente, aparece claro que la invención o descubrimiento de la técnica de la representación ha sido tan decisiva para el desarrollo político de Occidente y del mundo, como ha sido para el desarrollo técnico de la humanidad la invención del vapor, la electricidad, el motor de explosión o la fuerza atómica. Un gobierno es siempre indispensable para una sociedad estatal organizada. Pero fue la técnica de la representación la que hizo posible la institución del Parlamento como un detentador del poder separado e independiente del gobierno. La independencia de los tribunales fue el complemento lógico de todo un sistema de detentadores del poder independientes entre sí. Sin la introducción del principio de la representación, el poder político hubiese permanecido monolítico indefinidamente, como así ha ocurrido fuera del mundo occidental hasta que finalmente en estos territorios el absolutismo ha sucumbido al tomar contacto con la idea del constitucionalismo liberal”²⁵.

Por otro lado, más allá de lo teórico, existen las circunstancias históricas que contribuyeron también al desarrollo de la teoría de la separación de funciones y la distribución del poder. Es así, que en Inglaterra, el Parlamento representando a los intereses financieros, se erigió en autónomo en contraposición con los intereses de la Corona. “De nuevo – advierte Loewenstein – por razones totalmente determinadas por el ambiente, el Parlamento triunfó finalmente sobre la prerrogativa real en la Revolución puritana y en la Glorious Revolution, elevándose al puesto de detentador central del poder en la nueva sociedad estatal, que quedó así convertida en “constitucional””²⁶.

No obstante lo dicho, debe remarcar la importancia de la teoría política, la de Locke y Montesquieu en la delineación de la teoría de la separación de funciones y la distribución del poder.

²⁴ Loewenstein, Karl: Ob. Cit., pp. 57-58.

²⁵ Ibidem, p. 60.

²⁶ Ibidem, p. 60.

Así, John Locke²⁷, pensador muy influyente tanto en lo que respecta a la Revolución Americana como en la Francesa²⁸, se pregunta de una manera inopinada sobre el por qué el hombre tendería a querer limitar su libertad, la cual goza en su estado de naturaleza. En estos términos plantea la interrogante: “Si en el estado de naturaleza, la libertad de un hombre es tan grande como hemos dicho; si él es señor absoluto de su propia persona y de sus posesiones en igual medida que pueda serlo el más poderoso; y si no es súbdito de nadie, ¿por qué decide mermar su libertad? ¿Por qué renuncia a su imperio y se somete al dominio y control de otro poder?”.

La respuesta que da es sumamente lógica. Así, al estar todos en igualdad de condiciones, y, al no observar la mayor parte de ellos estrictamente la equidad y la justicia “... el disfrute de la propiedad que un hombre tiene en un estado así es sumamente inseguro(...)no sin razón está deseoso de unirse en sociedad con otros ya que están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el carácter el nombre genérico de “propiedad””.

²⁷ Locke, John: **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Alianza editorial. Madrid 1990, p. 133.

²⁸ Resulta importante resaltar algunos aspectos del pensamiento de Locke, para comprender de donde deviene y hacia qué se proyecta. Así, Alfredo Juan Álvarez señala tres principios en Locke que lo acercaría a una posición materialista. Expresa que estos son: 1.No hay ideas innatas. Todo nuestro conocimiento nace de la experiencia y deriva de ella; 2.El “alma”(o razón) del hombre al nacer es una tabula rasa, una hoja limpia, sin escribir; 3.Nada hay en el intelecto que antes no haya estado en las sensaciones, en los sentidos. Alfredo Juan Alvarez al respecto continúa diciéndonos: “La historia de estos principios no se reduce a Locke. Hacia atrás, hay que reconocer el alza de conciencia producido en la inteligenzzia por el Renacimiento, la Reforma y los comienzos de la actividad científica, sobre todo de las matemáticas y la física, ambiente general de siglos que en filosofía puede concretizar Bacon y en otro sentido Ockham, con su proposición de no discutir sobre lo innecesario, lo no absolutamente indispensable. Hacia delante, el panorama se ramifica. Locke cruza el mar, llega a Francia y produce a Condillac, quien a su vez influye en La Mettrie, d’Holbach y Helvetius, los materialistas franceses que son el pedestal donde descansa la enciclopedia y, lugar aparte, Diderot”.(Prólogo de Alfredo Juan Alvarez en: Locke, John: Carta sobre la tolerancia y otros escritos. Editorial Grijalbo S.A.. México 1970, p. 8). Por otra parte, en cuanto específicamente a la influencia de Locke, Carner expresa: “Gozó su doctrina de inmensa influencia. Su huella política está en Montesquieu y en Rousseau, en la Revolución Francesa y, como ya anoté, en la emancipación de las naciones americanas. Y cabrá esperar un renuevo de su influencia mientras la nueva tiranía siga expurgando las bibliotecas de este volumen”.(Carner, José: Prólogo a **Ensayo sobre gobierno civil** de John Locke. Fondo de Cultura Económica. México 1941, p. XX.).

Es entonces, la inseguridad la que lleva al hombre a buscar una alternativa al estado de naturaleza, inseguridad en el disfrute de su propiedad, término englobante de lo que Locke señala como libertades y posesiones.

John Locke advierte que en el estado de naturaleza falta por ejemplo, una “ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma de lo bueno y de lo malo, y como criterio para decidir entre las controversias que surgieran entre los hombres”. Falta también en ese estado de naturaleza “un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres, según la ley establecida”. Asimismo, falta, en tercer lugar, “un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente”²⁹.

Asimismo, añade que en el estado de naturaleza, un hombre posee dos poderes, más allá de la libertad que se tiene para disfrutar los “placeres inocentes”. Así, el primero es “el de hacer todo lo que a él le parezca oportuno para la preservación de sí mismo y de otros, dentro de lo que permite la ley de la naturaleza...”; y, el otro poder es “...el poder de castigar los crímenes cometidos contra esa ley”³⁰.

El primer poder es abandonado por el hombre, por lo que Locke va a denominar, “para regirse por leyes hechas por la sociedad”, explicando lo siguiente: “...en la medida en que la preservación de sí mismo y del resto de esa sociedad lo requiera; y esas leyes de la sociedad limitan en muchas cosas la libertad que el hombre tenía por ley de naturaleza”. De similar manera, el hombre renuncia a su poder de castigar, “para asistir el poder ejecutivo de la sociedad, según la ley de la misma lo requiera; pues al encontrarse ahora en un nuevo Estado, en el cual va a disfrutar de muchas comodidades derivadas del trabajo, de la asistencia y de la asociación de otros que laboran unidos en la misma comunidad, así como de la protección que va a recibir de toda la fuerza generada por dicha comunidad, ha de compartir con los otros algo de su propia libertad en la medida que le corresponda, contribuyendo por sí mismo al bien, a la prosperidad y a la seguridad de la sociedad, según ésta se lo pida; lo cual no es solamente necesario, sino también justo, pues los demás miembros de la sociedad hacen lo mismo”³¹.

²⁹ Ibid., p. 134.

³⁰ Ibid., p. 135.

³¹ Ibid., p. 136.

La preeminencia del poder legislativo dentro del diseño social que auspicia Locke se encuentra en los siguientes pasajes: “Pero aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor...”; seguidamente añade: “Y así, quienquiera que ostente el supremo poder legislativo en un Estado, está obligado a gobernar según lo que dicten las leyes establecidas, promulgadas y conocidas del pueblo, y a resolver los pleitos de acuerdo con dichas leyes, y a emplear la fuerza de la comunidad, exclusivamente, para que esas leyes se ejecuten dentro del país; y si se trata de relaciones con el extranjero, debe impedir o castigar las injurias que vengan de afuera, y proteger a la comunidad contra incursiones e invasiones...”³².

La calidad preeminente del poder legislativo y de la ley quedan también plasmados en el siguiente párrafo: “...la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del poder legislativo. Y la primera y fundamental ley natural que ha de gobernar el poder legislativo mismo, es la preservación de la sociedad y(en la medida en que ello sea compatible con el bien público)la de cada persona que forme parte de ella...”³³. Entonces, poder legislativo y ley se hacen aspectos indisolubles en el diseño planteado.

Ahora bien, desde esta perspectiva “...la autoridad legislativa o suprema no puede atribuirse el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y a decidir cuáles son los derechos de un súbdito, guiándose por leyes promulgadas y establecidas y sirviéndose de jueces autorizados”³⁴.

Añade a lo dicho que en un Estado constituido “sólo puede haber un poder supremo que es el legislativo y al cual todos los demás deben estar subordinados, sucede, sin embargo, que al ser éste un poder fiduciario, con el encargo de actuar únicamente para ciertos fines, el pueblo retiene todavía el supremo poder de disolver o de alterar

³² Ibid., p. 136-137.

³³ Ibid., p.140.

³⁴ Ibid., p. 143.

la legislatura, si considera que la actuación de ésta ha sido contraria a la confianza que se depositó en ella”³⁵.

Finalmente y sobre este punto dice: “...mientras el gobierno subsista, el poder supremo será el legislativo; pues aquél que dicta leyes a otro debe ser necesariamente superior a éste. Y como el poder legislativo no lo es tal sino por el derecho que tiene de hacer leyes para todas las secciones de la sociedad y para cada miembro de ésta, prescribiendo reglas para sus acciones y dando poder de ejecución cuando esas reglas no son respetadas, el poder legislativo ha de ser el supremo; y todos los demás poderes que residan en cualquier parte o miembro de la sociedad, derivan de él y están subordinados a él”³⁶.

Por otro lado, Locke hace referencia a tres poderes: el ejecutivo, el federativo y el legislativo. En cuanto a los primeros mencionados, señala el autor citado que el ejecutivo “se refiere a la ejecución de las leyes municipales de la comunidad, dentro de ella y en referencia a las partes que la componen”, mientras que el segundo “atañe a la seguridad y al interés en asuntos exteriores con respecto a los beneficios o daños que la comunidad pueda recibir desde fuera...”. Como ya se ha mencionado, estos poderes – ejecutivo y federativo – se encuentran subordinados al poder legislativo³⁷.

Por otra parte, en el caso de Montesquieu ³⁸, comienza definiendo la ley: “La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que solo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra”. Seguidamente añade: “Es preciso que las mencionadas leyes se adapten a la naturaleza y al principio del Gobierno establecido, o que se quiera establecer, bien para formarlo, como hacen las leyes políticas, o bien para mantenerlo, como hacen las leyes civiles”.

³⁵ Ibid., p. 154.

³⁶ Ibid., p. 155.

³⁷ Sobre la relación entre poder ejecutivo y legislativo en Locke, Sabine señala: “Todos y cada uno de los detalles de la exposición que hace Locke de las relaciones entre legislativos y ejecutivos reflejan algún aspecto de la controversia entre el rey y el parlamento”. En: Sabine, George H.: *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición. México 2000, p. 410.

³⁸ Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes*. Tomo I. Ediciones Orbis S.A. Buenos Aires 1984, pp. 35.

Más adelante explica el nombre de su libro: "...las leyes tienen relaciones entre sí; con sus orígenes, con el objeto del legislador y con el orden de las cosas sobre las que se legisla(...)Lo que propongo hacer en esta obra es examinar todas estas relaciones que, juntas, forman lo que se llama el espíritu de las leyes. No he separado las leyes políticas de las civiles porque como no trato de las leyes sino de su espíritu, y como este espíritu consiste en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con las distintas cosas, he tenido que seguir el orden de las relaciones y de las cosas, y no el orden natural de las leyes"³⁹.

Asimismo, se tiene una visión mucho más específica sobre la relación entre el tipo de Estado, las leyes y la función de los jueces. Así señala: "En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es su propia regla. En los Estados monárquicos hay una ley que el juez aplica en los casos en que es terminante; en los que no lo es, busca su espíritu. En el Gobierno republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual se pueda interpretar ninguna ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida". Para remarcar lo anterior añade a lo dicho: "En Roma, los jueces fallaban solamente si el acusado era culpable de un delito determinado; la pena se hallaba en la ley, según se ve en varias leyes que se hicieron. Igualmente, en Inglaterra el Jurado decide si el acusado es culpable o no del hecho que se le presenta; si es declarado culpable, el juez impone la pena que la ley señala para aquél hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos"⁴⁰.

Cuando se refiere a la manera en que proceden los jueces dice lo siguiente: "De lo dicho se deducen las diferentes maneras de proceder en los juicios. En las Monarquías, los jueces proceden al modo de árbitros: deliberan juntos, se comunican lo que piensan, se concilian, modifican su parecer para ponerlo de acuerdo con el de otro, y las opiniones más numerosas prevalecen. Esto no es propio de la naturaleza de la República. En Roma y en las ciudades griegas, los jueces no se comunicaban: cada uno daba su dictamen de una de estas tres maneras: absuelvo, condeno, me abstengo. Y es que el pueblo juzgaba o creía juzgar. Pero como el pueblo no es jurisconsulto, todas las modificaciones y toda la moderación de los árbitros no le son propias: hay que presentarle un solo objeto, un hecho único, de manera que no tenga que ver más que si debe condenar, absolver o diferir el juicio"⁴¹.

³⁹ Ibidem, pp. 35-36.

⁴⁰ Ibidem, p. 86.

⁴¹ Ibidem, pp. 86-87.

Es necesario añadir que Montesquieu, comienza por teorizar sobre la división de poderes señalando que cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad – prosigue Montesquieu - si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza del opresor.

Veamos como lo anterior, en sus propias palabras queda reflejado:

“Pero si en un Estado libre el poder legislativo no debe tener derecho a frenar al poder ejecutivo, tiene, sin embargo, el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado. Es la ventaja de este Gobierno sobre el de Creta y el de Lacedemonia, donde los comes y los éforos no daban cuenta de su administración.

“Cualquiera que sea este examen, el cuerpo legislativo no debe tener potestad para juzgar la persona, ni por consiguiente la conducta del que ejecuta. Su persona debe ser sagrada, porque, como es necesaria el Estado para que el cuerpo legislativo no se haga tiránico, en el momento en que sea acusado o juzgado ya no habrá libertad.

(...)

Aunque, en general, el poder judicial no debe estar unido a ninguna parte del legislativo, hay, sin embargo, tres excepciones, basadas en el interés particular del que ha de ser juzgado”⁴².

Asimismo, específicamente en cuanto al poder judicial⁴³ se refiere en estos términos: “De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo. No quedan más que dos que necesiten de un poder regulador para atemperarlos. La parte del cuerpo legislativo compuesta por nobles es muy propia para ello”. Dentro de esta consideración, Montesquieu se refiere así sobre los jueces: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes...”⁴⁴.

⁴² Ibidem, pp. 148-149.

⁴³ Ibidem, pp. 143-144.

⁴⁴ Ibidem, pp. 147 y 149.

Tierno Galván⁴⁵ comentando el pensamiento de Montesquieu, señala: "...bien anclado en las ideas fundamentales de su tiempo, pretendió construir un sistema político que permitiese el progreso de la convivencia y de la concepción del mundo burguesa, eludiendo los peligros del desmesuramiento. Este sistema y teoría de la limitación y el equilibrio constituye el espíritu de las leyes y donde más posibilidades tienen de elaboración y determinación es en el orden de las leyes cumplidas coactivamente por todos y dictadas según la razón y la voluntad humanas en el ámbito de una comunidad".

Este último autor continúa diciéndonos que: "El equilibrio de las leyes políticas es un aspecto del equilibrio general que se observa en todo lo humano; como Montesquieu dice: "muchas cosas son las que gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, los principios generales del Gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los usos. De todo ello nace el "espíritu general" de un pueblo..."⁴⁶.

Tierno Galván señala que Montesquieu se pregunta: ¿cuál es el esquema modelo del equilibrio político?. El profesor español, manifiesta que el autor de *El Espíritu de las Leyes* responde que la división de poderes tomando como ejemplo el funcionamiento del Gobierno en Inglaterra. Comenta Tierno Galván: "De profundo y permanente el esquema de Montesquieu sobre la división de poderes tiene la idea central de que la libertad individual no existe con suficientes garantías y condiciones fijas si un poder absorbe las funciones de otro. La demostración que se hace de este hecho en el libro y capítulos citados es tan acertada que forma un resumen del derecho constitucional(...)En una sociedad políticamente organizada el principio, la independencia, tiene que someterse al resultado de las leyes, la libertad. El paso de la sociedad natural a la sociedad política – de la guerra a la paz- es el paso de la independencia a la libertad"⁴⁷.

⁴⁵ Tierno Galván, Enrique: **Prólogo** en: Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes*. Tomo I. Ediciones Orbis S.A. Buenos Aires 1984, pp. 17-18.

⁴⁶ Ibidem, p. 17.

⁴⁷ Ibidem, p. 18. Herrera Paulsen señala: "Montesquieu tiene, pues, una concepción flexible, relativista de la separación de poderes expresada, lógicamente, en una determinada organización de los Poderes públicos que se secundan y limitan recíprocamente en una palabra que colaboran". En: Herrera Paulsen, Darío: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición. Lima 1987, p.366.

Por otra parte, Vallet de Goytisolo⁴⁸ hace la precisión que la expresión “separación o división de poderes” no se halla en texto alguno de *El Espíritu de las Leyes*, “únicamente en el párrafo quinto es empleado el verbo “separar” en forma negativa, al decir: “Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutive””. El profesor español citado agrega que Barckhausen juzga que la expresión “admitida y brutal de separación de poderes exagera, traiciona su pensamiento. Sería mejor y más exacto decir la no-confusión: pues era esta lo que verdaderamente le preocupaba”. Vallet señala que Montesquieu no tuvo sobre ella una idea rígida “ni estableció entre los poderes barreras infranqueables, sino mamparas ampliamente abiertas durante el día”.

Ahora bien, en cuanto a lo que significa el equilibrio y la distribución de los poderes – más allá de la precisión anterior – Vallet citando a Vlachos – señala que en sus verdaderas dimensiones sociológicas e históricamente determinadas no solamente no excluye de modo alguno la unidad del poder político en el Estado, sino, por el contrario, siempre y cuando se llenen todas las condiciones objetivas requeridas a ese fin, contribuye a hacer esta realidad más real y efectiva, especialmente en la medida en que tiene por consecuencia aproximar unos a otros los factores sociopolíticos que integran la vida de cada nación. No supone – siguiendo a Vlachos – una sociedad política artificial, compuesta de tres entidades distintas (legislativa, ejecutiva, judicial), sino diversos elementos o fuerzas reales, sociológica e históricamente imbricadas en el seno de un todo unitario – Estado o nación-, que regulan sus intereses, comunes o separados, conforme a un postulado de derecho⁴⁹.

2.3.- ¿LA DIVISIÓN DE PODERES O SEPARACIÓN DE FUNCIONES ES SÓLO UN MITO DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DIECIOCHESCO?

Algunos años atrás, Domingo García Belaunde⁵⁰ hizo algunas precisiones en torno a la separación de funciones o de poderes. Así, en primer lugar, precisaba que desde hace muchos años la doctrina no habla de poderes sino de funciones del Estado. “No tiene sentido – expresaba – en consecuencia afirmar que existen poderes ni que exista

⁴⁸ Vallet de Goytisolo, Juan: *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*. Civitas. Madrid 1986, p.369.

⁴⁹ Ibid, p. 397.

⁵⁰ García Belaunde, Domingo: *Constitución y Política*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Serie Estudios 2. Imprenta SESATOR. Lima 1982, p.121-122.

alguno que sea primero o segundo, sino simplemente funciones, ya que el Poder – al igual que Dios – es uno y trino a la vez. Que la dogmática de los textos constitucionales utilice la palabra “poder” por comodidad, conveniencia o costumbre, es algo distinto, pero no se puede sobre esta base sentar toda una doctrina”. Agrega que: “Más bien, es más adecuado hablar de cuál de las funciones del estado(o si se quiere cuál de los poderes) es el que tiene mayor representatividad, mayor capacidad de decisión o mayor peso en la marcha del Estado. Y esto sí que es interesante, porque todo ello dependerá del sistema de gobierno que adoptemos, sea el sistema presidencial que tenemos por tradición, por historia y por costumbre o sea el sistema parlamentario de gobierno que tienen algunos países europeos”. Nótese, al respecto – con cargo a ser parte de lo desarrollado después – cómo García Belaunde plantea que la función o poder del Estado será más representativo, en tanto el sistema de gobierno que se trate, lo que finalmente determina lo primero.

Sin embargo, en segundo lugar, afirmaba algo también sumamente interesante, en cuanto que como un hecho admitido en la doctrina, no existía separación de funciones ni separación de “poderes”, “sino que esto de la separación que daría origen a esta fórmula, no es más que un mito que heredamos del constitucionalismo liberal dieciochesco”⁵¹.

Lo anteriormente afirmado, no dejaría de tener razón. Claro está, que cuando se habla de la autonomía de cada órgano del Estado, como el Legislativo en relación al Ejecutivo, vemos que cuando este último es dominado por un partido, casi siempre ésta misma agrupación domina al primero, imprimiendo el mismo contenido ideológico a ambos órganos y por tanto dándole un mismo sentido a las políticas implementadas. Esto ha sido advertido de manera constante por los científicos políticos.

⁵¹ Ibid., p. 122. De manera similar opina León Duguit, señalando que tomar a la separación de poderes como principio es “una singular ilusión”. Explica: “Reducida a sus elementos más sencillos, la teoría de la separación de poderes consiste en crear en el Estado varios órganos distintos, sin relación alguna entre ellos, sin ninguna acción recíproca, y en confiar a cada uno categorías de funciones determinadas que cumple sin el concurso de los otros. Para muchos bien intencionados, la separación de poderes es la condición esencial de cualquier gobierno ponderado, el principio mismo de cualquier régimen representativo basado en la soberanía popular, la garantía necesaria y común de los intereses colectivos y de los derechos individuales; es, en definitiva, el ideal político que los pueblos y legisladores deben perseguir sin tregua”. Concluye diciendo: “En teoría, esta separación absoluta de poderes no puede concebirse. El cumplimiento de cualquier función del Estado se traduce siempre en el dictado de una orden o en la adopción de un acuerdo, es decir, en un acto de voluntad, en una manifestación de su personalidad. Implica, pues, el concurso de todos los órganos que constituyen la persona Estado. Lo que es verdad teóricamente lo es también de hecho”.(Duguit, León: **La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1996, p.3).

Pero, asimismo, lo discutible de la separación de funciones se puede advertir también en la época contemporánea, cuando en lo que respecta a la función de legislar no sólo le atañe al Poder Legislativo sino también a los otros dos Poderes del Estado. Así lo deja en claro el profesor Marcial Rubio Correa⁵², cuando pone como ejemplo el hecho de que simplistamente a cada órgano o poder del Estado le correspondería la potestad homónima, es decir, al Órgano Legislativo, la función legislativa (aprueba la legislación); al Órgano Ejecutivo, la función ejecutiva (dirige política y administrativamente al país); y, finalmente, al Órgano Judicial, la función jurisdiccional (administra justicia a nombre del Estado). Rubio señala que no obstante lo anterior, ya que los diversos órganos del Estado cumplen a la vez dos o más de las funciones estatales. Así, “el órgano Legislativo, por ejemplo, tiene como función principal la legislativa, pero en adición tiene otras administrativas (todo lo relativo a su personal interno, por ejemplo) y aún funciones jurisdiccionales en materia constitucional o de juicio político a los gobernantes”. De similar modo, “el órgano Ejecutivo, en adición a la Función ejecutiva, tiene también funciones normativas generales...”. E “igual ocurre con el Poder Judicial que en adición a las funciones jurisdiccionales que realiza, tiene otras de carácter administrativo (manejo de sus propios empleados públicos) o de carácter normativo general...”⁵³.

No obstante lo dicho, el Tribunal Constitucional del Perú tiene - como anota el propio Marcial Rubio - una aproximación clásica al tema de la separación de poderes^{54 55}.

⁵² Rubio Correa, Marcial: **El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1984. Lima, pp. 127 - 130.

⁵³ Al respecto Rubio y Bernales opinan: “...la tendencia actual en las mismas democracias occidentales que adhieren en sustancia a las teorías del constitucionalismo clásico, es el de introducir modificaciones al rígido esquema de la división, acentuando los elementos de la colaboración y la interrelación entre los órganos del Estado. Se elimina de esta forma los riesgos del aislamiento y del comportamiento como poderes autónomos, para dar paso a una funcionalidad que asegura la unidad y la eficacia de la acción del gobierno...”. En: Rubio, Marcial y Bernales, Enrique: **Constitución y Sociedad Política**. Mesa Redonda Editores. Segunda Edición. Lima 1983, p. 310.

⁵⁴ Rubio Correa se refiere así a la disposición sobre la separación de funciones y distribución del poder en la Constitución de 1993: “(Legislativo, Ejecutivo y Judicial) Constituyen la trilogía clásica de la teoría de separación de los poderes y, ya desde el propio Montesquieu, se estableció una diferencia entre ellos: los poderes políticos por función y composición, que son el Legislativo y el Ejecutivo, y el poder político por función pero técnico por composición, que es el Judicial”. En: Rubio Correa, Marcial: **Estudio de la Constitución Política de 1993**. Tomo 4. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1999. p. 12

Así, en la sentencia emitida por el Tribunal en el expediente 0023-2003- AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos del Decreto Ley 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar; del Decreto Ley 23214, Código de Justicia Militar; de la Ley 27860, del Ministerio de Defensa se señaló: “4. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, tiene por esencia, evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconoce los derechos y las libertades fundamentales...”.

Asimismo, el Tribunal ha resaltado la importancia que reviste la separación de poderes, en la sentencia emitida en el mismo Expediente antes dicho: “5. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura”.

Debemos al respecto resaltar que – como aprecia Peter Haberle – el principio de la división de poderes es tanto “texto clásico” desde Montesquieu como también principio constitutivo en la triada del Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, del tipo del “Estado constitucional”, y viene a ser derecho constitucional positivo en todos los ejemplos y variantes nacionales⁵⁶. De manera que – siguiendo a Haberle - puede discutirse

⁵⁵ Rubio Correa, Marcial: *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial. Lima 2006, pp. 64 y ss.

⁵⁶ Haberle, Peter: *El Estado Constitucional*. Universidad Autónoma de México – Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003, p. 203. Además Haberle señala: “...la división de poderes es un principio relativamente abierto, con constantes y variantes. Mientras que el peligro del abuso de poder permanece constante, porque el ser humano y el ciudadano al que se refiere el Estado constitucional sigue siendo quizá “el mismo” en todas las épocas y todos los espacios(en sus fortalezas y debilidades), varían las manifestaciones particulares de la división de poderes entre épocas y países. En este sentido hay que distinguir entre división de poderes en sentido estricto y en sentido amplio. La división de poderes en sentido estricto significa la división de los poderes estatales; en sentido amplio se refiere además a todo el ámbito social. Así, por ejemplo, en Alemania se habla de una “división de los poderes comunicativa” entre la prensa privada y la radio y la televisión públicas; por ejemplo, también hay que respetar un equilibrio de poderes entre las partes en las

mucho sobre el principio de la división de poderes – en los términos que se ha visto anteriormente – pero lo que si es seguro es su presencia ineludible.

Lo anterior es tanto así que el propio Haberle señala: “Las necesidades de otros países en relación con la división de poderes pueden ser distintas. Lo que importa es solamente que se impida de manera efectiva el abuso de poder. En conjunto, la división de poderes se muestra como pieza central de todo Estado constitucional. Se trata de una de las más felices “invenciones” de la historia del espíritu y la cultura...”, concluyendo que “quizá podría hablarse incluso de un “derecho fundamental a la división de poderes”⁵⁷.

De suerte que, entonces, el principio de la división de poderes es un elemento fundamental, indispensable en el contexto de un Estado constitucional, pieza de ineludible presencia, dotándola Haberle de la posibilidad de ser la representación del impedimento del abuso de poder, el mecanismo que impide dicho abuso, en beneficio o garantía de los derechos fundamentales.

3.- PODER JUDICIAL, ESTADO LEGAL DEL DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

3.1.- ESTADO LEGAL DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

En la sociedad actual, existe una idea básica, que es admitir que la democracia es – en palabras de García de Enterría⁵⁸ – “nuestro destino”. Así, el autor citado señala el recorrido que hasta hoy ha hecho la democracia: “La idea democrática ha sido en Occidente una creación de las dos grandes revoluciones de fines del siglo XVIII, la

negociaciones colectivas laborales (sindicatos y asociaciones de empresarios). “(p. 204). Igualmente, Haberle distingue entre la división “horizontal” de poderes y la “vertical”. Así: “La división *horizontal* de poderes se refiere, de manera clásica, a los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; referida a los órganos alude al parlamento, el gobierno y la administración y los tribunales(...) En el ámbito estatal debe distinguirse la división de poderes *vertical* respecto de la horizontal. En el estado federal corresponde aquélla a la división de poderes entre la Federación y las entidades federativas...” (pp. 204-205).

⁵⁷ Ibidem, p.208.

⁵⁸ García de Enterría, Eduardo: *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos Estudios*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1997, pp. 24-25.

americana y la francesa.(...)Estos enfrentamientos se prolongaron durante veinticinco años(los últimos quince, contra Napoleón, autócrata él mismo, pero genuino servidor de dos de los grandes componentes del corpus revolucionario, la igualdad y el destacamiento de la Ley como la pieza central de la ordenación social)".

Es así, entonces, como asumir la democracia, será también privilegiar estos dos últimos componentes mencionados. Y, también interesarnos por la democracia, constituye preocuparnos por las bases ideológicas de la misma, las que – al decir del mismo García de Enterría – se encuentran en los siglos XVII y XVIII, con los grandes ilustrados.

Así, John Locke⁵⁹, inspirador de la Revolución en América, pero igualmente con un grado de influencia en la Francesa, establece la preeminencia del Poder legislativo y de la ley. Asimismo, Montesquieu esboza la importancia de la ley y la sujeción a ésta por parte del juez, precisando – como se ha podido ver anteriormente - que los magistrados en un gobierno republicano “siguen la letra de la ley”.

También es necesario tomar en cuenta lo que manifiesta Rousseau y la asignación de función que le otorga a la ley: “Se necesitan pues, convenciones y leyes que unan y relacionen los derechos y los deberes y encaminen la justicia hacia sus propios fines. En el estado natural en que todo es común, el hombre nada debe a quienes nada han prometido, ni reconoce como perteneciente a los demás más que aquello que le es inútil. No resulta así en el estado civil, en el cual todos los derechos están determinados por la ley”⁶⁰. Ahora bien, en cuanto a Rousseau, García de Enterría reseña que lo que propone no es el jussum de cualquier imperante; es la decisión del pueblo sobre todo el pueblo, obra de lo que Rousseau llamará, con un término que hará gran fortuna, la “voluntad general”, que ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales. En propias palabras de Rousseau – citadas por el profesor español – “la Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto”. De esto, se tendrán “consecuencias deslumbradoras que todas la Leyes serán Leyes de libertad, que desaparezcan para siempre las Leyes opresoras e injustas”^{61 62}.

⁵⁹ Locke, John: **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Alianza editorial. Madrid 1990, p. 154.

⁶⁰ Rousseau, Juan Jacobo: **El Contrato Social**. Editorial Sarpe. Madrid 1985, p. 74.

⁶¹ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., pp. 29-30.

⁶² En otro trabajo García de Enterría señala: “La concepción rousseauiana creía salvar con el dogma de la generalidad de la ley hecha por todos los ciudadanos nada

Como comentario general de este rápido recuento hecho sobre las principales ideas de los ideólogos de la época en mención, y, como consecuencia de lo vertido es que finalmente se creó alrededor de la ley una mística, es decir, se le asignó un carácter central que permitiera expresar la racionalidad propia de los teóricos de la Revolución. Así, en palabras de García de Enterría, “la idea de que no hay libertad sin Ley es, así, central”⁶³. Se señala, asimismo, que como primera expresión de esa centralidad de la ley, de esa racionalidad asignada, racionalidad que va a ser complementada por una generalidad y abstracción presentes en la ley, se tiene a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Y seguidamente este mismo autor citado añade: “De este modo, a través de esta movilización resuelta de la legislación toda la vida quedó sometida a una regulación cerrada y sistemática, capaz de ofrecer respuesta, al menos en principio, a todos los casos que puedan plantearse en las relaciones colectivas, salvo aquellos que, al no ser objeto de previsiones legislativas, quedan entregados al libre desenvolvimiento o a los pactos, regidos por el principio de la autonomía de la voluntad”⁶⁴. Si hay algo que privilegiaban los revolucionarios franceses, frente a lo arbitrario del poder absoluto en ese entonces es la racionalidad. La razón, por tanto, debía establecerse en la ley, como objetivamente predispuesta, alejada de los particularismos y subjetivismos.

Si bien, lo anterior indica ideológicamente, cuáles son las bases para que sean la ley y el legislador lo más importante y central en lo jurídico, y asimismo, sobre lo que gira el Estado de Derecho, éste concepto como tal, hará su aparición recién en el siglo XIX, es decir, se alude a un Estado que regula la conducta de los gobernantes y gobernados, en relación y sujeción estricta a lo que dicta la ley, y, como consecuencia de ella la labor del juez se va a ver determinada, en expresión muy ejemplificadora por Montesquieu, como la “boca de la ley”⁶⁵.

menos que la alineación del hombre en la sociedad. Esta esperanza utópica está totalmente quemada por la sociedad de nuestro tiempo. La Ley ha pasado a ser en nuestras complejas estructuras sociales un simple medio técnico de la organización colectiva. Es esta la significación que se da al concepto de legalidad en una construcción técnica apurada como la Sociología de Max Weber, de modo que la ley puede no sólo no hacer ninguna referencia a la justicia...sino mucho más, puede incluso convertirse en un modo de organización de lo antijurídico, en un modo de perversión del ordenamiento...”. García de Enterría, Eduardo: **Democracia, Ley e inmunidades del poder**. Editorial Palestra. Lima 2004, p.94.

⁶³ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., Madrid 1997, p. 33.

⁶⁴ Ibidem pp. 35-36.

⁶⁵ Comentando esta frase López Guerra expresa: “La justificación clásica del poder del juez, justificación que aún sigue representando el núcleo central de la legitimación del

Ahora bien, como manifiesta Zagrebelsky, la expresión “Estado de Derecho”, es una de las expresiones más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea, pero que, sin embargo, contiene una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El autor citado señala que el Estado de Derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor – añade Zagrebelsky – es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección – especifica el autor – es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machstaat y del Polizeistaat⁶⁶. El autor citado nos habla de un Estado liberal del derecho, el cual nos remite a la primacía de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. Para Zagrebelsky, el Estado liberal del derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. Lo anterior, el autor citado lo explica señalando que el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento. La primacía de la ley señalaba así – en palabras de Zagrebelsky – la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régime. El Estado de derecho – nos explica – y el principio de legalidad, suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes de derecho.

Otro de los aspectos relacionados con el Estado de derecho y, particularmente, con el principio de legalidad, es que este principio, en el plano de la organización jurídica del Estado, traducía en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces,

juez en el Estado democrático, es la que deriva de la exposición realizada por Montesquieu en 1748: “Los jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. Esta fórmula supone identificar la legitimidad del juez con la legitimidad de la misma ley, y es aplicable, por tanto, a la justificación del juez, en cualquier régimen. En el régimen democrático, la legitimación del juez residirá, simplemente, en que aplica la ley democrática. Se trata, pues, (frente a la legitimación democrática “de origen” legislativo y ejecutivo) de una legitimación democrática “de ejercicio”. López Guerra, Luís: *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Palestra Editores. Lima 2001, p.44.

⁶⁶ Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid 1997, p. 21.

que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley – expresa Zagrebelsky a quien seguimos aquí mayormente -⁶⁷.

Así, en relación a lo jurisdiccional, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier función de contrapeso activo, del tipo de la desarrollada en el Antiguo Régimen por los grandes cuerpos judiciales, explica Zagrebelsky.

Es cierto que, la aparición del Estado de Derecho - en el sentido prefigurado anteriormente – significó un paso trascendental en el respeto de los gobernantes hacia los gobernados. Así, teniendo en cuenta mis derechos pre –establecidos en la ley, entonces, los gobernados sabían a qué atenerse en cuanto pedir el respeto de los mismos a los gobernantes. Sin embargo, también significó el identificar derecho con ley, así como elevar al legislador, como el sujeto principal en un Estado ⁶⁸.

El identificar derecho con ley, el identificar norma con ley, va a traer como consecuencia lo que hoy se denomina positivismo jurídico o legalista. Este va a tener una gran objeción, cuando se le enfrenta al valor justicia, sin el cual el Derecho es inconcebible⁶⁹. Así, como anota García de Enterría, no es cierto que en ningún caso sea posible aplicar la ley sin interpretarla y esta interpretación no puede reducirse a un problema mecánico de subsunción del enunciado general de la norma al caso concreto; por el contrario – señala el autor español -, en toda interpretación se reproduce necesariamente el proceso valorativo material que concluyó en la Ley, deben por fuerza manejarse los valores que articulan y animan la estructura de las instituciones, las cuales menos máquinas frías y automáticas, y, además, está entre sí enhebradas de forma que solo los respectivos principios institucionales revelan, concluye García de Enterría⁷⁰.

⁶⁷ Zagrebelsky, Gustavo: Ob. Cit., p.30 y ss.

⁶⁸ Lorenzetti expone los aspectos que conlleva el Estado de derecho: “Podemos identificar los siguientes aspectos:

- La construcción de una esfera de la individualidad personal frente al poder estatal.
- Los derechos humanos como acuerdo previo a la constitución del Estado.
- La descentralización del poder mediante acciones participativas de la sociedad civil”.

(Lorenzetti, Ricardo Luis: **Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho**. Rubinzal-Culzoni Editores. Primera reimpresión de la Primera edición. Santa Fe 2008, p.412).

⁶⁹ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., Madrid 1997, p. 45.

⁷⁰ Ibidem, p. 45. Una visión sobre el sistema legalista en nuestro país nos la da Raúl Mendoza: “El sistema legalista tiene también influencia en la corrupción. El juez debe

Pero, la desestructuración de lo que se denomina positivismo jurídico, viene de la ocurrencia de dos hechos importantes⁷¹. Así, en primer término, se menciona a la consagración jurisprudencial de la técnica de los principios generales del derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de la ley, sino como elemento informador del ordenamiento jurídico en bloque; por otro lado, asimismo, se tiene como hecho trascendente a la instauración de la justicia constitucional en Europa en la segunda postguerra europea, luego de un intento fallido, de la primera postguerra.

Desde el momento en que ha quedado claro – concluye García de Enterría - que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica, lo cual ha restituido a los jueces su papel esencial de asegurar, la efectividad del orden jurídico como instrumentos cualificados e imprescindibles de éste.

Similar análisis realiza Juan Morales Godo⁷², para quien la división de funciones que bosquejaron tanto Locke como Montesquieu, para garantizar el ejercicio democrático del poder, se han convertido en la estructura básica de todo sistema democrático hasta la actualidad.

Sin embargo – continua diciendo el profesor peruano - , la preponderancia de algunas de las funciones ha variado con el transcurrir de los tiempos. En efecto – aclara -, se le asignó un papel preponderante a la función legislativa, porque era la encargada de dictar las leyes, y sobre ella descansaba la racionalidad del sistema. Tanto la administración – añade Morales Godo – como la función jurisdiccional debían aplicar las leyes, sin tener mayores posibilidades de discrecionalidad en la interpretación, a no ser el tenor literal de la norma. El juez – continúa señalando -, en el Estado democrático liberal primigenio, se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, durante un

decir lo que dice la ley y no más, se desconfía de él. De esta manera toda su racionalidad se restringe a las causas individuales, pues no hay interconexión entre las diversas decisiones judiciales y por tanto una política de sentencias. Se llega así a dejar de lado el sentido general de la función judicial. La información de carácter global es descartada, siendo desplazada por el sistema de normas. De la razón judicial sólo se beneficia el litigante en la causa concreta y no todos los justiciables y menos aún el mundo del Derecho. Tal razón jurídica muere en cada juicio. Nadie revisa las causas y, por tanto, cualquier irregularidad o ilicitud se pierde con el expediente bajo los anaqueles del archivo judicial”. Mendoza Cánepa, Raúl: **Independencia judicial: el juez ¿un modelo para armar?**. Comisión Andina de Juristas. Lima 2005, pp. 70- 71.

⁷¹ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., Madrid 1997, pp. 46 y ss.

⁷² Morales Godo, Juan: **“Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú”** en: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009, p.129.

buen tiempo, al gran desarrollo de la corriente positivista en el campo del Derecho y al método de interpretación exegético.

Concluye diciendo: “Se genera el denominado estado de derecho, que no viene a ser sino el sometimiento de los hombres al Derecho, y el Derecho eran las leyes. Sin embargo, el Estado de derecho tradicional se convirtió en una formalidad, de tal manera que los legisladores le otorgaban los contenidos más diversos y, en algunos casos, arbitrarios, sin respeto alguno por la norma suprema, la Constitución Política”⁷³.

Ahora bien, como consecuencia del estado de cosas descrito anteriormente tenemos un modelo de juez determinado. Como estupendamente ha señalado al respecto Gorki Gonzáles Mantilla⁷⁴, tenemos que “el juez que surge de esta lógica es un sujeto dependiente, en sus facultades, a la voluntad del legislador a través de la aplicación de la ley. En una versión metafórica, pero no distante de la realidad, este tipo de juez ha sido representado como “la boca de la ley”. Este modelo de juez fue puesto en relieve por la influencia iluminista, que tiene en Montesquieu a uno de sus principales inspiradores, debido principalmente a la interpretación de sus postulados, antes quizás que a sus propias convicciones”.

Seguidamente Gorki Gonzáles señala que “a la función judicial, en este “orden”, le está encomendada la labor de “decidir” con arreglo al derecho, a la ley, es decir, al Código. Conforme a ello el ordenamiento jurídico, expresión de ésta, se presenta como pleno y coherente. En esa dirección, la posición del juez está igualmente reflejada en el tipo de razonamiento que le es atribuido. El juez sólo puede aplicar la ley porque ella es expresión de la soberanía, y no requiere interpretar su sentido más allá de lo que ella dice. Por esta razón, la función de juzgar se describe como un poder “nulo””.

Asimismo, el profesor peruano añade a lo dicho que “la actividad interpretativa del juez, conforme a la exégesis, se describe como un procedimiento limitado por intereses predefinidos. Conforme a ello, la regla jurídica era obtenida a través de un ejercicio pre-ordenado exclusivamente por las exigencias formales del derecho. De este modo, el caso concreto tenía poca significación, pues una vez obtenida la regla, vía la interpretación de la norma (como realidad ex ante), su aplicación se reducía al mecanismo lógico de subsunción, que absorbía todo el problema materia del caso. A la

⁷³ Ibidem, p. 129.

⁷⁴ Gonzáles Mantilla, Gorki: **Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica**. Palestra – Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009, pp. 56 y ss.

función judicial, en este “orden” le estaba encomendada la labor de “decidir” con arreglo al derecho, a la ley, es decir, al Código, para satisfacer la eficacia del legislador, explicitando el sentido de sus fórmulas y moldeando, según sus trazos, la realidad involucrada en el caso. Y frente al escenario difícil representado por las lagunas – o supuestos sin legislar -, al juez no le quedaría sino recurrir a los principios generales del derecho o al uso de la analogía, ambos entendidos como mecanismos de “auto-integración”, en pos de salvaguardar, aparentemente, su propio derecho de actuación”⁷⁵.

El autor citado concluye sobre el particular diciendo: “Más específicamente, la función judicial, en dicha racionalidad, partía de suponer que las leyes incorporaban un significado normativo unívoco – ya preconstituido- a la actividad de conceptualización y aplicación realizada por los operadores del derecho; por lo tanto, en esta perspectiva la actividad interpretativa – incluida la judicial - es considerada conocimiento, pero en modo alguno producción de normas. La concepción política, en la base de esta perspectiva, proveniente – como ya se dijo – de la teoría de la separación de poderes, afirma que la creación del derecho es una actividad con contenido discrecional, inherente por ello al órgano político(legislativo), mientras que la aplicación del derecho es solamente una actividad técnica”⁷⁶.

⁷⁵ Ibidem, p. 57.

⁷⁶ Ibidem, p. 58. El propio Gorki Gonzáles Mantilla ahonda en la relación entre Estado legal del Derecho y modelo del juez: “El sometimiento del juez a la ley y al legislativo permite la configuración de un tipo de función jurisdiccional de estrechos lazos con el desempeño de un servicio público, y de rasgos esencialmente técnicos, como característicos de su actividad. Es posible admitir que este tipo de judicatura hace referencia a un cuerpo – o “totalidad”, en los términos de Max Weber – de funcionarios individuales que: i) se deben sólo a los deberes objetivos de su cargo; ii) están en jerarquía administrativa rigurosa; iii) tienen competencias rigurosamente fijadas; iv) son elegidos según una calificación profesional lo más racional posible, por medio de pruebas o estudios que certifiquen su calificación; v) son retribuidos con sueldos fijos, con derecho a pensión, son revocables, su retribución está graduada primeramente en relación con el rango jerárquico; vi) ejercen el cargo como su única principal profesión; vii) tienen ante sí una carrera o perspectiva de ascensos y avances por años de ejercicio, o por servicios o por ambas cosas, según criterio de sus superiores; viii) están sometidos a una rigurosa disciplina y vigilancia administrativa”. Y añade: “El tipo de juez que resulta de esta forma de carrera judicial, está sometido inevitablemente a los poderes reales del Estado(Ejecutivo-Legislativo), porque forma parte de una estructura jerarquizada y porque su función está limitada a la simple declaración del derecho – formulado por el Legislativo -, sin posibilidad de contribuir a la labor de crearlo. Este tipo de organización judicial, conocida como “burocrática”, se remonta en sus orígenes – como se ha explicado – a la idea de la separación de poderes y a la forma que ésta asumió luego de la Revolución francesa. En este sentido, se trata de una tipología que toma distancia de la influencia iluminista de Montesquieu quien, coherente con la neutralización política del magistrado, no era partidario de su constitución como

3.2.- ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

El Estado Constitucional es para algunos una versión mejorada del Estado de Derecho, admitiendo que éste último término, es bastante elástico y comprensivo, como se vio en líneas anteriores, es decir, dentro del término Estado de Derecho – en esta perspectiva – no sólo se podría encuadrar al llamado Estado liberal del derecho, sino también al Estado constitucional del derecho.

Ahora bien, el Estado Constitucional, es aquella perspectiva en la que el poder se encuentra sometido a la Constitución, instrumento que se encuentra más allá del manejo que pudieran hacer no sólo los gobernantes de turno, sino además los grupos de poder dominante. El poder, en suma, ya no se encuentra sólo sometido a la ley, como pudiera pensarse lo estuvo en el Estado de Derecho originario y liberal, sino que es la máxima norma la que lo somete y con ello, también auspicia el cuestionamiento del positivismo del siglo XIX, así como lo que se denomina principio de legalidad.

Se debe dejar en claro que el Estado Constitucional es producto de una perspectiva mayor llamada neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, también – en algunas oportunidades – constitucionalismo a secas. El neoconstitucionalismo tiene tres acepciones principales⁷⁷. Así, en primer lugar, se señala que el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Por último, el constitucionalismo cabe entenderlo, como la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

Prieto Sanchís nos dice que el neoconstitucionalismo, en su primera acepción, hace que converjan dos tradiciones constitucionales que con frecuencia están separadas. Así, la primera tradición es aquella que concibe a la Constitución como regla de juego

estamento. Antes bien, el carácter de la administración estatal marca su identidad y el de sus actores, es decir, los jueces”.(Ob. Cit, p. 67).

⁷⁷ Prieto Sanchís, Luís: ***Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial***. Editorial Palestra. Primera reimpresión de la primera edición. Lima 2007, p. 109.

de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permita asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico.

La segunda tradición, es aquella que concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Aclara Prieto Sanchís, que en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle la futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc.

Por su parte, Haberle manifiesta sobre el Estado constitucional lo siguiente: “El estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia;...”⁷⁸.

3.3.-NEOCONSTITUCIONALISMO, PODER JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En resumen, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones mencionadas: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. En pocas palabras – concluye Prieto Sanchís -, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la

⁷⁸ Haberle, Peter: Ob. Cit., p. 3

mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces⁷⁹.

Desde la perspectiva del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, el autor español lo resume así: "...la exigencia de renovación es más profunda de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas⁸⁰.

Asimismo, Zagrebelsky⁸¹ se refiere al Estado Constitucional, como una fórmula: "La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa(a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho".

⁷⁹ Prieto Sanchís, Luis: Ob. Cit., p. 115.

⁸⁰ Ibidem, p. 121.

⁸¹ Zagrebelsky, Gustavo: Ob. Cit., p.34.

De lo dicho hasta aquí, entonces, podemos extraer diversas consideraciones sobre lo que significa el constitucionalismo y desde esta perspectiva el Estado Constitucional resultante y la función que dentro de este modelo le toca cumplir al juzgador.

Así, tenemos en primer lugar, que si bien estamos frente a un modelo de Estado, denominado Constitucional, es decir, aquel donde tiene una predominancia la Constitución y, dentro de ella, lo que corresponde a los derechos fundamentales y a los valores, también es cierto que con este modelo se apunta hacia una concepción del derecho distinta – aspecto en el cual coinciden Zagrebelsky y Prieto Sanchís -⁸².

Esta concepción innovadora del derecho o teoría del derecho distinta, tiene como líneas directrices lo que tan magníficamente el autor español último citado resume, como por ejemplo, el hecho que se tenga en cuenta más principios que reglas; una mayor ponderación que subsunción del hecho en la ley; una omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; una omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Se pueden así ir desgajando algunos puntos. Lo anterior a su vez, trae como consecuencia que la Constitución se muestre como lo preeminente por sobre la ley, y, como consecuencia de esto sean los derechos fundamentales y los valores

⁸² Manuel Atienza refiriéndose a los déficit mostrados por las diversas concepciones del derecho señala: “Me parece que los déficit que acabo de señalar, y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional, es lo que explica que en los últimos tiempos(aproximadamente desde finales de los años setenta del siglo XX) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que no se deja ya definir a partir de los anteriores parámetros”. Luego refiriéndose al pragmatismo dice: “El pragmatismo, como se acaba de ver es, en un cierto nivel, la única filosofía del Derecho posible; digamos, el trasfondo último(la actitud metateórica)de cualquier teoría del Derecho. Y si es compatible tanto con el neomarxismo como con la teoría del discurso o con muchas filosofías de cuño analítico, ello se debe, simplemente, a que una y otras se mueven en planos distintos” y, enlazando lo anterior con la argumentación jurídica expresa: “Esa diferencia de planos es lo que permite también que, desde la perspectiva de lo que he llamado el enfoque argumentativo del Derecho(y que no es exactamente una concepción del Derecho sino – digamos - un aspecto precisamente del pragmatismo jurídico), se pueda sacar provecho de muchas aportaciones pertenecientes a esas distintas tradiciones”.(Atienza, Manuel: ***El Derecho como argumentación***. Editorial Ariel. Cuarta reimpresión de la primera edición. Barcelona 2009, pp. 54 y 59).

constitucionalmente admitidos los que marquen la aplicación del derecho como una fuente novedosa⁸³.

Asimismo, el juez desplaza como actor fundamental al legislador, sujeto central en el Estado legislativo del derecho. En el juez se resume toda esta concepción. La norma constitucional deberá ser tomada en cuenta por el juez – en especial el respeto a los derechos fundamentales y los valores constitucionales – en la labor ineludible de interpretación de la ley o texto normativo^{84 85}, cuyo resultado será finalmente lo que sería la norma de derecho⁸⁶. El juez, entonces, siendo actor preponderante en este modelo constitucional, así como va a tener la preeminente función dentro del modelo, también asume la obligación de ser intérprete y, en esta perspectiva, que justifique sus decisiones y, consecuentemente que haga uso de la argumentación jurídica.

⁸³ Gonzáles Mantilla, Gorki: ***Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú***. Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad Diego Portales de Chile. Lima 1998, p. 86.

⁸⁴ Una opinión interesante plantea Ricardo Guastini: “Se puede observar lo siguiente: el modo de expresarse normalmente, según el cual la interpretación tiene como objeto normas, es correcto a condición de que, en ese contexto, por “norma” se entienda (como a veces se entiende) un texto normativo. Pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por “norma” se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el significado que contiene. En tal caso, la norma constituye no el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa”. Guastini, Ricardo: “La Interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en: Vásquez, Rodolfo (Compilador): ***Interpretación jurídica y decisión judicial***. Ediciones Fontamara S.A. Tercera edición. México 2002, p.21.

⁸⁵ En el sentido de ineludible interpretación se pronuncia Ezquiaga Ganuzas: “...creo que puede afirmarse que los casos de no sujeción del juez a la ley son resueltos por este por medio de la producción de una norma jurídica de origen no legislativo, aunque posteriormente sea presentada como significado de una disposición normativa. Si esto es así, resultaría que, al menos en algunos casos, la función judicial implicaría la producción de normas jurídicas y no la simple aplicación de las normas producidas por los órganos legislativos, con lo que se difuminaría la tradicional distinción entre función legislativa, de creación de derecho, y función judicial, de aplicación de derecho”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley” en: Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vásquez, Rodolfo (Compiladores): ***La Función Judicial. Ética y democracia***. Editorial Gedisa S.A., Barcelona 2003, p.51.

⁸⁶ Interesante resulta la opinión de Fernando de Trazegnies: “La verdad jurídica no está atrás, enterrada en la ley, esperando que venga el intérprete a descubrirla. La verdad jurídica es creada por el intérprete, es construida, nace en la dialéctica de los argumentos, nace de ese coito fecundo que es la confrontación de ideas. Solamente hay verdad en el Derecho cuando estamos ante una resolución judicial firme que pone fin a una controversia o frente a un acuerdo contractual perfeccionado; y aún esas verdades son reintroducidas dentro del flujo de conflictos que constituye la vida humana y utilizadas más tarde como argumentos para construir otras verdades”. De Trazegnies Granda, Fernando: ***Sociedad Civil y el Poder Judicial***. Ara Editores. Lima 1996, p. 99.

Ahondando en la función que cumple el juez en un Estado constitucional, Gorki González⁸⁷ señala que la magistratura, en el contexto descrito, no puede continuar en la posición de un “cuerpo separado”, según los términos de la teoría decimonónica. Su función –añade –, desde un punto de vista operativo, está llamada a desarrollarse en la confluencia entre el Estado y el mercado, entre la política como ejercicio de la autoridad del poder público y la contractualización de la política orientada al desarrollo de reglas, recursos y oportunidades para los diversos intereses que articulan la vida social.

Agrega a lo dicho que frente a la sumisión del juez a la ley, propia del Estado de Derecho, el Estado Constitucional presupone la existencia de una Constitución democrática que se advierte como límite al ejercicio del poder y como garantía para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en términos de igualdad. Especifica Gorki González que supremacía política pero también supremacía jurídica, hacen de la Constitución una herramienta de legitimidad esencial para el Estado y el derecho. El Estado Constitucional, supone - para el autor citado - que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución⁸⁸.

La misión de los jueces, por ello - remarca el autor peruano -, estará signada por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y las eventuales mayorías que las controlan: los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución aún en detrimento de la ley, y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre más determinante en el contexto de las democracias contemporáneas, o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales⁸⁹.

⁸⁷ González, Gorki: Ob. Cit., p.52.

⁸⁸ Como aprecia Ferrajoli: “(...)la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales(...)”.(Ferrajoli, Luigi, Moreso, José Juan y Atienza, Manuel: **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Segunda edición, Madrid 2009, p. 77).

⁸⁹ Importante resaltar la opinión de Ignacio de Otto y Pardo: “Según la teoría clásica del Estado constitucional la jurisdicción aparece como un poder de menor entidad – “en cierto modo nulo”, decía Montesquieu -, porque se la concibe como simple aplicación

Concluye diciendo que de la necesidad de configurar un magistrado consciente de esa responsabilidad, emerge la crítica a la independencia judicial “corporativa”. Esta, orientada hacia la defensa de los intereses y privilegios de clase de los jueces, se asumía coexistente con un desempeño judicial políticamente “neutralizado”. En el Estado constitucional – precisa el profesor peruano -, en cambio, la independencia judicial, se define por la defensa de los derechos fundamentales; esa es la condición del juzgador, como parte de su cuota de responsabilidad política con la democracia, a través de un desempeño activo en la defensa de los derechos ciudadanos.

4.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL. ORIGEN Y FUNCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1.- ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Roberto Blanco Valdés⁹⁰ cuenta que a Tocqueville lo que más le llamó poderosamente la atención en su viaje americano fue la forma de gobierno de los norteamericanos, siendo la constitución de su poder judicial “la parte más nueva y original de todo el sistema político de los americanos”, explicando el francés – que a la sazón también había sido magistrado en Versalles- su afirmación señalando que: “La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que en las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales”. Igualmente, Blanco Valdés señala que antes que el francés emitiera la anterior opinión, ya el juez Marshall ponía de relieve “...con precisión los límites (jurídicos) de un territorio (político), el de la

de la ley al caso por un juez que, en último término, no haría otra cosa que formular un silogismo en el que aquella es la premisa mayor, el caso la menor y el fallo la conclusión. Esta caracterización, sin embargo, no responde exactamente a la realidad: no hay automatismo alguno en la jurisdicción porque la ley no predetermina exactamente la solución del caso, sino que el juez efectúa una cierta labor creadora recurriendo a la dogmática jurídica, a la doctrina, o a sus propias convicciones jurídicas. Hoy la ciencia del derecho reconoce unánimemente la existencia de una cierta libertad de quien juzga y, por tanto, la importancia creadora de la función jurisdiccional”.(De Otto y Pardo, Ignacio: **Obras Completas**. Universidad de Oviedo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo 2010, p. 1183).

⁹⁰ Blanco Valdés, Roberto: Prólogo a: **La justicia constitucional europea ante el siglo XXI** de José Julio Fernández Rodríguez, Editorial Tecnos, Segunda edición, Madrid 2007, p. 11.

Constitución, que los europeos tardarán más de un siglo en divisar con nitidez”. Se da nacimiento entonces a la justicia constitucional.

El profesor García de Enterría⁹¹ precisa que la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió^{92 93}.

Así, aclara el jurista español, aunque en dicha tradición inglesa no faltaba la idea de un fundamental law, especialmente en alguna decisión procedente del gran juez Coke (así el famoso Bonham's case de 1610) y en la doctrina de Locke, lo cierto es que el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria y con ese principio el correlativo de la inmunidad judicial de las Leyes, terminó prevaleciendo en el siglo XVIII, como

⁹¹ García de Enterría, Eduardo: **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Editorial Civitas, Madrid 2001, pp. 50-51.

⁹² Son significativas las palabras de Alejandro Hamilton al respecto: “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de los mandatarios.

Esta conclusión, no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”. (Hamilton, A.; Madison, J.; y, Lay, J.: **El federalista**. Fondo de Cultura Económica. Cuarta reimpresión de la primera edición en español. México 1987, p. 312).

⁹³ La observancia del respeto hacia normas superiores, al decir de Uribe no es nuevo: “Mencionamos ya que desde la antigüedad existían procedimientos ideados ex profeso para que las normas superiores fueran respetadas y conservaran su jerarquía y supremacía frente a disposiciones legales de menor rango. En la antigua Grecia eran las *nómoi* esas normas de mayor rango que los ciudadanos y las normas debían acatar y observar. No olvidemos que el funcionamiento de las instituciones de la antigüedad, se debió en gran medida al poder e influencia de las leyes; si bien es cierto que la isonomía no fue una categoría predominante en esta época, no debemos pasar por alto que la presente referencia histórica nos traslada más de 20 siglos hacia el pasado; por eso, es preciso que cualquier comentario al respecto procure despojarse de prejuicios para ser emitido con objetividad”. (Uribe Arzate, Enrique: **El Tribunal Constitucional**. Universidad Autónoma del Estado de México- Miguel Ángel Porrúa. México 2008, p. 152).

Blackstone expuso con toda autoridad muy poco tiempo antes de la revolución americana, doctrina que ha durado en Inglaterra hasta hoy⁹⁴.

Fue entonces definitivamente en 1795, cuando el Tribunal Supremo norteamericano establecerá de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél la autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites, no tiene Constitución escrita ni fundamental law que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, en América la Constitución es cierta y fija, así como contiene la voluntad permanente del pueblo y es el derecho supremo de la tierra, siendo superior al poder legislativo⁹⁵.

Así se forja – continua diciéndonos García de Enterría – la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la judicial review, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las Leyes que contradigan a la Constitución. Esta doctrina no es enunciada por el Tribunal Supremo hasta la sentencia de 1803 en el asunto Marbury v. Madison, obra del juez Marshall que concreta definitivamente que the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature. Pero – aclara el autor citado -, contra una cierta versión corriente, no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución⁹⁶.

⁹⁴ García de Enterría, Eduardo, Ob. Cit., Madrid 2001, p. 51.

⁹⁵ Domingo García Belaunde señala: “Los aspectos relacionados con la defensa de la Constitución ocupan el pensamiento jurídico desde hace décadas. En rigor desde que existe o nace el constitucionalismo moderno a fines del siglo XVIII, al compás de las revoluciones norteamericana primero, y francesa, después. En la primera como es sabido, en los debates de Filadelfia, y luego en la divulgación de alto nivel que llevó a cabo The Federalist papers, si bien no hubo ninguna concreción a nivel de la dogmática en aquel momento. Pero es evidente que la inquietud quedó sembrada, y lo que viene después lo explica perfectamente”(García Belaunde, Domingo: **El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva**. IDEMSA. Segunda edición. Lima 2009, p. 17).

⁹⁶ García de Enterría, Eduardo, Ob. Cit., Madrid 2001, p. 55. Zúñiga Urbina señala al respecto: “Cuarenta años después de la Constitución de 1787, Joseph Story publica su obra Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, dedicada a John Marshall, en que constata que el contencioso constitucional pertenece al “Poder Judicial” y la existencia del Tribunal Supremo tiene como fines: el ejercicio regular de los poderes del Gobierno y la uniformidad de interpretación y de acción de los poderes. Agrega J. Story: “El poder de interpretar las leyes, comprende necesariamente el de decidir si son o no conformes a la Constitución y en este último caso declararlas nulas y sin ningún valor. Como la Constitución es la ley suprema del país, si un conflicto surge entre ella y las leyes del Congreso, o de los Estados la autoridad debe seguir solamente aquella que es de obligación principal, es decir, la Constitución”. Story no

Sobre la justicia o jurisdicción constitucional, Jorge Carpizo⁹⁷ señala que su existencia que incluye tribunales o cortes especializados, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección de los derechos humanos. En otras palabras – añade Carpizo – “es la mejor defensa del orden constitucional”. Amplía lo dicho señalando que en principio, el tribunal constitucional, sin importar la denominación que reciba, es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la Ley Fundamental a través de las garantías constitucional – procesales. Finalmente al respecto dice que el tribunal goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución⁹⁸.

Por otro lado, en cuanto también a la aparición de la justicia constitucional, César Landa⁹⁹ advierte que con el establecimiento de las democracias constitucionales del siglo XVIII, asimismo 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 discrepante. Landa precisa que en la

hace sino reproducir la doctrina de Chief Justice Marshall contenida en la sentencia del caso *Marbury vs Madison*(1803)” Continúa Zúñiga Urbina así: “Con anterioridad Hamilton en *El Federalista* había también sido elocuente: los tribunales independientes son propios de una Constitución “limitada”, un “cuerpo intermedio” entre el pueblo y la legislatura, con las finalidades de garantizar los límites del poder e interpretar las leyes, incluida la Constitución; lo que no supondrá la superioridad de la Judicatura. Hamilton señala: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo”. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como lo natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Para Hamilton es incontrovertible que la “autoridad judicial de la Unión” tiene competencia en el contencioso constitucional. Por cierto, la noción de un “derecho superior” tiene raíces en el common law anglosajón, y es obligado citar el conocido “*Bonham case*”, así como la doctrina del juez Coke”.(Zúñiga Urbina, Francisco: ***Elementos de Jurisdicción Constitucional***. Tomo I. Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Primera edición, Santiago de Chile 2002, pp. 25-26).

⁹⁷ Carpizo, Jorge: ***El Tribunal Constitucional y sus límites***. Editorial Grijley. Lima 2009, p. 17.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁹ Landa, César: ***Tribunal Constitucional y Estado Democrático***. Editorial Palestra. Tercera edición, Lima 2007, p.47.

búsqueda de 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.

Cabe señalar además, que existen varias experiencias sobre justicia constitucional. Así, en el caso de la experiencia anglosajona, ésta ligada a la revisión judicial de los actos arbitrarios del gobierno, hunde sus raíces en Inglaterra en la polémica constitucional del siglo XVII, entre el *gubernaculum* y la *jurisdictio*, es decir, en el conflicto entre el despotismo de los monarcas y la libertad de los súbditos. Las soluciones a dicho conflicto se va a dar a través de pactos y normas fundamentales – *pactum subjectionis* – como la *Charter of Liberties* de 1100, la *Charta Magna* de 1215, las *Provisions of Oxford* de 1258, el *Confirmatio Cartarum* de 1297, la *Petition of Rights* de 1628, el *Agreement of the people* de 1653, el *Instrument of Government* de 1653 y el *Hill of Rights* de 1658, las mismas que fueron recogiendo la idea de la existencia de leyes y derechos supremos, propios del Derecho natural, fuera del alcance del rey e inclusive del Parlamento^{100 101}.

Por otra parte, la recepción en Europa del principio de supremacía constitucional va a recién darse a partir de 1919, por dos vías principales y transformando sustancialmente el modelo¹⁰².

¹⁰⁰ Ibid., pp. 47-48.

¹⁰¹ Precisa Domingo García Belaunde sobre la aparición de la jurisdicción constitucional de la siguiente forma: “La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edgard Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham(1610) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura de Coke, fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos(...)”.(García Belaunde, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional(Sección Peruana). Edición al cuidado y prólogo de José F. Palomino Manchego. Cuarta edición revisada, corregida y aumentada. Lima julio 2003, p. 27).

¹⁰² Sobre el origen de la justicia constitucional y sobre la existencia de los dos modelos predominantes en la misma se tiene lo dicho por Pedro José González-Trevijano Sánchez: “El origen de la justicia constitucional se halla en el constitucionalismo norteamericano, a principios del siglo XIX, siendo reelaborado un siglo más tarde en el continente europeo por obra de un jurista genial: Hans Kelsen. Aparecen así dos modelos, en principio, muy distintos que, sin embargo, según se han ido consolidando

Una vía – aclara García de Enterría¹⁰³ -, que viene de las fórmulas complejas de articulación de los dos convolutos que fueron el Imperio Alemán y la Monarquía Austro-húngara, concluye en la Constitución alemana del Weimar y monta un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal. El segundo sistema, que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, aunque con matizaciones significativas, en esta segunda post-guerra, es el sistema austriaco, obra personal y sin duda genial de Kelsen, sistema expresado por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929.

La recepción en Europa del principio de supremacía constitucional tuvo como trasfondo la polémica entre dos juristas notables, como Kelsen y Schmitt. Héctor Fix Zamudio señala que puede afirmarse que la reflexión sistemática sobre las relaciones de la jurisdicción con las cuestiones políticas se inició en los años treinta del siglo XX, con dicha controversia¹⁰⁴.

La famosa polémica – señala Fix Zamudio - comenzó con la aparición del clásico libro de Carl Schmitt, *Der Hutter der Verfassung* (La defensa de la Constitución), cuya primera edición se publicó en Alemania en el año 1931. “Las ideas de Schmitt fueron objeto de réplica por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, por medio de un profundo estudio intitulado *Wer soll der Hutter der Verfassung seis?* (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?) – cuenta Fix Zamudio -. La controversia se refirió esencialmente a la tesis del profesor alemán sobre la necesidad de que el órgano tutelar de las normas constitucionales, por regular instituciones políticas, debería radicar en un órgano del poder también político que en su concepto debía ser el Presidente del Reich, con apoyo en las facultades extraordinarias que fueron conferidas por el artículo 48 de la Carta Fundamental alemana de 1919. El propio Schmitt consideraba que no debía conferirse la función de proteger o tutelar disposiciones fundamentales a los jueces ordinarios (como ocurría en los Estados Unidos por medio del control difuso), o bien a un tribunal especial (como la Corte

y extendiendo en el Derecho comparado, han ido aproximando algunos de sus rasgos caracterizadores(...)”(González-Trevijano Sánchez, Pedro José: *El Tribunal Constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra 2000, p. 17).

¹⁰³ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., Madrid 2001, p. 56.

¹⁰⁴ Fix Zamudio, Héctor: *“La justicia constitucional y la judicialización de la política”* en: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, agosto 2000, pp. 565-567.

Constitucional de la Carta Federal austriaca de 1920), porque ello no significaría la judicialización de la política, sino por el contrario la politización de la justicia, que dicho autor consideraba inconveniente”¹⁰⁵.

“A su vez Kelsen – continúa Fix Zamudio - postulaba que la tesis de Schmitt era ideológica, y que por el contrario, de acuerdo con el ejemplo de la citada Corte Constitucional austriaca promovida por el jurista vienés, debía corresponder el conocimiento de los conflictos constitucionales, a un tribunal especializado que no tendría que considerarse como cualitativamente diverso de cualquier otro órgano jurisdiccional. Una diferencia, sin embargo, radicaba en que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas poseía efectos generales, o sea, erga omnes, por lo que desde su punto de vista, dicho tribunal especializado funcionaba en este aspecto como “legislador negativo”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Carl Schmitt señalaba: “Mientras que en el siglo XIX se pensaba, ante todo, en una protección contra el Gobierno, en la actualidad se tiene presente con frecuencia, de un modo exclusivo, la defensa contra la legislación impuesta por la mayoría parlamentaria. Ahora bien, si el peligro para la Constitución amenaza ahora desde la esfera legislativa, es evidente que el legislador no puede prestar ya la protección deseada. No se buscó el protector en la esfera del poder ejecutivo porque siempre se estaba bajo la impresión de la lucha secular que la Constitución tenía que reñir contra el Gobierno. Ahora bien, si el protector no pertenece a la esfera del poder legislativo ni a la del ejecutivo, no queda ya aparentemente otro recurso que el judicial(...)Más, en primer término, se plantean las siguientes cuestiones: ¿hasta qué punto es posible instituir dentro de la esfera de la Justicia el protector de la Constitución? En principio, en términos generales, ¿cabe imaginar con carácter judicial la función de un protector de la Constitución? Semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?(p. 62)

(...)

“Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso – y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral – y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un pouvoir neutre et intermédiaire, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención

(...)

“El valor práctico de la teoría de un Jefe de Estado que ocupe una posición neutral, mediadora, reguladora y tutelar radica, en primer término, en el hecho de que ahora puede contestarse ya a la pregunta de qué significa todavía el Jefe de Estado en un Estado cívico de Derecho, sea monarquía constitucional o democracia constitucional, y cual es el sentido de sus atribuciones(...)”(pp. 213, 217).

(Schmitt, Carl: **La Defensa de la Constitución**. Editorial Tecnos. Madrid 1983).

¹⁰⁶ Fix Zamudio, Héctor: Ob. Cit., p. 566.

“Schmitt representó – señala el jurista mexicano – la tesis tradicional europea de las normas constitucionales como disposiciones de contenido político y por lo tanto no judiciales, ya que someter dichos preceptos fundamentales al conocimiento de los tribunales ordinarios o especializados significaba “politizar” la justicia, lo que desvirtuaba la función jurisdiccional. Por el contrario Kelsen inició una transformación en el Derecho europeo, similar al que se introdujo en la Carta norteamericana de 1787, de otorgar a las disposiciones de la Carta Fundamental una dimensión jurídica, al aplicar al Derecho constitucional su teoría general sobre la garantía de las normas jurídicas(...), con lo cual hizo surgir el concepto contemporáneo de las garantías constitucionales”¹⁰⁷.

Vista en perspectiva la polémica Schmitt-Kelsen, Fix Zamudio concluye: “Kelsen veía hacia el futuro, en tanto que Schmitt no comprendió el retroceso que significaban sus ideas, pues en tanto que la aplicación del procedimiento político de las facultades de emergencia del Presidente de la República de Weimar desembocó en la dictadura totalitaria de Hitler, el pensamiento del jurista austriaco ha tenido una gran repercusión en nuestra época en la cual se advierte un desarrollo muy dinámico de los Tribunales y Cortes Constitucionales como las instituciones más significativas de los regímenes democráticos contemporáneos”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 566.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 566-567. Lombardi se pregunta: “Entonces, ¿qué se puede aportar hoy en día la polémica Kelsen/Schmitt a toda esta forma de ver las cosas?”, respondiendo: “En primer término, es evidente, y hemos tratado de ponerlo de manifiesto anteriormente, que esta polémica surgió en una época en la que no sólo estaba en plena crisis el modelo de Constitución weimariano, sino que se debatía de manera enconada en torno al destino del derecho público europeo, y a propósito de lo que se debía entender por derecho constitucional, por norma y por Estado.

“Hoy resta vivo de esta controversia, la fuerza sugestiva de sus argumentos, el enorme interés del debate, y su capacidad para evocar la situación de la época, y los escenarios a los que hace referencia, así como el esfuerzo hecho por plantear en torno a un problema de capital importancia para el derecho constitucional, las lecciones de dos teorías fundamentales: la más antigua de ellas el normativismo de Kelsen, que en este momento llegaba al máximo nivel de elegancia formal, pero al mismo tiempo evidenciaba de manera palmaria sus límites y sus debilidades. Y la otra teoría, el decisionismo de Carl Schmitt, más reciente y quizá más adecuada para entender la idea de conflicto intrínseco a todos los ordenamientos constitucionales.

“Ambas teorías presentan debilidades, como demostraría después la propia evolución de los procesos constitucionales, pero tanto una como otra, resultan esenciales para entender que la garantía de la Constitución se produce fundamentalmente al preservar los valores en un plano normativo, completándose mediante la existencia de una suerte de “orden de cierre”, capaz de asegurar que el poder constituyente permanece intacto en las manos de quienes lo ejercieron en un principio, sin que se vea arrastrado por acontecimientos que determinen la búsqueda de otros nuevos fundamentos.

Finalmente se podrá señalar – siguiendo en esto a García de Enterría – que entre el sistema kelseniano y el anglosajón existen diversas diferencias. Así, en éste último se presenta el control difuso, implicando que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando se crea que son contrarias a la Constitución, mientras que en el primero, existe un control concentrado, el cual es dado a un solo Tribunal.

La diferencia antes descrita tiene una gran significación. Así, el Tribunal Constitucional diseñado por Kelsen, no enjuicia ningún supuesto de hecho singular sino, como manifiesta García de Enterría, sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento también abstracto de una ley y la norma de la Constitución. Citando a Volpe, señala el profesor español, que Kelsen ha querido evitar la consagración de un gobierno de los jueces, en atención a la desconfianza que el autor austriaco tenía en estos últimos.

Todo lo anterior entonces, nos lleva a pensar en dos modelos básicos, el anglosajón y el europeo, entendido éste último en las dos variantes señaladas.

Sin embargo, cuando se llega a lo establecido en la Constitución española de 1978, nos encontramos con un modelo que tiene una raíz inocultable kelseniana, pero que también varía en un punto esencial que lo acerca al modelo anglosajón. Así, se establece que la Constitución es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma, haciendo inválidas las normas inferiores que se opongan desde su origen, aplicándose por todos los jueces y tribunales españoles.

4.2.- LA PROPUESTA DE KELSEN

“Este tipo de afirmación merece una atención particular, en la medida en que resulta ser el momento culminante de una discusión que, como ya hemos visto, ha hecho época en los estudios constitucionales, pero sobre todo, porque aclara las razones que, inicialmente, habían separado de manera tajante el sistema de garantías europeo del sistema de derivación norteamericano”.(Lombardi, Giorgio: Estudio Preliminar en: Schmitt, Carl y Kelsen, Hans: ***La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*** Editorial Tecnos, Madrid 2009, pp. LI - LII).

Hans Kelsen parte de un concepto de constitución. Así señala: "...la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo". En tanto esta conceptualización, "una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala" ¹⁰⁹, de allí que hable de la existencia de una inconstitucionalidad formal y de una inconstitucionalidad material de las leyes. Es decir, entonces, que lo que propone desde un primer momento el jurista vienés es la primacía de la Constitución pero como un todo, en su contenido. La ley deberá observar un procedimiento de confección pero también tendrá como límite el contenido mismo constitucional.

Seguidamente, caracteriza al Tribunal Constitucional como un **legislador negativo**, enfatizando la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. Así, señala: "La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación(...)la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución(...)constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional"¹¹⁰. Será el tribunal un **legislador negativo**, pues su función específica es anular una ley cuya irregularidad – como se ha precisado antes – no solo obedece a su confección sino a su contenido. Complementando lo dicho, Kelsen también expresa que "...anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo"¹¹¹. La aparente contradicción en Kelsen se descarta, en cuanto a remarcar que él considera que estamos ante un legislador negativo, en tanto la anulación de una ley puede considerarse como una norma jurídica general – a diferencia de la función jurisdiccional que lo que hace es crear normas jurídicas individuales -. Es así, entonces que Kelsen precisa que podría considerarse al Tribunal Constitucional como un órgano

¹⁰⁹ Kelsen, Hans: **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)**. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2001, p. 23.

¹¹⁰ Ibid., p. 56-57.

¹¹¹ Ibid., p. 54.

del Poder Legislativo. Por otra parte, no obstante lo desarrollado, la actividad de la jurisdicción constitucional tendrá – como manifiesta el jurista vienés – una débil medida atinente a creación de derecho y decidida y principalmente una función de aplicación del mismo, lo que lleva a concluir que estamos ante una función eminentemente jurisdiccional. Como corolario entonces, es que la generalidad de la anulación acerque al Tribunal a ser catalogado como un órgano del Poder Legislativo y, el aplicar el derecho - y no crearlo - lo acerca a la función jurisdiccional clásica.

Uno de los aspectos que es necesario resaltar, es en cuanto al objetivo que se persigue con la instauración del Tribunal Constitucional. Así, señala que “la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. La democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular”¹¹².

Es tajante al excluir de la composición del Tribunal Constitucional, a los miembros del Gobierno o del Parlamento señalando que “son precisamente sus actos los que deben ser controlados”. Complementando lo dicho afirma que “es muy difícil pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del tribunal constitucional toda influencia política. No puede negarse que las determinaciones de los especialistas podrían estar influenciadas – consciente o inconscientemente – por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del tribunal(...)”^{113 114}.

¹¹² Ibid., p.99.

¹¹³ Ibid., p.58.

¹¹⁴ Interesante resulta relacionar lo anterior con la reflexión efectuada por Zagrebelsky para quien: “La función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia. Comprender estas aparentes contradicciones no resulta fácil, sobre todo en un país como Italia donde la cultura política se reduce prácticamente a la idea de que todo es cuestión de poder, de relaciones e intercambios de favores y de desprecio entre las partes y los partidos, y donde incluso los que se consideran demócratas se limitan en buena medida a pensar que lo único que de verdad cuenta es ganar las elecciones.

“Mi intención no es comentar leyes y reglamentos. Para cualquier institución, las leyes, los reglamentos y, en primer lugar, las normas de la Constitución trazan sólo el marco de actuación. Dicen poco de lo que hay dentro: acuerdos, prácticas, relaciones interpersonales, modos de ser, hacer y pensar. Y sin embargo, precisamente esto es lo esencial, y lo esencial depende no de las normas escritas sino de la percepción que se tenga del significado de la institución en cuanto tal. Permítanme expresarme de esta manera: el elemento esencial es prejurídico (si por derecho se entiende lo que dicen las leyes), es jurídico cultural y se manifiesta de manera directa en las acciones, los

La pregunta que tiene relación con lo antes tratado es, entonces, si los miembros del Poder Judicial están impedidos de ser miembros del Tribunal, sobre lo cual no dice nada. Y, más aún si esto no es sino algún indicativo de la reticencia que Kelsen aparentemente tenía sobre los jueces ordinarios, lo que habría traído como consecuencia finalmente, la propuesta de un tribunal independiente del Poder Judicial. Mucho se ha especulado al respecto, pero alguna idea propone García de Enterría: “Como ha notado certeramente Volpe, Kelsen ha querido evitar la consagración de un “gobierno de los jueces” con un sistema tan sutilmente construido. El riesgo, que a veces ha sido reprochado al sistema americano, hubiera sido en Europa probablemente bastante más grave, por el predominio que en el momento en que Kelsen construye su sistema tiene en toda Europa, y especialmente en el mundo germánico, las posiciones románticas y vitalistas de “Escuela libre del Derecho”, “libre jurisprudencia”, “comunidad del pueblo”, etc., que alimentaban una revuelta de los jueces contra la ley y que tan fácilmente, además, podría apoyarse en la formulación abstracta y general de ciertos principios constitucionales. Prohibiendo a los jueces que inapliquen las leyes, el sistema pretende reforzar los mecanismos de sumisión a la legislación y de primacía parlamentaria en un momento en que los jueces tienden a valorar negativamente el acceso a las Cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas capaces de trastocar los valores tradicionales; otorgando al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, ex nunc y erga omnes, inconstitucional una ley, asegura a la vez la primacía de la Constitución sobre el Parlamento, pero al vedar cuidadosamente a ese Tribunal el enjuiciamiento de supuestos de hecho y casos concretos y limitando su actuación a la descrita función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, evita que el Tribunal entre en apreciaciones de hechos e intereses y en la valoración y la pasión que son inseparables de la decisión de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las leyes sobre el terreno de la oportunidad, sustituyendo con su juicio el juicio político que solo al Parlamento pertenece...”^{115 116}.

razonamientos, los comportamientos de lo que forman parte de la institución, pues, en cierto sentido y por un tiempo, son la institución y la hacen ser como es”.

(Zagrebelsky, Gustavo: **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política**. Editorial Trotta, Madrid 2008, pp. 11-12.)

¹¹⁵ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., Madrid 2001, p.58.

¹¹⁶ Sobre el particular Pérez Tremps señala: “En definitiva se llega a la conclusión de que la creación de un tribunal ad hoc para conocer de las cuestiones de constitucionalidad no está suficientemente justificada desde el punto de vista técnico jurídico en el pensamiento kelseniano. Está justificada, sin duda, la atribución en exclusiva del conocimiento de las causas de inconstitucionalidad de las leyes a un

órgano, evitando así dispersión jurisprudencial y conflictos dentro del poder judicial. Pero tal competencia podría haberse otorgado a un solo órgano jurisdiccional, al más alto tribunal ordinario, ya que la objeción básica, los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad, es oponible, de ser suficiente, a cualquier tribunal, ordinario o especial. Por tanto, o bien Kelsen no crea un tribunal al diseñar su jurisdicción constitucional, o, si lo hace, la explicación de por qué este es especial hay que buscarla en ámbitos no jurídicos que justifiquen su opción y la del legislador constitucional; si se hubiera considerado realmente que un tribunal no puede anular una norma, no hubiera creado un tribunal, aunque éste sea especial, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos erga omnes.

Partiendo, pues, de que los tribunales constitucionales y la función que cumplen son plenamente jurisdiccionales, como se ha hecho en este trabajo, la búsqueda de las razones últimas de la creación de un órgano especial, ajeno a los tribunales ordinarios, ha de realizarse siguiendo otros derroteros.

(...)

El deseo de juridificar toda la actividad estatal llevó a Kelsen a crear la justicia constitucional. Para ello se aparta de la línea política de garantía de la norma fundamental que arranca con Sieyès, depositándola en un tribunal. Pero a su vez, el espíritu de la época, “la revuelta de los jueces contra la ley” imperante en ese momento de comienzos de nuevo siglo, lleva a Kelsen a crear un tribunal especial ajeno a la jurisdicción ordinaria. La desconfianza tradicional existente en Europa hacia los jueces desde la Revolución Francesa que contribuyó, por ejemplo, junto a otras razones, a la configuración de los tribunales contencioso-administrativos como tribunales especiales, se agudiza en el mundo centroeuropeo a comienzos del siglo. Es cierto, sin duda, que la creación de un tribunal constitucional ahorra ciertos problemas técnicos y racionaliza la justicia constitucional. Pero su naturaleza de tribunal especializado, ad hoc, situado fuera de la organización judicial ordinaria, sólo puede explicarse plenamente por la desconfianza política hacia el juez”(Pérez Tremps, Pablo: **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 55-56).

De similar manera Francisco Tomás y Valiente señala refiriéndose al caso español: “(...)El constituyente pudo atribuirle el control de constitucionalidad a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial. No lo hizo, sino que optó por la jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal Constitucional. ¿Por qué adoptó esta decisión? A mi entender por dos razones. Una histórica y otra que podríamos denominar política o sociológica.

La primera consiste en que dado el escasísimo valor normativo que nuestras Constituciones han tenido a lo largo de la historia iniciada en 1812, los Jueces españoles han estado ausentes, casi sin excepciones, de una tarea interpretativa y aplicadora de la ley fundamental”. Asimismo plantea: “Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los Jueces de entonces en activo. Todo el Título IX y en especial la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un “Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria” fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de “profundidad de la democracia”. En suma: “la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución, conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con el régimen precedente, generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y tribunales”, a la que se añadió una valoración negativa y explícita respecto a su conciencia constitucional y a su capacidad técnica para ejercer aquel control”(Tomás y Valiente, Francisco: **Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993, pp. 73 y 75).

Cabe agregar hasta lo aquí desarrollado, que llama la atención cuando se refiere al control por parte de la jurisdicción constitucional de los actos individuales, específicamente los actos de los tribunales. Señala: “La cuestión(el control) no se aplica a los actos de los tribunales. En efecto, por el solo hecho de que un acto jurídico es realizado por un tribunal, se ve una garantía suficiente de su regularidad. Que esa regularidad consista inmediatamente o mediatamente en una constitucionalidad no es motivo suficiente para sustraer tales actos de las jurisdicciones del derecho común y atribuir su conocimiento a un tribunal constitucional especial”¹¹⁷.

Asimismo, debe recalcarse que Kelsen advierte sobre la posibilidad que en la Constitución se incluyan principios o valores, como la equidad, la justicia, libertad, igualdad, moralidad, y, no se precise su significado, pudiendo acarrear como consecuencia que “los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que le es abandonado por la Constitución y la ley”. Complementa lo dicho señalando: “Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etcétera, difieren de tal manera, según el punto de vista de los interesados que, si el derecho positivo no consagra alguna de entre ellas, toda regla de derecho puede ser justificada por una de tantas concepciones positivas”. Por lo anterior es particularmente significativo en el ámbito del derecho constitucional, “en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso”. Dice: “Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador, a conformarse con la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que sólo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera. Sin embargo, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales, se borraría fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un tribunal constitucional, llamado a decir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia aplicar. Pero el poder del tribunal sería tal que devendría en insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley(...)”¹¹⁸.

¹¹⁷ Kelsen, Hans: Ob. Cit., p. 68.

¹¹⁸ Ibid., pp. 80-81.

5.-RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se ha planteado en anterior acápite, no se encuentra en cuestión la existencia como principio de la división de poderes, pues basta recordar lo que Peter Haberle remarca en cuanto a que se muestra como pieza central de todo Estado constitucional. Se trata - agrega el jurista alemán - de una de las más felices “invenciones” de la historia del espíritu y la cultura...”, concluyendo que “quizá podría hablarse incluso de un “derecho fundamental a la división de poderes””.

Lo que si abre una discusión es cómo reacciona ese Estado constitucional - el cual siempre ha sido articulado en base a una división tripartita de poderes – frente a la instauración de la justicia o jurisdicción constitucional, sea en su versión americana del control difuso, pero sobre todo en su versión europea de control concentrado, que implica añadir una nueva institución como es el Tribunal Constitucional, a partir de la primera posguerra y mayormente en la segunda.

Es necesario plantearse si cabe hablar de la existencia de más de tres poderes¹¹⁹. César Landa al respecto señala que “si bien la división del poder, como garantía de la

¹¹⁹ En este mismo sentido López Aguilar señala: “A pesar de que el contemporáneo Estado constitucional implica la superación de esa tradicional esquematización tripartita y su sustitución por un modelo más complejo, lo cierto es que continúan existiendo órganos, o conjunto de ellos – esto es, organizaciones -, que emblemáticamente son los referidos tres poderes”.(López Aguilar: Juan F.: *“El Poder Judicial”* en: Balaguer Callejón, Francisco(Coordinador): *Manual de Derecho Constitucional*. Volumen II. Editorial Tecnos. Cuarta edición actualizada a julio 2009, Madrid 2009, p. 550). Algo similar señala Trujillo Rincón: “(...)se puede decir que los órganos constitucionales individualizan el Estado en un momento histórico determinado y lo hacen capaz de continuar organizándose para la consecución de sus fines. Las características mencionadas anteriormente son suficientes para demostrar que los órganos constitucionales son órganos “troncales” para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución o, dicho de otra manera, son “constitutivos” de la modalidad de ser y existir de un orden constitucional dado; de esta forma, cada orden constitucional tiene los órganos que le son propios, necesarios e indefectibles. Además, la pluralidad de órganos constitucionales y la equiparación de rango entre ellos constituyen la versión de la división de poderes en el moderno Estado de Derecho. Las funciones de esos órganos son diferentes entre sí ya que implican la razón de ser de cada uno de ellos y la justificación de su independencia relativa(id per relationem), pero a su vez los órganos constitucionales están interrelacionados y coordinados entre sí, porque el Estado es uno”(Trujillo Rincón, María Antonia: *Los*

libertad, es constitutiva del estado democrático moderno, no se puede afirmar que el poder solo pueda ser racionalizado en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial” adicionando a lo dicho que “este sistema de división tripartita del poder se originó por razones históricas y políticas concretas, las que le dieron su origen”. Complementa lo dicho expresando: “... se puede afirmar que, en toda democracia, existen poderosas razones que sustentan la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los hombres, de las propias autoridades pertenecientes a los tres clásicos poderes del Estado, creando nuevos órganos de naturaleza constitucional. 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”^{120 121}.

Por otra parte, Pérez Royo se plantea como reflexión, cómo afecta al Estado constitucional la instauración de la justicia constitucional, en tanto altera la tripartita división de poderes y al poder constituyente mismo¹²². Partiendo de la aceptación de la

conflictos entre órganos constitucionales del Estado. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid 1995, p. 46).

¹²⁰ Landa, César: Ob. Cit., Lima 2007, p. 690.

¹²¹ Lorenzo Martín- Retortillo Baquer al respecto expresa: “He hablado de modelo, de esquema: habrá – si es que lo hay – un prototipo, pero luego la realidad efectiva que se plasma en cada supuesto histórico es tan peculiar que no puede por menos de ofrecer enormes diferencias entre unos casos y otros. Y es que, en efecto, si se comparan las concreciones históricas – no escasas – que han llegado a fraguar, si común a todas ellas sería el hablar de los tres poderes, luego los detalles y pormenores, o el simple desarrollo, es normal que no coincidan – y aun que difieran enormemente, sin que deje de suceder que cuando se esta hablando de los tres poderes, se esta hablando de cosas distintas, que no coincidan, en suma, los términos de la trilogía. Carácter evanescente de la construcción, pues no es en efecto, como tantas veces sucede en las ciencias sociales, un modelo férreo que dé soluciones de una vez por todas, y que haya previsto para siempre todos los problemas(...)Que el poder contenga al poder. Ahí radica, a mi modo de ver, la clave de bóveda de toda la construcción. He ahí el núcleo y la síntesis de toda esta filosofía. Peor en su aparente sencillez, va a resultar de una enorme complejidad. No habrá ya una fórmula, lejos de cualquier artificio de acero, que valga para todas las ocasiones. Va a ser preciso elaborar una respuesta propia y peculiar para cada caso, preparar un complejo diseño para cada situación. Demanda esta filosofía, en efecto, un sistema propio de pesos y contrapesos, el cálculo preciso de los espacios y de los límites, de los motores y de los frenos(...)Sin importar si serán tres o más los poderes – aunque comprendo también la fuerza de la cifra mágica -, sino que cada poder tenga sus contrapesos, sus compensaciones, los límites que pueda contenerle. Lo que demanda inexcusablemente una laboriosa tarea de orfebrería social para cada respuesta”(Martín- Retortillo Baquer, Lorenzo: **“De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español”** en: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** N° 4(1989), pp. 49-51)

¹²² Schmitt señala que: la justicia constitucional “es en realidad legislación, e incluso legislación constitucional y no justicia”.(Citado por Javier Pérez Royo: **Tribunal Constitucional y División de Poderes.** Editorial Tecnos. Madrid 1988, p.12).

generación de un problema indica que la forma de manifestación del mismo varía, ciertamente, si el sistema de control de constitucionalidad es difuso, ejercido por el poder judicial o concentrado, ejercido exclusivamente por un Tribunal Constitucional, pero advierte que los motivos por los que el control de constitucionalidad de la ley es *objetivamente un problema* son los mismos en ambos, ya que en último extremo, lo que está en juego son las tres cuestiones siguientes:

“1ª Las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado Constitucional, mejor dicho, del Estado a secas, esto es, hasta dónde se puede llevar la juridificación de la política cuando el Estado es la forma de manifestación del poder político.

“2ª La legitimidad del control de un órgano democráticamente constituido por otro que no lo está o, al menos, no lo está de manera tan inmediata y directa, además de no ser responsable política y jurídicamente ante nadie¹²³.

¹²³ Sobre el particular D. Rousseau señala: “(...)en la tradición democrática “clásica”, el principio de legitimidad consagrado en todos los textos constitucionales modernos es la soberanía popular. En democracia, el pueblo como titular del poder, se encuentra en el principio de todas las cosas: él decide, delega, sanciona, controla, juzga, pero él mismo no puede ser sancionado ni controlado. Porque si pudiera serlo, dejaría de ser soberano y entonces sería necesario justificar la existencia “por encima” del pueblo, en el espacio en el que están los valores, de reglas de enjuiciamiento de sus acciones. En democracia, parafraseando al General de Gaulle, el pueblo es el Tribunal supremo. Ahora bien, en principio, la justicia constitucional se opone a esta noción de democracia al definirse como el poder otorgado a personas encargadas de apreciar, controlar y, llegado el caso, sancionar la conformidad con la Constitución de los actos provenientes de los poderes públicos y en particular, de las leyes votadas por los representantes elegidos por el pueblo soberano. El pueblo elige a sus representantes; por medio de este procedimiento electoral se determina la voluntad mayoritaria del pueblo; por la votación de las leyes, los elegidos expresan y traducen esta voluntad mayoritaria del pueblo. Los tres primeros elementos de esta frase desarrollan la definición “clásica” de democracia; el último le es ajeno, supone una ruptura, una discontinuidad o más aún una encrucijada: a la derecha, sin el control de constitucionalidad, la ruta de la democracia “clásica” continúa; a la izquierda, con la justicia constitucional, el camino se abre hacia una nueva configuración política. Más complicada, más contradictoria, más difícil de retener que la anterior en la medida en que su objetivo es permitir la cohabitación de dos principios gemelos: la soberanía popular y los derechos humanos. Aunque en ningún país se reduce a ésta sola dimensión, el control de constitucionalidad resulta del establecimiento institucional de un cara a cara entre las leyes votadas por los elegidos del pueblo y los derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional. Este último, por la acción – en el sentido fuerte del término – de los jueces constitucionales, se convierte en freno, en obstáculo, en límite a la voluntad expresada por los elegidos.

La justicia constitucional inaugura así una formidable mutación política y, al mismo tiempo, provoca una formidable renovación de la teoría y de la filosofía jurídica y política(...)”(Rousseau, Dominique: **La justicia constitucional en Europa**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, pp. 3-4). Al respecto Mauro Cappelletti dice: “El “gran problema” de la legitimidad de la revisión judicial no se puede resolver con soluciones abstractas y puramente especulativas, válidas para cualquier

lugar y tiempo. Por supuesto no existen esas soluciones universales; y una página de análisis comparativo realista será seguramente más notable que muchos libros llenos de tales especulaciones abstractas. Si nuestros jueces fuesen iguales que aquellos que imperaban en la Francia prerrevolucionaria, sería muy difícil que se legitimase la revisión judicial. Pero en nuestro mundo occidental, en el que los papeles de las ramas políticas han crecido en tantas áreas de nuestra vida, sin duda inevitablemente, la búsqueda de un poder judicial más “despegado”, aunque no literalmente “separado”, puede ser saludable. Los valores más perdurables se pueden conservar mejor; los individuos y los grupos que de otra manera serían marginados y oprimidos pueden ser mejor protegidos; y más generalmente se puede asegurar mejor la imparcialidad y la representatividad del proceso político en sí mismo. El principio democrático requiere que todo el mundo pueda tener “voz” en el proceso político y que la minoría de hoy pueda ser la mayoría de mañana. Si unos derechos fundamentales tales como las libertades de expresión, de opinión o de asociación se pudiesen limitar sin los debidos procedimientos, por la mayoría de hoy, el mismo principio democrático se debilitaría; y esto no es menos verdad para los “nuevos derechos” de naturaleza económica y social, por cuanto su razón fundamental es hacer efectivo el más elemental de todos los títulos democráticos: el derecho de acceso al sistema político y de derecho. De este modo, lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y antimayoritaria, la justicia constitucional aparece como un instrumento fundamental para proteger los principios mayoritario y democrático del riesgo de corrupción. Nuestro ideal democrático, para dejar este punto bien en claro, no es de todas formas, aquel en que la voluntad mayoritaria es omnipotente. Y nuestra filosofía de la vida no es aquella en la que todo pueda ser negociado”(Cappelletti, Mauro: **“¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”**, en: **Revista Española de Derecho Constitucional** Nº 17, pp. 40-41). Similarmente Ferrajoli manifiesta: “(...)La separación y la independencia de la función jurisdiccional respecto de las funciones legislativa y de gobierno garantiza, en efecto, su carácter tendencialmente cognoscitivo, en virtud del cual una sentencia es válida y justa no porque querida o compartida por una mayoría política, sino porque fundada en una correcta comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho. Esta independencia de los jueces frente a los actores políticos en la determinación del objeto del juicio es, en efecto, la principal garantía de su imparcialidad: la cual, como escribe Andrés Ibáñez recordando a Norberto Bobbio, tiene para la jurisdicción el mismo valor que la neutralidad valorativa tiene para la investigación científica”.(Ferrajoli, Luigi: **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Editorial Troitta, Madrid 2006, pp. 97-98).

Una última apreciación importante es la de Víctor Ferreres: “¿Qué podemos decir, pues, para “responder” a la objeción democrática si, en efecto, aceptamos que existe una tensión entre la justicia constitucional y la democracia? En primer lugar, me parece necesario sostener que los argumentos instrumentales para justificar el control judicial deben prevalecer sobre otras consideraciones relativas a las virtudes intrínsecas del proceso democrático. En los capítulos anteriores, he sugerido que existen razones para creer que los jueces constitucionales pueden contribuir a que la comunidad política se tome en serio los derechos fundamentales, de acuerdo con principios que se elaboran y aplican de manera consistente. Si esta línea de defensa es plausible, deberíamos estar dispuestos a pagar el precio que el control judicial de la ley supone en términos de valores democráticos intrínsecos(...)

En segundo lugar, conviene indicar que el papel de los jueces constitucionales es inevitablemente limitado, incluso si ejercen el control de la ley de modo activista, pues su tarea es de carácter especializado. Los jueces, en concreto, normalmente garantizan los derechos fundamentales como meros límites a las políticas públicas, sin asumir la responsabilidad de adoptar las políticas básicas en los diversos ámbitos de la vida social. Existe así un amplio espacio para que las instituciones políticas democráticas tomen decisiones en materias de gran relevancia, y que ocupan un lugar

“3ª La posibilidad misma de que la decisión del órgano que ejerce el control de constitucionalidad pueda ser tomada en muchas ocasiones jurídica y no políticamente”¹²⁴.

Señala Pérez Royo, que si tuviéramos que dar una solución definitiva o absoluta a las tres cuestiones planteadas, desde el análisis puramente lógico o racional de las premisas del Estado Constitucional, la conclusión a la que habría que arribar no podría ser otra que la de la negación pura y simple de la justicia constitucional: “Pues ni es posible juridificar la política estatal al cien por cien, ni se puede argumentar lógicamente a favor del control de un órgano democrático por otro que no lo es o lo es mucho menos, ni se puede dudar de que la “jurisdicción constitucional es de por sí justicia política”¹²⁵.

En consecuencia, “... en la medida en que la Justicia constitucional supondría extender los límites de la juridificación de la actividad política más allá de donde puede llevarse, lo haría con un déficit de legitimación democrática importante y tendría necesariamente que adoptar decisiones políticas, el final del razonamiento sólo podría consistir en que el Estado constitucional y la Justicia constitucional están en contradicción entre sí y en que, por lo tanto, la Justicia constitucional no debería existir”¹²⁶.

Por ello, concluye que cuando se hace un tratamiento doctrinario de la justicia constitucional lo que importa es tratar sobre sus límites. “Se empiece por donde se empiece – aclara -, sea más o menos partidario de la institución, siempre se acaba en los límites de la Justicia constitucional. Más que por lo que hace, sobre cuya legitimidad existen o puedan existir dudas, es por la forma en que lo hace o, en todo caso, debe hacerlo, por la autolimitación (el muy conocido self-restraint) con que actúa o debe actuar, por el cuidado que tiene o debe tener en no invadir la esfera de los demás órganos del Estado, en respetar no la discrecionalidad sino la libertad de configuración de los órganos políticos, singularmente del legislador, por lo que se

muy alto en la agenda pública de la nación, como ha observado Frederick Schauer en el contexto americano.

En tercer lugar, debemos tratar de articular el sistema de control judicial de constitucionalidad de forma que se minimice su tensión con la democracia, en la medida de lo posible, es decir: en la medida en que no se pongan en riesgo las ventajas instrumentales que cabe esperar de la institución del control judicial” (Ferrerres Comella, Víctor: **Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Marcial Pons, Madrid 2011, pp.148-150)

¹²⁴ Pérez Royo, Javier: Ob. Cit., pp. 14-15.

¹²⁵ Ibid., p. 17.

¹²⁶ Ibid., p. 18.

considera que la Justicia constitucional puede tener su sitio en el Estado constitucional democrático”¹²⁷.

Pero, la pregunta que subyace es si podrá ser posible establecer límites a la justicia constitucional. Hans Peter Schneider señala que “a pesar del reconocimiento del hecho de que aquí se decide sobre la constitucionalidad de las actuaciones de otros órganos estatales en un proceso judicial resolutorio y vinculante, el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo”. Sin embargo, este mismo autor advierte que “desistir de este intento, sin embargo, equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al tribunal un flaco servicio, mientras éste se yergue calladamente en “amo de la Constitución”, porque su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites”¹²⁸.

Entonces, a pesar de una aparente contradicción entre el Estado constitucional y Justicia constitucional y, asimismo lo difícil (intentar la “cuadratura del círculo”) que puede ser establecer límites a ésta última, lo cierto es que se acepta la pertinente existencia de la justicia constitucional al lado de la división tripartita de los poderes, entre otros fundamentos, por las razones históricas que facilitan su aparición. Al respecto se tiene en claro que la Justicia constitucional y especialmente el Tribunal Constitucional no surge de una plenitud democrática sino, al contrario su surgimiento obedece a situaciones dramáticas de destrucción del propio Estado Constitucional¹²⁹. Es precisamente este surgimiento lo que legitima su aparición y serán los límites – o autolimitación – los que legitimen su continuidad.

No obstante lo dicho, resulta importante lo señalado por Prieto Sanchís, cuando asevera que la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego

¹²⁷ Ibid., p. 18-19.

¹²⁸ Schneider, Hans Peter: *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991, p. 198.

¹²⁹ “...la incorporación de la Justicia constitucional junto a los tres poderes tradicionales desde finales del siglo XVIII ha tenido lugar en aquellos países que tuvieron que pasar por la dramática experiencia de la destrucción del propio Estado constitucional y del sistema de libertades antes de alcanzar la plena democratización del Estado, en tanto que no se ha producido dicha incorporación – con la excepción de la Francia de la V República – en aquellos otros que pudieron manejar el tránsito al Estado democrático manteniendo el orden constitucional con sus derechos fundamentales, libertades públicas y división de poderes(...)La justicia constitucional no es, pues, en sus orígenes un indicador de buena salud democrática, sino de todo lo contrario. Detrás de ella está, en un primer momento, la crisis inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial(...)”.(Pérez Royo, Javier: Ob. Cit., pp. 39-40)

incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes. Por lo que el autor español concluye: “Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización”¹³⁰.

Lo anterior nos hace pensar que lejos de resaltar la inconveniencia del Tribunal Constitucional – y de la justicia constitucional en general – lo cierto es que – como aprecia Prieto Sanchís – el conocimiento y la responsabilidad de la efectivización de la Constitución no pueden quedar ajenas a la justicia ordinaria, en tanto se propugna un Estado Constitucional del Derecho, siendo distinto el tiempo actual en contraste al tiempo del origen del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en cuanto al establecimiento de sus límites, se debe tener presente lo dicho por Pérez Royo respecto al autocontrol o autolimitación que debe ejercer el Tribunal Constitucional. Pero, asimismo, la organización y el procedimiento de sus funciones deben estar enmarcadas dentro de los pesos y contrapesos que implica finalmente el Estado constitucional.

Por otro lado, un aspecto vinculado a lo tratado es en cuanto a la existencia de una jerarquización entre los poderes existentes y, entre los mismos, el Tribunal Constitucional. Al respecto, Jorge Carpizo¹³¹ plantea que la situación de éste último debe verse a través de la relación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos.

Así, mientras el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución. Mientras que el poder constituyente es el poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución, aclara el mexicano.

¹³⁰ Prieto Sanchís, Luís: Ob. Cit., Lima 2007, p. 117.

¹³¹ Carpizo, Jorge: **El Tribunal Constitucional y sus límites**. Editorial Grijley. Lima 2009, pp. 27 y ss.

El autor citado señala que los poderes constituidos creados por la Constitución son: el poder revisor de esta y el tribunal constitucional, donde ellos existan; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. Amplía lo dicho especificando que ellos no tienen la misma *jerarquía constitucional*, siendo unos jerárquicamente superiores a los otros. Así, se puede entonces señalar que existen poderes constituidos primarios y poderes constituidos secundarios, siendo los primeros jerárquicamente superiores a los segundos.

Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el Tribunal Constitucional, donde existan; y, los secundarios son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

Específicamente en cuanto al Tribunal Constitucional, señala que es un poder constituido primario, ya que “es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios”¹³².

¹³² Agrega a lo dicho, en cuanto a las facultades que goza un tribunal constitucional, las cuales según su parecer pueden ser:

- a) Controlar la constitucionalidad de las normas generales, sin importar el poder constituido secundario que las expida; se examina si éstas son compatibles con la Constitución, y si el tribunal considera que no lo son, anula dicha norma general con efectos erga omnes. El tribunal no juzga un caso individual, sino que realiza una función lógico-abstracta cuyo resultado puede ser la anulación de la norma examinada. Por esta razón, Hans Kelsen declaró expresamente que en estos casos el tribunal es realmente un legislador negativo.
 - b) Controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales que pasan a ser parte del orden jurídico interno.
 - c) Controlar la constitucionalidad de los actos administrativos y ejecutivos.
 - d) Controlar la constitucionalidad de las sentencias definitivas.
 - e) Interpretar la Constitución estableciendo sus propios parámetros interpretativos con lo cual señala el marco jurídico y político de la propia actuación de las autoridades, construyendo juicios de valor que, sin duda alguna, implican decisiones políticas, lo cual queda claro especialmente en la protección de los derechos humanos.
 - f) Resolver conflictos constitucionales y políticos entre los órganos o poderes secundarios.
 - g) Adoptar definiciones políticas y sociales que impactan en la sociedad en temas como el aborto, la eutanasia y el principio de no discriminación.
 - h) Declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos.
- Asimismo, Jorge Carpizo adiciona que en algunos textos constitucionales se agregan como funciones las siguientes:
- i) La vigilancia de las elecciones y el conocimiento de los recursos sobre esta materia.
 - j) La valoración sobre la admisibilidad de las solicitudes de referendo.
 - k) El análisis constitucional de los proyectos de leyes y tratados internacionales; es decir, constituye un control previo o preventivo.
 - l) En algunas ocasiones, la intervención en el proceso de juicio político, emitiendo una opinión, instruyendo la acusación, garantizando la correcta aplicación del procedimiento, e incluso, como órgano juzgador.

Si bien, la exposición del profesor Carpizo resulta bastante persuasiva, lo cierto es que no se puede establecer de manera general, absoluta, jerarquizada y abstracta la existencia de la división de los poderes u órganos, que respondan a un Estado constitucional del derecho. Es importante lo dicho por Haberle al respecto, cuando afirma, que lo importante es que se impida, mediante dicha división, el abuso del poder, a lo cual se podría agregar que lo anterior debe ser visto más allá de cualquier generalización y jerarquización.

Haberle plantea: “Las tres típicas funciones del Estado están al servicio de ciertas tareas fijadas en la Constitución de manera sustantiva o procesal. Por su parte son instrumentos del Estado constitucional sometidos al cambio histórico. A pesar de la diversidad nacional y de la multiplicación de tareas, la que ciertamente hoy se pretende reducir a través de la privatización, es posible distinguir, antes como ahora, tres funciones del Estado: legislativo, ejecución de las leyes y jurisdicción”. Y complementa lo dicho: “La constitución de ciertos “órganos” así como el establecimiento de competencias se produce en el Estado constitucional en función de ciertas tareas delimitadas. La “primacía del derecho”, la función de la Constitución como “orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad, se manifiesta en que los “órganos” del Estado solamente pueden actuar con un fundamento jurídico. Aquí también actúa la división de poderes como sistema de control en el sentido de checks and balances. Ningún órgano del Estado posee “plenos poderes en blanco” en el sentido de las doctrinas absolutistas tardías o postabsolutistas. La diversidad de modelos es amplia en la comparación temporal y espacial, por lo que la teoría constitucional solamente puede proceder aquí de manera tipificadora”¹³³.

m) La verificación de la existencia de causa de impedimento temporal o definitivo del jefe de Estado.

n) En algunos casos, se le faculta emitir opiniones en relación con las medidas de emergencia, la constatación de la muerte o la incapacidad de los candidatos a la presidencia de la República, la comprobación de las circunstancias de la disolución presidencial del parlamento, el pronunciamiento sobre las candidaturas al cargo de presidente y la decisión sobre la extradición de ciudadanos extranjeros.

De lo anterior Carpizo concluye: “Fácil, entonces, es constatar que la labor del tribunal constitucional constituye por esencia una función política, enmarcada dentro de la Constitución, que se actualiza a través de la jurisdicción y con técnicas, metodologías y parámetros jurídicos, sin desconocer los aspectos valorativos y axiológicos en su interpretación.”(Ibid.)

¹³³ Haberle, Peter: Ob. Cit., p. 210.

De lo anterior se puede desprender, entonces, que no se pueden establecer órganos o poderes y sus correspondientes competencias de manera ahistórica, siendo *instrumentos* del Estado, delimitándose sus funciones en la Constitución, pero sin otorgar “plenos poderes en blanco” sino aplicando el sentido de check and balances, siendo éste último un modelo de control y balance de poderes de reajuste permanente entre los poderes públicos y el Tribunal Constitucional, distinto al clásico modelo de división de poderes¹³⁴.

Es desde esta última perspectiva, que se debe apreciar la relación entre el Poder Judicial y Tribunal Constitucional, pensando en un trasfondo en el que cada órgano del Estado tiene delimitadas sus competencias y funciones en la Constitución del Estado, pero que, además, existe un reajuste permanente entre dichos órganos y sus funciones, de acuerdo al cambio histórico, de acuerdo a un modelo de división de poderes distinto al clásico, ajustado al modelo de pesos y balances explicado por Haberle y Landa.

6.- COMENTARIOS FINALES

6.1.- Se inicia este trabajo con el tratamiento del principio de la división de poderes, no sólo por ser consustancial a la democracia constitucional – en tanto es un mecanismo de control del poder de los gobernantes -, sino porque en su enunciación por los pensadores – particularmente los correspondientes a los siglos XVII y XVIII, que propusieron las bases ideológicas de la democracia - representó además la asignación histórica de funciones a los llamados tres poderes clásicos: ejecutivo, legislativo y judicial, planteando la preeminencia del segundo y con ello lo que con posterioridad se denominó el Estado Legal del Derecho.

Así, se planteó la preeminencia de la ley y, consecuentemente del legislador, dejando para el juez una simple función de “boca de la ley”, como enunciara Montesquieu. El derecho se reduce a la ley, bajo el principio de legalidad, lo que asimismo viene a representar la hegemonía de la burguesía en el Parlamento, subordinando al ejecutivo y a los jueces. Es cierto que esta forma de concebir al derecho como ley – condensándose racionalmente en la misma los derechos y obligaciones de los

¹³⁴ Landa, César: Ob. Cit., Lima 2007, p. 691.

ciudadanos – representaba un paso adelante en la democratización entre gobernantes y gobernados, pero asimismo, reducía la concepción del derecho circunscribiéndola a la ley, y asimismo, simplificaba la función del juez a ser un mero aplicador mecánico de la ley.

6.2.- Esta situación cambiaría cuando se comienza a plantear el Estado Constitucional del Derecho, en donde se puntualiza que el poder se encuentra sometido a la Constitución, como norma máxima, y con ello una predominancia de los derechos fundamentales y los valores, e inclusive una distinta teoría del derecho.

Pero, lo que hay que resaltar es la distinta función que le toca desplegar al juez en un Estado Constitucional. Mientras que en el Estado Legal del Derecho, el juez era un simple aplicador de la ley, la que condensaba toda la racionalidad de los derechos, en el Estado Constitucional del Derecho, el juez tiene un rol distinto desplazando como actor fundamental al legislador. El juez tiene la función de intérprete del texto normativo, del cual obtendrá como resultado la norma de derecho. El juez se erige en defensor de los derechos fundamentales y de las minorías, desarrollando los valores de la Constitución.

6.3.- Uno de los factores que posibilitaría la instauración del Estado Constitucional del Derecho es la justicia constitucional. Sin embargo, Prieto Sanchís señala que la existencia de un Tribunal Constitucional si bien no es desde luego incompatible con el neoconstitucionalismo y el Estado Constitucional del Derecho, sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes. Frente a esto, el profesor español concluye que si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización. Lo anterior nos hace pensar que lejos de resaltar la inconveniencia del Tribunal Constitucional – y de la justicia constitucional en general – lo cierto es que – como aprecia Prieto Sanchís – el conocimiento y la responsabilidad de la efectivización de la Constitución no pueden quedar ajenas a la justicia ordinaria, en tanto se propugna un Estado Constitucional del Derecho, siendo distinto el tiempo actual en contraste al tiempo del origen del Tribunal Constitucional.

6.4.- Asimismo, es necesario resaltar que si bien históricamente se proyectó la existencia de tres poderes del Estado, también es cierto que nada impide la existencia de otros poderes constituidos – como el Tribunal Constitucional -, de acuerdo a las circunstancias y a las necesidades de la sociedad. Igualmente, se debe dejar establecido que no existe jerarquización entre los poderes existentes, debido precisamente al respeto a la esencia misma del Estado Constitucional.

Peter Haberle plantea que las tres típicas funciones del Estado no sólo están al servicio de ciertas tareas fijadas en la Constitución de manera sustantiva o procesal, sino que son instrumentos del Estado constitucional sometidos al cambio histórico. Claro está que para usar un término propio del autor alemán, ningún órgano del Estado posee “plenos poderes en blanco”, sino que actúan en base a una fundamentación jurídica.

Es así, entonces, que como corolario de esta parte se puede establecer que los órganos del Estado serán los que determine el cambio histórico – tres clásicos o más – y, asimismo, ningún órgano tiene una jerarquía superior en relación a otro, manteniendo entre ellos una actuación bajo una fundamentación jurídica.

Es desde esta última perspectiva, que se debe apreciar la relación entre el Poder Judicial y Tribunal Constitucional, pensando en un trasfondo en el que cada órgano del Estado tiene delimitadas sus competencias y funciones en la Constitución del Estado, pero que, además, existe un reajuste permanente entre dichos órganos y sus funciones, de acuerdo al cambio histórico, de acuerdo a un modelo de división de poderes distinto al clásico, ajustado al modelo de pesos y balances explicado por Haberle y Landa.

CAPITULO II

PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU: ¿FUNCIONES ENCONTRADAS?

1.- INTRODUCCIÓN

A partir de lo desarrollado en el anterior capítulo - en el que se dejó establecido que no existe una jerarquización en abstracto entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, vale decir, entre poderes constituidos – se emprende la tarea de mostrar cómo la justicia constitucional se establece en nuestro país y cuál es su repercusión en relación al Poder Judicial.

2.- PODER JUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ

2.1.- PODER JUDICIAL: IMAGEN DE SU DESARROLLO HISTÓRICO

Al formularse Bernardino Montejano – catedrático del curso de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Buenos Aires – la pregunta sobre si la función judicial necesita de una filosofía, concluía con que la respuesta era sencilla: “la función judicial constituye una importante tarea práctica, que apunta a la realización de fines valiosos, indispensables para alcanzar una justa y ordenada convivencia social”. Agrega a lo dicho que en la Antigüedad, Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, ya muestra una personificación del juez en la cual se encuentra presente la filosofía de la función judicial, ya que para el mencionado filósofo el juez (“dikastés”) es quien otorga lo justo (“dikaión”). Advierte Bernardino Montejano que “la tarea del juez tiene un fin muy claro: otorgar lo justo, y el juez ideal es “la justicia animada”, la justicia viviente. El juez es un “mediador”, que “restaura la igualdad” y corrige la injusticia”¹.

¹ Montejano, Bernardino: *“Filosofía de la función judicial”* en: *La Función Judicial*. Depalma. Buenos Aires 1981, p.1. Asimismo, Juan Monroy Gálvez señala sobre la esencia de juzgar: “Esto significa que regularmente vas a actuar cuando haya un conflicto entre personas que esperan de ti no un fallo justo – esa es teoría - ¡sino que les des la razón a como de lugar! Esto significa también que – con buena o mala fe-la mitad de lo que se afirma y “prueba” en un proceso es falso. Saber quien dice la verdad y merecer una decisión favorable es la esencia de juzgar. La experiencia te va a

Pues bien, esa “importante tarea práctica” que apunta a la realización de “fines valiosos” – como señala Montejano -, con una filosofía específica, en nuestro país alcanza en los últimos años, niveles históricos de desaprobación de más del 80% - aunque a decir verdad, es un nivel compartido también por los otros poderes del Estado - según las estadísticas respectivas, lo que trae como preocupación no sólo que los problemas de la administración de justicia en el Perú son endémicos, sino, lo más grave, que supuestamente no tendrían solución.

El problema de la administración de justicia en el Perú, tomado como endémico y sin solución nos es sugerido concluyentemente, al observar todos los intentos de reforma frustrados acaecidos a lo largo de nuestra historia² y la imagen que finalmente ha quedado plasmada de un “poder sin poder”, como definiría al Poder Judicial, un juez en 1977 citado por Luis Pásara³.

enseñar que no es solo tu cultura jurídica, la que te va a ayudar a resolver, la percepción de lo justo es intuitiva, además de racional”, en: Monroy Gálvez, Juan: ***Para “mi otro corazón”. Sobre derecho, proceso y otras angustias.*** Palestra Editores-Estudio De Belaunde & Monroy Abogados. Lima 2000, p.24. Igualmente, Francisco Távara: “Se puede afirmar que, de no existir la figura del juez, la sociedad llegaría a disolverse en la barbarie. Por ello, puede sostenerse sin temor a yerro o a caer en temeridad, que al juez le está asignado no sólo el imperio de la ley, en que el mandato de la nación sea observado, sino que, además, el magistrado está llamado a defender esta vocación histórica de nuestra sociedad de vivir bajo sombra proyectada por los valores de la civilización”, en: ***“Discurso de Orden conmemorativo en el Día del Juez pronunciado por el Vocal Supremo Doctor Francisco Távara Córdova, Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial”*** en: Homenaje a los Jueces e su Día. Corte Suprema de Justicia de la República. Lima 2003, p.28.

² En cuanto a las reformas judiciales en el Perú, Javier de Belaunde precisa: “Con frecuencia se dice que ha habido muchas reformas judiciales en el Perú. Esto es falso. Yo creo que solamente ha habido dos intentos de reforma judicial. El de la década del noventa y el del año 1976, protagonizado por los magistrados que puso Morales Bermúdez, que son, precisamente, esos magistrados de la Suprema a los cuales me he referido, cuyo nivel es excelente: Roberto Mac Lean, Mario Tovar, José Samanez Concha, entre otros. Una Corte Suprema verdaderamente de lujo”. En: ***Entrevista de Rosa María Palacios sobre Administración de Justicia: Javier de Belaunde/Fausto Alvarado/J. Francois Patthey.*** Justicia Viva. Lima 2004, pp. 9-10. En este mismo sentido Domingo García Belaunde señala: “Ahora bien, la reforma judicial como tema no es algo nuevo. En rigor se remonta – si queremos forzar la cuenta – a la década de 1930, pero con más exactitud, a los inicios de los años de 1960(...)Después vinieron una serie de reformas, en realidad mal pensadas y peor ejecutadas, que empezaron con el gobierno militar en 1969. A ella sucedieron dos más e incluso, se hicieron varios estudios sobre la materia, que al parecer no fueron tomados en cuenta”.(García Belaunde, Domingo: ***El Poder Judicial en la Encrucijada.*** Ara Editores. Lima 2004, pp. 21-22).

³ Pasara, Luis: ***Jueces, justicia y poder en el Perú.*** Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Lima 1982, p. 137.

Así, por ejemplo, la literatura se ha encargado de representar la idea de lo que ha constituido la administración de justicia en nuestro país. El “primer instante lúcido de la conciencia del Perú” – como calificó Mariátegui a Manuel González Prada – escribió páginas muy hirientes – pero acaso exactas – sobre los magistrados. En *Horas de Lucha*, en la parte titulada “Nuestros Magistrados”, muy ácidamente comienza explicando que en este apartado se ha referido primero a los abogados “porque el juez viene del abogado, como la vieja beata sale de la joven alegrona, como el policía y el soplón del ratero jubilado”. Agrega a lo dicho: “Como se busca un mal hombre para que pague un espinazo, así en los juicios intrincados se rebusca un juez para que anule un sumario, fragüe otro nuevo y pronuncie una sentencia donde quede absuelto el culpable y salga crucificado el inocente. Si por rarísima casualidad se topa con un juez íntegro y rebelde a toda seducción (masculina o femenina), entonces se recurre a una serie de recusaciones, hasta dar en el maleable y el venal. Si por otra rarísima casualidad, al juez apetecido no se le consigue en el lugar, se le *encarga*, se le hace venir desde unas doscientas o trescientas leguas”⁴. Más adelante dice: “No negaremos que por cada tribunal haya unos dos magistrados honorables y rectos, dignos de quedar en su puesto; mas no los nombramos para que todos, si leen estas líneas, gocen el placer de creerse las ovejas sanas en el rebaño enfermo. Jueces hay justos: no todas las serpientes ni todos los hongos encierran ponzoña mortal”⁵.

Por su parte, Ricardo Palma, desde su peculiar estilo, en su *“Don Dimas de la Tijereta”*, muestra a un escribano que pretende y llega a embaucar al propio diablo. Así, en un pasaje de la tradición se lee: “Afortunadamente para Tijereta, no se había introducido por entonces en el infierno el uso de papel sellado, que acá sobre la tierra hace interminable un proceso, y en breve rato vio fallada su causa en primera, y segunda instancia. Sin citar las Pandectas ni el Fuero Juzgo, y con sólo la autoridad del Diccionario de la lengua, probó el tunante su buen derecho; y los jueces, que en vida fueron probablemente literatos y académicos ordenaron que sin pérdida de tiempo se le diese soltura(...)Cumplióse la sentencia al pie de la letra, en lo que dio Satanás una prueba de que las leyes en el infierno no son, como en el mundo, conculcadas por el que manda y buenas sólo para escritas”⁶.

⁴ González Prada, Manuel: *Obras*. Tomo II Volumen 3. Ediciones Copé. Lima 1986, p. 125.

⁵ Ibidem, p. 126.

⁶ Palma, Ricardo: *Tradiciones Peruanas Completas*. Editorial Aguilar. Tercera Edición. Madrid 1957, p.517

Asimismo, José María Arguedas, tiene una visión del juez sometido ante el poder político cuando en *Todas las sangres*, se produce el encuentro entre don Fermín Aragón con un juez. Arguedas describe primero la miseria del juzgado: “El despacho del juez era más desmantelado y miserable que el del subprefecto, y tenía el olor característico de todos los juzgados de provincias donde los expedientes se arruman sobre mesas toscas que soportaban altísimas columnas de cuadernos. Además, olía a moho. Aragón se sentía allí como en la casa de un vecino hambriento y “despreciable” de San Pedro de Lahuaymarca”. Frente a la referencia hecha al juez por Fermín Aragón de contarle a un senador amigo, el amago de denuncia por desacato hecho por el juez, éste cede y se muestra complaciente con el poderoso, disculpándose de esta manera: “Yo le digo a usted que se vaya...No. Dispense, señor Aragón. He tenido muchos disgustos. Gano un sueldo de peón y tengo mucha familia. Dígale al senador que no olvide ese proyecto de aumentar en el presupuesto los sueldos de los magistrados. ¿Comprende?”⁷.

Por otra parte, resulta sintomático que los propios protagonistas de la administración de justicia – como los jueces y juristas -, señalen alguna circunstancia crítica importante en cuanto a su principal actividad u opinen al respecto.

Así, Luís Felipe Paz Soldán⁸ advierte que la Suprema Corte de Justicia establecida en 1824 sufriría su primera reforma en 1831, lo que conlleva una inestabilidad precoz, que se fue acentuando con los años.

Asimismo, J. Matías León señala lo siguiente: “Aunque el Poder Judicial ha soportado innumerables acechanzas, las generaciones anteriores a la actual supieron defenderlo por el doble motivo del interés y de la justicia. Estaba reservada a la nuestra el oprobio de consentir que se rompiera una gloriosa tradición republicana y se atentase contra la judicaria, cuya estabilidad tiene tan estrecha vinculación con el Derecho y el interés particular”. Este autor muestra su absoluto rechazo frente a lo que él llama la disolución del Poder Judicial acaecido en 1930⁹.

Se debe añadir lo manifestado por el doctor José Frisancho al asumir la Presidencia de la Corte de Justicia en el año 1949: “La circunstancia de que haya juicios sumarios

⁷ Barrig, Maruja: *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana. Antología*. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Lima 1980, p. 129 y ss.

⁸ Paz Soldán, Luís Felipe: *La administración de justicia en el Perú*. Imprenta del asilo “Víctor Larco Herrera”. Lima 1925, p.11.

⁹ León, J. Matías: *1930(La disolución del Poder Judicial)*. Lima 1936, p.14.

tramitados en años, y ordinarios hasta en decenios, contrariando el espíritu que anima nuestras leyes procesales, justifica la general opinión de que constituye uno de los peores males, intervenir en una litis invariablemente lenta y onerosa, que obliga a los hombres de trabajo, a merodear con los brazos caídos entre el Estudio del Abogado, la oficina del Actuario y el recinto de los Tribunales”¹⁰.

Resulta importante también lo dicho por el doctor Luís Antonio Eguiguren, Presidente de la Corte Suprema, quien en su *Memoria* en tal calidad, correspondiente a 1954, señala: “Una larga experiencia ha demostrado que en nuestro país, para la designación y elección de los magistrados, más gravitación tuvieron los factores de orden político que los propios méritos de los candidatos. Sin la recomendación de funcionarios políticos, los aspirantes sabían que no podían ingresar a la carrera judicial y, estando dentro de ella, que les sería muy difícil ascender si no contaban con el apoyo de senadores, diputados, ministros. Este sistema, impuesto por una realidad que no ha podido vencer la ley del Poder Judicial en 40 años, ha producido graves anomalías y desprestigio para la función judicial. Las razones se perciben fácilmente y la experiencia ha sido fecunda en ejemplos”.

También es necesario traer a colación lo manifestado por Leonidas Febres en cuanto las peripecias para ser nombrado Fiscal de la Corte: “Para ser nombrado, viéndome huérfano de influencias políticas, escribí al entonces General don Oscar R. Benavides, Presidente de la República, pidiéndole el cargo. Le recordé de las vinculaciones de su familia con familias del barrio El Beaterio de Arequipa, tales como los Arce, los Salas y los Benavides, a los cuales estuvo vinculada mi señora madre. Hube de recordarle que yo, como cronista del diario sureño “El Pueblo”, hice la relación de la apoteósica recepción que se le hizo a su llegada a la ciudad de Arequipa, con motivo de su triunfo de La Pedrería en la frontera con Colombia, en un conato de guerra, entre los dos países limítrofes por el Amazonas, Perú y Colombia. Sin duda, esto influyó en parte en el ánimo de tan ilustre militar, para ser nombrado, además que mi carrera, en primera instancia, había pasado de los 10 años...”¹¹.

En el mismo sentido, Domingo García Rada - en un testimonio vivo, como anota Basadre, al servicio de la verdad – refiere cómo se dio su elección a la vocalía suprema. El doctor García Rada recuerda que el candidato a juez o a vocal superior,

¹⁰ Citado en: Alegría Campos, Mario: *Poder Judicial: Reforma Urgente*. Callao 1971, p. 25.

¹¹ Febres, Leonidas: *Memorias de un juez*. Editorial Gráfica Stylo. Lima 1969, p. 29-30.

tenía un doble trabajo: primero pedir votos ante la Corte Superior o Suprema para que lo colocaran en la terna doble del juzgado o de la vocalía superior. Logrado esto – agrega nuestro autor citado –, debía pedir al Presidente de la República el nombramiento. Para la Suprema, el Ejecutivo presentaba una lista de diez candidatos – la decena – y el Legislativo elegía a uno de ellos. Pues bien, luego de conseguir nombres y direcciones de todos los representantes en el Congreso y, considerando desdoloroso ver a magistrados haciendo cola para hablarles en el propio recinto legislativo, decidió visitar personalmente a cada diputado y a cada senador en sus domicilios. “Era muy pesado hacer cerca de doscientas visitas en sitios extremos de Lima – aclara García Rada –, pero creía en lo que convenía a mis pretensiones”.

Pero lo más significativo de su elección se encuentra en la entrevista que tuvo con Manuel Prado: “Si – me dijo Prado – ya Víctor Andrés(Belaunde) me ha pedido por usted para que lo incluya en la decena y lo tendré presente. Entonces insistí haciéndole recuerdos de familia que sabía lo impresionaban. Además señor – agregué – en mi casa siempre he oído hablar de los Prado, porque mi abuela Juana Paz Soldán de Rada era muy amiga de la Señora Magdalena – la madre del Presidente – y mi tía Isabel Rada y Paz Soldán, hermana de mi padre, era su ahijada; mi bisabuelo Pedro Paz Soldán y Ureta fue Ministro de Hacienda del General Prado en 1867. Por el lado de mi familia política también ha habido gran amistad entre los Prado y los Yrigoyen y don Manuel Yrigoyen...Ah, no me hable usted de Don Manuel Irigoyen, que su memoria es sagrada para nosotros. No se preocupe usted y se despidió. Quedé muy contento con la entrevista y seguro de que cumpliría su ofrecimiento, lo que así ocurrió, pese a la oposición de sus partidarios...”¹².

Más recientemente, Sergio Salas Villalobos – Expresidente de la Corte Superior de Justicia de Lima - establece una visión sobre la administración de justicia. Así, señala un resquebrajamiento institucional, una falta de credibilidad y una inestabilidad jurídica, lo que ha traído como resultado final “un Poder Judicial sometido, desacreditado, nada confiable y por demás deslegitimado”. Agrega a lo mencionado la existencia de dos efectos: “...uno externo; la huída de los capitales nacionales e internacionales en un mercado en el que no se respetaban las leyes más básicas para asegurar riesgos de inversión. Otro interno: la desinstitucionalización del Poder Judicial como Poder soberano del Estado”.

¹² García Rada, Domingo: *Memorias de un juez*. Serie Clásicos del Derecho. Volumen VIII. Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel Augusto Olaechea” – Corte Superior de Justicia de Ica y Editorial San Marcos Lima 2004, p. 219.

Es precisamente este último punto, lo que interesa resaltar cuando más adelante profundiza en dicho aspecto: "...Se debe tener presente que más que un sistema de administración de justicia, la institución en sí misma es un Poder del Estado. Por ende, no es suficiente con la implementación logística y material, ya que por sí misma se corre el riesgo que simplemente se obtenga una buena oficina de administración de justicia y no un Poder del Estado. Para consolidar un Poder del Estado, deben considerarse implementaciones materiales y a la vez posiciones principistas. Es decir, la estructura orgánica de un Poder del Estado, debe sostenerse en pilares que representen la declaración de principios constitucionales y fundamentales que hagan posible su consolidación, de manera que permanezca en el tiempo y no sea posible su alteración por los cambios materiales y de recursos"^{13 14 15}.

A fin de darle una mayor nitidez a la imagen de la justicia que se tiene en el Perú – imagen que es justo reconocer se debe diferenciar de lo que realmente como justicia se tiene – es necesario complementar lo anteriormente reseñado con las estadísticas generadas en estos últimos años. Así, la percepción sobre corrupción en el Perú – en evaluación efectuada en el año 2003 – pone a nuestro país en la mitad negativa del índice (de 0 a 5), con la calificación de 3,7, en contraste con las cifras de Chile(7,4) y Uruguay(5,5); igualmente se tiene que en el Perú la prioridad para eliminar la

¹³ Salas Villalobos, Sergio: **Administración de justicia. Propuestas de planeamiento estratégico para el sostenimiento permanente del Poder Judicial**. Universidad Alas Peruanas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima pp. 9-11, p.29.

¹⁴ Resulta interesante lo relatado por David Lovatón en cuanto a lo ocurrido en los últimos tiempos: "Corría el año 1988 cuando comencé a practicar. Entonces tenía 22 años y, a diferencia de muchos compañeros de estudio, mi maestro de prácticas creía que se podían ganar los juicios sin corromper a jueces ni secretarios. Y así ocurrió(aunque con esfuerzo). Esta satisfacción personal me hacía soportar los desagradables recorridos por las sucias y oscuras oficinas de los secretarios civiles en el centro de Lima. Los juzgados laborales estaban un poco mejor ...pero no mucho. Había de todo: buenos, malos y pésimos secretarios(as) y jueces(zas) pero siempre hubo – felizmente- unos cuantos que miraban a los ojos cuando hablaban y hasta eran amables..."(Lovatón, David: **"Justicia y Democracia; ¿Aprendimos la lección?"**) en: *Ideele*. Revista del Instituto de Defensa Legal N° 134. Diciembre 2000, p.32)

¹⁵ Una visión importante es la asumida por Oscar Béjar Pereyra: "El Poder Judicial requiere una estrategia institucional orientada a la búsqueda de su autonomía e independencia de su judicatura, mejores condiciones de vida de los Magistrados, derecho al Juez natural y eliminación pronta de los magistrados transitorios(suplentes y provisionales) adecuada selección de Jueces, comportamiento ético de las partes en el proceso; diferencias básicas entre materias o juicios penales y civiles, instancias procesales, derechos de igualdad ante la ley de los litigantes; conocimiento sobre derechos humanos, entre otros aspectos"(Béjar Pereyra, Oscar: **"En búsqueda de respaldo de la sociedad civil al poder judicial peruano"**, en: *Iuris Omnes*. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. N° 4, Arequipa, Julio 2002, p.18).

corrupción radica en el Poder Judicial (35,0), seguido de los partidos políticos(15,9) y la policía(10,0); asimismo, la confianza que se tenía en el Poder Judicial ha decaído si se compara con el obtenido en 1996. Complementariamente, 12% de los encuestados considera que la justicia en el Perú brinda un servicio “muy bueno” o “bueno”; por el contrario, 57% de los encuestados considera que el servicio prestado por la justicia es “muy malo” o “malo”¹⁶.

Se podría elaborar una larga lista de todos los problemas que encierra la administración de justicia de nuestro país – problemas comunes también en el resto de países de la región andina¹⁷ -, lo cual - como se ha podido observar de lo anterior -, no es algo nuevo y que dicho aspecto no sólo compete al Poder Judicial sino que

¹⁶ Justicia Viva: **Descifrando la justicia N° 3**. Septiembre 2004.

¹⁷ Así lo expresan diversos autores, como por ejemplo Ernesto Lechuga: “Los procesos de reforma en los países de la región andina, se desenvuelven de acuerdo a modelos similares, por haberse encontrado que los problemas que aquejan a la justicia en la región no difieren mucho de un país a otro, por lo que, las soluciones podrían estar orientadas en un mismo sentido. Se ha podido identificar que en todos los países se presentan problemas como la inestabilidad de los aparatos judiciales, la ausencia de coordinación con los otros poderes del Estado, la corrupción como amenaza permanente sobre jueces y funcionarios judiciales. En el aspecto jurisdiccional, es común apreciar una excesiva carga procesal que rebasa la capacidad del sistema de justicia para procesar los conflictos sometidos a su arbitrio, un deficiente manejo y aplicación defectuosa de la jurisprudencia, así como inadecuados mecanismos de control para magistrados y funcionarios. En materia procesal, los problemas de administración de justicia pueden apreciarse en la falta de un seguimiento permanente en la tramitación de los procesos, la complejidad y rigidez de los trámites judiciales, la excesiva duración de los procesos y la falta de promoción de mecanismos alternativos para la solución de los conflictos, como herramienta eficaz para descongestionar los despachos judiciales”.(Lechuga Pino, Ernesto: **“Reforma y modernización de la administración de justicia en la región andina”** en: Revista de Iure. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 1 N° 1, Julio 1999, p.199); igualmente: “Al margen de las características particulares de los sistemas judiciales de cada uno de los países de la región andina, los diversos estudios y diagnósticos realizados han confirmado la existencia de algunos problemas que – más allá de grados y matices – resultan comunes a todos ellos. En el ámbito institucional, dichos sistemas judiciales se han caracterizado por carecer de independencia y estar subordinados a los órganos políticos, por su acusada resistencia al cambio; notorio atraso tecnológico; inadecuada gestión económica y administrativa, por la ausencia de un auténtico sistema de carrera judicial y el predominio de la politización o partidización en la selección, nombramiento, promoción y sanción de magistrados, por la existencia de alarmantes niveles de corrupción e impunidad en el funcionamiento del aparato judicial. Las cosas no han sido mejores en el ámbito de la función jurisdiccional. La regla ha sido la baja calificación profesional de magistrados y funcionarios administrativos, la deficiente motivación de las resoluciones, el predominio de criterios formalistas y la ausencia de una verdadera jurisprudencia, dotada de calidad y previsibilidad, la morosidad en la tramitación de procesos, en parte por la sobrecarga y congestión procesal”.(En: **La Reforma Judicial en la Región Andina**. Comisión Andina de Juristas. Lima 2000, pp.19-20).

involucra a diversos actores como el Ministerio Público, abogados, universidades, en fin a todos los ciudadanos.

El desarrollo anterior es indispensable para darnos una idea de cómo el Poder Judicial se ha ido desarrollando en nuestro país y, qué idea tiene la sociedad de dicho poder del Estado, reflejado en la literatura, los abogados, los teóricos del derecho y en las opiniones de los mismos protagonistas como son los propios magistrados.

2.2.- LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL PODER

No obstante lo anterior, se tiene que el principal problema de la administración de justicia es uno de orden político. Es más, el criterio expuesto ya había sido explicado por Pásara en la década de los ochentas, cuando señala que el nudo central de la problemática de fondo de la justicia reposa sobre la relación entre la administración de justicia y el poder¹⁸. Más aún – añade – es el tipo de relación con el poder que se ha establecido en nuestra sociedad lo que puede señalarse como causa de las estrecheces de medios materiales que padece la administración de justicia. Abundando en este punto, Pásara refiere que la introducción de mayores recursos materiales y humanos, ciertamente, despejará algunos de los obstáculos que, a la hora de resolver la problemática judicial, hoy adquieren – continúa diciéndonos – el peso de **questiones previas**. “Para empezar, es necesario reconocer que administrar justicia no es un asunto fundamentalmente técnico, aunque un lenguaje artificioso pueda crear esa falsa impresión – concluye -”¹⁹.

Lo cierto es que debemos hacer una precisión en cuanto a que, habiéndose identificado el nudo central de la problemática de la administración de justicia en su relación con el poder, habría que añadirle que esta relación obedece a una determinada forma de concebir un sistema o una forma de gobierno, que ha traído como consecuencia que históricamente se pretenda asignarle al juez una función totalmente insostenible en la actualidad.

¹⁸ Tan importante y problemática es la relación administración de justicia y poder – aspecto que se mantiene intacto - que es el principal punto tratado en: **Cambio en el sistema de justicia: Entre la expectativa y la incertidumbre**. Justicia Viva. Lima 2003.

¹⁹ Pásara, Luis: Ob. Cit. Lima 1982, pp. 13-14.

Como se ha podido apreciar en el capítulo anterior, García de Enterría señala que la idea de que no hay libertad sin Ley, es central si se examinan a los grandes ilustrados del siglo XVII y XVIII, como Locke, Rousseau, Montesquieu, entre otros. Y esto motivó que el juez se sujetara a lo señalado en la ley, un simple aplicador de la misma.

Sin embargo, esa concepción no se ha mantenido inalterable. Así, para García de Enterría, serían dos hechos consustanciales los que habrían traído como consecuencia otra forma, otro modo de asumir la tarea del juez, subsumida en una democracia distinta. En primer lugar, la consagración jurisprudencial de la técnica de los principios generales del Derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de la Ley, sino como elemento informador del ordenamiento político. Asimismo, en segundo lugar, la instauración de la justicia constitucional en Europa, en la segunda posguerra europea, partiendo dicha justicia de la consideración de la Constitución como norma jurídica, norma invocable en juicio por los ciudadanos y no sólo organizadora de los poderes superiores, como se estimaba hasta entonces, pasando así los derechos fundamentales a ser directamente operativos, sin necesidad de la intermediación legal, instaurándose como los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. García Enterría concluye: "...todo ello lleva a que el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica, pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico. Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica, lo cual ha restituido a los jueces su papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico como instrumentos cualificados e imprescindibles de éste"²⁰.

Como se puede apreciar, el juez asume una actitud distinta, dinámica dentro de una sociedad democrática, moldeadora de la misma, donde ley e interpretación en base a valores y a la observación de la vida humana social, van a ser elementos preponderantes en el rumbo de un país como el Perú²¹. El papel del juez deberá ir

²⁰ García de Enterría, Eduardo: Ob. Cit., Madrid 1997, pp. 48-49.

²¹ "En general, el poder de interpretación del juez ordinario es la expresión del difícil papel que debe cumplir la magistratura en el Estado Constitucional – que al decir de Zagrebelsky – "se trata de una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tienen paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos...". En: Gonzáles Mantilla, Gorki: **"El secreto de la ratificación y la subordinación como consigna: el juez fungible"** en: **Cuadernos de Política Judicial**. Año 1 N° 1. Pontificia Universidad Católica del Perú – Palestra. Setiembre 2003, p.70.

necesariamente enmarcado, por la tarea de construir un real poder del Estado, como lo es el Poder Judicial, dotándolo del efectivo alcance que le cabe en el mundo contemporáneo²².

Sin embargo, la forma convencional de observar la administración de justicia y la función del juez en relación al poder, es predominante, y alcanza ribetes especiales en una sociedad como la peruana. Tenemos aspectos representativos de esta posición, como el concebir un juez apolítico en su tarea; asimismo, asocial y legalista, incapaz de ser un creador de derecho; una concepción perniciosa de la autonomía e independencia judicial; y, finalmente, un juez atado estructural y psicológicamente a la perspectiva valorativa de los que detentan el poder.

Así, el juez apolítico – consecuencia de la división de poderes en la teoría liberal del Estado – tiene como características, ser ajeno a todo lo que no constituyen pruebas habidas en un expediente y asimismo, sujeto estrictamente a las normas legales o legalismo²³. Es así como se presenta el excesivo formalismo, que al decir de Teresa Ciudad y Alonso Zarzar significa: “Ser formalista es en apariencia sujetarse al mandato exclusivo de la ley, descartando en la decisión judicial todo elemento extrajurídico, especialmente el interés del poder. Pero, al mismo tiempo, ser legalista implica la defensa de intereses que el propio poder ya ha formalizado en el cuerpo legislativo”²⁴.

Esta imagen del juez sujeto a un orden establecido, es complementada por una justificación de ese estado de cosas en la ley. El juez entonces, justifica su actuación en la existencia de la ley, autoprohibiéndose ser creador de derecho. Así queda establecido en el siguiente fragmento expresado por el Presidente de la Corte Superior de Lima: “sufrimos de equivocadas como punzantes críticas en nuestras resoluciones (...) el juez no puede erigirse a fuerza de interpretar la ley, en legislador por culpa del

²² “Y es que, en definitiva – opina Siles Vallejos -, vivimos un nuevo momento histórico en el cual la actividad jurisdiccional pasa a ocupar, junto a otros temas recientemente relevantes – la reducción del aparato estatal, la desregulación de los mercados, la privatización de los servicios básicos, etcétera -, el centro de la discusión política. De pronto, la atención ya no está puesta preferentemente sobre los Parlamentos, las instituciones electorales o la Administración, sino sobre el desempeño de la magistratura. Se ha formado, en los últimos años, un sólido consenso acerca del rol preponderante que juegan los sistemas judiciales para el mantenimiento del “Estado de Derecho”, sin el cual no hay “democracia” ni “desarrollo”” (Siles Vallejos, Abraham: **Modernización y Reforma de los Sistemas de Justicia en América latina y el Caribe**. Investigaciones. Volumen 1. Consejo de Coordinación Judicial. Enero 1998, pp.15-16)

²³ Pásara, Luis: Ob. Cit., p. 49.

²⁴ Ibidem, p.129

envejecimiento de los preceptos legales (...) porque, de serlo, significaría erigir la voluntad del Juzgador en fuente generadora de derecho, lo que es doctrinariamente inadmisibles y muy peligroso”. Esto hace decir a Pásara que la revolución no pasa por el Palacio de Justicia sino por el Parlamento²⁵.

2.3.- PODER JUDICIAL, FUNCIÓN JURISDICCIONAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL

2.3.1.-AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

La autonomía de la función de administrar justicia también es una consecuencia de la división de poderes, autonomía en base a la cual, el Poder Judicial era capaz de contrapesar – teóricamente - a los otros poderes²⁶. Sin embargo, el desarrollo de esta

²⁵ Ibidem, p.40.

²⁶ Necesitamos tener en cuenta algunos conceptos en relación a la independencia del Poder Judicial y del juez. Así, José Antonio Martín Pallín señala –comentando lo correspondientemente establecido en la Constitución de 1979 – que la independencia personal de los jueces se asienta en tres puntos: a) Independencia respecto de la sumisión exclusiva a la Constitución y a la ley; b) Inamovilidad en sus cargos mientras observen conducta e idoneidad propias de su función; y, c) Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía. (En: **Perú: La Independencia del Poder Judicial. Informe de Misión** por: José Antonio Martín Pallín. Centro para la Independencia de los Jueces y Abogados. Comisión Internacional de Juristas. Lima 1989); de similar manera, Marianella Ledesma Narváez: “...la independencia del magistrado, entendida esta como que el juez toma solamente la evidencia producida con respeto a los hechos del caso, las disposiciones constitucionales y legales, y el propio sentido de justicia y equidad. Cualquier otro factor, sea interno o externo, tendente a influir sobre la decisión del Juez, debe ser considerado contrario a su independencia en el sistema judicial. La independencia externa es la que garantiza al magistrado su autonomía respecto a poderes ajenos a la propia estructura institucional judicial; en cambio, la independencia interna es la que garantiza su autonomía, respecto del poder de los propios órganos de la institución. Ambas formas de autonomía son necesarias para posibilitar la independencia moral del juez, y consiste según Eugenio Zaffaroni en dotar a éste del espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento del Derecho...” (En: Ledesma Narváez, Marianella: **Jueces y Reforma Judicial**. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1999, pp. 159-160); asimismo Mario Pasco Cosmópolis señala que “...para reformar al Poder Judicial, la autonomía no debe ser un simple efecto o consecuencia, sino que es y tiene que ser un prerrequisito, no una meta sino un punto de partida” (en: **Cincuenta Artículos Perecibles**. Edición del Autor. Lima 2001, p.133); igualmente José Bernardo Monje Prado: “La idea de independencia judicial se vincula estrechamente con la idea de Estado de Derecho, como uno de sus elementos esenciales. En consecuencia, es precisamente de esta idea de donde el concepto independencia judicial extrae su significado más amplio,

“separación” del poder del Estado mencionado lo lleva – como advierte Pásara – a desentenderse de los contenidos en el ejercicio de esos poderes. La autonomía deviene en aislamiento²⁷. El autor citado se pregunta sobre la significación de la autonomía o independencia judicial.

Al respecto, advierte dos niveles distintos. Uno, más concreto y preciso, es la inflexibilidad del juez ante las presiones que buscan que decida en un sentido

siendo éste el que la administración de justicia no debe estar supeditada a los órganos del poder político. La independencia del poder judicial se entiende comúnmente en su reducción psicológica, referida a los jueces o magistrados, significando la inmunidad(o libertad de) que ellos debieran tener para “juzgar en conciencia”, es decir, libres de las influencias(por solidaridad, por soborno o por miedo) de personas o grupos ajenos al sumario. El símbolo que representa la justicia como una matrona con los ojos vendados hace alusión a esta independencia o libertad de juicio según deberían actuar los tribunales de justicia. Pero la idea de independencia judicial, en atención a esa complejidad de la que hablamos, implica una doble concepción. Por una parte, la independencia funcional, que refiere a la concepción valorativa de la independencia judicial y, por la otra, la independencia como garantía. La primera de las acepciones se refiere a una regla básica de cualquier ordenamiento en virtud de la cual el juez, en el ejercicio de su función, debe estar sometido únicamente a la legalidad, es decir, al sistema de fuentes del derecho vigentes en el sistema jurídico al que pertenece. Por el contrario, la independencia judicial, entendida como garantía, es un conjunto de mecanismos tendentes a salvaguardar y realizar ese valor, incluso, a través de principios distintos al de la independencia. Algunos autores afirma incluso que es esta la independencia judicial en sentido estricto”(Monje Prado, José Bernardo: **“Autonomía e independencia del Poder Judicial”** en: **Reforma del Sistema Judicial en el Perú**(Congreso Internacional. Comisión Ejecutiva de Publicación del Congreso Internacional sobre la Reforma del Sistema Judicial en el Perú. Colegio de Abogados de Lima, Lima 2004, pp. 30-31); también: “En términos sencillos, la independencia judicial puede ser definida como la presencia de una actuación jurisdiccional libre de interferencias e influencias, de manera tal que los jueces decidan solamente conforme a Derecho y no basándose en criterios extrajurídicos, sean estos políticos, económicos, culturales y/o sociales”(en: **Manual del sistema peruano de justicia**. Justicia Viva. Lima Octubre 2003, p.202); igualmente: “La Carta Democrática Interamericana en su artículo 3º establece, entre los elementos de una democracia representativa, la “separación e independencia de los poderes públicos”. En relación a la función judicial del estado, ello es factible cuando la imagen del juez y sus capacidades reales impiden la imposición y la injerencia de otros poderes estatales”, en: Mendoza Cánepa, Raúl: **“Independencia Judicial: el juez, ¿un modelo para armar?”** Comisión Andina de Juristas. Lima 2005, p.11); también lo dicho por José Francisco Rezek: “La independencia de jueces y abogados no es un fin en sí mismo; es un medio, u instrumento puesto en beneficio de la colectividad. La magistratura nada debe reclamar por amor al privilegio de sus miembros o por el gungto a una olímpica afirmación de poder. Su independencia y su dignidad deben defenderse en el interés común de nuestros pueblos, y de modo muy especial a favor de los estratos que más intensamente dependen de una justicia libre, eficaz, altruista, honrada y sabia”. Citado por Reed Brody en: **“La independencia de jueces y las garantías de la administración de justicia”** en: García Sayán, Diego(Editor): **Poder Judicial y Democracia**. Comisión Andina de Justicia - Centro para la independencia de jueces y abogados. Lima, abril 1991, p.67.

²⁷ Pásara, Luis: Ob. Cit., p.50.

determinado un caso en concreto a resolver; el segundo nivel, aparece ligado a un aislamiento social del magistrado como presupuesto de la autonomía e independencia que se plantea, ya que está referida a alejarse de lo ocurrido en la sociedad. Es frente a este segundo nivel, que Pásara se pregunta si es posible tal aislamiento personal. “Podemos expresar – concluye – la objeción de esta otra forma: si la concreción de la autonomía judicial que se pretende consiste en un requisito imposible para los jueces – como imposible es esa aludida separación respecto a lo que transcurre en la sociedad – entonces la pretendida autonomía tampoco es posible”²⁸. Habría, pues, un mito de la independencia judicial – en el último sentido propuesto por Pásara - y esta “hace posible que el Estado “se someta” a la decisión de los jueces y que se aminore así la percepción social de un poder arbitrariamente ejercido desde el aparato estatal – no importa a través de cual de sus ramas”²⁹.

Asimismo, debe indicarse la existencia de un juez atado estructural y psicológicamente a la perspectiva valorativa de los que detentan el poder. Así, los jueces comparten – señala Pásara - con quienes están en el poder, una adhesión muy grande a la necesidad de contar con estabilidad y orden como valores superiores y enfrentables a cualquier otro. Griffith – citado por el autor peruano - opina lo siguiente: “Tanto en las sociedades capitalistas como en las comunistas, el poder judicial ha servido naturalmente a las fuerzas políticas y económicas prevalecientes (...) en vano criticar a las instituciones por desempeñar la tarea para las que fueron creadas y que durante siglos han desempeñado (...). La confusión aparece cuando se pretende que los jueces son de alguna manera neutrales en los conflictos entre aquéllos que desafían a las instituciones existentes y aquellos que las controlan”³⁰. Es así, que “es la posición de poder que los jueces ocupan en su función lo que los ata, estructural y psicológicamente, a la perspectiva valorativa de quienes detentan el poder, aunque en el caso peruano la forma de dominio político imponga que esa atadura se cautele de modos que no siempre pasan por el convencimiento genuino del magistrado”³¹.

De allí que resulte ejemplificativa - y hasta se podría calificar de dolorosamente cierta – la actitud de algunos magistrados que son concientes de sus límites al impartir justicia, como es el caso de lo que manifestó el doctor Carlos Montoya Anguerry, con ocasión del discurso por el día del juez, el 4 de agosto de 1980:

²⁸ Ibidem, p. 52.

²⁹ Ibidem, p. 130.

³⁰ Pásara, Luis: Ob. Cit., p. 69.

³¹ Ibidem, p.68.

“el juez sabe que la repercusión de su fallo no es particular, sino general. Y aun conociendo esta dimensión de su trabajo y aún más, sabiendo que existen causas y efectos sociales, que hay una injusticia consagrada, que hay explotación y miserias generales, que hay una concatenación de fuerzas sociales y económicas, de intereses aún bastardos, de presiones y fuerzas transnacionales que agobian a la patria, teniendo conocimiento de que los efectos sólo se resuelven si se atacan las causas, sin embargo, debe limitarse, restringirse, constreñirse a la resolución del caso particular.

“Pudiendo (...) diseñar soluciones generales, concebir líneas de política económica-social, de alzar el brazo para reivindicar a su pueblo (lo que para algunos resultará una contradicción o una audacia), está empero conscientemente dirigido a dictar resoluciones concretas, simples, sencillas. Pague una pensión alimenticia de tantos soles; pague su deuda; quédese un tiempo en la cárcel, repare el daño causado, devuelva el inmueble. Estas son sus decisiones, éstas son sus más poderosas intervenciones, mientras la injusticia general, la situación de conflicto general, que incluye la desnutrición y la frustración de miles de niños, sin futuro, todo lo que está incluido en su bagaje cultural, continúa vigente”³².

Son las anteriores palabras, una muestra palpable que en el caso de algunos jueces peruanos – esperaríamos que de todos -, no existe una defensa de los intereses predominantes por una cuota de cinismo o por un convencimiento ideológico al respecto, si no, por el contrario, existe una manifiesta actitud de cambio latente.

Ahora bien, la independencia puede ser vista en tanto un modelo del sistema judicial incorporado en la Constitución, que permita que el Poder Judicial sea efectivamente un Poder del Estado. En relación a este punto, Juan Monroy nos habla de tres modelos de sistema judicial³³.

Así, en primer lugar, se encuentra el llamado modelo represivo. Este se caracteriza porque el control sobre los jueces lo ejerce una autoridad superior. Además, significa que los jueces mantienen una relación de dependencia respecto de aquella. Se trata, entonces, de un sistema que se explica en un determinado momento de la evolución

³² Ibidem. p.70.

³³ Monroy Gálvez, Juan: “**De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oxymoron?** En: **Cuadernos de Política Jurisdiccional Nº 1**. Pontificia Universidad Católica – Palestra. Setiembre 2003, pp.56 y ss.

histórica de las organizaciones políticas pero que debido al desarrollo y solidez de la vigencia de los derechos fundamentales debe ser repudiado por siempre. Como ejemplos concretos de este modelo, Monroy cita a los sistemas judiciales fascista y soviético y también al nazi.

Otro modelo de organización social es el llamado corporativo – autónomo. Consagra un principio extremo: la independencia absoluta de los jueces. Este se concreta por medio de la creación de un cuerpo autónomo que se dedica, única y exclusivamente, a resolver conflictos, de manera absolutamente separada de la sociedad y del gobierno. Se cita como ejemplo concreto lo ocurrido en la Francia prerrevolucionaria con los llamados Parlamentos, que eran cuerpos independientes de nobles y de algunos miembros de la alta burguesía quienes adquirirían tal calidad y se dedicaban a resolver los casos, cobrándole a tal efecto a los litigantes.

Un tercer modelo es el denominado democrático, y su principal rasgo es que está diseñado para responder a las exigencias de la comunidad en donde previamente se reconoce la existencia de una fragmentación social que tiene distintos orígenes como la desigualdad económica, étnica, religiosa o sexual, por citar las causas más comunes. Este modelo centra en la figura del juez, quien debe ser un sujeto que debe asumir la responsabilidad de su función, y, como complemento de lo anterior, el juez debe adquirir conciencia que en ejercicio de su función de impartir justicia no puede ni debe subordinarse a los órganos políticos del Estado, a los partidos políticos ni a las organizaciones que lo consideren un instrumento de sus objetivos.

Teniendo en cuenta lo anterior, Monroy señala que entre los sistemas judiciales más reconocidos, está el sistema judicial francés, que sería el heredado por el modelo judicial peruano. Así, el autor citado observa que una “organización napoleónica del Judicial”, como denomina al modelo en mención, es administrar justicia, sabiendo que se le niega de esa forma la calidad de poder al Judicial. Concluye que: “El resultado, como no podría ser de otra manera, es una organización judicial absolutamente anacrónica y responsable, en considerable medida, de la vigencia de un modelo liberal de gobierno en donde el juez tiene una función social y política nula, en tanto no ha dejado de ser otra cosa que el instrumento para la vigencia de un ordenamiento jurídico que reproduce relaciones sociales de dominación, las que aseguran la marginación y la explotación de las grandes mayorías, además del sometimiento del poder central a los mandatos de la economía mundial, aquella que, cínicamente, convierte las desgracias colectivas que sufrimos – desocupación y pobreza – en

cálculos aritméticos que se reflejan en una pequeña franja en su pasivo, llamada “costo social”. Un cambio radical en lo que tenemos actualmente en el país, pasa por recuperar para la actividad judicial lo que realmente es la expresión de un Poder con todas las implicancias que ello significa, sobre todo, su vigencia política”³⁴.

Por otra parte, la independencia debe ser también observada en tanto exista autonomía en la determinación del presupuesto de la institución Poder Judicial, así como en su manejo. Por ejemplo, Wilson Hernández Breña llama la atención en cuanto a que es recién con la gestión de Walter Vásquez Vejarano –Presidente del Poder Judicial en el Perú 2005-2006 -, que se introdujo una metodología específica para el recojo de necesidades de cada Corte, centrada en el desarrollo de talleres con la participación de miembros de la institución y de otros funcionarios públicos y miembros de la sociedad civil, teniendo como propósito revisar las propuestas no atendidas en el presupuesto en curso y, a partir de ello, delinear la vigencia de tales necesidades y plantear algunas otras. Se remarca que tradicionalmente la elaboración del presupuesto del Poder Judicial no había gozado de importantes niveles de participación de quienes integran la institución, ni menos de quienes se encuentran fuera³⁵ ³⁶. Es claro entonces, que una cuota de independencia se encuentra relacionada con el manejo autónomo que se haga del presupuesto de la institución Poder Judicial. No hay independencia institucional sin autonomía presupuestaria y económica.

Y, finalmente, la independencia puede ser observada también en cuanto el Poder Judicial cumpla con la orientación jurisprudencial, en relación a los Plenos Jurisdiccionales. En relación a este punto, Raúl Mendoza Cánepa, comienza estudiando el concepto de independencia, señalando que uno de los aspectos a considerar dentro del término, es el que algunas de las decisiones judiciales puedan ser consideradas con carácter de vinculantes sobre todo en lo que se refiere a aspectos constitucionales. Es más, luego añade que el juez debe ser un sujeto creador de derecho, que debe buscar escapar del sistema legalista. Así, Mendoza Cánepa concluye que: “Los jueces sólo reconocen una función referida en exclusiva a cada caso particular. Sus sentencias no tienen mayor efecto que el de satisfacer el interés

³⁴ Ibidem, p. 60. Puede verse también: Monroy Gálvez, Juan: **“Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”** en: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima 2005.

³⁵ Hernández Breña, Wilson: **“Del discurso a la práctica en el proyecto de presupuesto judicial 2007”**. Justicia Viva. Lima 2006, pp. 73-74.

³⁶ Ver también al respecto: O’Brien Neira, Eduardo: **“El presupuesto de la Administración de Justicia: Análisis de los cuatro pliegos vinculados al sistema”**. Justicia Viva, Lima 2003.

de alguno de los litigantes. Esto descompone la función social del juez. Así, si los jueces carecen de mayores incentivos para fundamentar con solvencia académica sus fallos, lo más cómodo es plegarse al interés de alguna de las partes no sólo por vocación de Derecho sino por agregados crematísticos. Las decisiones pierden la posibilidad de la rigurosidad y se toman ligeras. Por no ser modelo de nada, sus sentencias pueden abusar fácilmente de la arbitrariedad. La corrupción no sólo es intercambio de bienes en contra de la ley sino también negligencia o ligereza en el acto de decidir el derecho³⁷.

Entonces, de todo lo anterior desarrollado, podemos concluir que la independencia judicial es una actitud - por decirlo de alguna manera - de la institución Poder Judicial, de, en primer lugar, sentirse y creerse un poder del estado, como en verdad lo es y, a partir de ello, plantear una autonomía frente a los otros poderes del estado y frente a aquellos poderes que existen en la sociedad como el que deviene de lo político y lo económico. Esta independencia de la institución - a la que con propiedad se suele denominar autonomía - debe ir aparejada con una independencia de los jueces a nivel interno frente a los otros titulares de los órganos jurisdiccionales, lo que se define como independencia interna.

Lo anterior es necesario remarcarlo, pues la independencia del Poder Judicial es lo que viene siendo amenazada por una actitud del Tribunal Constitucional, es decir autonomía de un poder constituido frente a la actitud de otro poder constituido. Como se verá en su momento, una de las formas en las que se verifica esa pérdida de independencia judicial o autonomía es lo que ocurre con la denominada "cosa juzgada constitucional".

2.3.2.- PODER JUDICIAL, INDEPENDENCIA Y CONSTITUCIÓN

Más allá de lo que se podría consignar como lo ocurrido o desarrollado fácticamente en cuanto a la relación entre Poder Judicial y el poder, y dentro de ésta relación observar cómo se ha presentado el cumplimiento de la función jurisdiccional, lo cierto es que lo que nos interesa prioritariamente es el diseño constitucional en relación al Poder Judicial, teniendo como basamento una democracia constitucional y como principio la independencia.

³⁷ Mendoza Cánepa, Raúl: *Independencia judicial: El juez ¿un modelo para armar?*. Comisión Andina de Juristas, Lima 2005, p. 71.

Así, la administración de justicia en la Constitución de 1993 – como aclara Enrique Bernalles - comprende tres campos. En primer lugar, la composición y funciones principales del Poder Judicial; en segundo lugar, el reforzamiento del Consejo Nacional de la Magistratura; y, por último, el tratamiento del Ministerio Público³⁸.

En el artículo 138º de la Constitución se establece que – en relación al Poder Judicial – la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Se establece además que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera e igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Comentando este artículo, Enrique Bernalles sostiene que recoge la concepción obrante desde los primeros momentos de la Teoría del Estado, en la cual se reconoce como uno de los atributos esenciales de la soberanía el de administrar justicia. Agrega que esta concepción asumida es trasladada automáticamente a una forma semejante a la de la teoría de la representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y por la ley. No obstante lo anterior, concluye que la declaración de que la potestad jurisdiccional pertenece al pueblo, no es sino pura ficción y que debía implementarse un procedimiento democrático para viabilizar el nombramiento de magistrados, como en buena cuenta se ha hecho con el Consejo Nacional de la Magistratura.

Por otra parte, agrega como comentario, que debe tenerse presente que el sistema peruano de control de constitucionalidad es mixto, ya que por una parte rescata el control difuso asignado a los órganos jurisdiccionales y, de otra, instituye al Tribunal Constitucional, cuyas decisiones tienen el carácter erga omnes.

Se debe tener en cuenta que cuando se habla de administración de justicia no sólo se ejerce por el Poder Judicial, lo cual puede ser mal comprendido al leer el artículo constitucional citado. Así, como apunta Marcial Rubio, la administración de justicia es compartida por - obviamente - el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado

³⁸ Bernalles Ballesteros, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Constitución y Sociedad. Tercera edición, Lima 1997, p. 632.

Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, y, los denominados tribunales militares³⁹.

Por otra parte, en el artículo 139° de nuestra Carta Magna se prescribe sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional, entre otros, sobre la unidad y exclusividad de la misma, señalándose que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, no habiendo asimismo, proceso judicial por comisión o delegación; igualmente se establece la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, especificándose que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, no afectándose con lo anterior el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. Se tiene además la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional, la publicidad en los procesos, la instancia plural, la indemnización en el error judicial, etc.

Mención especial se debe hacer en cuanto a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Al tratarse esta en el artículo 139° inciso 2) se relaciona la independencia de la función jurisdiccional con la institución de la cosa juzgada de manera expresa.

Marcial Rubio⁴⁰ nos recuerda que la actividad jurisdiccional es independiente en los siguientes sentidos. Uno, primero, orgánicamente en palabras del autor citado, porque los órganos que ejercen jurisdicción no dependen de ninguno otro en el ejercicio de tal función. El mandato de la Constitución – aclara – es que tengan total independencia.

Explica Rubio que el concepto de independencia tiene que ser no sólo formal, sino también real porque atañe no a la estructura de funciones sino a la manera como la función jurisdiccional es ejercitada.

Esto quiere decir – continua diciendo el jurista peruano – que tanto el órgano jurisdiccional como el ciudadano interesado, y todos aquellos que deben velar por el

³⁹ Rubio, Marcial: *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Tomo 5. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1999, pp. 11-12.

⁴⁰ Ibidem, p. 38.

cumplimiento de la Constitución y la legalidad entre los cuales está el Congreso, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, tienen el deber de garantizar que la administración de justicia se ejerza con total independencia orgánica, de Derecho y de hecho. El deber que se enuncia, incluye rechazar las presiones que puedan venir desde dentro mismo del Estado, como por ejemplo, el manejo arbitrario de la asignación de recursos presupuestales y otras maniobras ilícitas de esta naturaleza, que puedan influir en las decisiones jurisdiccionales.

En segundo lugar, otro sentido de la independencia en la actividad jurisdiccional es lo que atañe a lo funcional. Así, Rubio establece que funcionalmente, se debe tomar en el sentido que cada persona que ejerce la jurisdicción debe mantener su independencia de criterio, inclusive frente a sus superiores jerárquicos. Así, un juez puede emitir una sentencia que sea revisada luego por una sala de su Corte Superior pero, al emitirla, no debe recibir presiones de dicha Corte sino resolver según su propio criterio. Desde luego, parte de su criterio será tomar en cuenta la jurisprudencia que las instancias superiores consideran como precedente obligatorio. Puede ser que vayan contra su conciencia, pero el precedente jurisprudencial forma parte del Derecho tanto como el texto de una norma o de la propia Constitución y, en tal sentido, es norma jurídicamente obligatoria. A lo que hace referencia Rubio - especifica este autor – es a que no se debe aceptar ni el superior pretender, ejercer influencia en la manera como su conciencia aprecie los hechos y el derecho aplicable.

Por otro lado, la institución de la cosa juzgada como consustancial a la independencia debe observarse como explica Aníbal Quiroga de la forma siguiente⁴¹. Así, el atributo jurisdiccional está definido por la facultad exclusiva y excluyente para determinar el derecho mediante una declaración de certeza, en un caso concreto, de modo válido y definitivo. Es precisamente esta definitividad la que le otorga el atributo de la cosa juzgada como autoridad y eficacia de la sentencia judicial cuando no existan medios que permitan modificarla, de allí que sus tres principales características estén definidas por la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Por la primera se entiende la firmeza de un fallo judicial que impida su revisión; por la segunda la imposibilidad de ulterior modificación; y, por la tercera, la posibilidad de cumplimiento, exigencia y ejecución.

⁴¹ Quiroga León, Aníbal: **“Las garantías constitucionales de la administración de justicia”** en: Varios Autores: La Constitución diez años después. Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, Lima 1999, pp. 323-324.

Explica seguidamente Quiroga que la garantía de la cosa juzgada como elemento fundamental del Debido Proceso Legal tiene un necesario sustrato en el que aparece la necesidad jurídica de que la sentencia judicial, la declaración de certeza asegure a las partes en conflicto una solución cierta de interés en disputa y, en función de ello, se otorgue al medio social la necesaria paz colectiva que asegura las relaciones de los ciudadanos en conjunto.

Por otra parte, Juan Monroy⁴² al respecto señala que para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña - señala Monroy - a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada. No todas las decisiones últimas de un proceso – aclara el autor citado – están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, ésta sólo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso.

Más adelante, no obstante, Monroy hace una precisión a lo referido en el párrafo anterior. Así, nos dice que hay algunas resoluciones que excepcionalmente adquieren la autoridad de la cosa juzgada, a pesar de no referirse al conflicto de fondo, es decir, a la fundabilidad de la pretensión. Hace referencia a aquellas decisiones que declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la pretensión) que ya no puede ser resarcida por el demandante. Son, por ejemplo, los casos de las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada.

Precisa además Monroy que un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta. Es un requisito que la resolución sea última, a pesar de lo cual, anota Monroy que no se descarta su revisión judicial en determinadas circunstancias.

De manera que la cosa juzgada es una garantía que se erige en la expresión más definida de la independencia judicial, su concretización, lo que se encuentra

⁴² Monroy Gálvez, Juan: *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Temis y De Belaunde y Monroy. Santafé de Bogotá 1996, pp. 86-87.

establecido plenamente en nuestra Constitución vigente. Al afectar la cosa juzgada se afecta ineludiblemente la independencia judicial, por más que se pretenda justificar dicha afectación por medio de la salvaguarda de lo “constitucional”. Y, al afectar la independencia judicial, se afecta lo más importante en tanto institución que constituye por lo menos en el diseño constitucional un poder del estado.

2.4.-PODER JUDICIAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Como justicia constitucional o jurisdicción constitucional suele denominarse al conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o el dogmático. Dentro de ella – aclara Domingo García Belaunde – tienen destacada importancia el control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos humanos. Asimismo, se tienen como “modelos de jurisdicción constitucional” a aquellas formas, usos, estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la constitución y su defensa. Entre los modelos a considerar se encuentran el “difuso”, el “concentrado” y el llamado “político”⁴³.

Ahora bien, si de la revisión de nuestros primeros textos constitucionales no es posible saber específicamente cuál es el modelo de control constitucional adoptado, lo cierto es que bien puede señalársele como “control político” o “modelo político”⁴⁴, en tanto, en la primera Constitución de 1823⁴⁵ se estableció que el control de constitucionalidad

⁴³ García Belaunde, Domingo: **“La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”** en: La justicia constitucional a finales del siglo XX. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Año Vii-Nº 6. Palestra Editores. Huancayo 1998, pp. 140-141.

⁴⁴ Según García Belaunde, el “modelo político” “consiste en que la tarea del control constitucional se adjudica a un órgano político, clásicamente el Parlamento. Y así lo fue, sobre todo en Francia, durante todo el siglo XIX y en gran parte de nuestro siglo también. Aún más, este modelo político, propio del liberalismo decimonónico, por cosas de la vida, pasó a ser el preferido de las democracias marxistas, llamadas populares, si bien a partir de la década de 1960 empezó a ceder su puesto y compartirlo con órganos de control constitucional ad-hoc, que se dieron luego en los mismos países comunistas de Yugoslavia(1963), Checoslovaquia(1968), Polonia(1982), Hungría(1989), etc. Desaparecido el bloque socialista, el modelo político se mantiene pero muy limitado, y en el futuro tenderá a desaparecer o focalizarse en aspectos muy puntuales”(Ibid., p. 142).

⁴⁵ Según referencia de García Belaunde, ésta Constitución fue dada por el Congreso Constituyente y promulgada por el Presidente Gran Mariscal D. José Bernardo Tagle y rigió entre el 12 de noviembre de 1823 al 9 de diciembre de 1826, para luego ser restaurada por el Congreso el 11 de junio de 1827, y mandada cumplir por D. Manuel

sería realizado por el Senado Conservador(art. 90, inc. 1), que tenía a su cargo velar por la observancia de la Constitución, lo que compartía con el Congreso(art. 186)⁴⁶.

De similar forma, en la Constitución siguiente de 1826 – la denominada “Constitución Vitalicia”⁴⁷-, se estableció en el artículo 51 inc. 1, entre las atribuciones de la Cámara de los Censores – que conjuntamente con la Cámara de Tribunales y la de Senadores comprendían en esta Constitución el Poder Legislativo - “velar si el gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos”.

Con la Constitución de 1856 se produce un instante cualitativamente distinto en cuanto a control constitucional. Así, en su artículo 10º se estableció: “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferido sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes”.

No obstante la importancia que reviste el artículo en mención, por lo novedoso del tratamiento, se coincide en que no es muestra suficiente para que se pueda hablar de una existencia de control constitucional real y efectivo⁴⁸.

Salazar y Baquíjano, Vicepresidente de la República, encargado del Poder Ejecutivo, el 16 de junio del mismo año rigiendo hasta el 18 de marzo de 1828.(García Belaunde, Domingo: **Las Constituciones del Perú**. Edición Oficial del Ministerio de Justicia. Primera edición. Julio 1993)., pp. 11, 12.

⁴⁶ García Belaunde, Domingo: **El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva**. IDEMSA. Segunda edición. Lima 2009, p. 219 y ss.

⁴⁷ Juan Vicente Ugarte del Pino señala sobre esta Constitución: “El quinto documento político del Estado, y tercera Constitución formal de la República, es conocido también como la Constitución Vitalicia, la misma que, por ironía del destino fue una de las que menos tiempo perduró: sólo cuarentinueve días. Ella marca también un nuevo e inesperado camino legiferante: el de la voluntad del gobernante y no la del pueblo(...)Don Jorge Basadre, por su parte, señala que Bolívar redactó una Constitución para Bolivia, por encargo del Congreso de esa nación, agregando que cuando se disolvió el Congreso Peruano de 1826, ya habíase decidido la promulgación de la misma para el Perú, lo cual demuestra, aparte la documentación de la época, que la mencionada carta constitucional no fue ni admitida a debate ni, por tanto, estudiada, discutida ni votada por el Parlamento peruano”(Ugarte del Pinto, Juan Vicente: **Historia de las Constituciones del Perú**. Editorial Andina S.A. Lima 1978, p. 191).

⁴⁸ Al respecto, García Belaunde ha señalado: “Algunos estudiosos, entusiasmados por las declaraciones que aparecen en las constituciones latinoamericanas decimonónicas como las que he citado, concluyen en mi opinión apresuradamente, que la simple condena de las normas inconstitucionales o la nulidad para las leyes que transgreden la Constitución, es muestra suficiente para garantizar su real y efectivo cumplimiento. No participo de este criterio. Sabemos perfectamente que por un lado está el derecho sustantivo, que hace las declaraciones y sienta los principios. Y por otro, los instrumentos que hacen posible que aquél se haga realidad(...)Por eso, el artículo 10

Luego, con la Constitución de 1860, a pesar que en mucho se repetiría el texto de la Constitución precedente, lo cierto es que en lo que respecta al artículo 10º se cambia quedando solo la referencia a la nulidad de los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos designados por la Constitución y las leyes. Pero, en el artículo 59 inc. 4º se establece entre las atribuciones del Congreso “examinar de preferencia, las infracciones de Constitución, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”, con lo cual – al decir de García Belaunde - se consagra el control político, lo que se repetirá en textos posteriores⁴⁹.

de la Constitución de 1856, siendo significativo, quedó como una declaración solemne en el papel, pues no se dio ninguna ley de desarrollo o complementaria. Tampoco existió una creación jurisprudencial que la avalase”.(Ibid., p. 222). Asimismo, es necesario revisar lo expuesto por Toribio Pacheco y sus referencias elogiosas de ésta Constitución, entre las que al comentar las reglas de aplicación de la ley, señala: “Dos son las especies de legalidad que deben examinar los jueces en una ley: la una interna y la otra externa. La legalidad interna consiste en la conformidad de la ley con la Constitución del Estado, que es la ley suprema a la que deben sujetarse todas las demás, y por eso se ha sancionado, como principio fundamental, que es nula y sin efecto cualquiera ley, en cuanto se oponga a la Constitución(art. 10 pr. Const.). La legalidad externa consiste en el conjunto de las formalidades que la misma Constitución prescribe para la formación de las leyes. De ella se origina la investigación acerca de la autoridad de quien emana o se supone emanada la ley, y esa autoridad solo puede ser el poder legislativo(art. 55, 1º Const.) y el examen de las formas de que debe hallarse revestido un acto de este poder, para que sea considerado como ley(art. 64, 65, 66, 67, 70, 71, 72 Const.).”(Pacheco, Toribio: **Tratado de Derecho Civil**. Tomo I. Imprenta del Estado. Segunda edición. Lima 1872, pp. 48-49).

⁴⁹ Domingo García Belaunde al hacer un recuento de lo acontecido en el siglo XIX sobre el particular señala: “(...)se desprende que durante el siglo XIX no asomó en el Perú el tema del control de constitucionalidad, entendido como control de normas, no empecé que otros países del área lo tenían(como es el caso de México desde 1841 y la Argentina desde 1868), y que se conocía ampliamente la doctrina contenida en **El Federalista** y el clásico libro de Tocqueville sobre la democracia en América.

Aún más, la única vez que se plasmó expresamente el principio en 1856, quedó como un enunciado escueto, que exigía un desarrollo procesal o procedimental que nunca se dio. Y en consecuencia, hizo totalmente ineficaz tal principio.

Y aún más, el enunciado de la Carta de 1856 sirvió solo para justificar revoluciones y levantamientos contra el poder constituido, motivo por el cual, al debatirse la Carta que la reformaría y que fue la de 1860, el legislador optó, por razones de seguridad, por eliminar el texto.

Igual puede decirse de la doctrina, parca en este sentido. Y en cuanto a la experiencia del Consejo de Estado, que no volverá a repetirse, fue interesante, pero no de carácter jurisdiccional. Si bien en el período 1839-1855, tiene una actividad interesante”(García Belaunde, Domingo: **“Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y desarrollo(1823-1979)”** en: Historia Constitucional(revista electrónica), n. 4, 2003. <http://hc.rediris.es/04/index.html> pp. 373-374).

Asimismo, tanto la Constitución de 1920 como la de 1933, siguieron con lo establecido, prescribiendo que el Congreso era el competente para contemplar las infracciones constitucionales.

Como aprecia Eguiguren Praeli nuestros constituyentes optaron persistentemente por reservar en exclusividad al propio Poder Legislativo no solo lo referente a la elaboración o derogación de las leyes, sino también la apreciación y control de su constitucionalidad. Prefirieron así una suerte de “sistema político” de control constitucional, donde el propio Congreso resultaba ser el “guardián” de la Constitución. No admitieron – añade Eguiguren Praeli – la posibilidad que el Poder Judicial, o algún otro órgano especial, ejerciera supervisión sobre la actuación parlamentaria en este campo, sin duda persuadidos de que ello implicaría atentar contra la autoridad del Parlamento como representante de la soberanía nacional⁵⁰.

Sin embargo, al discutirse la Constitución de 1933 uno de los puntos que se puso en agenda fue el de las leyes inconstitucionales. Así, en el Anteproyecto de Constitución elaborado en 1931 por la Comisión que presidió el jurista Manuel Vicente Villarán, se explica en la exposición de motivos correspondiente:

“La Constitución de 1856 decía en su artículo 10: “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Esta declaración no fue reproducida en la Carta de 1860, ni en la de 1920. El principio de la nulidad de las leyes inconstitucionales está, sin embargo, en la teoría, sino en la letra, de estas últimas Constituciones, pues ambas establecen que los que ejercen la función legislativa no pueden salir de los límites prescritos por la Constitución, y que son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas.

“La constitucionalidad como régimen político es la supremacía de la Constitución sobre la ley. La Constitución es ley para el legislador y no puede confiarse del todo en que el Cuerpo Legislativo, por estímulos morales y respeto a la opinión, guarde invariable respeto a las prohibiciones que la Constitución le impone. Teóricamente es de toda evidencia la invalidez de las leyes que infringen la Constitución.

“La dificultad que plantean las leyes inconstitucionales es que el poder a quien se dé facultad de declararlas nulas adquiere, por este atributo, superioridad jerárquica sobre el Congreso. No se puede consentir que el Gobierno, o las autoridades subalternas o

⁵⁰ Eguiguren Praeli: Francisco: **“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, Lima 1998, p. 116.

los ciudadanos, se sustraigan al cumplimiento de las leyes, por cuanto en su concepto, que puede ser erróneo, se hallan en pugna con la Constitución. La proposición de que toda ley opuesta a la Constitución es nula, ofrece el grave peligro, por su forma abstracta, de incitar a una forma anárquica de control sobre el legislador, que destruye el imperio de la ley. La solución que ha dado a este problema la práctica constitucional de los Estados Unidos, y que varios países han imitado, consiste en reservar al Poder Judicial la potestad de no aplicar las leyes inconstitucionales en los casos sometidos a su jurisdicción habitual. En esa forma limitada, nuestro proyecto incorpora el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales(art. 142).

“Imaginemos que una ley inconsulta imponga pena de muerte por los delitos de rebelión o sedición, hallándose dispuesto en la Constitución del Estado que la ley no podrá aplicar esa pena sino por homicidio calificado o traición a la patria. Los jueces y tribunales, al juzgar el delito, hallarán en conflicto dos leyes contradictorias de diversa jerarquía: una ley ordinaria que ordena imponer la pena capital y un artículo de la Constitución que la prohíbe. Aplicarán la ley superior y dejarán la inferior sin efecto.

“Como necesaria precaución, se ordena que las cuestiones sobre inconstitucionalidad falladas en primera o segunda instancia, se eleven siempre a la Corte Suprema por recurso de nulidad o por consulta y que conozca de ellas la Corte Suprema en sala plena. Tienen pues, todos los jueces la potestad de pronunciarse al ejercer su jurisdicción natural, sobre la inconstitucionalidad invocada por los litigantes, y para cooperar con sus fallos al esclarecimiento de la doctrina jurídica; pero la fijación y unificación de ella se reservan, por medio de la revisión obligatoria, a la mayor capacidad legal de la Corte Suprema”⁵¹.

Ahora bien, el aludido texto del artículo 142º del Anteproyecto de la Constitución de 1933 señala:

“Artículo 142. Los jueces y tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios no aplicarán las leyes contrarias a la Constitución.

Las sentencias de primera instancia que declaren que una ley se opone a la Constitución se elevarán en consulta a la Corte Superior, sino hubiere apelación, en la forma ordinaria.

Las sentencias de segunda instancia dictadas en consulta o en apelación, que declaren que una ley se opone a la Constitución, se elevarán en consulta a la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad.

⁵¹ Pareja Paz-Soldán, José: *Las Constituciones del Perú*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid 1954, pp. 952-953.

Estas consultas se someterán a la Corte Suprema en pleno. Igualmente se someterán en consulta a la Corte Suprema en pleno, las cuestiones sobre anticonstitucionalidad de una ley que se originen en la Sala respectiva al conocer de los recursos o juicios que son de la competencia ordinaria de la Corte Suprema. En todas estas consultas se requerirá el voto de las dos terceras partes del pleno de la Corte Suprema para que se declare la anticonstitucionalidad de una ley. Esta declaración regirá exclusivamente para el caso particular en el cual haya sido dictada.

Los Jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquiera otra autoridad, contrarios a la Constitución o a las leyes”⁵².

Ha sido necesario detenernos en esta propuesta presentada en el debate de la Constitución de 1933, ya que de manera expresa se planteó el control judicial de la constitucionalidad, advirtiéndose que en la exposición de motivos se explica que lo que se propone es la inaplicación de las leyes inconstitucionales y no su nulidad, en atención a que pudiera llevarnos al peligro de control “anárquico” del legislador. Se debe resaltar además que el modelo que se toma en cuenta en esta propuesta es el de la justicia en Estados Unidos.

Si bien no fue incorporada finalmente esta propuesta en el texto de la Constitución de 1933, si sería tomada en cuenta al redactarse el Código Civil de 1936, el cual la incorpora en el artículo XXII de su Título Preliminar: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera”. Como anota Bustamante y Cisneros – citado por Eguiguren Praeli – ello fue el resultado de una evolución gestada a partir de una sentencia de la Corte Suprema del 26 de agosto de 1920(a raíz del hábeas corpus interpuesto por doña Cecilia Althaus de Pardo) y del positivo esfuerzo de la Comisión Reformadora que elaboró el Código Civil de 1936, que finalmente permitió(a falta de una norma constitucional similar) contar con una disposición legal que estableciera expresamente la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes⁵³.

Se debe señalar además que, empero, no se aceptó la propuesta referida líneas arriba en cuanto al control judicial de la constitucionalidad de las leyes, la Constitución de 1933 estableció la Acción Popular: “Hay acción popular ante el Poder Judicial contra

⁵² AA.VV.: ***Ante-proyecto de Constitución de Estado***. Redactado en cumplimiento de la Resolución Suprema de 7 de agosto de 1931, Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931, p.36.

⁵³ Eguiguren Praeli: Francisco: Ob. Cit., Lima 1998, p. 117.

los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”. Se incorporaba un control de constitucionalidad de la normatividad infralegal, lo cual, según Domingo García Belaunde, se convirtió en un tipo de control contra los actos del Poder Ejecutivo. Sin embargo, a pesar de muchos años transcurridos desde 1933 no se expidió la ley con el procedimiento judicial correspondiente. Al darse la Ley N° 14506, Ley Orgánica del Poder Judicial, en 1963, no sólo se posibilitaría el control constitucional de la normatividad infralegal sino también claramente se incorporaría el principio del control de constitucionalidad de las leyes. En el artículo 8° se estableció:

“Artículo 8°.- Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera

“Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema

“Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad”⁵⁴.

No obstante todo el desarrollo doctrinal y legislativamente, los jueces tenían el criterio de no poder inaplicar las leyes inconstitucionales. Así, en el discurso de apertura del año judicial de 1956, el presidente de la Corte Suprema, doctor Carlos Sayán Álvarez, dijo que el enunciado contenido en el Código Civil no podía ser aplicado pues no había sido objeto de un desarrollo adecuado, y, aún más, que al Poder Judicial le correspondía tan sólo aplicar las leyes y en ningún momento inaplicarlas, pues ello representaría una invasión de funciones, que nadie había autorizado al Poder Judicial.

⁵⁴ Señala Domingo García Belaunde que: “El problema de la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, no fue abordada íntegramente por la Constitución de 1933, no obstante las propuestas de la Comisión Villarán. Quedaron aislados los reclamos al Congreso en virtud del artículo 26 de la constitución y el artículo 123 inciso 4to., que formalmente sólo ha sido utilizado para anular el plebiscito realizado por Benavides en 1939, mediante ley 10334, y la Acción Popular contemplada en el artículo 133 de dicha Carta, pero sólo para cautelar la constitucionalidad de decretos y resoluciones de carácter general, lo cual se convirtió en un tipo de control contra los actos del Poder Ejecutivo. Todo esto fue reglamentado mediante Ley Orgánica del Poder Judicial(1963), que fijó las pautas para impugnar la constitucionalidad de decretos y reglamentos, y también de leyes(al amparo del artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil), pero siempre bajo la modalidad de “desaplicar” siguiendo la tradición norteamericana del judicial review”.(García Belaunde, Domingo: **“Cuarenta años de constitucionalismo peruano(1936-1976)”** en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Órgano del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 41, Nos. 1, 2 y 3. Ene-dic 1977, Lima, p.101).

Invocaba finalmente al Parlamento para que sancionase la ley que permitiese a los jueces ejercitar el control difuso⁵⁵.

Entonces, si bien se había establecido una normatividad con algunos elementos mínimos que permitía a los jueces ejercer un control de constitucionalidad, éste no se llegó a dar en la medida de lo esperado⁵⁶. Por el contrario, la tendencia general era seguir la convicción de no estar autorizado a inaplicar la ley inconstitucional, producto de un positivismo riguroso, formalista, abdicando de convertirse en el “poder mediador” frente a los conflictos sociales y económicos de una sociedad como la peruana⁵⁷.

3.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU

3.1.- INTRODUCCIÓN

Se habla comúnmente de tres modelos o sistemas de control jurisdiccional, vale decir, el modelo difuso o americano, el modelo concentrado o europeo, y, finalmente, el modelo político, éste último descartado por el segundo de los mencionados. Cabe agregar que a todos los anteriores se les puede denominar en conjunto modelos o sistemas originarios, en tanto en su configuración han gozado de una autonomía

⁵⁵ García Belaunde, Domingo: *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*. IDEMSA. Segunda edición. Lima 2009, p. 228.

⁵⁶ “Por esa época, en el acto inaugural del año judicial(1959) el nuevo presidente de la Corte Suprema, doctor Ricardo Bustamante Cisneros, en medular discurso, sostuvo entre otros aspectos, la necesidad de que exista un control de constitucionalidad de las leyes, y que éste se ejercitase a través del Poder Judicial”(Ibid., p. 229).

⁵⁷ Al respecto Eloy Espinoza Saldaña-Barrera señala: “Finalmente, la inclusión de la Acción Popular en la Constitución de 1933(...)mecanismo de control de constitucionalidad en algunos casos de tipo indirecto, completaba un conjunto de instrumentos mediante los cuales, con muchos más argumentos que aquellos con los que en su momento contase la Corte norteamericana para emitir “Marbury versus Madison”, los jueces peruanos bien hubiesen podido ejercer atribuciones similares a la de sus pares estadounidenses. Sin embargo, ya sea por asumir una lógica demasiado formalista, como consecuencia de la presión ejercida por el poder político, o por cualquier otro factor, la judicatura ordinaria sistemáticamente se rehusó a declarar la inconstitucionalidad de normas y convertirse en un verdadero “poder mediador”(…). Los jueces más bien se asumían como un órgano de impartición de justicia mas no como un verdadero “poder del Estado”. En síntesis, y descartando tal vez alguna excepción que confirme la regla, el control difuso en el Perú, por lo menos hasta 1979, nunca funcionó”.(Espinoza Saldaña-Barrera, Eloy: *“Tribunales Constitucionales: Su rol en Europa y la pertinencia de incorporarlos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos”* en: Pedro Sagúes, Néstor(Director) y Ábalos, Ana Gabriela(Directora): *Garantías y Procesos Constitucionales*. Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 43).

evidente. Como se verá más adelante, al lado de los modelos originarios se encuentran los que han sido consecuencia de diversas influencias, denominándose derivados.

Pues bien, lo importante en este apartado es preguntarnos en cuál de los anteriores modelos o sistemas se adscribe la jurisdicción constitucional establecida en nuestro país, qué de singular tiene, sabiendo que la experiencia latinoamericana ha sido distinta a la norteamericana y europea

3.2.- MODELO DUAL O PARALELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Como ya se ha adelantado, se acostumbra a clasificar en modelos o sistemas a los distintos conjuntos de mecanismos procesales cuyo objeto es defender a la Constitución como norma suprema, sea en su aspecto orgánico como en su cariz dogmático, mecanismos procesales a los cuales se les denomina jurisdicción constitucional o justicia constitucional, términos equivalentes a Derecho procesal constitucional, en opinión de Domingo García Belaunde⁵⁸. Señala asimismo que se conocen como modelos o sistemas de jurisdicción constitucional a las formas, usos, estilos o estructuras para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y su defensa.

Piero Calamandrei planteó una primera clasificación de dichos modelos señalando la existencia del denominado judicial, el cual era caracterizado por ser: difuso, incidental, especial y declarativo; y, otro al cual llamó autónomo, con características como: concentrado, principal, general y constitutivo. Ambos no eran sino la concreción de lo que conocemos actualmente como el control difuso o americano y el modelo concentrado o europeo.

⁵⁸ Ferrer Mac-Gregor al respecto señala: “La magistratura constitucional, con independencia de su denominación y estructura, se encarga del conocimiento y resolución de los distintos procesos y procedimientos consagrados en las cartas fundamentales para lograr la plena protección, preservación e interpretación de la propia normatividad constitucional, constituyendo parte del estudio de una nueva disciplina denominada **derecho procesal constitucional**, materia que ha sido incorporada recientemente en los planes y programas de algunas escuelas, facultades y departamentos de derecho en México”(Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: **Los tribunales constitucionales en Iberoamérica**. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. Santiago de Querétaro 2002, p.28).

Al lado de los anteriores modelos, se hace mención del modelo político, en el que el control constitucional lo efectúa un órgano político, básicamente el Parlamento, siendo “desahuciado” por Kelsen.

A todos los modelos anteriores puede llamárseles “modelos originarios”, pues han tenido una configuración autónoma, obedeciendo a las propias circunstancias históricas de la sociedad en la cual surgieron.

Sin embargo, al lado de los “modelos originarios” se encuentran los denominados “derivados”, los cuales han sufrido las influencias de diversas tradiciones jurídicas. Y es que los modelos no pueden conservarse en estado puro, ya que la sociedad de la cual surgen les va a imprimir un carácter muy especial. Dentro de los modelos derivados se encuentran los conocidos como “mixtos”, es decir, “mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un *tertium* que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente autóctono y original”⁵⁹.

Dentro de los modelos derivados se plantea por parte de García Belaunde – tesis a la cual me aúno y sigo -, la existencia de un modelo al que llama modelo dual o paralelo, distinto al mixto, en el que se mantendrían los dos modelos clásicos – el concentrado y el difuso – de manera simultánea pero sin confundirse, modelo al cual se adscribiría la jurisdicción constitucional en nuestro país. De allí, la importancia de hacer un rápido recuento de los modelos o sistemas habidos en los diferentes países latinoamericanos con el objetivo de aquilatar la peculiaridad del modelo obrante en el Perú.

3.2.1.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

Como expresa Fix Zamudio, por muchos años prevaleció el modelo estadounidense en la mayor parte, por no decir, en la totalidad de los ordenamientos constitucionales de los países de América, desde Canadá hasta Argentina y particularmente en Latinoamérica, pero con diversas modalidades y – anota – por eso ha sido catalogado como sistema americano, pero, en los últimos años se advierte una creciente

⁵⁹ García Belaunde, Domingo: **“La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”** en: La justicia constitucional a finales del siglo XX. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Año VII-Nº 6. Palestra Editores. Huancayo 1998, p. 143.

aproximación con el paradigma austriaco o continental europeo, con la introducción creciente de tribunales, cortes y salas constitucionales, sin que por ello se prescindiera de la revisión judicial de origen norteamericano, sino se ha realizado una combinación de ambos sistemas, ya que por un lado se ha conservado el principio de que todos o algunos de los tribunales ordinarios puedan desaplicar las disposiciones legislativas que consideran inconstitucionales en los procesos concretos de que conocen, y por la otra se han creado organismos jurisdiccionales especializados y concentrados, de acuerdo con el modelo europeo, para decidir en último grado sobre la aplicación de las normas constitucionales, incluyendo la declaración general de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas^{60 61}.

Una primera experiencia es la acaecida en Cuba con la Constitución de 1940. En este texto constitucional se incluye la presencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, cuyo nombre es evidentemente influencia de la II

⁶⁰ Fix Zamudio, Héctor: **“La justicia constitucional y la judicialización de la política”** en: **Constitución y Constitucionalismo Hoy**. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, agosto 2000, p. 572.

⁶¹ De similar forma opina el profesor José F. Palomino Manchego quien al respecto opina: “(...)a la fecha, el sistema concentrado ha calado en gran parte de los países de América Latina, por citar, Colombia, Perú y Bolivia. Con lo cual se demuestra que el modelo de revisión judicial (*judicial review*) o norteamericano ha pasado a un segundo plano, destacando más bien su accionar en las Salas Constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas, como perfectamente las denomina Fix-Zamudio: a) El Salvador (1893, 1991), b) Costa Rica (1989), c) Paraguay (1992), d) Nicaragua (1995) y e) Venezuela (1999)”. (Palomino Manchego, José F.: **Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)**. Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima 2003, pp. 10-11). Asimismo, Francisco Eguiguren Praeli acota: “América ha sido la cuna del control judicial de la constitucionalidad de las leyes pues, como se sabe, a poco de iniciado el siglo XIX se instauró esta práctica en los Estados Unidos de Norteamérica. De allí se extendió, desde mediados de dicho siglo, a diversos países de América Latina como México, Argentina, Brasil, Colombia y Venezuela. Lejos estaba para entonces el mundo europeo de adoptar alguna institución similar, en especial por su culto a la supremacía del parlamento y de la ley (entendida ésta como expresión legítima de la voluntad general) así como por su marcada desconfianza hacia los órganos judiciales. Es por ello que la creación de los tribunales constitucionales europeos recién se genera hacia 1920 y el período de entreguerras, adquiriendo real desarrollo tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, durante las últimas décadas también en diversos países de América Latina han empezado a instaurarse Tribunales o Cortes Constitucionales, sin abandonar (del todo) el sistema “difuso” o “americano” de jurisdicción constitucional, buscando recoger o (muchas veces) imitar la exitosa experiencia alcanzada en algunos países europeos, especialmente en Alemania, Italia y España. Este ha sido el camino seguido en los casos de Guatemala (en 1965 y 1985), Chile (1970 y 1980), Ecuador (1978), Perú (1979 y 1993), Colombia (1991) y Bolivia (1994)”. (Eguiguren Praeli, Francisco: **Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa**. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo Latinoamericano – CIEDLA. Buenos Aires 2000, p.8)

República española⁶². La peculiaridad de esta experiencia es que dicho tribunal está constituido por una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, componente del Poder Judicial. Tanto los jueces como la Sala en mención resolvían en asuntos de carácter constitucional inaplicando normas y elevando en consulta las causas al Tribunal de Garantías, para que finalmente resolviese. Es decir, lo que se originaba como un control difuso, al mejor estilo americano, proseguía y concluía en el Tribunal de Garantías, en concreto. Dicho modelo - que estuvo en vigencia hasta el instante de la revolución en 1959 - también incluía la existencia del recurso de inconstitucionalidad, el cual podía interponerse directamente ante el Tribunal⁶³.

De manera que en Cuba podía observarse, de un lado, un control difuso pero asimismo toma aspectos del control concentrado o europeo, inclusive el nombre. Como señala García Belaunde, “el caso cubano representa un valioso antecedente de lo que serán luego los tribunales constitucionales latinoamericanos y es probable que, de no ser por

⁶² Con maestría, el profesor José Palomino Manchego relata las incidencias de la configuración del Tribunal de Garantías Constitucional español: “Con el derrocamiento del general y gobernante Miguel Primo de Rivera y Orbaneja(1870-1930) que se había mantenido en el poder durante el período dictatorial de 1923 a 1930, se inició un nuevo cambio de régimen conocido con el nombre de II República española, proclamada oficialmente el 14 de abril de 1931. Para ello se contó con el propulsor apoyo de las fuerzas republicanas, el partido socialista y los movimientos autónomos. Ante tales vicisitudes se dio nacimiento a la nueva Carta Republicana aprobada el 9 de diciembre de 1931, luego de varios debates encendidos y que, inspirada en la Constitución de Austria de 1920, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales en el Título IX, artículos 121 a 124, habiéndose instalado mediante sesión del 20 de octubre de 1933. Como antecedente previo, en mayo de 1931, el Gobierno Provisional creó una Comisión Jurídica Asesora presidida por Ángel Osorio y Gallardo(1873-1946), encargada de redactar un Anteproyecto de Constitución que inexplicablemente no lo presentó a las Cortes Constituyentes, lo cual no fue óbice para que en su seno fuera visto con simpatía. Ahí se denominaba Tribunal de Justicia Constitucional al órgano de control. Será a partir del Proyecto de Comisión Constitucional de las Cortes Constituyentes presentado en agosto de 1931, que empieza a denominarse Tribunal de Garantías Constitucionales”.(Palomino Manchego, José F.: **El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española**. Separata de *Ius et Praxis*. Revista editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N°s 21-22. Lima Enero – Diciembre 1993, pp. 225 al 227)

⁶³ Como anota Palomino Manchego “(...)el Tribunal de Garantías(de Cuba) estaba facultado para conocer los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, de la propia ley fundamental y las consultas de jueces y tribunales sobre la misma inconstitucionalidad(artículo 182, a y b). También admitía una acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, estando legitimados para interponerlo los afectados o veinticinco ciudadanos. Los efectos eran de carácter general, derogándose la norma en cuestión(...)”(Palomino Manchego: José F.: **Problemas escogidos de la Constitución Peruana de 1993**. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p. 198).

su posterior desarrollo político, hubiera evolucionado en el sentido de una mayor autonomía funcional”.

Por otra parte, se encuentra la experiencia colombiana. Como manifiesta Eduardo Cifuentes Muñoz⁶⁴ – a quien seguimos en esta parte mayormente -, aunque en el siglo XIX, a nivel constitucional y legal, pueden encontrarse diversos antecedentes constitucionales y legales que permitirían delinear un incipiente conjunto de garantías enderezadas a afirmar la prevalencia de la Constitución, es la reforma constitucional de 1910 la que establece un completo sistema de control constitucional. Con posterioridad, la reforma de 1945, atribuyó al Consejo de Estado – cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa -, la competencia para conocer las demandas de nulidad contra los decretos del gobierno que no tuvieran fuerza de ley.

Pero, sería en 1991, con la Asamblea Nacional Constituyente, que se enriqueció la ya larga tradición colombiana de defensa de la Constitución, mediante la creación de la Corte Constitucional y la consagración de múltiples recursos y acciones de salvaguarda de los derechos y de los bienes que la Constitución pretende preservar.

Todo lo anterior hace que Eduardo Cifuentes Muñoz afirme que la jurisdicción constitucional colombiana tiene carácter mixto: “En realidad, la defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. Puede, sin embargo, afirmarse- aunque no se desconoce la polémica que encierra el aserto – que la presencia de la Corte Constitucional y el peso y significado de sus atribuciones, en la práctica, han hecho que el aspecto difuso del modelo ceda, sin naturalmente perder toda su importancia, cierto predominio, a favor de los elementos derivados del modelo concentrado”⁶⁵.

Asimismo, en Bolivia se tiene otra experiencia importante. Señala Benjamín Miguel Harb⁶⁶ que la reforma constitucional de 1994 cambia la Constitución de 1967 creando el Tribunal Constitucional atribuyéndole la facultad de conocer y fallar en única

⁶⁴ Cifuentes Muñoz, Eduardo: “**La jurisdicción constitucional en Colombia**” en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996, pp. 473 y ss.

⁶⁵ Ibidem, p. 474.

⁶⁶ Harb, Benjamín Miguel: “La jurisdicción constitucional en Bolivia” en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996, pp. 344-345.

instancia sobre la inconstitucionalidad de las leyes, en trámite de puro derecho en el que el tribunal todo lo que tiene que hacer es compulsar la ley recurrida comparándola con el texto de la Carta Magna. Antes de la reforma, lo anterior era efectuado por la Corte Suprema. Adiciona a lo dicho el autor boliviano, que su Tribunal Constitucional es considerado por la Constitución en el artículo 119º, como independiente y solo sometido a la Carta Magna, aunque de acuerdo al mismo artículo adquiere la calidad de ente constitucional integrante del Poder Judicial. Esto último, según García Belaunde, hace que estemos ante un modelo mixto de jurisdicción constitucional.

Similarmente, en Guatemala - según Fernández y García⁶⁷ - con la Constitución de 1985 se establece una combinación del modelo de control de constitucionalidad en el caso concreto, en la tradición del control judicial difuso norteamericano, con el modelo de control abstracto y concentrado.

En efecto - señalan los mencionados autores -, a tenor del artículo 204 de la Norma Suprema "los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado". En lógica armonía con la previsión inmediatamente anterior, el artículo 266 contempla de modo específico la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. De conformidad con el mismo, en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Junto a ese control concreto -aclaran ambos profesores -, el artículo 267 de la Constitución se refiere de modo particularizado al control abstracto o de carácter general, al determinar que: "Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el tribunal o Corte de Constitucionalidad"

⁶⁷ Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo: **"La jurisdicción constitucional en Guatemala"** en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996, pp. 422.

Todo lo anterior hace que se pueda considerar el modelo de jurisdicción constitucional en Guatemala como adscrito a un modelo mixto, en atención particularmente a que existe un control concentrado, pero asimismo un control difuso en el que participa decididamente la judicatura ordinaria.

Por otra parte, sobre Chile, Nogueira Alcalá señala que la Carta Fundamental de 1980, mantiene la estructura de la jurisdicción constitucional de la etapa final de vigencia de la Constitución de 1925, mediante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad concentrado en manos de la Corte Suprema con efectos inter partes (artículo 80) y un control de constitucionalidad radicado en un Tribunal Constitucional que ejerce un control generalmente preventivo con efectos erga omnes, con algunas diferencias relevantes en relación al anterior Tribunal que rigió entre 1971 y 1973⁶⁸. Complementando lo dicho sobre la justicia constitucional en Chile, García Belaunde señala que “se trata de una suerte de modelo político sui generis, pues el Tribunal Constitucional aparece así como un filtro de la actividad legislativa, y no como su controlador, demostrando aquí también una influencia francesa”. Sentencia más adelante que: “El sistema chileno se asemeja en cierto sentido al modelo dual, pero se aleja de él pues uno de sus componentes es más político que jurisdiccional”.

Del rápido recuento hecho, se puede desprender que los modos adoptados en estos países son bastante variados, que por hacer más simple su clasificación se les denomina en conjunto modelos mixtos, pues combinan aspectos de los modelos clásicos u originales como el modelo difuso y concentrado. No obstante, se percibe una cierta “originalidad” en el modo de combinar los modelos clásicos, ya que como concluye García Belaunde, “son adaptaciones de sus propias realidades políticas”, por lo que se puede concluir – siguiendo a este mismo autor – que “demuestra que el trasplante mecánico de instituciones no siempre es posible, y más aún, puede ser creador, como se ve en nuestra América”⁶⁹.

Ahora bien, la pregunta consecuente es si la jurisdicción constitucional en nuestro país asume un modelo mixto o como lo caracteriza Domingo García Belaunde, es un modelo dual o paralelo, es decir, un modelo que siendo derivado no es uno de carácter mixto como hemos visto anteriormente.

⁶⁸ Nogueira Alcalá, Humberto: “*La jurisdicción constitucional en Chile*” en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid 1996, p. 540.

⁶⁹ García Belaunde, Domingo: Ob. Cit., Huancayo 1998, p. 151.

3.2.2.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: MODELO DUAL O PARALELO

Como se ha apreciado en acápite anterior, hasta 1979 rigió un modelo americano de control de constitucionalidad que había sido establecido con el Código Civil de 1936, en base a su artículo XXII. Antes, en el siglo XIX sólo hubo propuestas doctrinarias y – como también se mencionó – una aislada prescripción constitucional que resultó efímera.

Con la Constitución de 1979, se establece un antes y un después en cuanto a control de constitucionalidad⁷⁰. Así, con la mencionada Carta Magna se estableció lo que

⁷⁰ Como manifiesta Enrique Bernales: “En el Perú, la instalación del Tribunal Supremo de la constitucionalidad se produjo con la Constitución de 1979, que empleó la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales. Las expectativas que acompañaron su implementación fueron sin embargo defraudadas, tanto por aspectos de deficiente concepción constitucional, como por la ineficacia del Tribunal, que se agotó entre tensiones de sus miembros y falta de independencia ante el poder político(...)La fórmula que aparecía en la Constitución de 1979 desnaturaliza su objetivo y no diferenciaba sustantivamente su actuación de la del Poder Judicial, en el sentido de eficacia y protección oportuna de los derechos ciudadanos. Coincidimos por ello con el juicio crítico formulado por César Landa cuando sostiene que la década del ochenta inauguró “un amplio escenario democrático ad-hoc para la reflexión jurídica y política, antes que en la realidad sobre todo por el establecimiento de un moderno diseño constitucional democrático y social, donde destacó la creación de la jurisdicción constitucional: derechos humanos y jurisdicción supranacional, garantías constitucionales y Tribunal de Garantía Constitucionales” “.

“Sin embargo, a decir de Landa, esta realidad se vio compulsada: “por un lado, por la aparición de corrosivas prácticas contra sistémicas, como el terrorismo y la crisis económica, que abrieron una vez más la brecha entre el texto constitucional y la realidad, poniendo en evidencia la precaria vida constitucional y lábil convicción de la justicia constitucional del país; y, por otro lado, por la debilidad del propio Tribunal, debido a las mínimas competencias asignadas en la Constitución, a la escasa demanda de los justiciables y a la reiteración de los vicios de la justicia ordinaria en la justicia constitucional”.(Bernales, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Instituto Constitución y Sociedad. Tercera edición, Lima 1997, pp. 838-839).

Más allá de lo que significó específicamente la Constitución de 1979 en cuanto a justicia constitucional, Domingo García Belaunde opina que: “Esta Constitución, como fácilmente puede verse, rompe toda una tradición e inaugura una nueva. Recoge de lo antiguo lo más valioso, crea mecanismos para resolver conflictos y evitar que se repitan las experiencias negativas del pasado, y a su vez, siendo amplia y generosa en sus enunciados, se proyecta con firmeza hacia el siglo XXI, como lo quiso Haya de la Torre, en el discurso inaugural que leyó el 28 de julio de 1978, en su calidad de presidente de la asamblea constituyente”(García Belaunde, Domingo: *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*. Universidad Externado de

García Belaunde ha denominado “modelo dual o paralelo”, incorporándose al lado del control difuso existente, el control concentrado⁷¹.

Ahora bien, el sistema de jurisdicción constitucional establecido a partir de la Constitución de 1979 tiene las características siguientes⁷²:

Colombia. Bogotá Colombia 1990, p. 53). Igualmente Raúl Chanamé dice: “Los constituyentes de 78 no contaban con un proyecto previo como los de 1931(Proyecto Villarán)en que sentar su discusión. Empero, se oyeron voces que demandaban sólo hacer reformas a la constitución de 1933, y que esta debía ser la base para su modificación para la Asamblea. Así lo manifestó el jurista Domingo García Rada, como el viejo líder socialista Luciano Castillo, quien había sido esmerado constituyente de 1933. Coincidió en este punto de vista el Arq. Fernando Belaunde, líder de Acción Popular, que por propia voluntad no concurrió a los comicios constituyentes, dio su punto de vista a través de una Carta al Presidente de la comisión de Constitución donde se inclinaba por reformar y no cambiar la Constitución de 1933.

No obstante en la mayoría de los constituyentes primó la idea que la Constitución de 1933 al cabo de cuarenta y cinco años de vigencia había perdido legitimidad y consenso. Los cambios realizados, la creciente movilidad social y sus nuevas expectativas políticas apresuraron a ensamblar un nuevo texto. Es más, la Carta de 1933 que estuvo influida por el constitucionalismo alemán, español o austriaco, había perdido sus referencias por los cambios constitucionales en dichos países. Así se observó los nuevos referentes surgidos tras la posguerra: Italia(1947), Francia(1958), Alemania(1949) y el paralelo de España(1978) tras la muerte del dictador Franco”(Chanamé Orbe, Raúl: *Historia de las Constituciones*. Lima s/f, pp. 74-75).

⁷¹ García Martínez piensa distinto a García Belaunde, ya que para ella el modelo de justicia constitucional en el Perú es un modelo mixto, “uno de los más complejos y atípicos dentro de los sistemas mixtos ya que no se limita a combinar la fórmula de control difuso y concreto con la de control concentrado y abstracto, sino que desdobra esta última articulando así un complejo sistema de **triple vía de control de constitucionalidad**”. Agrega a lo dicho. “A nuestro juicio, aquella distinción entre sistemas mixtos y duales responde más a una elucubración un tanto voluntarista que a una realidad. La misma estructura, bastante rígida, del modelo europeo de justicia constitucional concentrada y abstracta hace muy difícil su convivencia con un sistema difuso. No negamos la posibilidad de que se pretenda, y se consiga, mezclar elementos de ambos modelos o intentar su configuración paralela, lo que dudamos es que, en cualquiera de estos dos casos, los modelos puedan permanecer incólumes. Los intentos que se han realizado en este sentido han provocado forzosamente, en nuestra opinión, la desnaturalización de los sistemas originales, desnaturalización que ha podido ser más o menos profunda pero cuya consecuencia es la aparición de un modelo de justicia constitucional en el que se perciben los fundamentos netamente diferentes de los de las dos fórmulas primigenias. Ahora bien, sin duda el modelo de control de constitucionalidad peruano responde a una estructura verdaderamente singular que le dota de personalidad propia respecto de las existentes en otros países latinoamericanos”.((García Martínez, M^a Asunción: “**Los modelos mixtos de control de constitucionalidad. La triple vía del modelo peruano**” en: Pérez Tremps, Pablo(Coordinador): *La Reforma del Tribunal Constitucional*. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 2007, pp. 317-318).

⁷² Eguiguren Praeli, Francisco: Ob. Cit., Lima 1998, p. 119.

- a) Se amplió y perfeccionó las llamadas “Garantías Constitucionales”, sumando al hábeas corpus la acción de amparo, para la defensa de los derechos constitucionales; y a la acción popular la acción de inconstitucionalidad, contra las leyes y normas de rango legal que vulneren la Constitución.
- b) Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), denominación tomada de la Segunda República española.
- c) El Poder Judicial tenía a su cargo el conocimiento y resolución de las acciones de hábeas corpus y de amparo, pudiéndose acudir luego ante el TGC sólo en los casos que tales acciones hubieran recibido una resolución desestimatoria de la Corte Suprema.
- d) El conocimiento de la acción popular era exclusivamente de competencia del Poder Judicial, a través de un proceso que se iniciaba ante la Corte Superior y concluía en la Corte Suprema.
- e) Se consagraba constitucionalmente, por primera vez (en el art. 236), que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a ésta (“control difuso”); observándose el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debía concluir necesariamente con una decisión de la Corte Suprema, cuyos efectos sólo alcanzaban al caso concreto, sin derogar la norma constitucional.
- f) Se establecía la acción de inconstitucionalidad, cuyo conocimiento correspondía – directa y exclusivamente – al TGC.

En este contexto, el Tribunal de Garantías Constitucionales se presentaba bajo ciertas características:

- a) Como advierte Eguiguren Praeli en el artículo 296º de la Constitución era definido como “órgano de control de la Constitución”, sin atribuirle la calidad de “supremo intérprete” de la misma⁷³.
- b) Conocía en casación las acciones de habeas corpus y amparo sólo en aquellos casos que hubieran recibido una resolución desestimatoria de la Corte Suprema. La casación tenía la modalidad del reenvío, en tanto si se casaba la sentencia venida en recurso, debía volver a la instancia judicial para que se volviese a fallar definitivamente (art. 298).
- c) Conocía en instancia única la acción de inconstitucionalidad (art. 298).

⁷³ Ibid., p. 120.

De lo anterior, entonces se puede desprender que era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, sin cruzarse con él ya que el Poder Judicial retenía el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales a través del Hábeas Corpus y el Amparo –conociendo el TGC sólo en caso de resoluciones denegatorias – y el Poder Judicial mismo mantenía el control difuso de inaplicación de normas, en atención al artículo 236^a. Aquí - señala García Belaunde⁷⁴ – en el caso peruano, no podía hablarse en rigor de un sistema mixto, pues lo mixto supone mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no sólo no se mezclan sino que tampoco originan un tertium que sea distinto a sus dos fuentes de origen(...) la jurisdicción constitucional se ejercía en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenía que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellas garantías constitucionales que no fuesen acogidas por el Poder Judicial, y que entonces pasaban en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales”. Por ello, el jurista peruano concluye sobre la jurisdicción constitucional en la Constitución de 1979: “Por estas razones, y por haber incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, es que creo que dentro de los modelos derivados y al lado del modelo mixto, debemos colocar al dual o paralelo, cuya primera forma de manifestación es la Constitución peruana de 1979”⁷⁵.

Ahora bien, con la Constitución de 1993 se ha mantenido en esencia el modelo dual o paralelo, bajo algunas precisiones:

⁷⁴ García Belaunde, Domingo: **“La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”** en: **La justicia constitucional a finales del siglo XX**. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Año VII-Nº 6. Palestra Editores. Huancayo 1998, pp. 146-147.

⁷⁵ Ibidem, p. 147. De particular interés resulta lo dicho por Abad Yupanqui, en cuanto a la evaluación que se puede hacer del modelo de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución de 1979: “Este modelo funcionó hasta la ruptura del régimen constitucional el 5 de abril de 1992. Pese a ser el más avanzado de nuestra historia, por diversas razones no operó adecuadamente ni resultó eficaz para la defensa de la Constitución. Por un lado, mostraba serias deficiencias vinculadas al marco normativo que le daba sustento. Así, por ejemplo, los artículos 301 y 302 de la Constitución de 1979 disponían que si el TGC declaraba fundada una acción de inconstitucionalidad, la sentencia estimatoria se debía remitir al Congreso para que este por el mérito del fallo derogue la ley inconstitucional. Asimismo, existían limitaciones para el acceso al TGC pues los ciudadanos sólo podían interponer una demanda de inconstitucionalidad si reunían 50,000 firmas de adherentes. De otro lado, la pobre formación y actuación de sus operadores – marcada por el poder político y económico - salvo notables excepciones, no contribuyó a su cabal desarrollo”.(Abad Yupanqui, Samuel B.: **Derecho Procesal Constitucional**. Gaceta Jurídica. Primera edición, Lima 2004, pp. 79-80)

- a) Se ha cambiado de nombre al Tribunal de Garantías Constitucionales al de Tribunal Constitucional.
- b) La Constitución en el artículo 201^o sigue refiriéndose al Tribunal Constitucional como “órgano de control de la Constitución”⁷⁶.
- c) El Tribunal sigue conociendo en instancia única la acción de inconstitucionalidad y se le agrega entre sus competencias resolver los conflictos de competencia o de atribuciones que tenga cada órgano.
- d) Conoce en última y definitiva instancia –y ya no en casación– las sentencias denegatorias que se den en las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Habeas Data y la Acción de Cumplimiento.
- e) El Poder Judicial mantiene el control difuso, es decir, la inaplicación de formas que vayan contra la Constitución.
- f) El Poder Judicial conoce la acción popular⁷⁷.

⁷⁶ Al respecto Marcial Rubio Correa dice: “Por ello, cuando el artículo 201 de la Constitución dice que el tribunal es el órgano de control de la Constitución, no prohíbe a los demás interpretarla; quiere decir que el Tribunal es la instancia suprema de control en el sentido que una vez que se pronunció, nadie puede ir contra su interpretación, incluidos el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial” (Rubio Correa, Marcial: **Estudio de la Constitución Política de 1993**. Tomo 6. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1999, p. 129).

⁷⁷ Eguiguren Praeli señala como novedades introducidas con la Constitución de 1993 a las siguientes:

“a) Se amplió las garantías constitucionales, sumándose al hábeas corpus, amparo, acción popular y de inconstitucionalidad, las nuevas acciones de hábeas data y de cumplimiento. Se precisó también que el ejercicio del hábeas corpus y el amparo no se suspende en relación a los derechos restringidos durante la vigencia de los regímenes de excepción, siendo procedente que los tribunales efectúen en el caso concreto el control judicial de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas (art. 200^o).

b) Se estableció la existencia de un Tribunal Constitucional, no obstante que las diversas propuestas iniciales del oficialismo sustentaban su desaparición y reemplazo por una Sala Constitucional de la Corte Suprema. El TC sigue siendo definido como “órgano de control de la Constitución” (art. 201)(...)

c) Las competencias del Tribunal Constitucional también fueron ampliadas correspondiéndole (art. 202):

1) Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad(...)

2) Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento(...)

3) Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

d) La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas (art. 203^a)(...)

e) La sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una ley, se publicará directamente en el Diario Oficial, produciendo – al día siguiente de su publicación – la derogación inmediata de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo (Art. 204^o)(...)

Hasta lo aquí desarrollado, tenemos en cuanto a la jurisdicción constitucional en el Perú, por una parte, un modelo o sistema difuso, que se pone en vigencia a partir de la década del treinta – concretamente con el Código Civil de 1936 en su artículo XXII del Título Preliminar - ya que lo que había antes era un control político – salvo una esporádica referencia en la Constitución de 1856 -. Luego con la Constitución de 1979, ese sistema difuso incorpora un modelo o sistema concentrado – sin absorberlo ni contaminarlo como anotó en su momento García Belaunde – dando lugar a un modelo o sistema dual o paralelo, peculiar de jurisdicción constitucional.

3.2.3.- ¿SE HA MANTENIDO INALTERABLE EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

La pregunta que surge espontáneamente es por qué se asume este modelo - al cual García Belaunde ha denominado modelo o sistema dual o paralelo -, en tanto la explicación anterior ya ha zanjado la caracterización del mismo. Asimismo, cabe preguntarnos si éste modelo se ha mantenido inalterable desde su establecimiento y si finalmente ha cumplido con el rol mediador en el conflicto entre los poderes públicos e igualmente en su rol terapéutico del cual tantas veces ha hablado Fix Zamudio.

Cuando García Belaunde concluye la exposición sobre la propuesta de caracterizar a la jurisdicción constitucional en el Perú como adscrita a un modelo derivado denominado modelo dual o paralelo, señala que los modelos habidos en América Latina en cuanto a jurisdicción constitucional son en el fondo consecuencia de las adaptaciones a sus propias realidades políticas y sociales, lo que demostraba que el trasplante de las instituciones no es posible efectuarlo de manera mecánica. El modelo

f)La acción popular prosigue bajo competencia exclusiva del Poder Judicial, siendo procedente por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones, y decretos de carácter general; cualquiera sea la autoridad que emanen.

g)El Poder Judicial, a través de cualquier juez y en todo tipo de procesos, debe preferir la norma constitucional e inaplicar al caso concreto la norma inferior que la vulnera(“control difuso”); similar criterio se sigue con respecto a la primacía de la ley frente a normas de inferior jerarquía(Art. 138º, segundo párrafo)”(Eguiguren Praeli, Francisco: Ob. Cit., p. 126-127).

de jurisdicción en el Perú no es una excepción. Obedece a las realidades políticas y sociales habidas en 1979 como en 1993, fechas de las dos últimas constituciones en nuestro país.

Así, en 1979 el Perú se encontraba en una coyuntura en la que se hace un tratamiento extensivo en cuanto a derechos y libertades individuales, derechos sociales y económicos, y, por cierto, mecanismos necesarios para cautelar los derechos antes referidos y la supremacía de la norma constitucional, completando - entonces - los elementos necesarios para que se pueda hablar de la existencia de un Estado de Derecho.

Ahora bien, el establecimiento de los derechos ciudadanos - derechos y libertades individuales, derechos sociales y económicos - no tuvieron otro motivo que el hecho que se trataba de salir de una década de gobierno de facto, con militares en el poder, lo cual motivó una reacción antimilitarista y antiautoritaria que no sólo estuvo presente en los comicios para elegir a los miembros de la Asamblea Constituyente sino en la propia elaboración de la Carta Magna de 1979⁷⁸.

De manera que la Constitución de 1979, no es la excepción al concepto que expresa Domingo García Belaunde, en cuanto a que toda Constitución “es un instrumento jurídico, el máximo por excelencia, pero es también un instrumento político(...)una Constitución siempre es hija de su época, y contiene sus aspiraciones y también sus limitaciones”⁷⁹. Y, específicamente en lo que respecta a jurisdicción constitucional

⁷⁸ Señala Eguiguren Praeli: “El hecho de que las elecciones para la constituyente se desarrollaran bajo un gobierno militar(después de muchos años de dictadura en que la ciudadanía había estado impedida de ejercer el derecho de sufragio) y cuando el régimen castrense afrontaba con serias dificultades e impopularidad su tramo final de gobierno, originó una explicable reacción antimilitar y antiautoritaria que estuvo presente en la campaña electoral y en el trabajo de elaboración del texto constitucional. Ello permite comprender el importante reconocimiento que han recibido en la Constitución los derechos y libertades individuales, los derechos sociales y económicos(estos últimos incentivados por los cambios producidos en el país), la incorporación de nuevas garantías y órganos constitucionales destinados a cautelar los derechos ciudadanos y la supremacía de la Norma Fundamental; respuesta elocuente a aspiraciones mayoritarias de la población frente a las restricciones y violaciones producidas en estos ámbitos durante el régimen de facto(...)”. En: Eguiguren Praeli, Francisco: “Introducción” en: **La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación**. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima 1987, pp. 9-10.

⁷⁹ “La Constitución - aclara Domingo García Belaunde - no es pues la causa de todos nuestros males ni tampoco la solución a todos nuestros problemas. Su valor debe ser relativizado, pues toda Constitución no solo tiene cierta dosis de utopía, sino también de ineficacia. Pero indudablemente la Constitución es también algo más. Una

podemos también encontrar aspiraciones, deseos, concesiones políticas con reflejos jurídicos en el documento político que se tiene como resultado.

Ahora bien, el diseño en la Carta Magna de la jurisdicción constitucional está enmarcado en los parámetros descritos anteriormente, en lo que se puede denominar modelo global, “un conjunto de decisiones, principios y aspiraciones de tipo político, ideológico y socio-económico en torno a la forma de organización de la sociedad, la estructura del Estado y el papel de sus órganos, los alcances de los derechos y libertades de los ciudadanos;(…)”⁸⁰.

Entonces, en el caso de la Constitución de 1979 se tiene: “(...)la composición política de la asamblea constituyente explica en mucho el contenido del texto constitucional y su modelo global. Así se ha dicho, refiriéndose al modelo global(...), que articula – no sin algunas contradicciones e incoherencias – una visión muy ambiciosa y positiva en materia de derechos y libertades fundamentales, propia de la concepción del Estado Social de Derecho y las democracias avanzadas, al lado de una opción más bien neoliberal en lo referente a la organización de la economía, la reducida intervención del Estado(lo cual puede tornar en inviables a muchos de los derechos sociales y económicos enunciados) y la relativa carencia de instrumentos de control de la propiedad y la libertad empresarial en aras de objetivos o necesidades sociales. Se ha dicho también que el régimen político adoptado corresponde al de la democracia representativa tradicional(desconociendo canales de participación popular distintos al sufragio electoral) con las novedades de un fortalecimiento de las atribuciones(legislativas, económicas y políticas) del Ejecutivo, pero sin abandonar instituciones parlamentarias(como la responsabilidad política de los ministros) lo que sigue configurando un régimen híbrido o ecléctico ni presidencial ni parlamentario”⁸¹.

Resalto del “modelo global” en el que se encuadra la Constitución de 1979 – y que magníficamente resume Eguiguren Praeli -, lo correspondiente a la visión ambiciosa

Constitución es un documento político, que expresa aspiraciones, deseos, experiencias y modelos que quieren imponer sus autores. Es un instrumento jurídico, el máximo por excelencia, pero es también un instrumento político. En tal sentido, una Constitución siempre es hija de su época, y contiene sus aspiraciones y también sus limitaciones”. (García Belaunde: Domingo: **“Cuarenta años de Constitucionalismo Peruano(1936-1976)”** en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Órgano del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Vol. 41, Nº 1, 2 y 3. Ene-dic 1977. Lima, p. 105).

⁸⁰ Eguiguren Praeli, Francisco: “Introducción” en: **La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación**. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima 1987, pp. 11.

⁸¹ Ibid., p. 12.

sobre derechos y libertades fundamentales y al régimen político ecléctico subyacente. Esto que se ha venido en calificar como un “modelo abierto” - con la correspondiente importancia a la flexibilidad y eclecticismo - también marca lo concerniente al desarrollo de la jurisdicción constitucional.

Así, estando a que la elaboración de la Constitución de 1979 estuvo a cargo de diferentes comisiones especiales - las cuales cada una debían presentar sus propuestas sobre las materias encomendadas -, es el caso que en lo referente al control constitucional de las normas, fueron dos comisiones – una la Comisión de “Derechos y Deberes Fundamentales – Garantías” y otra la Comisión de “Poder del Estado-Judicial” – las competentes para conocer dicho tema – como manifiestan Danós y Sousa en un significativo recuento ⁸².

Entonces, si bien – como manifiestan los autores citados – ambas comisiones presentaron posiciones similares respecto a la necesidad de implementar un control de las normas con efectos generales anulatorios, disintieron en lo tocante a la elección del órgano encargado de pronunciarse. De un lado, la Comisión correspondiente a aspectos del Poder Judicial, resolvía atribuir a la Corte Suprema la función de defensa del texto constitucional; de otro, la comisión relacionada con derechos y deberes fundamentales, proponía influenciada por el modelo europeo de control concentrado, la introducción de un órgano especial denominado Tribunal de Garantías Constitucionales.

Finalmente, “la opción entre ambas alternativas correspondió a la Comisión Principal, encargada de recepcionar los anteproyectos de las respectivas comisiones, con la finalidad de elaborar un proyecto único a presentar en el seno de la Asamblea. En el proyecto final observamos que la Comisión Principal se inclinó por la adopción de un Tribunal especial encargado de la solución de conflictos constitucionales. Posteriormente, a lo largo de los debates, ese proyecto sería objeto de importantes modificaciones, hasta quedar en su texto definitivo finalmente promulgado como Constitución Política”⁸³.

⁸² Danós Ordoñez, Jorge y Sousa Calle, Martha: **“El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general”** en: **La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación**. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima 1987, pp. 292 y ss.

⁸³ Ibid., p. 292.

Por tanto el debate de quien era el encargado del control jurisdiccional de las normas giró en torno a, de un lado, asignarle dicha función al Poder Judicial o, de otro, crear un organismo nuevo, en este caso el Tribunal de Garantías Constitucionales. De seguro, en los constituyentes finalmente pesó la imagen del actuar concreto de los jueces ordinarios, teniendo en cuenta la praxis que con elocuencia se ha encargado la literatura de perennizar, de lo cual se ha hecho el recuento respectivo al comenzar éste capítulo. Son evidentes - se resume - las actitudes de aquellos jueces que no obstante tener la oportunidad de inaplicar la legislación inconstitucional a partir de la década del 30, no lo hacían y sorpresivamente señalaban que a pesar de lo inconstitucional de una norma, debería cumplirse. Entonces, era lógico que se desconfiara de ese Poder Judicial muchas veces sumiso frente a las presiones ejercidas desde el poder económico y político y se buscara una alternativa al respecto.⁸⁴

Esa alternativa llegó desde España con el Tribunal de Garantías Constitucionales - nombre originado en la II República Española -. Pero, valgan verdades, la desconfianza no era solo sobre el Poder Judicial y la denominada judicatura ordinaria. Era también una desconfianza sobre lo que se pensaba establecer y sobre las competencias que asumiría el Tribunal en mención. Una muestra palpable de esa desconfianza la encontramos en tanto comparemos lo que se propuso como competencias y lo que finalmente se estableció⁸⁵.

⁸⁴ Así lo patentiza Javier Valle-Riestra cuando fundamenta la inclusión del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Asamblea Constituyente. Señala en relación a la instauración de un tribunal nuevo para que - en sus propias palabras - efectúe “la tarea de inconstitucionalizar las leyes”, función que se la niega al Poder Judicial.. Hiriente comienza diciendo: “Queremos gentes que en la alternativa de escoger entre la quincena y la historia escojan la historia”. A los miembros de la Corte Suprema se dirige: “... les decimos que no existe tal despojo, y les recordamos lo siguiente: que ellos pudieron perfectamente, a base de los elementos que existían en las bases jurídicas de nuestra Constitución, construir jurisprudencialmente la teoría de la inconstitucionalidad de las leyes, y no lo hicieron; hay unas resoluciones constantes de los tribunales, no de la dictadura actual, sino del propio régimen democrático y de regímenes que tenían incluso una Constituyente paralela, como en los años 30, en el que se ha menospreciado, y se ha subestimado la facultad de inconstitucionalizar las leyes”. Finaliza diciendo: “(...)es por eso, señor, que al calor de la experiencia que tenemos los que aquí esamos en esta Asamblea, que hemos sido víctimas de destierros, de crímenes judiciales; que hemos protagonizado la lucha con un Poder Judicial que no cumplió con su deber en el Perú, y que fue peligroso, es que tenemos que atribuirle la facultad de inconstitucionalizar las leyes a este Tribunal nuevo e inédito es verdad, pero que puede ser un ensayo positivo para el futuro del Perú(...)”. En: Valle-Riestra, Javier: ***El Tribunal de Garantías Constitucionales. El Caso de los Votos Nulos y Blancos***. Editorial Labrusa. Lima 1986. pp. 8, 9, 14.

⁸⁵ Eguiguren Praeli señala al respecto: “Puede afirmarse que aunque con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales se pretendió obtener mayor seguridad en el control de la constitucionalidad de las leyes y la vigencia de los derechos humanos,

La desconfianza – en una visión completa – era no sólo con el Poder Judicial - en tanto observáramos lo que se había experimentado –, sino también existía una desconfianza sobre el nuevo órgano constituido, como el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esa desconfianza, en definitiva traería como consecuencia el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional, dentro de las coordenadas de un “modelo abierto” constitucional, unido a los otros factores ya señalados anteriormente. Pero, se debe aclarar que, si bien aspectos como salir de un gobierno de facto y antiautoritarismo que llevó al extenso tratamiento de derechos y libertades fundamentales e inclusión de mecanismos que garantizaran dichos derechos ciudadanos, son determinantes de la reflexión e inclusión expresa del control jurisdiccional, el modelo de jurisdicción constitucional asumido, dependió finalmente de esa desconfianza resaltada.

Por otra parte, en cuanto a la Constitución de 1993 ocurriría otro tanto. Así, más allá de los problemas en cuanto a su modelo global - del cual Enrique Bernales nos dice que “la impresión que causa su articulado es la de un amasijo de ideas con las que probablemente se ha intentado innovar desde el punto de vista constitucional, pero sin orden ni concierto”⁸⁶ -, lo cierto es que la situación de facto a consecuencia del golpe del 5 de abril, la resistencia interna y la presión internacional, son el contexto que es necesario tomar en cuenta para analizar esta Carta.

pensando que este órgano no repetiría la sumisión al poder político que los constituyentes objetaron a la conducta del Poder Judicial, lo cierto es que las reducidas competencias que finalmente se confirieron a este tribunal en la Constitución de 1979 no solo estuvieron muy lejos de las propuestas en el proyecto inicial (presentado por el congresista Javier Valle Riestra) sino que inclusive lucían claramente insuficientes para alcanzar los objetivos anunciados”. Más adelante precisa: “De la docena de competencias que le confería el proyecto inicial, el TGC quedó finalmente limitado únicamente a dos(...). Cabe sostener, con algún fundamento, que probablemente el conjunto de competencias previstas en el proyecto para el TGC podían haber resultado tal vez excesivas. Ello explicaría la desconfianza de la mayoría de los constituyentes, poco dispuestos a otorgar gran poder a un órgano casi totalmente desconocido – para entonces entre nosotros. Esto determinó que recién en los tramos finales del trabajo de la asamblea, empezaran a objetarse y suprimirse (una a una) la mayor parte de las atribuciones inicialmente admitidas para el TGC” (En: Eguiguren Praeli: Francisco: **“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, Lima 1998, p. 120).

⁸⁶ Bernales Ballesteros, Enrique: **“Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993”**, en: **La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II**. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Lima 1995, p. 98.

Bernales es aún más explícito en cuanto a dicho contexto y circunstancias históricas que rodearon a la Constitución de 1993, señalando que: “El interés central del gobierno de facto y de su mayoría en el CCD, fue explícitamente el de incorporar al nuevo texto constitucional, los objetivos políticos de concentración autoritaria del poder, que caracterizaron al golpe del 5 de abril. Así se desprende del acelerado debate constitucional, que básicamente buscó asegurar la inclusión en la Carta de los siguientes elementos: la reelección presidencial inmediata, el fortalecimiento absoluto de los poderes presidenciales, la minimización del Parlamento, el debilitamiento constitucional de los partidos políticos, la liquidación de la descentralización y la implantación de un gobierno altamente concentrador del poder, y , finalmente, el otorgamiento de libertades a los grupos de poder económico y financiero para organizar el mercado y controlarlo a su favor(...)”⁸⁷.

Entonces, en lo que respecta al modelo de control jurisdiccional en 1993, tiene que observarse necesariamente bajo los criterios anteriormente expuestos. Si bien, en un primer momento el oficialismo fujimorista quería desaparecer el Tribunal Constitucional, para que el control constitucional lo ejerciera la Corte Suprema⁸⁸ – pensando seguramente en una intervención planificada de la misma, como que con posterioridad se realizó - luego se cambió de idea. Sin embargo – como aprecia Eloy Espinoza Saldaña Barrera - cuando se incluye una institución en la Constitución en la cual no se cree, lógico es pensar que, ya sea en el mismo texto constitucional o en la normatividad de desarrollo que posteriormente se elabore, se busque plasmar un diseño de dicha instancia destinado a desnaturalizar, o por lo menos mediatizar, su ámbito de acción. Por ejemplo, señala, aquella disposición por la cual se exigió seis de siete votos conformes para poder declarar la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley son pues una incuestionable confirmación de esto. Concluye el autor citado diciendo que: “Se tenía entonces previsto un modelo de Jurisdicción Constitucional y un tribunal fundamentalmente para guardar ciertas formas, estar a tono con la tendencia mundial o dar una imagen más presentable en el escenario internacional; y al mismo tiempo, acallar las críticas que desde dentro de nuestro país pudiesen plantear calificados sectores académicos y políticos sobre el particular”⁸⁹.

⁸⁷ Ibid., p.99.

⁸⁸ Eguiguren Praeli, Francisco: Ob. Cit., p. 127.

⁸⁹ Espinosa Saldaña-Barrera, Eloy: **“Tribunales Constitucionales: Su rol en Europa y la pertinencia de incorporarlos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos”** en: Pedro Sagúes, Néstor(Director) y Ábalos, Ana

Se ve claro, entonces, que se mantuvo el control jurisdiccional encuadrado en el modelo dual o paralelo, pensando en la imagen que se generaría en el ámbito interno e internacional, con el objetivo de legitimar un estado de cosas y no con un ánimo sincero de desarrollo de mecanismos de control jurisdiccional y defensa de los derechos fundamentales. Se mantiene el modelo dual o paralelo, de alguna manera, por inercia.

En la Constitución de 1979 fueron otros los condicionantes que llevaron a la asunción del modelo de control constitucional – salida de un gobierno de facto, antiautoritarismo que llevó al extenso tratamiento de derechos y libertades fundamentales e inclusión de mecanismos que garantizaran dichos derechos ciudadanos y, como se ha mencionado particularmente la desconfianza ante la judicatura ordinaria pero también frente a la nueva entidad – mientras que en la elaboración de la Constitución vigente, otros factores como los señalados precedentemente – dentro de los cuales también existió la desconfianza ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional - fueron los que motivaron una aceptación a regañadientes que llevaría a su vez a una actuación finalmente mediatizada del Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que se mantuvo un sistema o modelo dual o paralelo, finalmente. Ahora bien, como se planteó antes: ¿el modelo configurado en la Constitución de 1993 se ha mantenido inalterado desde su establecimiento? A mi modo de ver, no. Fruto de una visión de la realidad social y política peruana, así como de un aliento doctrinario desde el propio Tribunal, y como consecuencia de una legislación que se ha ido inspirando en dichos aspectos doctrinarios, han traído como consecuencia que se tenga si bien un modelo de jurisdicción constitucional en esencia dual o paralelo, también es cierto que ciertos aspectos del mismo han variado de hecho con el tiempo.

3.2.3.1.-DOCTRINA DE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”

Gabriela(Directora): **Garantías y Procesos Constitucionales**. Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 47).

La visión de la realidad social y política peruana posterior a la caída del régimen de Alberto Fujimori ha influido mucho en el rol que doctrinariamente se le ha asignado al Tribunal Constitucional y, asimismo, en la forma cómo se afrontó su desarrollo.

Así, uno de los integrantes más destacados del Tribunal Constitucional, como César Landa, tiene una explicación de lo que constituye la realidad nacional y específicamente lo que significó el régimen fujimorista y, asimismo, de cómo proceder a afrontar la realidad social y política generada a través de la función que cabe desempeñar al órgano constitucional de control concentrado.

El profesor Landa⁹⁰ comienza señalando que “la experiencia del funcionamiento de la justicia constitucional en el Perú, durante el régimen fujimorista, demostró que el Tribunal Constitucional no logró ocupar una posición de control en el régimen político, no obstante que el sistema constitucional había establecido sus fines y competencias. Lo cual refleja que no bastaba que la jurisdicción constitucional estuviera incorporada, con reformas positivas, en la Constitución de 1993 o que los magistrados constitucionales se inmolaran 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”.

De la visión anterior, el autor peruano desprende la función que le cabe al Tribunal Constitucional en el contexto de reconstrucción democrática: “(...)en el actual proceso democrático, es necesario que además el Tribunal Constitucional construya, legítimamente, un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino dentro del modelo de control y balance de poderes – check and balances -. Lo cual requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea que no es pacífica, puesto que pone en tensión las relaciones entre el Derecho y la política”⁹¹.

⁹⁰ Landa, César: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Editorial Palestra. Tercera edición, Lima 2007, p. 691 y ss.

⁹¹ Similar apreciación de la realidad peruana es la que muestra Grández Castro: “(...)que la actuación del Tribunal Constitucional, al margen ya de la clásica función que realiza en un período de “normalidad política” anulando las leyes contrarias a la Constitución, supone, en el caso de las democracias en transición, una suerte de poder de dirección política – jurídica, o timonel, en ausencia de fuerzas institucionales que orienten y guíen los destinos colectivos en el marco de la democracia constitucional. La falta de liderazgos políticos claros, unido al oportunismo de los partidos políticos que no siempre actúan alineados con los principios constitucionales, preparan un terreno de actuación legítima de parte del Tribunal, en aras de garantizar una acción con el mayor consenso posible en sociedades que, como la nuestra, tiene serias fracturas en

Entonces, el profesor citado plantea la construcción de lo que llama un “espacio propio de competencias” en un contexto que no es el tradicional de división de poderes lo que remarca, sino dentro del modelo de control y balance de dichos poderes. En este punto, resalta el término de “reajuste permanente” de las relaciones del Tribunal Constitucional con los otros poderes públicos. Plantea, entonces, que se debe de pensar en construir un espacio propio de competencia para el Tribunal (¿igualmente en relación a los otros poderes del Estado?), competencia entonces que no es predeterminada, sino que como quedó dicho se construye y por ello las relaciones del Tribunal con los poderes públicos son de un “reajuste permanente” a través del modelo de control y balance de poderes. Es así finalmente que aceptar esta visión y función a cumplir por el Tribunal Constitucional supone tensionar las relaciones entre derecho y política.

El criterio antes expuesto sobre la función asignada al Tribunal Constitucional por lo demás se va a ratificar, cuando el mencionado jurista haga la distinción entre el impacto de la incorporación del Tribunal Constitucional en sociedades integradas y homogéneas y el impacto en sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas - como la nuestra, agregaríamos nosotros -⁹².

Así señala que: “En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional al Estado de Derecho ha logrado desempeñar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes democráticos, sin perjuicio que hayan presentado algunos problemas institucionales durante 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 debe ser entendida como un concepto uniforme”.

Por ello, manifiesta que “por el contrario, en las sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas se encuentran, básicamente, dos formas distintas de entenderla(*refiriéndose a la democracia y la justicia constitucional*). Así tenemos, una posición dogmática que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político, basada en un absolutismo de la mayoría numérica parlamentaria, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la

su composición estructural”(Grández Castro, Pedro: *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Editorial Palestra. Lima 2010, pp. 82-83).

⁹² Landa, César: Ob. Cit., Lima 2007, pp. 691-692.

libertad mediante la justicia constitucional es consustancial al sistema político. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean solo instrumentos de sus fines y objetivos. Mientras que para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se entiende como una obra abierta y en movimiento, orientada a limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional”.

Lo que señala el profesor Landa esquematiza muy certeramente lo que ocurre en la realidad. En países desarrollados, en donde se pueden encontrar sociedades integradas y homogéneas, si bien la inclusión de la figura del Tribunal Constitucional ha provocado ciertos problemas de orden institucional, lo cierto es que, por otro lado, ha cumplido una función de desarrollo en cuanto al establecimiento y evolución de los derechos fundamentales y de la ciudadanía en general. Por otro lado, en una sociedad heterogénea, compleja y desintegrada como la nuestra, en primer lugar, desde una posición relativista, debe llevar a que el rol que debe cumplir la justicia constitucional se comprenda como una “obra abierta”, en “movimiento”, cumpliendo con la construcción de ese espacio propio de competencias y asimismo sirviendo de poder terapéutico de la democracia y del Estado Constitucional, como manifiesta el propio autor, limpiando de impurezas el camino democrático del Estado constitucional⁹³.

Más concretamente observa que “en el actual proceso democrático, la posición del Tribunal Constitucional no puede ser analizada desde una perspectiva dogmática o neutral frente a la democracia, sino desde una perspectiva de defensa y desarrollo de las relaciones integradoras del gobierno y la oposición. Para lo cual, la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, por cuanto permite entender el papel de la jurisdicción constitucional en el marco del sistema democrático y de las

⁹³ Una visión coincidente sobre la realidad latinoamericana desintegrada y débil institucionalmente es la que da Antonio Colomer. “Los países latinoamericanos, desde su independencia se han definido constitucionalmente como repúblicas en régimen de democracia representativa. En este marco jurídico, invariable en lo fundamental, desde principios del siglo XIX hasta ahora, se ha desarrollado una convulsa evolución histórica, en la que la ausencia de cauces de participación y solución de los conflictos, ha llevado frecuentemente al recurso a la violencia. En las que la debilidad del entramado organizativo e institucional de las sociedades ha acrecentado, desorbitadamente, el papel histórico de los pocos grupos estructurados, como el ejército, en el área política, y la Iglesia en las áreas social y cultural. Sociedades en las que los gobiernos de hecho, se sucedieron, a menudo, a la intemperie del sistema normativo, o enmascarados bajo disfraz constitucional, apoyados en la corrupción electoral y el falseamiento de la vida institucional”.(Colomer Viadel, Antonio: **Introducción al constitucionalismo iberoamericano**. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid 1990, p. 71).

posibilidades y/o límites dentro del régimen político del presidencialismo. Así como de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial”.

Desde esta perspectiva, se encarga de exponer lo concerniente a lo que llama “principio de autonomía procesal”. Así, plantea como premisas del mismo, que es una institución como “manifestación de una concepción garantista de la Constitución y el proceso”. Señala, asimismo, que al abordar el rol del Tribunal Constitucional, debe ponerse énfasis en su estatus en el ordenamiento constitucional peruano, justificándose “que se haya establecido la potestad de configurar el proceso constitucional de manera autónoma, ante los vacíos o deficiencias de la ley y en el marco de específicos límites, materiales y formales”⁹⁴.

Ahora bien, precisa que la complejidad del Tribunal Constitucional “impide que pueda ser entendido, a cabalidad, únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico constitucional que lo regula(...)”, por lo que a éste órgano constitucional debe ser entendido también como un órgano jurisdiccional e, inclusive, como un órgano político⁹⁵.

Se debe reconocer que “en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la labor del Tribunal Constitucional es de integración jurídica de las normas, fallos y actos presuntamente violatorios con la Constitución”. Por tanto, “la labor del Tribunal Constitucional trasciende la labor jurisdiccional del juez ordinario, a quien revisa, en última y definitiva instancia, sus fallos; motivo por el cual requiere de un mayor nivel de autonomía procesal que le permita flexibilizar las formalidades de los procedimientos con objeto de alcanzar los fines constitucionales del mismo, a través de un derecho constitucional y procesal dúctil.” De allí que, concluyendo en este punto el profesor peruano, señale que “en el actual proceso de fortalecimiento de la democracia, la autonomía procesal es una necesidad inexorable del Tribunal Constitucional, a través de su regulación en su Reglamento y sus sentencias, si se quiere cumplir a cabalidad el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales”⁹⁶.

⁹⁴ Landa, César: “**Autonomía procesal del Tribunal Constitucional**” en: Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coordinadores): **Aspectos del Derecho Procesal Constitucional**. IDEMSA, Lima 2009, p.438

⁹⁵ Ibidem, p. 443.

⁹⁶ Ibidem, p. 447.

De manera que el profesor Landa ofrece una visión de la realidad social y política peruana como una sociedad heterogénea, compleja y desintegrada y, desde una posición relativista, la forma de entender la justicia constitucional es como una “obra abierta”, en “movimiento”, construyendo un espacio propio de competencias y asimismo limpiando de impurezas el camino democrático del Estado constitucional. Asimismo, nuestro país requiere un Tribunal Constitucional como árbitro final, no encuadrado en un modelo clásico de división de poderes sino en un modelo de control y balance de poderes que lleve a un reajuste permanente entre el órgano de control constitucional y los otros poderes públicos.

En este contexto, según lo expresado por el profesor, observando el rol proyectado que le tocaría cumplir al Tribunal Constitucional y, asimismo, debido a lo complejo y especial de su naturaleza – como órgano no sólo constitucional, sino jurisdiccional y político -, la “autonomía procesal” que requiere es del mayor nivel y de una necesidad inexorable.

Cabría en este momento preguntarnos cuál es el concepto que se tiene de “autonomía procesal”. El propio profesor señala que la autonomía procesal encierra dos concepciones en el Estado constitucional. A saber, una propia del derecho privado, en virtud de la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, fundado en la autonomía de la voluntad privada. La segunda, en el contexto del derecho público, la autonomía de los poderes públicos, gobiernos regionales y locales y los organismos constitucionales se fundan en el principio de división y control de poderes. Precisa que “la autonomía es tanto un atributo de un poder u organismo independiente como la capacidad de actuación de dicho organismo constitucional – como el Tribunal Constitucional- para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen”. Agrega a lo dicho: “Dicha autonomía – que no es autarquía – le confiere al Tribunal Constitucional, un importante grado de libertad y responsabilidad al momento de definir, subsidiariamente a la ley, su derecho procesal; permitiéndole desarrollar principios con pretensión de generalidad a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes - stare decisis -, de modo que puedan ser aplicados a casos similares posteriores”⁹⁷.

⁹⁷ Ibidem, pp. 446-447.

Finalmente, postula que “podemos considerar como rasgos característicos de la misma (*la autonomía procesal*) el que esté reservada al Tribunal Constitucional, en tanto intérprete supremo de la Constitución. En virtud de la cual, ante las antinomias y lagunas del derecho, el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicional de interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio de sus funciones como supremo intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del Poder Constituyente”^{98 99}.

Por otra parte, la profesora española Patricia Rodríguez-Patrón – cuyos trabajos menciona el profesor citado, como desarrollos doctrinarios de la figura en mención – señala - refiriéndose en sentido estricto a la autonomía normativa - que el concepto tiene su origen en la doctrina iusprivatista alemana del siglo XIX. En este ámbito – aclara – “se identifica con la existencia de una personalidad jurídica diferenciada de la estatal, que tiene la capacidad de autorregularse”. Más adelante agrega que aunque no sin dificultades, el Derecho público adaptó este término para definir la capacidad de

⁹⁸ Ibidem, pp. 448 – 449.

⁹⁹ Resulta interesante contrastar lo que señala Landa como rasgos característicos de la “autonomía procesal” con lo que expresa Mendoza: “La autonomía procesal constitucional denota la potestad de creación judicial del derecho, más específicamente, la potestad de **creación judicial del Derecho Procesal Constitucional**. Se trata de la creación de Derecho procesal Constitucional, pero no Derecho Constitucional sustantivo. En tanto se trata de creación judicial, ella viene a ser el producto del ejercicio de función jurisdiccional y, por ello, son las resoluciones (autos y sentencias) los medios a través de los cuales se crea ese derecho procesal constitucional”. (Mendoza Escalante, Mijail: “**La autonomía procesal constitucional**” en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, Nº 4, julio-diciembre, Lima 2006, p. 101). De la misma manera se debe tener en cuenta lo manifestado por Jorge León Vásquez: “El desarrollo jurisprudencial actual del TC en torno a la configuración de su Derecho Procesal refleja una concepción del DPC como Derecho Constitucional concretizado. Opta, antes que por un entendimiento puramente procesal del mismo, por una interpretación específica desde la Constitución, lo cual le permite actuar libre y autónomamente con un margen razonable de discrecionalidad en la configuración de su propio Derecho Procesal.

La caracterización del TC como órgano constitucional, jurisdiccional y político no impide que éste asuma también facultades *cuasilegislativas* para perfeccionar el DPC, en virtud de la autonomía que la Constitución reconoce en su artículo 201. de modo tal que, cuando se habla de facultades legislativas – o mejor *cuasilegislativas* – de un órgano jurisdiccional como el TC, podemos considerar como tales a su potestad de crear, válidamente, a través de la interpretación y la integración jurídicas, disposiciones procesales generales y abstractas. Su carácter, sobre todo, jurisdiccional no riñe con su facultad derivada de la propia Constitución para establecer disposiciones procesales a través de su jurisprudencia – principio de autonomía procesal – o vía reglamentaria” (León Vásquez, Jorge: “**El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal**” en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, Nº 4, julio-diciembre, Lima 2006, p.60).

autoorganizarse de los órganos constitucionales, pese a tratarse de órganos estatales sin personalidad jurídica. Ésta con el tiempo dejó de ser el elemento esencial de la autonomía – señala la profesora española –, ocupando su lugar la voluntad estatal (explícita o implícita) de conceder a determinadas organizaciones ese “derecho”¹⁰⁰.

Ahora bien, la autonomía en relación al Tribunal Constitucional, señala la autora, se generaliza su aplicación a partir de la fundamentación ofrecida en el informe sobre el status del Tribunal Constitucional alemán de 1952. En dicho informe se declara la autonomía de dicho tribunal como necesaria consecuencia de su posición de órgano constitucional definida en la Ley Fundamental.

Finalmente, la profesora Rodríguez-Patrón concluye que “la polivalencia del concepto de autonomía ha contribuido a su diversidad de aplicaciones que se alejan de las primeras asociadas al Derecho privado o a la *selbstverwaltung*. Una de esas aplicaciones ha tenido por objeto a la potestad de los órganos constitucionales de regular todo aquello que tiene que ver con su organización y funcionamiento. En este campo la autonomía es concebida de forma generalizada como un instrumento al servicio de los fines institucionales de estos órganos”¹⁰¹. Complementando lo anterior la propia profesora citada deja en claro que no le parece que la autonomía de los órganos constitucionales solamente deba equipararse con “derecho de autoorganización”, ya que este último sólo define una parte de lo que engloba el fenómeno de la autonomía^{102 103}.

¹⁰⁰ Rodríguez-Patrón, Patricia: *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*. Iustel. Primera edición, Madrid 2005, p. 32

¹⁰¹ Ibidem, p. 36

¹⁰² Ibidem, p. 36.

¹⁰³ Patricia Rodríguez-Patrón – en el libro titulado *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid 2003 -, citada por César Landa conceptúa a la autonomía procesal así: “Podríamos calificar la “autonomía procesal”, como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el TC, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del derecho (cuando estos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el TC, en el seno de procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad”. Citado en: Landa, César: *“Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”* en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coordinadores): *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. IDEMSA, Lima 2009, pp. 447-448.

Son varias las objeciones que se efectúan al - como lo denomina el profesor Landa - “principio de la autonomía procesal”¹⁰⁴. Sin embargo, tiene mucha importancia aquella que se hace en relación al principio de legalidad procesal. Este, que no solo tiene la calidad de derecho fundamental, sino que se expresa también en forma distinta en otros derechos fundamentales, como acota el profesor Monroy. En efecto - señala el último profesor citado -, sobre normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera como se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, entre otros¹⁰⁵.

Se señala que: “Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones, las cuales van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas “normas” a tal o cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal(¿se aplican a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Esta clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales; sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales”¹⁰⁶.

Igualmente, resultan también muy interesantes, las críticas hechas por el profesor Juan Monroy Gálvez, en tanto inciden en que la “autonomía procesal” está afectando la teoría de la división de poderes, desde que implica legislar en materia procesal – y en otras – por un órgano jurisdiccional; asimismo, en cuanto se afecta los límites de un Estado democrático de derecho, ya que se ejerce poder sin que haya mayor control.

Como punto en común de las críticas anteriores, se encuentra una evidente preocupación por los límites que debe asumir una figura como la tratada. El propio profesor Landa es consciente del peligro al advertir que toda libertad – y la “autonomía

¹⁰⁴ Monroy Gálvez, Juan: “**La “autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada**” en: *Themis - Revista de Derecho*. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero 2008, pp. 87 y ss.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 91.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 91.

procesal” lo es en relación con el Tribunal Constitucional al definir su derecho procesal – que no es autarquía, debe ser ejercida en el marco de ciertos límites que garanticen su legitimidad ¹⁰⁷.

Así señala que pueden ser los límites de dos tipos: formales y materiales. Los límites formales están establecidos en el derecho objetivo, es decir, en las normas jurídicas; mientras que los límites materiales se expresan en la jurisprudencia constitucional en la medida que desarrolla los vacíos procesales de las normas, agregando a lo dicho que los límites materiales se encuentran en función de los límites formales¹⁰⁸. Límites formales como la Constitución y las leyes, los tratados internacionales, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución, reconocimiento de los principios procesales; y, límites materiales como el principio de subsidiariedad, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el principio de interdicción de la arbitrariedad, alcanzan, desde la perspectiva del autor peruano, una importancia mayúscula.

Sin embargo, claro es tener en cuenta - como se ha dejado establecido en el primer capítulo - preguntarnos si puede ser posible establecer límites a la justicia constitucional y, a su “autonomía procesal” agregaríamos por nuestra cuenta.

Por ejemplo, Jorge Carpizo¹⁰⁹ señala como límites para el Tribunal Constitucional los siguientes:

¹⁰⁷ La preocupación por la existencia de ciertos límites a la autonomía del Tribunal Constitucional también se encuentra en Rodríguez-Patrón: “En primer lugar – refiriéndose al Tribunal Constitucional español -, hay que resaltar su competencia central de control de los demás órganos del Estado, estableciendo límites y pautas de actuación derivadas de la Constitución. Esa función la ejerce además, porque así lo ha querido el constituyente, como última instancia que decide con independencia judicial de forma vinculante. Pero es necesario recordar, pese a su obviedad, que este carácter de órgano de cierre no supone que el TC esté exento de límites. El Tribunal es un poder constituido (y, por tanto, limitado) que forma parte de la estructura constitucional y, que como tal, se ve sometido al entramado de controles recíprocos que garantizan su equilibrio. Pese a ello, su condición de órgano de clausura del sistema hace inevitable que, en la mayoría de las ocasiones, el mantenimiento del Tribunal en los límites estrictos de su competencia dependa exclusivamente de su autocontrol”.(Rodríguez-Patrón, Patricia: **La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional**. Iustel, Madrid 2005, p.58)

¹⁰⁸ Landa, César: Ob. Cit., Lima 2009, pp. 464-465.

¹⁰⁹ Carpizo, Jorge: **El Tribunal Constitucional y sus límites**. Editorial Grijley. Lima 2009, p. 68.

a) Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del poder constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites, aclara Carpizo.

b) Respeto a las cláusulas pétreas contenidas en la Constitución.

c) Acatamiento a la Constitución material, es decir, a los principios y valores fundamentales que individualizan a la Ley Fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios, agrega el autor mexicano.

Asimismo, el jurista especifica que las limitaciones del tribunal constitucional deben ser relacionadas con la función interpretativa de la siguiente manera: “No obstante, hay que ser muy cuidadosos: el tribunal constitucional, no puede usurpar las funciones del poder constituyente ni del órgano revisor de la Constitución. En consecuencia, no debe crear normas ni principios que no sean susceptibles de reconducirse a la Ley Fundamental, pero si pueden deducir principios implícitos de los expresamente asentados, tales como dignidad humana, libertad, igualdad, seguridad jurídica, justicia social, Estado de bienestar, etc.”¹¹⁰.

Complementa lo dicho anteriormente señalando que el tribunal necesita equilibrar su interpretación de los principios con otras finalidades que cualquier orden jurídico persigue: la certeza y la seguridad jurídica, y jamás desconocer que es un órgano político que conoce de asuntos políticos, pero que es un tribunal, y que como tal únicamente puede resolver con metodología y técnicas jurídicas. Asimismo, tampoco puede ignorar – continúa diciéndonos – el contexto social y político en que se encuentra. No es lo mismo un país democráticamente consolidado que uno que se encuentra en transición democrática. No es lo mismo un país políticamente estable y socialmente equilibrado que uno con divisiones y diferencias políticas y sociales muy profundas¹¹¹.

De otra parte, se debe recordar que Hans Peter Schneider – como se consignó en el capítulo anterior - señala que el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a

¹¹⁰ Ibidem, p. 56.

¹¹¹ Ibidem, p. 56.

firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la “cuadratura del círculo”, no obstante que el mismo jurista alemán añade que desistir del intento de determinar límites a la actuación de dicha jurisdicción equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al tribunal un flaco servicio, mientras éste se erige en “amo de la Constitución”, porque su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites¹¹². Siguiendo entonces con la lógica del profesor antes citado, no se puede renunciar al intento de establecer límites a la denominada “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional y, en general, a su actuación.

Se tiene, en primer lugar, que la visión que sobre la realidad nacional social y política que expone el profesor Landa nos parece muy persuasiva y, ésta persuasión se acrecienta al explicarnos el rol que en dicha lógica debe cumplir el Tribunal Constitucional. Es cierto que mucho del desarrollo de los derechos fundamentales y de otros aspectos jurídicos relacionados en los últimos años, se lo debemos a dicha institución. Sin embargo, alentar la fundamentación de una “autonomía procesal” que represente la creación de normas procesales que alienten un ámbito de relatividad de la actividad procesal, en mucho puede ser contraproducente. Así lo demuestra la jurisprudencia generada en el Tribunal - más adelante reseñada - que ha llevado a que corrientemente éste se corrija a sí mismo, enmendándose aspectos que a todas luces fueron errores. Puede así llevarnos a un camino erróneo, un pensar equivocado que se genere a partir de la lectura de las ideas que el propio profesor Landa expresa, cuando postula que el Tribunal Constitucional en tanto intérprete supremo de la Constitución y en base a la “autonomía procesal” que “ante las antinomias y lagunas del derecho, el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicional de interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo

¹¹² Las pocas posibilidades de ser efectivos los límites propuestos se observa en la siguiente anotación de Rodríguez-Patrón: “(...)la posibilidad de fiscalización por parte de la propia jurisdicción constitucional plantea (...) algunos supuestos problemáticos. Pero ello es una consecuencia inevitable – en tanto la Ley no despeje las dudas interpretativas ya señaladas – de su cualidad de órgano de cierre que no debe negar el juicio positivo que, con carácter general, cabe hacer a la modalidad de control por la que ha optado nuestro ordenamiento. Agotados todos los recursos procedentes en el Derecho interno, podrá acudir a las instancias supranacionales (...) En cuanto a la producción normativa del TC en materia de proceso, en la actualidad no se prevé ningún medio para someterla a un control externo. De igual modo, no está prevista la posibilidad de autocontrol por parte del TC, al cual, por otro lado, tampoco le veríamos ninguna ventaja. La única posibilidad de fiscalización pasaría aquí para acudir a alguna de las vías de control supranacional ya indicadas”. (Rodríguez-Patrón, Patricia: Ob. Cit., p. 322).

las tareas que le son propias”, adicionando a lo dicho que no sólo es supremo intérprete de la Constitución, sino en última instancia, vocero del Poder Constituyente. Me pregunto si, acaso, un Tribunal que escape a una rigurosidad en la autorestricción o autolimitación – pensando quizás idealistamente que pueda ser suficiente ésta - no constituiría un peligro contra el equilibrio que debe primar en una democracia constitucional, teniendo en cuenta que como “vocero del Poder Constituyente”, el Tribunal Constitucional ya no tendría mayores límites.

Ahora bien, el tema de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional pareciera que es en última instancia, una forma de justificar la extendida libertad en su actuación, es decir, una forma de fundamentar ésta actuación expansiva.

Como expresa la misma Rodríguez-Patrón¹¹³, en relación al Tribunal Constitucional español – pero que puede explicar lo ocurrido en lo nacional -, “la calificación como órgano constitucional (*del Tribunal Constitucional*) ha servido de justificación para la ampliación de sus competencias, más allá de lo dispuesto constitucional y legalmente”. Manifiesta la autora citada que: “Desde el punto de vista del propio TC, la expansión ha tenido mucho que ver, sin duda, con los amplios márgenes de interpretación que deja el texto constitucional y cuya concreción le corresponde. Aquí la frontera entre la aplicación y la creación de Derecho no es siempre fácil de determinar, pues el Tribunal ha de aplicar un gran número de cláusulas generales indeterminadas, definir tareas y fines estatales y llevar a cabo una ponderación entre los distintos valores. Esta tendencia expansiva, que va alejando paulatinamente al TC del molde clásico de “legislador negativo”, se ha manifestado tradicionalmente en materias de gran relevancia constitucional. Así, frente a los derechos fundamentales el Tribunal se ha exigido a sí mismo un control más estrecho del legislador. Esto ha provocado frecuentes llamadas a su autocontención”. Igualmente, la autora indica que la actuación del Tribunal Constitucional español se hace aún más libre y mayormente expansiva si se toman en cuenta otras circunstancias como: “El TC debe amoldarse a las exigencias de una realidad constitucional mutante. Debe “adaptar” sus competencias frente al proceso de integración europea y, en general, frente a nuevos ámbitos en continuo cambio, como los medios de telecomunicación, a los que el legislador no puede ofrecer siempre una regulación puntual. Por otro lado, la ingente marea de recursos de amparo puede obligar en el futuro a buscar soluciones técnicas que hagan depender, en cierta medida, la tutela individual de la capacidad funcional del

¹¹³ Rodríguez-Patrón, Patricia: Ob. Cit., pp. 53 y ss.

Tribunal. (...). De allí que Rodríguez-Patrón concluya en que “puede decirse que la identidad del TC ni está cerrada ni es invariable(...)una importante característica de ésta(cómo ocurre respecto a los demás órganos) consiste en su permanente evolución. Todo ello hace que la “posición” del Tribunal deba definirse siempre de forma transitoria”¹¹⁴.

Entonces, lo primero que hay que considerar en la ampliación de las competencias del Tribunal Constitucional – para el caso concreto, español, pero válido para nuestra realidad -, es el constituir un órgano constitucional. A partir de esta calidad es que se justifica lo ocurrido con la “autonomía procesal”. Es muy explícita la autora citada cuando hace mención a que el núcleo de identidad del TC no es invariable y está en permanente evolución(recordemos que frases más frases menos, el profesor Landa habla de un “reajuste permanente” del Tribunal Constitucional en relación con los demás poderes). De manera que se concluye que la “autonomía procesal” sólo sería una justificación de esa libertad que se toma el Tribunal Constitucional, o, si se quiere, una manera de representar ese fenómeno de expansión de competencias de la institución en cuestión¹¹⁵.

Ahora bien, preocupa que se deje establecido que el Tribunal Constitucional puede en ciertos casos actuar inclusive como vocero del Poder Constituyente, entendiéndose que desarrollando o reconstruyendo normas constitucionales de carácter sustantivo y procesal. Preocupante, en tanto se tiene que el Tribunal Constitucional no deja de ser un poder constituido y por tanto limitado – como anota Rodríguez –Patrón -¹¹⁶. En este mismo sentido, Louis Favoreu explica que existen dos elementos esenciales que fundamentan la legitimidad de los tribunales constitucionales en la medida que son poderes constitucionales: uno, su composición; y, el segundo, su función de orientar y

¹¹⁴ Rodríguez-Patrón, Patricia: Ob. Cit., pp. 55 y 56.

¹¹⁵ Monroy Gálvez concluye un artículo muy crítico en relación a la “autonomía procesal” expresando lo siguiente: “En cualquier caso, el propósito de este apartado no es otro que develar el uso de la Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que vienen expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la AP como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso”. (Monroy Gálvez, Juan: **“La autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada** en: *Themis - Revista de Derecho*. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero 2008, p. 96).

¹¹⁶ Rodríguez-Patrón, Patricia: Ob. Cit., p. 57.

no bloquear, entendiéndose esto último como que “no tienen la última palabra” ya que pueden ser desmentidos por el poder supremo del Estado, el poder constituyente¹¹⁷.

Nos recuerda Domingo García Belaunde¹¹⁸, que el autonombrarse el Tribunal Constitucional “un comisionado del poder constituyente” es una “tesis falaz”¹¹⁹. Así, señala que la tesis fue formulada por Eduardo García de Enterría, dándola a conocer en pleno proceso de la transición española a la democracia “en donde tanto se esperaba del Tribunal Constitucional, especialmente para llenar muchos cabos sueltos que **ex professo** había dejado el legislador constituyente (como fue el problema de la construcción del mapa autonómico). Pero esta frase, que se emparentaba con cierto sector de la doctrina norteamericana, válida en ese ambiente con las limitaciones propias de su sistema, fue formulada en España en otro contexto, en sentido más político que jurídico y sin olvidar su sentido prospectivo”. Aclara el profesor García Belaunde que “comisionado es el que cumple una comisión, o sea, un encargo que es precisamente hacer actuar la Constitución y no alterarla. Y desde un amplio punto de vista (...) comisionados hay varios, pues todos, públicos y privados, tenemos el deber de defender y hacer operativa la Constitución. Y así lo ha entendido la doctrina y la práctica española, en donde el Tribunal Constitucional no sólo tiene sentencias más sustantivas y mejor armadas que las sentencias emitidas aquí, sino que no ha enmendado la plana a la misma Constitución, como aquí se ha pretendido hacer”. Concluye diciendo que “el concepto “comisionado del poder constituyente” es metafórico, tiene un sentido genérico, pero en rigor es inexacto si pretendemos como se ha pretendido, que el comisionado es, en cierto sentido un apoderado que tiene carta blanca para actuar, cuando la situación es precisamente al revés (...) el Tribunal Constitucional debe ceñirse a la Constitución y desarrollarla prudentemente, que es en rigor lo que muchas veces nuestro Tribunal no ha hecho (...)”, añadiendo a lo dicho: “Esta falsa idea de que comisionado es una especie de apoderado general con

¹¹⁷ Favoreu, Louis: “**Los Tribunales Constitucionales**” en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996, pp. 108-109.

¹¹⁸ García Belaunde, Domingo: **Prólogo** a: Castillo Córdova, Luís: **El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial**. Editorial Palestra. Lima 2008, pp. 31-32.

¹¹⁹ En realidad, el Tribunal Constitucional en el Exp. 2409-2002-AA/TC, se autocalificó de “Poder Constituyente Constituido” de la manera siguiente: “En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal” (Fundamento 1).

poderes ilimitados, es lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a los excesos que se han visto(...).”

Por ello, se debe de tener en cuenta que si bien el Tribunal Constitucional puede - en palabras de Landa -, ser “vocero del Poder Constituyente” – lo cierto es que constitucionalmente no se le ha habilitado la competencia de reforma o cambio constitucional, manteniéndose diferenciadas la función del Tribunal Constitucional como poder constituido y reservándose dicha función de reforma o cambio constitucional al Poder Constituyente¹²⁰.

Por tanto, debe pensarse en límites indispensables en cuanto al rol que cumpla el Tribunal Constitucional, a fin de salvaguardar su propia legitimidad, en los términos que Favoreu explica.

3.2.3.2.- CONSOLIDACIÓN DE LA “AUTONOMÍA PROCESAL” DEL TRIBUNAL COINSTITUCIONAL

Como proyección de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional se tiene un despliegue no sólo en lo que respecta al Reglamento Normativo del órgano contralor, sino sobre todo a través de sus resoluciones. Es el propio César Landa quien explica las manifestaciones que ha tenido dicha “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, a través de la acción, la jurisdicción y el proceso¹²¹.

¹²⁰ Como anota José Ángel Marín: “Que la justicia constitucional asuma la defensa de los valores supremos contenidos en las Constituciones, no quiere decir que sea ella la encargada de crearlos. Es decir, el buen funcionamiento y la eficacia del juez constitucional requiere que esos valores a cuya defensa se va a dedicar sean los real y efectivamente sentidos por la sociedad en la que actúa y en el momento en el que actúa. Un órgano de justicia constitucional, que únicamente supera todas las contradicciones consustanciales en virtud del prestigio y la credibilidad de la sociedad en la que está inserto, no está llamado a realizar la transformación de esa sociedad ni a violentar su escala de valores. Antes al contrario, lo verdaderamente interesante viene dado por el hecho de que el juez constitucional ya no es solo un vigilante del cumplimiento de la ley, sino que, además, se ha convertido en el vigilante y en el encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de valores insitos en la Constitución(...)”.(Marín, José Ángel: **Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional**. Editorial Ariel, Barcelona 1998, p. 13).

¹²¹ Landa, César: Ob. Cit., Lima 2009, pp. 453 y ss.

Así, en primer lugar, en lo que respecta al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, se tiene que en base al segundo párrafo del artículo 2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301 - el cual establece que el Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como el régimen de trabajo de su personal y servidores -, el Pleno del Tribunal Constitucional aprobó el Reglamento Normativo correspondiente a su funcionamiento y al régimen de trabajo de su personal y servidores, mediante la Resolución Administrativa 095-2004-P/TC.

Asimismo, se tienen los artículos 11º y 13º del citado Reglamento Normativo, con los que, de un lado se da respuesta a la enorme carga procesal que ostenta el Tribunal y, de otro, se regula la capacidad del Pleno o salas que, para mejor resolver, puedan solicitar informes a las entidades estatales. Explicando lo anterior Landa señala: “Así, en el ejercicio de su autonomía procesal, y sin transgredir las normas constitucionales y legales que regulan su quehacer jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ha procedido a regular, por un lado, la forma en que debe organizarse la tramitación de los expedientes que ingresen a esta sede, con la finalidad de llevar a cabo, de manera más efectiva, su función de control de la constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales; como, por otro lado, la incorporación del *amicus curiae* en la práctica no sólo para solicitar informes, sino también para recibirlos”.

Por otra parte, en cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre la que existe una proyección evidente de la “autonomía procesal” del Tribunal, siguiendo a Landa, se puede señalar que ante la ausencia de regulación positiva sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha incorporado dentro de los institutos de la acción, la jurisdicción y el proceso determinadas garantías procesales.

En cuanto a la acción, se puede dar cuenta de la figura del litisconsorte facultativo; del “partícipe”; de la legitimidad procesal activa de los colegios profesionales en los procesos de inconstitucionalidad de las normas legales.

En cuanto a la jurisdicción, se tiene en primer lugar, definir el Tribunal su competencia para realizar el control constitucional de las leyes que entraron en vigencia con anterioridad a su creación e implementación en nuestro sistema jurídico. Igualmente, recoger la figura del *amicus curiae*, definiendo el Tribunal qué entiende por *amici* y el momento en el cual puede actuar en el marco de un proceso constitucional, así como sus facultades y límites. También, en cuanto a la jurisdicción, se tiene que el Tribunal

se ha constituido al lugar de la afectación de los derechos fundamentales o, recepcionado informes de hechos en las audiencias públicas o de vistas de la causa.

Asimismo, en cuanto al proceso, se tiene como proyección de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, dar plena vigencia a los principios de pro homine, pro actione y de precaución. En base de estos principios se pronuncia el Tribunal inclusive distanciándose del principio de congruencia procesal, pues va más allá del petitorio con el objetivo de una adecuada protección de los derechos fundamentales. Igualmente la influencia se nota cuando se tocan los tipos de habeas corpus y se desarrollan jurisprudencialmente. Asimismo cuando se reconduce un proceso constitucional a otro.

Sin embargo, la mayor influencia en relación al proceso se encuentra al establecer los tipos de sentencias de inconstitucionalidad de las normas legales, al decir de Landa, la expresión más acabada de la autonomía procesal. Fue desarrollado – aclara el profesor - de manera sistemática por vez primera por el Tribunal Constitucional peruano cuando resolvió un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación antiterrorista. En dicho proceso – aclara Landa – se puso en evidencia que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa, desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley(u otra norma con rango de ley) puede ser perjudicial para la sociedad, concluye el profesor.

Asimismo, se han desarrollado sentencias de principio, afín de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos. Según el Tribunal, las sentencias pueden ser estimativas(de simple anulación, interpretativas, interpretativas – manipulativas) y sentencias desestimativas.

3.2.3.3.- MÁS ALLÁ DE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”: HIPERACTIVISMO JUDICIAL

No obstante lo expuesto por César Landa, en cuanto a la proyección en el actuar del Tribunal Constitucional de la “autonomía procesal”, lo cierto es que existen líneas de desarrollo que emprendió el órgano de control constitucional concentrado, en las que también se evidencia la proyección de la “autonomía procesal”, o, al menos, dichas

líneas son la consecuencia del pensar en el rol del Tribunal en los términos expuestos anteriormente.

Entonces, más allá de las manifestaciones de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional expuestas, se encuentran dos marcadas líneas de acción en cuanto a la relación existente entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial ¹²².

Una línea se identifica con la reconducción del trámite de ciertas pretensiones hacia la judicatura ordinaria mediante medios ordinarios de tutela, no a través de procesos constitucionales, y, como consecuencia de ello, sea el Poder Judicial quien en exclusividad conozca temas que antes eran competencia del Tribunal Constitucional. En este punto resultan importantes los casos: Exp. 1417-AA/TC(Caso Manuel Anicama Hernández), Exp. 0168- 2005- PC/TC(Caso Maximiliano Villanueva Valverde), Exp. 0206-2005- PA/TC(Caso César Baylón Flores).

La segunda línea de acción, está relacionada con el control de constitucionalidad sobre resoluciones judiciales. En éste desarrollo del Tribunal resulta de interés lo establecido en los casos: Exp. 3846-2004-PA/TC(Caso Municipalidad Provincial de San Pablo), Exp. 3179-2004-AA/TC (Caso Apolonia Ccolicca Ponce), Exp. 4853-2004-PA/TC(Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad), así como el Exp. 006-2006-CC/TC(Caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial). A los anteriores se suma lo establecido en los casos: Exp. 03173-2008-HC/TC(Caso Teodorico Bernabé Montoya), Exp. 03908-2007-PA/TC(Caso Provías Nacional).

En la primera línea de acción, vale decir, la “ordinarización” de algunos procesos constitucionales como consecuencia de la reconducción de algunas pretensiones, se tiene que - como lo explica Eloy Espinosa Saldaña Barrera¹²³ - que en el Caso Manuel Anicama Hernández, el Tribunal identifica el contenido constitucionalmente protegido de un derecho con la denominada teoría institucional del contenido esencial, devolviendo el grueso de amparos provisionales a su trámite por medios ordinarios ante la judicatura ordinaria. Igualmente, en el Caso Maximiliano Villanueva Valverde, se establece qué supuestos de inactividad formal o material de la Administración van a

¹²² Espinosa Saldaña-Barrera, Eloy: **“El juez constitucional y sus márgenes de acción frente a la judicatura ordinaria: algunas reflexiones a propósito de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el Perú”**, en: AAVV: **Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional(Lima 16-19 de septiembre de 2009)** Tomo II. Lima 2009, pp. 533 y ss.

¹²³ Ibidem, p. 537.

abordarse mediante el Proceso Constitucional de Cumplimiento, procediendo en consecuencia a encauzar el trayecto de la mayor parte de estos casos mediante Proceso Contencioso Administrativo.

Asimismo, en el Caso César Baylón Flores – expresa el mismo profesor último citado -, si bien el Tribunal Constitucional no precisa qué criterios permiten identificar cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria, establece pautas sobre qué temas de índole laboral deberían abordarse directamente mediante amparo y cuáles a través de medios procesales ordinarios ante la judicatura.

Como conclusión al respecto, Espinosa plantea: “En todos estos casos el efecto conseguido será el mismo: el uso del precedente constitucional para la reconducción del tratamiento procesal de algunas pretensiones de la judicatura ordinaria, propiciando con ello la generación de una serie de problemas (protesta ciudadana ante situaciones de indefensión, sobrecarga a la judicatura ordinaria) que básicamente son transferidos al Poder Judicial peruano por el Tribunal Constitucional de nuestro país, con todo lo que ello acarrea, tanto en el plano de la vida de cada ciudadano como a nivel institucional”¹²⁴.

Por otra parte, la segunda línea de desarrollo del Tribunal Constitucional en cuanto a su relación con la judicatura ordinaria, plantea Eloy Espinosa que lo resuelto en el Exp. 006-2006-CC/TC (Caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial), es “(...) parte de un proceso vivido en el Perú, donde progresivamente fue configurándose un escenario cada vez más consolidado para el control ejercido por jueces constitucionales (y sobre todo, por aquellos que integran el Tribunal Constitucional) sobre las distintas resoluciones emitidas por la judicatura ordinaria. Se plasmó entonces desde el principio un escenario de control bastante importante, el cual incluso admitía el cuestionamiento de resoluciones que aún no eran firmes, o el uso de mecanismos como el de Amparo, aunque siempre en clave propia de la denominada tesis admisorio moderada”¹²⁵.

Ante tal margen de acción propuesto por el Tribunal Constitucional, de bastante amplitud, se intentó por medio del Código Procesal Constitucional recortarlo (para algunos reconducirlo); sin embargo, por medio de varias resoluciones expedidas por el

¹²⁴ Ibidem, p. 537.

¹²⁵ Ibidem, p. 538.

órgano de control concentrado se mantuvo dicha amplitud, e incluso en determinados aspectos, se amplió.

Espinosa advierte tres ejes sobre los cuales gira esta segunda línea de acción trazada¹²⁶. Así, el primero es el que se vincula con la admisión del Amparo contra Amparo; el segundo, es el relacionado con la adopción de una tesis admisorias amplia en el control de resoluciones judiciales; y, finalmente, el tercer eje se refiere a la habilitación de un recurso de agravio ante el Tribunal Constitucional contra sentencias estimatorias remitidas por la judicatura ordinaria, situación opuesta evidentemente al texto constitucional, lo cual con posterioridad fue rectificado. Cada uno de estos ejes es correspondiente con un caso en especial, de los mencionados anteriormente. Así, al primer eje, le corresponde el Exp. 3846-2004-PA/TC(Caso Municipalidad Provincial de San Pablo); al segundo el Exp. 3179-2004-AA/TC (Caso Apolonia Ccollcca Ponce); y, finalmente al tercer eje, el Exp. 4853-2004-PA/TC(Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad).

El Exp. 3846-2004-PA/TC(Caso Municipalidad Provincial de San Pablo), posibilitó que se admitiera el Amparo contra Amparo, no obstante que en el artículo 5º inciso 6 del Código Procesal Constitucional se prescribe como causal de improcedencia: “Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia”. En éste expediente se sentenció bajo dos fundamentos:

“4. El Tribunal Constitucional considera, no obstante, que la posibilidad del “amparo contra amparo” tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del inciso 2º del artículo 200º de la propia Constitución, donde se establece que el Amparo, “(...)No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. La definición de “procedimiento regular” se sitúa de este modo en la puerta de entrada que ha venido permitiendo la procedencia del “amparo contra amparo””

“5. En tal sentido debe enfatizarse que, cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5º, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4º del mismo Código Procesal Constitucional,

¹²⁶ Ibidem, p. 539.

puesto que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del “amparo contra amparo” sería contraria a la Constitución”.

Asimismo, con el Exp. 3179-2004-AA/TC (Caso Apolonia Ccollcca Ponce), se trastoca la tesis denominada admisorio moderado por la admisorio amplia, en cuanto a los amparos contra resoluciones judiciales. En la referida sentencia se establece que como proceso irregular se debe tomar no sólo aquel en el cual se vulnera el debido proceso sino cualquier derecho fundamental:

“13. Así las cosas, cabe que nos cuestionemos acerca de las razones jurídico-constitucionales que puedan existir para limitar el ámbito de derechos protegidos por el amparo contra resoluciones judiciales sólo a la protección de los derechos que integran la tutela procesal.

Como ya se ha indicado, una primera respuesta a esta cuestión se ha efectuado interpretándose los alcances del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución que, como se sabe, establece que el amparo

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular

Esta última parte del precepto constitucional antes recordado, no se ha entendido en el sentido de que por su virtud se prohíba la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, sino sólo que él no prospere si lo que se busca es cuestionar mediante este proceso constitucional una resolución judicial emanada de un proceso “regular”. Por el contrario, si la resolución judicial emanaba de un proceso “irregular”, si cabía que se abriera las puertas de procedencia del amparo.

De esta manera la viabilidad del amparo contra resoluciones judiciales quedaba librada a lo que se pudiera entender por el término “regular”. Lo que, a su vez, se resolvió en el sentido de entender que un proceso judicial era regular siempre que se haya expedido con respeto del derecho a la tutela procesal. En tanto que devenía irregular si la resolución judicial se había expedido en un proceso judicial donde se hubiera lesionado el mismo derecho, o cualquiera de los derechos procesales que forman parte de él.

14. El Tribunal Constitucional considera que una respuesta como la brindada no concilia con el diseño constitucional del ámbito de derechos protegidos por el proceso de amparo.

a) En primer lugar, pues como se ha expuesto en el fundamento 12 de esta sentencia, los únicos derechos exceptuados del control mediante este proceso son los protegidos, a su vez, por el hábeas corpus y el hábeas data.

b) En segundo lugar, es inadmisibile desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso "irregular" sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal "irregularidad" no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

*En definitiva, a partir del diseño constitucional del ámbito de derechos protegidos por el amparo, el Tribunal considera que es constitucionalmente inadmisibile sostener que del referido segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución se pueda inferir una limitación de la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales, más allá de los derechos garantizados por el hábeas corpus y el hábeas data."*

Como avance en esta segunda línea de acción, se encuentra el Exp. 4853-2004-PA/TC (Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad), por medio del cual – como se ha dicho – se habilita un recurso de agravio ante el Tribunal Constitucional contra sentencias estimatorias remitidas por la judicatura ordinaria, situación opuesta evidentemente al texto constitucional, específicamente al artículo 200º inciso 2º:

"Artículo 200.-Corresponde al Tribunal Constitucional:

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

El Tribunal Constitucional, sustentaría su posición, es decir, la posibilidad de recurrir al amparo contra amparo incluso frente a sentencias estimatorias de la siguiente manera:

"(...)8. Una de las reglas que se estableció en el expediente N.º 200-2002-AA/TC, para la procedencia del "amparo contra amparo", señalaba que sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable para la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada. Ésta fue una regla elaborada conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N.º 23506, que establecía que "la resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente".

9. Al respecto el Tribunal considera necesario adecuar esta regla a efectos de optimizar la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales en un determinado proceso. En efecto, la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los derechos fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional. En otras palabras, el “amparo contra amparo” no debe habilitarse en función de que el fallo en el primer amparo sea estimatorio o desestimatorio, sino en función de si puede acreditarse o no un agravio manifiesto a los derechos constitucionales a consecuencia de la actuación de los propios jueces constitucionales y cuya intensidad sea tal que desnaturalice la propia tutela que deba prestarse a través de su actuación.

10. De este modo en principio es razonable que tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado, cuando se acredite que en la tramitación se haya producido una violación manifiesta a un derecho constitucional, el “amparo contra amparo” resulta una opción válida a efectos de optimizar la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, sin que su uso pueda suponer, paradójicamente, una nueva afectación. No obstante, conviene aquí analizar si el “amparo contra amparo” es la única vía posible para el control constitucional de las decisiones estimatorias de segundo grado que resulten lesivas de los derechos fundamentales o que desconozcan la doctrina constitucional o, llegado el caso, los propios precedentes del Tribunal Constitucional. El Tribunal abordará en los fundamentos siguientes los supuestos en los que cabe un nuevo amparo, para luego y a partir de la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución explorar las posibilidades del propio recurso de agravio como mecanismo más efectivo para el control de las decisiones estimatorias de segundo grado que son dictadas en desacato directo a un precedente constitucional(...).”

Como anota Eloy Espinosa, “(...)si algo tienen en común estas sentencias, emitidas como precedente vinculante, es que apuntan a configurar un escenario en el cual se busca consagrar un control prácticamente total de la actuación de la judicatura ordinaria por el Tribunal Constitucional, bajo parámetros que en puridad parecieran ir más allá que aquellos que permitiría la normatividad actualmente vigente al respecto. Esta postura, entonces, muy a despecho de las buenas intenciones que seguramente motivaron a sus impulsores, puede así lamentablemente devenir en atentatoria de la independencia de los jueces y juezas peruanas, y además, de la autonomía de su

Poder Judicial, elementos cuya tutela debiera ser una obligación ineludible para todo Estado Constitucional que se precie de serlo”¹²⁷.

Ahora bien, los criterios expuestos han sido moderados por el propio Tribunal Constitucional, si tomamos en cuenta, en primer lugar, el Exp. Exp. 03173-2008-HC/TC(Caso Teodorico Bernabé Montoya). Así, en este caso se resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal contra la resolución de la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesto por Teodorico Bernabé Montoya contra el Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Nacional y otro. El demandante en el proceso de Hábeas Corpus, Teodorico Bernabé Montoya, era un implicado en los excesos contra Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte, en la Isla “El Frontón”, como parte de un destacamento de las Fuerzas Armadas peruanas, caso que había sido contemplado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta había establecido una serie de obligaciones para el Estado peruano. Siguiéndose una acción en contra de Bernabé Montoya, éste adujo la prescripción, dándosele la razón por la citada Tercera Sala. Es allí que el Instituto de Defensa Legal plantea el recurso de agravio constitucional, con la fundamentación en el – hasta allí- precedente vinculante del Exp. 4853-2004-PA/TC(Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad).

El Tribunal Constitucional, plantea antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, evaluar su competencia por razón de la materia para conocer y resolver el recurso de agravio constitucional interpuesto, pues –añade - en caso de ser incompetente no debe ingresarse a conocer el fondo, ya que el avocamiento indebido constituye una manifiesta vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva, que no puede ser permitida ni avalada.

Es así, entonces, que establece el marco normativo en el que se debe observar dicha competencia. Plantea que: “(...)conforme al inciso 2) del artículo 202º de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional:

“Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, (...)”

¹²⁷ Ibídem, p. 539.

Asimismo, el artículo 18º del Código Procesal Constitucional señala que:

“Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional (...)” “.

Teniendo el marco anterior se pronuncia el Tribunal sobre el fundamento aducido por el Instituto de Defensa Legal que había invocado el precedente del Exp. 4853-2004-PA/TC(Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad):

“3.Sobre este fundamento, debe señalarse que jurisprudencialmente se habilitó, como precedente vinculante, el Recurso de Agravio Constitucional aun para las demandas de amparo que hubiesen obtenido pronunciamiento estimatorio en segunda instancia, si es que se verificaba la contravención de un precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional. Pues bien teniendo presente que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC ha servido de fundamento para que el Instituto de Defensa Legal interponga el recurso de agravio constitucional este Tribunal considera necesario evaluar si este fundamento cumplía los presupuestos básicos para ser aprobado como precedente vinculante.

4.En este sentido, debe tenerse presente que en la STC 0024-2003-AI/TC este Tribunal precisó los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante, que son:

- (i) La existencia de interpretaciones contradictorias.*
- (ii) La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.*
- (iii) La necesidad de llenar un vacío legislativo.*
- (iv) La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa. Y,*
- (v) La necesidad de cambiar un precedente vinculante.*

5.Que, teniendo en cuenta los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante, este Tribunal constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido

aprobado como precedente vinculante, por las siguientes razones:

- (i) *En la praxis judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202° de la Constitución, ni del artículo 18° del Código Procesal Constitucional. La interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal sólo conoce las demandas desestimadas en segundo grado.*
- (ii) *Asimismo, tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.*
- (iii) *Tampoco existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un Recurso de Agravio Constitucional. Ello quiere decir, que un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución pues está únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206.°. Además conforme al principio de interpretación conforme a la Constitución el Tribunal Constitucional, y por ende, el recurso de agravio constitucional, sólo procede contra resoluciones denegatorias.*
- (iv) *No existían interpretaciones diversas de la Constitución o del Código Procesal Constitucional. Muy por el contrario, lo que se observa es que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC, ha sido concebido en abierta contradicción con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y los presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC.*
- (v) *Y, por último, tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente”.*

Lo anterior sería desarrollado luego con el Exp. 03908-2007-PA/TC(Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL). Así, se señalan aspectos importantes en cuanto a precedentes vinculantes como que los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante pueden ser cumplidos de manera alternativa.

Igualmente, en este expediente se establece:

“7.Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que “la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones”, pues “el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos”.

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias” para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado. Además, debe resaltarse que la expresión “resoluciones denegatorias” había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución como en el artículo 18.º del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión “resoluciones denegatorias”, al señalarse que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento procede el recurso de agravio constitucional.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, decide dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC. Por tanto, cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso

constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional, pues el constituyente en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución y el legislador en el artículo 18.º del Código Procesal Constitucional han precisado que la expresión “resoluciones denegatorias” sólo comprende las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y que por ende, solo contra ellas procede el recurso de agravio constitucional, mas no contra resoluciones estimatorias de segundo grado”.

De manera que con este expediente se deja sin efecto el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC.

Como un comentario general de esta parte, en cuanto al planteamiento del Tribunal Constitucional y su relación con la judicatura ordinaria, se puede coincidir plenamente con lo manifestado por Eloy Espinosa: “(...)el Tribunal Constitucional peruano había venido desarrollando una línea argumental mediante la cual, ya sea ampliando los alcances inicialmente reconocidos a algunos conceptos, o efectuando controvertidas lecturas no literales de la Constitución, buscaba posesionarse ante la judicatura ordinaria de forma tal que prácticamente estaba habilitado (por no decir, si cabe el término, autohabilitado) para revisar cualquier sentencia judicial”¹²⁸.

4.- REFORMAS PLANTEADAS EN CUANTO JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En la búsqueda de afrontar los aspectos discutibles que tendría el modelo o sistema de justicia o jurisdicción constitucional, en los últimos años, se han elaborado diversos proyectos que, de un lado, están orientados a la reforma de la Constitución vigente, y, de otro, se dirigen sobre la legislación actual.

4.1.- PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN(2002)⁴

Diversos aspectos novedosos pero discutibles, se plantean en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución presentado por la Comisión de Constitución en julio de 2002, ante el Pleno del Congreso.

¹²⁸ Ibidem, p. 547.

En primer lugar, se debe hacer mención que en el artículo 205^o se establece no solo que el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo e independiente de los poderes del Estado sino que, además, es el titular fundamental de la justicia constitucional y supremo intérprete de la Constitución, tutelando los derechos fundamentales y controlando el ejercicio del poder. Con esta redacción se asume expresamente lo que tanto se discute, es decir, la calidad del Tribunal de “supremo intérprete de la Constitución”. Con la Constitución de 1993, se tiene que si bien es cierto literalmente no incorpora tal mención, se argumenta que la calidad de definitivo y supremo intérprete se desprende de una interpretación constitucional técnica y sistemática.

Así, Ruíz Molleda¹²⁹ señala: “En efecto, el carácter de supremo y definitivo intérprete es el resultado de una comprensión sistemática del conjunto de la Constitución, en especial de su artículo 201, que señala que: “(...)el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”; del artículo 202, que establece que: “(...)corresponde al Tribunal Constitucional(...)conocer en instancia única, la acción de inconstitucionalidad”, y del artículo 204, que precisa que: “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”. Estas normas traslucen, en primer lugar, que el TC es el órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes; en segundo lugar, que cumple con tal cometido mediante un procedimiento llamado de inconstitucionalidad, por medio del cual el TC conoce en instancia única las demandas; y, en tercer lugar, que el producto de ese proceso será una sentencia con fuerza normativa, vinculante y oponible a todos los poderes públicos y privados.”

El autor agrega a lo anterior: “Esta interpretación se refuerza y es compatible con las normas relacionadas con la supremacía normativa de la Constitución. Nos referimos al artículo 51 de la Constitución Política, que precisa que ella prevalece sobre toda norma legal, y a su artículo 138, que señala que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. La única manera de preservar la unidad de la Constitución es otorgándole al TC la facultad de supremo y definitivo intérprete de ella”.

¹²⁹ Ruíz Molleda, Juan Carlos: ***En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas***. Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú- Facultad y Departamento Académico de Derecho. Lima 2006, pp. 33.

Lo que se plantea en este proyecto sería la consagración constitucional de lo que se venía diciendo que es resultado de la interpretación sistemática de la Constitución actual, como se ha podido observar en el autor citado.

Asimismo, en relación a la acción popular se presentan algunas modificaciones. De una parte, en el artículo 61º se dice: “Hay acción popular ante el Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución y de la ley, contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”; y, de otra, en el artículo 209 inciso 1), se establece como competencia del Tribunal Constitucional: “Tramitar y resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y los de acción popular”. Con lo cual entonces, la tramitación de la acción popular ya no es más competencia del Poder Judicial, sino del Tribunal, añadiéndose que al igual que la acción de inconstitucionalidad, se tramita y resuelve en instancia única. Al parecer esto es planteado en tanto la búsqueda de unidad de criterio centralizado en el Tribunal Constitucional.

Igualmente, se establece que como competencia del Tribunal Constitucional se tiene resolver, en último grado, las resoluciones denegatorias a pedido de parte y aquellas que conozca de oficio, a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional, en los procesos de hábeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento. Con esto, se prescribiría que el Tribunal no sólo conozca las resoluciones denegatorias en los procesos constitucionales mencionado, sino que además se incluyen aquellas resoluciones estimatorias que sean conocidas de oficio.

4.2.- PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - CERIAJUS

En abril de 2004, la “Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS”, presentó el “Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia”, documento en el cual se incluían una serie de planteamientos. Entre estos se encuentra el “Proyecto de Reforma Parcial de la Constitución”, aprobado por la Ceriajus.

Entre los planteamiento tenemos, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional es el órgano encargado del control de constitucionalidad y supremo intérprete de la

Constitución como artículo 201^o, en la línea de criterio que también se ha visto en cuanto a la Comisión de Reforma en el Congreso, antes citado.

Asimismo, se plantea como parte de la competencia del Tribunal “resolver, en último grado, los procesos de hábeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, que señale la ley, pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver”. A diferencia del Proyecto en el Congreso, que habla que el Tribunal tiene competencia sobre resoluciones denegatorias y “aquellas que conozca de oficio”, la Ceriajus proyecta la “escogencia discrecional” que pudiera hacer el Tribunal, lo que palabras más palabras menos, significan lo mismo.

4.3.- PROYECTO DE LEY Nº 14321-2005-CR “QUE PROPONE GARANTIZAR LOS PRINCIPIOS DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD”

En el ejercicio del derecho de iniciativa contenido en el artículo 107^o de la Constitución vigente, el congresista Antero Flores-Araoz Esparza – a quien se adhirió en el pedido la también congresista Emma Vargas de Benavides - presentó para el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento este Proyecto de Ley que en síntesis incorporaba un artículo al Código Procesal Constitucional; igualmente adicionaba un segundo párrafo al mismo; y, finalmente modificaba el artículo 1^o de la Ley 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional-. Si bien, este Proyecto tiene como objeto resguardar los fueros del Poder Legislativo, también es cierto que se debe tomar en cuenta en tanto delinea la calidad y competencia del Tribunal Constitucional y, trasunta la preocupación constante de los poderes públicos en razón del actuar de dicho Tribunal.

La propuesta fue aprobada por la mencionada comisión en junio de 2006, como sigue:

“PROYECTO DE LEY Nº 14321/2005-CR PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 1.- Incorpórase como artículo 81-A a la Ley N 28237, Código Procesal Constitucional

Incorpórase como artículo 81-A de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, el siguiente texto:

"Artículo 81-A°.- Prohibición de legislar positivamente mediante sentencias En las sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional sólo declara que la norma cuestionada, de acuerdo con los incisos 4) del artículo 200° y 1) del artículo 202° de la Constitución, transgrede o no algún principio, precepto, derecho o prerrogativa previstos en dicho texto. En tales procesos, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada o la deja sin efecto por incompatibilidad con la Constitución. El Tribunal Constitucional sólo actúa como legislador negativo".

Artículo 2.- Adiciona un segundo párrafo al artículo 4° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Adiciónase un segundo párrafo al artículo 4° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el siguiente texto:

"Constituye función del Tribunal Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad que conoce, identificar los posibles vacíos normativos que ameriten la expedición de una nueva norma, debiendo proponer al Congreso de la República, como consecuencia de ello, las iniciativas legislativas que juzgue pertinentes. El Congreso de la República dará trámite preferente a tales iniciativas".

Artículo 3.- Modifícase el artículo 1° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Modifícase el artículo 10 de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el siguiente texto:

"Artículo 1.- Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República."

Artículo 4.- Derogación

Derógase todas las disposiciones normativas que se opongan a la presente ley.

Lima, 2 de junio de 2006"

La fundamentación del Proyecto, parte de lo que identifica el ponente como un problema generado en el actuar del Tribunal Constitucional, esto es, las sentencias denominadas interpretativas, las cuales "no se encuentran previstas en la Constitución ni en las leyes peruanas". Plantea que "se ha suplantado por "vía interpretativa" la voluntad del legislador, actuando como un legislador positivo", por ello, agrega, "(...)recobra vigencia el razonamiento lógico que señala que aquel que dicta las leyes, no sea el mismo que las juzgue, tampoco resulta correcto que aquel que juzgue las leyes, pueda dictarlas, en tanto no se puede constituir en juez y actor al mismo tiempo". Rechaza entonces, que la doctrina y el derecho comparado unánimemente avalen la facultad del Tribunal Constitucional para ser un legislador positivo. Igualmente se niega que en la Constitución de 1993 se haya plasmado dicha atribución. Así, se recuerda que en la intervención de Carlos Ferrero Costa se expresa: "Si en algún momento el tribunal dice que una ley está en desacuerdo con la Constitución, el Congreso perfectamente puede modificar esa ley que concuerde con la Carta Magna, o puede modificar la Constitución. La primera confusión que es importante deslindar, es que la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales no le quita al Congreso su característica de legislador por naturaleza, el definidor, el que determina en instancia absoluta y final, las normas de convivencia social. El Tribunal, en realidad, es solo una medida de emergencia para resolver el problema que causa una mala ley o una ley equivocada. El Tribunal no es un gobernante, de la misma manera que el juez cuando dicta sentencia tampoco está gobernando; está dirimiendo un problema entre

particulares y el Estado. (Se) confirma lo que se llamó el carácter del legislador negativo que se le atribuye al Tribunal de Garantías Constitucionales, con la potestad de vetar una ley; y el legislador positivo, que es en realidad el Congreso de la República”. Agrega al respecto el ponente que “esta intención del constituyente fue mayoritariamente aceptada, quedando plasmada en la redacción de los artículos 200° al 205° del Título V De las Garantías Constitucionales de nuestra Carta Fundamental”.

Niega igualmente el ponente que al Tribunal Constitucional se le haya declarado como “supremo intérprete de la Constitución”, sino como “órgano de control de la Constitución” como está literalmente establecido, de allí que proponga la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la posición crítica del Proyecto tiene en la Asesoría Legal del Tribunal Constitucional y en el Primer Adjunto de la Defensoría del pueblo dos objeciones importantes.

Así, una primera, la Asesoría Legal del Tribunal Constitucional, señala que “de aprobarse dicho texto, implicaría por un lado no reconocer el carácter de norma jurídica a la Constitución, y de otro, desconocer al Tribunal Constitucional el ejercicio de funciones que le son inherentes en su condición de órgano jurisdiccional y de control de la Constitución. Efectivamente, conforme a lo previsto por los artículos 201° y 202° de la Carta Política, el Tribunal Constitucional ejerce funciones jurisdiccionales(...)En esa función su marco jurídico es la Constitución, y ésta en tanto norma jurídica suprema resulta interpretable”. Asimismo, se plantea que “al impedirse las distintas modalidades que las sentencias interpretativas pueden adoptar, se vulneraría el artículo 2° 2 de la Constitución(...); el artículo 139° 8(...); el artículo 45°; el artículo 103°; el principio de seguridad jurídica(...);el artículo 201°(...)”. Concluyen expresando que “el contenido del proyecto de ley presentado, colisiona con la Constitución Política del Estado al afectar las funciones atribuidas por ésta al Tribunal Constitucional”.

De similar manera, el Primer Adjunto a la Defensoría del Pueblo, Samuel Abad Yupanqui, opinaba que “de ser aprobado el Proyecto de Ley N° 14321-2005-CR, no sólo se desconocería el carácter de intérprete supremo de la Constitución del Tribunal Constitucional – es decir, que sus criterios vinculan a los demás poderes públicos -, sino, además, se limitarían los efectos de sus sentencias”. Precisa que “(...)un Tribunal Constitucional no se limita a expulsar las leyes del ordenamiento jurídico, sino que puede optar por mantenerlas a fin de evitar un vacío normativo, precisando que a

partir de su sentencia dichas leyes deberán interpretarse de acuerdo a los dispuesto por el Tribunal”.

Igualmente dentro de las posiciones críticas al Proyecto se sitúa gran parte de la doctrina. Así, Ruiz Molleda¹³⁰ señala que “las sentencias interpretativas y, más específicamente, las sentencias aditivas, implican sin lugar a dudas el ejercicio “limitado y “disminuido” de facultades legislativas. Disminuido y limitado porque, a diferencia del Congreso, cuando el TC expide este tipo de sentencias, no lo “elige” ni “escoge” la mejor interpretación con base en un criterio de “oportunidad” y de “convivencia”, sino aquella que sea una exigencia constitucional”.

Precisa igualmente que: “Cuando los TC expiden una sentencia interpretativa o una aditiva, no lo hacen porque quieran suplantar al legislador, sino porque lo creen necesario para hacer efectiva la supremacía constitucional, y para someter a control de constitucionalidad las omisiones de la ley, con el fin de evitar la creación de vacíos y desórdenes y situaciones de mayor violación de la Constitución Política y afectación de derechos fundamentales como consecuencia de las omisiones legislativas del Congreso”.

Recalca asimismo, “que la doctrina nacional y comparada ha reconocido la función de legislador positivo del TC. Hace tiempo que los TC han abandonado en gran medida la función de legislador negativo para asumir tareas claramente positivas de creación de normas”.

Señala igualmente, que “si bien la Constitución no ha reconocido literalmente al TC la función de supremo y definitivo intérprete de la Constitución Política, esta facultad es consecuencia de una interpretación sistemática de los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución, interpretación que ha sido reconocida por el Congreso actual cuando aprobó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional(Ley 28301)”

¹³⁰ Ruíz Molleda, Juan Carlos: Ob. Cit., pp. 41 y ss.

4.4. PROYECTO DE LEY 03930/2009-CR: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (23/03/10)¹³¹

¹³¹ PROYECTO DE LEY 03930/2009-CR: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (23/03/10).

ARTÍCULO 1.- Modificación de los artículos 1, 2 y 13 de la Ley 28301, ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Modifícanse los artículos 1, 2 y 13 de la Ley 28301, ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano de control e interpretación de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

Artículo 2.- Competencia.

El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202º de la Constitución.

El Tribunal se pronuncia únicamente sobre la materia y normas cuyo control constitucional se demanda, declarando su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Cuando advierte alguna insuficiencia normativa que determine la inconstitucionalidad de alguna disposición lo pondrá en conocimiento del Poder Legislativo para que dentro de un plazo razonable dicte las medidas legislativas que correspondan.

El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 13.- Dedicación exclusiva y prohibiciones

La función de Magistrado del Tribunal es a dedicación exclusiva. Está prohibido a los magistrados del Tribunal:

1. Desempeñar cualquier otro cargo público o privado y ejercer cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria a tiempo parcial hasta por 8 horas semanales de dictado de clases y en horas distintas de las que corresponden al despacho jurisdiccional del Tribunal.
2. Defender o asesorar pública o privadamente, salvo en causa propia, de su cónyuge o conviviente, padres e hijos; y, en ningún caso, de usar las influencias de sus cargos.
3. Afiliarse a organizaciones políticas.
4. Aceptar de los litigantes o sus abogados, o por cuanta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o a favor

- de su cónyuge o conviviente y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Igual prohibición se aplica en caso de ofrecimiento de publicaciones, condecoraciones, homenajes, agasajos, viajes o capacitaciones de cualquier persona o institución nacional o extranjera que tenga juicio en trámite ante el Tribunal.
5. Ejercer labores relacionadas con su función fuera del recinto del Tribunal, con las excepciones de ley.
 6. Adquirir acciones o aceptar cargos o representaciones en empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administren rentas o prestan servicios públicos.
 7. Adquirir acciones o aceptar cargos o representaciones en empresas o instituciones privadas que, durante su cargo como magistrado del Tribunal, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema bancario, financiero y de seguros supervisadas por la Superintendencia de Banca y seguros; y
 8. Lo demás señalado por ley.

ARTÍCULO 2.- Incorporación de los artículos 13-A y 15-A a la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Incorpóranse los Incorporación de los artículos 13-A y 15-A a la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los siguientes términos siguientes:

“Artículo 13-A.- Incompatibilidades

Los Magistrados del Tribunal tienen las mismas incompatibilidades de los Congresistas Cuando concurriera causa de incompatibilidad en quien fuera designado como Magistrado del Tribunal, debe, antes de tomar posesión, cesar en el cargo o en la actividad incompatible. Si no lo hace en el plazo de diez días naturales siguientes a su designación, se entiende que no acepta el cargo.

Artículo 15-A.- Deberes Funcionales

Son deberes de los Magistrados del Tribunal:

1. Cumplir y hacer cumplir el principio de primacía de la Constitución Política del Perú y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.
2. Resolver los asuntos de su competencia con sujeción a la garantía del debido proceso y dentro de los plazos legales
3. Aplicar la norma constitucional correspondiente y los principios que de ella se deriven
4. Guardar absoluta reserva respecto de los asuntos en que interviene
5. Observar el horario de trabajo y en especial el que corresponde a las audiencias
6. Denegar líminarmente las peticiones maliciosas y los escritos y exposiciones contrarias a la dignidad de las personas, y poner el hecho en conocimiento del respectivo Colegio de Abogados
7. Tratar con respeto a los abogados y a las partes
8. Denunciar ante el Presidente los casos en que observen el ejercicio ilegal o indebido de la profesión

9. Disponer la actuación de medios probatorios, siempre que sean indispensables para mejor resolver

10. Presentar declaración jurada de bienes y rentas al inicio del cargo, anualmente, al dejar el cargo y cada vez que sus bienes y/o rentas varíen en más de un veinte por ciento (20%)

11. Mantener conducta personal ejemplar, de respeto mutuo y tolerancia, y observar las normas de cortesía de uso común

12. Velar, a través de sus ponencias y la emisión de sus votos, por la correcta interpretación y el cabal cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

13. Cuidar los bienes públicos que son puestos a su servicio y promover el uso racional de los bienes de consumo que les provee el Estado. Esta obligación incluye el deber de dar cuenta documentada de los gastos que importen sus viajes oficiales o visitas al exterior con bolsa de viaje

14. Presentar, luego de realizado un viaje oficial, un informe al Plano sobre todo aquello que pueda ser de utilidad para el Tribunal Constitucional

15. Lo demás señalado por ley

ARTÍCULO 3.- Modificación de los artículos VI del Título Preliminar, 14, 79, 81 y 121 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional

Modifícanse los artículos VI del Título Preliminar, 79, 81 y 121 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, en los términos siguientes:

“Artículo VI.- Control Difuso e interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que lo sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con los preceptos y principios establecidos en el texto constitucional y los criterios jurisprudenciales vinculantes que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo 14.- Notificaciones

Todas las resoluciones serán notificadas oportunamente a las partes y producen efectos desde el día de su notificación. Se exceptúa las actuaciones a que se refiere el artículo 9 del presente Código.

Artículo 79.- Principios de interpretación

Este Proyecto, representa la contraparte a la posición doctrinaria que apuesta por darle mayores calidades y competencias al Tribunal Constitucional en el contexto del Estado

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

En ningún caso el Tribunal, vía interpretación, podrá modificar el contenido normativo o sentido de los mismos. Cuando advierta alguna insuficiencia normativa que determine su inconstitucionalidad lo pondrá en conocimiento del Poder Legislativo para que dentro de un plazo razonable dicte las medidas legislativas que correspondan.

Artículo 81.- Efectos de la sentencia fundada

Las sentencias fundada recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tendiendo alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario oficial El peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución y, de normas en materia penal, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial el Peruano.

Artículo 121.- Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional

Contra las sentencias del Tribuna Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido, siempre que indiscutiblemente se desprenda del razonamiento considerativo de la sentencia.

Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición.

Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes.

Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

de Derecho. Así, por ejemplo, propone modificar la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y ajustarla estrictamente a lo que señala el texto constitucional vigente.

Asimismo, en la propuesta de artículo 2º modificatorio, circunscribe la competencia del Tribunal Constitucional a indicar al Poder Legislativo lo que se denomina “insuficiencias normativas”, para que dicho poder del Estado tome las medidas legislativas del caso.

Igualmente, interesante es lo que se propone como texto modificatorio del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Así se señala en el último párrafo: “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con los preceptos y principios establecidos en el texto constitucional y los criterios jurisprudenciales vinculantes que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. A diferencia de lo que se encuentra vigente en el Código Procesal Constitucional, aquí se restringe la interpretación y aplicación de la ley o norma con rango de ley por parte del juez de conformidad con los preceptos y principios que hayan sido establecidos “en el texto constitucional y según los criterios jurisprudenciales vinculantes” resultantes de las sentencias del Tribunal, mientras que primero la actuación del juez es según los preceptos y principios constitucionales conforme la interpretación de los mismos que resulte de las sentencias del órgano contralor de constitucionalidad.

Como comentario general de éste Proyecto, Samuel Abad Yupanqui expresa: “A nuestro juicio, lo importante es fortalecer la institucionalidad y no debilitarla. Por ello, aquellos proyectos de ley destinados a limitar las funciones del Tribunal, como el presentado el 23 de marzo de 2010 (Proyecto 03930/2009-CR), debería archivarse. En el Perú hemos vivido el lamentable espectáculo de la destitución por el Congreso de tres magistrados del Tribunal y la aprobación de diversas normas que han pretendido limitar su funcionamiento. Sí sería conveniente que sus miembros apliquen mecanismos de autocontrol y eviten nuevos fallos polémicos. Este es un esfuerzo que pueden hacer para seguir consolidando una institución fundamental para la defensa de los derechos y principios constitucionales”¹³².

¹³² Abad Yupanqui, Samuel: **Constitución y Procesos Constitucionales**. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices. Editorial Palestra. Cuarta edición actualizada, Lima 2010, p. 93.

5.- PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL PERUANO: ¿EXISTE UN MODELO COHERENTE DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

5.1.- La pregunta que subyace a éste capítulo es si existe un modelo de jurisdicción constitucional coherente en nuestro país o, por el contrario, hay evidentes disfuncionalidades en el mencionado modelo.

En primer lugar, como se ha visto, en el presente apartado, dentro de los modelos derivados desarrollados, se plantea por parte de García Belaunde – tesis a la cual me aúno y sigo - la existencia de un modelo al que llama modelo dual o paralelo, distinto al mixto, en el que se mantienen los dos modelos clásicos – el concentrado y el difuso – de manera simultánea pero sin confundirse, modelo al cual se adscribe la jurisdicción constitucional en nuestro país.

Del rápido recuento hecho de los distintos modelos de justicia constitucional habidos en Latinoamérica, se puede desprender que los adoptados en estos países son bastante variados, que por hacer más simple su clasificación se les denomina en conjunto modelos mixtos, pues combinan aspectos de los modelos clásicos u originales como el modelo difuso y concentrado. No obstante, se percibe una cierta “originalidad” en el modo de combinar los modelos clásicos, en tanto se adaptan a realidades políticas y sociales, no siendo simples trasplantes mecánicos sino en mucho, creaciones de esta parte del mundo.

5.2.- Hasta 1979 en el Perú se asumió un modelo americano de control de constitucionalidad que había sido establecido con el Código Civil de 1936, en base a su artículo XXII. Antes, en el siglo XIX sólo hubo propuestas doctrinarias y – como también se mencionó – una aislada prescripción constitucional que resultó efímera.

Con la Constitución de 1979, se establece un antes y un después en cuanto a control de constitucionalidad. Así, con la mencionada Carta Magna se estableció el denominado “modelo dual o paralelo”, incorporándose al lado del control difuso existente, el control concentrado.

Se puede desprender, entonces, que era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, sin cruzarse con él ya que el Poder Judicial

retenía el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales a través del Hábeas Corpus y el Amparo –conociendo el TGC sólo en caso de resoluciones denegatorias – y el Poder Judicial mismo mantenía el control difuso de inaplicación de normas, en atención al artículo 236^a. La jurisdicción constitucional se ejercía en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellas garantías constitucionales que no fuesen acogidas por el Poder Judicial, y que entonces pasaban en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales.

Ahora bien, con la Constitución de 1993 se ha mantenido en esencia el modelo dual o paralelo, no sin hacerse algunas precisiones, como el cambio de nombre del Tribunal (de Garantías Constitucionales a simplemente Tribunal Constitucional), se establece como “órgano de control de la Constitución”, el Tribunal sigue conociendo en instancia única la acción de inconstitucionalidad y se le agrega entre sus competencias resolver los conflictos de competencia o de atribuciones que tenga cada órgano, conoce en última y definitiva instancia –y ya no en casación – las sentencias denegatorias que se den en las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Habeas Data y la Acción de Cumplimiento, mantiene el Poder Judicial el control difuso, es decir, la inaplicación de formas que vayan contra la Constitución, y, conoce el Poder Judicial la acción popular.

5.3.- Se debe plantear la pregunta sobre cuáles son los elementos que llevaron a que se configurara un modelo de jurisdicción constitucional, dual o paralelo, en 1979 y luego se perfeccionara el mismo en 1993.

Uno de los aspectos a tomar en importancia es la desconfianza. Esta – en una visión completa – era no sólo con el Poder Judicial - en tanto observáramos lo que se había experimentado y la imagen que hasta hoy posee en la opinión pública, lo que se ha tratado de consignar al comienzo de éste capítulo –, sino también existía una desconfianza sobre el nuevo órgano constituido, como el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esa desconfianza, en definitiva traería como consecuencia el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional, dentro de las coordenadas de un “modelo abierto” constitucional.

Se ve claro, entonces, que se mantuvo el control jurisdiccional encuadrado en el modelo dual o paralelo, pensando en la imagen que se generaría en el ámbito interno e internacional, con el objetivo de legitimar un estado de cosas y no con un ánimo

sincero de desarrollo de mecanismos de control jurisdiccional y defensa de los derechos fundamentales. Se mantiene el modelo dual o paralelo, de alguna manera, por inercia.

5.4.- Herrera Vásquez - en un trabajo sobre el conflicto entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional – ha planteado que el modelo dual o paralelo de justicia constitucional es imperfecto: “No garantiza la observancia por el PJ de los precedentes vinculantes del TC, pues el primero decide autónomamente sobre la constitucionalidad de las normas en las acciones de garantía y la acción popular, así como cuando se produce la cuestión de inconstitucionalidad o elevación en consulta a la Corte Suprema de las decisiones de los jueces inferiores que aplican el control difuso. Legalmente, en todos estos escenarios el TC no puede validar lo resuelto por el PJ”. El autor citado añade a lo dicho que este sería el motivo del desacato que ha hecho el Poder Judicial con relación a los precedentes vinculantes. Para Herrera los desajustes del modelo normativo de justicia constitucional son desajustes estructurales, con una imposibilidad de armonizarlos sin antes hacer modificaciones constitucionales y legislativas¹³³.

Pensamos que la apreciación anterior no es correcta en tanto ha sido un modelo que ha funcionado, a pesar de sus inconvenientes y, por tanto se puede concluir que es viable. Cabe preguntarse que si existen desajustes estructurales sobre la jurisdicción constitucional, por qué entonces, no sólo las fricciones son del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial, sino asimismo con los otros poderes públicos; no será acaso que dichas fricciones o enfrentamientos, son consecuencia de un actuar invasivo de competencias por parte del Tribunal Constitucional.

5.5.- Tratando de dar respuesta a las causas de las fricciones en el actuar del Tribunal Constitucional con los otros poderes del Estado, se puede comenzar observando la denominada “autonomía procesal”.

La “autonomía procesal” como principio, responde a una forma de observar la realidad peruana, expuesta en líneas anteriores por el profesor César Landa. Esta visión del Perú consiste en describir a nuestro país con una sociedad heterogénea, compleja y desintegrada, con una necesidad de ser reconstruida democráticamente – luego del

¹³³ Herrera Vásquez, Javier Ricardo: ***La difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial: ¿Guerra de las Cortes?***. Tesis presentada para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Escuela de Postgrado Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima enero 2009, pp. 108-109.

período de la década de los noventa -. Bajo este contexto, el Tribunal Constitucional tiene un rol fundamental, como es construir un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino dentro del modelo de control y balance de poderes – check and balances -, lo cual requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, situación que conlleva una tensión en las relaciones entre el Derecho y la política.

Bajo esta visión, la “autonomía procesal” se presenta como una manifestación de una “concepción garantista de la Constitución y el proceso”. Por ello, se señala que es justificado que se haya establecido que el Tribunal Constitucional pueda configurar el proceso constitucional de manera autónoma, ante los vacíos o deficiencias de la ley y en el marco de específicos límites, materiales y formales.

Es evidente, entonces que surgen una serie de críticas a la concepción de la “autonomía procesal”, en los términos expuestos en este capítulo. Hay una evidente preocupación por los límites que debe asumir una figura como la tratada, preocupación expresada por los propios sustentadores de tal principio.

Una vez más podemos traer a colación lo manifestado por Hans Peter Schneider, en cuanto a lo dificultoso de establecer límites a la labor de un Tribunal Constitucional, utilizando el símil de buscar la “cuadratura del círculo”, aunque no deja de precisar que dichos límites son esenciales en la legitimidad de la función del mencionado Tribunal, no pudiéndose renunciar a ello.

Es cierto que la labor del Tribunal Constitucional ha sido en mucho loable en tanto cumplidor del desarrollo de los derechos fundamentales y así, puntal en la construcción de una vigorosa democracia. No obstante, si esto implica una “autonomía procesal” que represente la creación de normas procesales que alienten un ámbito de relatividad de la actividad procesal, puede ser muy contraproducente. Así quedaría evidenciado con alguna jurisprudencia del Tribunal que ha llevado a que éste se corrija a si mismo, enmendándose aspectos que a todas luces fueron errores.

Podría ser un equívoco cuando se argumenta que el Tribunal Constitucional en tanto intérprete supremo de la Constitución y en base a la “autonomía procesal” tiene la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, ante las antinomias y lagunas del derecho, cuando

los métodos tradicional de interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, adicionando a lo dicho que así como es supremo intérprete de la Constitución, en última instancia, es vocero del Poder Constituyente, lo que podría ser muy peligroso en un Tribunal que no conserve como principio la autorestricción o autolimitación.

Ahora bien, el tema de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional pareciera que es en última instancia, una forma de justificar la extendida libertad en su actuación, es decir, una forma de fundamentar ésta actuación expansiva.

Preocupa que se deje establecido que el Tribunal Constitucional puede en ciertos casos actuar inclusive como vocero del Poder Constituyente, lo cierto es que constitucionalmente no se le ha habilitado la competencia de reforma o cambio constitucional, manteniéndose diferenciadas la función del Tribunal Constitucional como poder constituido y reservándose dicha reforma o cambio constitucional al Poder Constituyente.

Por ello, como nos recuerda Domingo García Belaunde, el autonombrarse el Tribunal Constitucional “un comisionado del poder constituyente” es una “tesis falaz”. Es algo metafórico, tiene un sentido genérico, pero en rigor sería inexacto si se pretende como se ha pretendido, que el comisionado es, en cierto sentido un apoderado que tiene carta blanca para actuar, cuando la situación es precisamente al revés.

5.6.- La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional planteada se ha proyectado en lo que respecta al Reglamento Normativo del órgano contralor, y sobre todo a través de sus resoluciones. En relación a esto último, hay un desenvolvimiento de ampliar los alcances de algunos conceptos de la Constitución por parte del Tribunal, lo cual le permitiera revisar cualquier sentencia venida de la judicatura ordinaria.

No es que entonces, sean los desajustes estructurales - lo que propone Herrera Vásquez - los que hayan propiciado las fricciones o enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, sino esa actitud invasiva de competencias del primero, en base a la “autonomía procesal”, que a su vez deviene de una visión del proceso democrático peruano y de una concepción de la democracia como de contrapeso y balance – *chek and balance* – que tendría como sustrato el que las competencias no estén fijados de antemano sino que es un reajuste permanente entre los poderes del Estado lo central.

CAPITULO III

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PODER JUDICIAL(A PROPÓSITO DE UN PROCESO COMPETENCIAL)

1.- INTRODUCCIÓN

A medida que se ha desarrollado la labor del Tribunal Constitucional peruano, se han ido presentando fricciones entre su labor y la que cumple el Poder Judicial, que en mucho nos lleva a pensar en una asfixia de éste último poder del Estado. Esto propicia preguntarnos sobre cuáles son los límites entre una y otra institución dentro del Estado y cuáles son los parámetros establecidos en la Constitución Política vigente.

Dichas fricciones entre dos poderes constituidos – Poder Judicial y Tribunal Constitucional – no es nada nuevo. Como recuerda Domingo García Belaunde han existido por lo menos desde la década del sesenta en Italia¹, de donde nos viene el nombre de “Guerra de las Cortes”, ya que el máximo órgano judicial en el mencionado país es la denominada Corte de Casación y el órgano de control constitucional

¹ Francisco Javier Díaz Revorio señala en relación a Italia: “Pero en cualquier caso la experiencia italiana pone de manifiesto otros problemas que son aplicables a la mayoría de los Estados que cuentan con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada en un órgano específico y distinto al que se sitúa a la cabeza del Poder Judicial. Y es que es fácil que se produzcan conflictos cuando unos órganos son soberanos en la interpretación de la ley(entre los cuales uno posee además una específica función de unificación de la interpretación legal), y otro es el máximo intérprete constitucional, lo que incluye como consecuencia que su “interpretación constitucional de la ley” tienda a imponerse o prevalecer sobre la que cualquier juez pueda hacer. Desde luego, existen criterios teóricos que ayudan a deslindar la posición del Tribunal Constitucional y órganos del Poder Judicial: así, por ejemplo, el tribunal Constitucional no es el intérprete ordinario de la ley, y no puede corregir la interpretación judicial de la misma basándose en criterios que no deriven de la Constitución; el Tribunal no debería señalar cuál es la única interpretación constitucional de la ley(o la “más acorde” con la Constitución...), sino limitarse a descartar las interpretaciones inconstitucionales...Pero todos esos criterios, aunque desde luego deben utilizarse como criterios orientadores de indudable utilidad, presentan dificultades a la hora de su aplicación a los casos concretos”.(Díaz Revorio, Francisco Javier: *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*. Editorial Porrúa. México 2009, p. 242).

concentrado se llama Corte Constitucional. Dicho fenómeno se repetiría en España² y también en Colombia, en donde se conoce al incidente como “choque de trenes”³.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 006-2006-PC/TC, se resumen y culminan muchos de los aspectos que representan los roces o fricciones que a lo largo de estos años se han generado entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. De allí, la necesidad de analizarla dentro de un contexto que involucra una concepción institucional muy marcada del primero sobre una democracia constitucional y su rol en ella.

2.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL: ¿GUERRA DE LAS CORTES?

Cuando se analizan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano se encuentran en esencia los términos en los cuales se basa la forma cómo se relaciona con la judicatura ordinaria.

Así, como se ha podido apreciar en el anterior capítulo, se tiene al principio de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, que se ha proyectado en un actuar concreto de la mencionada institución.

² Díaz Revorio en relación a lo ocurrido en España señala: “Y en efecto, aunque no es posible realizar un examen exhaustivo de todas las leyes que han sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional en las sentencias que resuelven procedimientos de inconstitucionalidad – tanto en sentencias interpretativas como de otro tipo -, parece que en la generalidad de los casos el Tribunal Supremo ha aceptado las interpretaciones legales del supremo intérprete de la Constitución, y por su parte éste solo ha indicado cuál debe ser la interpretación de la ley cuando los preceptos constitucionales imponían esa interpretación. O al menos, no ha habido “roces” o conflictos significativos por este motivo. Aunque podría encontrarse algún supuesto en el que, *aparentemente*, el Tribunal Supremo no ha aplicado las consecuencias de alguna sentencia del tribunal Constitucional recaída sobre una ley, en concreto de un fallo declarativo de inconstitucionalidad. Si bien un examen más detenido pone de manifiesto que ello no se debe a una “rebelión” frente a la jurisprudencia del tribunal Constitucional, sino a otra serie de motivos procesales”(Ibidem, p. 248).

³ García Belaunde, Domingo: **Presentación**, en: **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007, p. 8.

Como proyección de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional se tiene un despliegue no sólo en lo que respecta al Reglamento Normativo del órgano contralor, sino sobre todo a través de sus resoluciones. Es el propio César Landa quien explica las manifestaciones que ha tenido dicha “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, a través de la acción, la jurisdicción y el proceso, como se ha visto en el capítulo anterior.

No obstante lo expuesto por César Landa, en cuanto a la proyección en el actuar del Tribunal Constitucional de la “autonomía procesal”, lo cierto es que existen líneas de desarrollo que emprendió el órgano de control constitucional concentrado, en las que también se evidencia la proyección de la “autonomía procesal”, o, al menos, dichas líneas son la consecuencia del pensar en el rol del Tribunal. Son dos líneas de acción muy marcadas en cuanto a la relación existente entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

Se hizo el recuento en el capítulo pasado que la primera línea de acción consistió en la reconducción del trámite de ciertas pretensiones hacia la judicatura ordinaria mediante medios ordinarios de tutela, no a través de procesos constitucionales, y, como consecuencia de ello, sea el Poder Judicial quien en exclusividad conozca temas que antes eran competencia del Tribunal Constitucional. Con ello se produjo una serie de problemas (protesta ciudadana ante situaciones de indefensión, sobrecarga a la judicatura ordinaria) que básicamente son transferidos al Poder Judicial peruano por el Tribunal Constitucional.

La segunda línea de acción, se refiere al control de constitucionalidad sobre resoluciones judiciales, configurando un contexto en el que existe un control prácticamente total de la actuación de la judicatura ordinaria por el Tribunal Constitucional, aún más rigurosas que la legislación misma, atentando contra la independencia de los jueces y la autonomía del Poder Judicial.

La sentencia en análisis en el presente capítulo no es otra cosa que la culminación de ese actuar del Tribunal Constitucional y, asimismo, de la proyección del principio de “autonomía procesal” tratado in extenso en el capítulo anterior.

3.- A PROPOSITO DE UN PROCESO COMPETENCIAL

3.1. INTRODUCCION

Siendo la resolución más importante por los alcances expresados en cuanto a la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, es necesario haberle reservado un análisis diferenciado a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 006-2006-PC/TC.

El proceso competencial analizado se inicia por demanda del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y, el Poder Judicial, como demandado, por considerar el primero, que en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo, concretamente, el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución, así como el artículo 121º y 128º de la Carta Magna.

Cabe hacer un recuento del contexto en el cual se presenta esta demanda. Así, durante algún tiempo, las empresas dedicadas a los juegos de casinos y de máquinas tragamonedas, no tuvieron una regulación especial, y, alcanzando esta actividad una importancia económica considerable, se expidió la Ley N° 27153 en 1999, contra la que se interpuso demanda de inconstitucionalidad, pronunciándose el Tribunal Constitucional por la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones y la constitucionalidad del resto. Con posterioridad, en el 2002, se expide la Ley N° 27796, modificando algunos artículos de la anterior ley mencionada. Es así que contra esta última ley y la anterior se interponen demandas de amparo y cumplimiento, peticionando la inaplicación de algunos de sus artículos, señalando que con ellos se violentaban derechos fundamentales. Con estas demandas que finalmente fueron declaradas fundadas, se posibilitó que diversas empresas que se dedicaban al rubro de los juegos de casinos y tragamonedas, funcionen. Contra esta actividad – en mucho llevada a cabo al margen de la legalidad -, se aprobó en el 2006, la Ley N° 28948, por medio de la cual se daba un plazo para que las empresas se formalizaran.

Es, bajo este contexto, en el que se promueve la demanda de conflicto de competencia del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo como integrante del Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, ante la continuidad de las demandas de amparo de las empresas de juegos de casinos y tragamonedas, que eran declaradas fundadas.

Como puntos en concreto pide el demandante: 1.- Que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; 2.- Que se declare la nulidad de diversas resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo y de cumplimiento, incluyendo algunas ya en calidad de cosa juzgada; también es cierto que, van a surgir diversos aspectos sobre las cuales el Tribunal Constitucional se pronuncia, como por ejemplo, las relaciones que deben establecerse entre dicho Tribunal y el Poder Judicial, así como deben ser tomadas las resoluciones del primero y su comprensión en las fuentes del derecho; como también la enunciación de la llamada “cosa juzgada constitucional”, diferente y superior a la “cosa juzgada”.

3.2.- RECONSTRUCCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

3.2.1. ASPECTOS GENERALES

El proceso competencial se inicia por demanda interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial, solicitando: 1.- Que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; 2.- Que se declare la nulidad de diversas resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo y de cumplimiento, incluyendo algunas ya en calidad de cosa juzgada.

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo fundamenta su demanda en que después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo. Que, no obstante existir la mencionada legislación que faculta al mencionado Ministerio para ser competente en cuanto a la actividad económica de casinos y máquinas tragamonedas, lo cierto es que el Poder Judicial, mediante sus resoluciones otorga licencias de funcionamiento, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el

Tribunal Constitucional e, incluso, han implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere.

El Poder Judicial respondiendo a la demanda, señala que la entidad demandante quiere la revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que, por tanto, son inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento. Señala además, que la demandante pudo interponer en los procesos acabados, los respectivos recursos impugnatorios regulados en cada uno de los procesos; y, asimismo, que se ha limitado el Poder Judicial a ejercer legítimamente sus atribuciones constitucionales, y que igualmente, mediante el proceso competencial instaurado se está afectando su independencia.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional parte de analizar los presupuestos del proceso competencial. Así, señala que para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o atribuciones, deben concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del estado y gobiernos locales o regionales, siendo un caso de legitimidad especial. En cuanto al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, vale decir, debe tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, prima facie, de las leyes orgánicas respectivas.

Para el Tribunal, en el caso de autos, “el elemento subjetivo se configura plenamente pues se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución(artículo 200º, inciso 3) y por el artículo 109º del Código Procesal Constitucional”. En lo correspondiente al elemento objetivo el Tribunal aprecia que en estricto, “el conflicto constitucional gira en torno a las atribuciones previstas en el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución”.

Ahora bien, se señala que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se habían distinguido tres clases de conflictos de competencias. Así, el conflicto constitucional positivo, el cual se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan entre sí, una competencia o atribución constitucional; por otra parte, el conflicto constitucional negativo se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional; y, finalmente el conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación

desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. No se trata, en éste último, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro, aclara el Tribunal Constitucional, concluyendo.

Refiriéndose a lo aplicable en el presente proceso, el Tribunal Constitucional, advierte la existencia de otro tipo de conflicto de competencia, al que denomina conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales, clasificándolo de la manera siguiente: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia; y c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión.

Finalmente, el conflicto constitucional por menoscabo, aplicable al presente proceso, es aquel que “junto a la configuración subjetiva se añade otra, objetiva, más amplia, que atañe no sólo a la titularidad o pertenencia de la competencia, sino al modo como, sustancial y procesalmente, ésta se ejerce”. Añade el Tribunal: “En tal supuesto, lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución – cuya titularidad no se discute – está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser derivada una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo, tal como también lo reconoce la doctrina constitucionalmente atinente”.

3.2.2. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL: AFECTACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL PODER EJECUTIVO DE CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LAS LEYES, Y, CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Son dos las afectaciones que el Tribunal Constitucional señala como las producidas en las atribuciones del Poder Ejecutivo. En primer lugar, la afectación en lo concerniente a la atribución establecida en el artículo 118º inciso 1 de la Constitución, en el cual se prescribe que corresponde al Presidente de la República: “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”. Y, asimismo, se plantea la afectación producida en lo concerniente a la atribución del Poder Ejecutivo

de “cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales”, establecida en el artículo 118º inciso 9 de la Carta Magna.

En primer lugar, en relación a la afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, se debe tener en cuenta que la Ley N° 27153 fue cuestionada por medio de una demanda de inconstitucionalidad, y el Tribunal declaró fundada en parte la demanda - STC 009-2001-AI/TC -, y, “con ello la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones”. En este mismo apartado, el Tribunal hace la indicación que esta sentencia, mereció la intervención del legislador a través de la Ley N° 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada. (Fundamento Jurídico 30)).

Asimismo, citando el Tribunal Constitucional el precedente vinculante habido en la STC 4227-2005-AA/TC, en el cual se señala que al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley 27796 y de una variada normatividad, “en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional – que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad – dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas”.

De allí que el Tribunal en relación siempre a la afectación de la atribución del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, señale que “al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificado por la Ley 27796”(Fundamento Jurídico 32). Por ello en este punto añade: “De ahí que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce”(Fundamento Jurídico 34).

Por otra parte, en cuanto a la afectación de la atribución del Poder Ejecutivo de hacer cumplir las resoluciones judiciales y sentencias de los órganos jurisdiccionales, se tiene que debe hacer cumplir “la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC

y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC tal como expresamente lo prevé el artículo 118º, inciso 9 de la Constitución”.

Ahora bien, fundamentando lo dicho, el Tribunal – en relación a la STC 009-2001-AI/TC - señala que “las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia(...)”(Fundamento Jurídico 39). Lo anterior queda remarcado con lo siguiente: “El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138º de la Constitución. En definitiva uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado(...)”(Fundamento Jurídico 46).

Por otro lado, en cuanto al precedente vinculante dictado en la sentencia en el Exp. 4227-2005-AA/TC, “es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales(...)En este caso, la ilegitimidad constitucional de la estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria”.(Fundamento Jurídico 48).

Se explica seguidamente que en la sentencia en el Exp. 4227-2005-AA/TC, al confirmarse varias disposiciones, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas. A ello - agrega la sentencia en comentario – se debe tener en cuenta que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero “su actuación será constitucional solo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales”. Por tanto, “si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución”(artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede

contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo”(Fundamento Jurídico 52).

Concluye sobre el particular que al estimar las demandas de amparo y de cumplimiento, el Poder Judicial desconoce los efectos normativos de las sentencias mencionadas y menoscaba la atribución constitucional establecida para el Poder Ejecutivo en el artículo 118º inciso 9.

Dos aspectos finales resultan interesantes en la sentencia en análisis. El primero tiene que ver con la consecuente nulidad de las resoluciones y sentencias que han estimado las demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias a las que se ha aludido anteriormente. Resulta interesante pues el Tribunal señala que al ser sus sentencias “concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra”.(Fundamento Jurídico 62).

El segundo aspecto a resaltar es sobre la “cosa juzgada constitucional”. Se invoca este concepto en cuanto sirve al Tribunal para descartar que al anular las resoluciones en los procesos de amparo y cumplimiento se está afectando la cosa juzgada. Se señala que lo que la Constitución garantiza, a través del artículo 139º inciso 2 es la “cosa juzgada constitucional”, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Con la cosa juzgada constitucional se cierra una serie de argumentos que, repetimos, van a constituir la culminación de una línea de desarrollo doctrinal del Tribunal Constitucional. Así, como aspectos propios de la sentencia en análisis en el presente proceso competencial, van a estar los argumentos que serán tratados en el siguiente

acápites. Pero también es necesario, más allá de estos últimos, detenernos en conceptos como la “relación de grado inferior”, del Poder Judicial con respecto al Tribunal Constitucional expuesto (Fundamento Jurídico 51 y 52); también lo concerniente a la manera cómo se asumen los precedentes vinculantes constitucionales; y, finalmente la propia “cosa juzgada constitucional”. Existen otros aspectos interesantes de analizar pero entre ellos nos parece esencialmente analizables los mencionados.

3.2.3.-ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

Siguiendo en esto a Castillo Córdova, tenemos que coincidir en cuanto a dejar establecido que la función de control difuso de la constitucionalidad por parte de los magistrados del Poder Judicial en cuanto a la Ley 27153 y la Ley 27796 no ha quedado anulada, pudiendo dichos magistrados inaplicar dichos dispositivos.

Así, en lo que respecta a la Ley 27153, el autor citado señala que podrá ser objeto de control, al menos respecto de dos tipos de preceptos: “El primero está referido de aquellos preceptos que no fueron cuestionados a través de la demanda de inconstitucionalidad. Estos preceptos no sólo se encuentran plenamente vigentes, sino que adicionalmente sobre ellos no ha habido una confirmación de su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional y, consecuentemente, respecto de ellos no es posible exigir el deber de aplicación contenido en el segundo párrafo del artículo VI CPCConst: “Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad””.

Castillo Córdova argumenta así: “En efecto, como se recordará, la demanda de inconstitucionalidad que dio origen a la sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC, no fue interpuesta contra todos los dispositivos de la Ley 27153, sino sólo contra algunos de ellos. De modo que cuando el Tribunal Constitucional resuelve declarando inconstitucionales algunos preceptos de la mencionada ley, los únicos preceptos que quedan confirmados en su constitucionalidad son los dispositivos cuestionados y examinados en su constitucionalidad y no declarados inconstitucionales. Sobre el resto de los dispositivos los jueces del Poder Judicial son competentes para examinarlos en

su constitucionalidad y decidir inaplicarlos en un caso concreto de encontrarlos inconstitucionales”⁴.

Ahora bien, en cuanto al segundo grupo de preceptos – siguiendo al autor mencionado -, “está conformado por aquellos preceptos de la Ley 27153 que han sido cuestionados en su constitucionalidad, y respecto de los cuales el Supremo intérprete de la Constitución ha decidido confirmar su constitucionalidad, y lo ha hecho en referencia a determinados preceptos de la Constitución”. Señala Castillo Córdova, fundamentando lo anterior que: “En efecto, si en la sentencia de inconstitucionalidad el mencionado Alto Tribunal declara que un precepto legal es constitucional porque no vulnera determinado artículo de la Constitución (regla o principio o valor o bien jurídico constitucional), lo único que vincula al juez que resuelva casos posteriores es la declaración de constitucionalidad del precepto legal en relación al artículo de la Constitución que sirvió de parámetro de evaluación. De modo que el juez del Poder Judicial podrá inaplicar el mismo precepto legal declarado constitucional en un proceso de inconstitucionalidad si llega a considerar que en un caso concreto la aplicación de ese precepto resulta inconstitucional por vulnerar un distinto precepto de la Constitución”⁵.

Por lo anterior, entonces, se coincide plenamente cuando se afirma que el Tribunal no acierta porque “la confirmación de constitucionalidad no se puede predicar de modo general respecto de todas las disposiciones de la Ley 27153 no declaradas inconstitucionales”⁶. Sin embargo, el órgano de control constitucional señala: “El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda (*refiriéndose a la sentencia en el EXP. N° 009-2001-AI/TC*) y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38°, inciso 1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1° de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones” (Fundamento Jurídico 30).

Asimismo, respecto de la Ley 27796, se puede decir que al darse la demanda de inconstitucionalidad – que va a dar lugar a la sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC - en relación a la Ley 27153 y no la Ley 27796, entonces “los jueces y magistrados del Poder Judicial no pierden su competencia para examinar la constitucionalidad del texto

⁴ Castillo Córdova, Luís: *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Editorial Palestra. Lima 2008, pp. 232-233.

⁵ Ibidem., pp. 233-234.

⁶ Ibidem., p. 235.

reformado de esos mismo preceptos” como anota Castillo Córdova; sin embargo, existe una excepción a la regla antes dicha, vale decir, será posible extender la confirmación de constitucionalidad de un texto original hacia el texto modificado, solo cuando del examen y de la confirmación del texto original es posible extraer una regla plenamente aplicable al texto modificado⁷.

Como conclusiones de esta parte, en cuanto a que si lo jueces se han extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional a la hora de inaplicar preceptos de la Ley 27153 que no habían sido declarados inconstitucionales por el Tribunal en la sentencia en el EXP. N° 009-2001-AI/TC, se tiene: “La primera, negar que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 tanto en su texto original como en su texto modificado por la Ley 27796 y por la Ley 28945. Segunda, los jueces podían examinar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 que no fueron confirmados en su constitucionalidad en la referida sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC. Tercera, podían también evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad en esta sentencia, siempre y cuando el juicio de constitucionalidad se realizase con respecto a normas de la Constitución distintas a las que sirvieron de parámetro para confirmar su constitucionalidad. Cuarta, podían examinar también la constitucionalidad de la Ley 27796, ya que esta no ha sido objeto de cuestionamiento a través de una demanda de inconstitucionalidad tal y como lo exige el segundo párrafo del artículo VI CPConst., sin embargo, el juicio de constitucionalidad que sobre ella realicen los jueces debe sujetarse a los criterios jurisprudenciales presentados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos a la sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC, en lo que sea pertinente por así exigirlo el tercer párrafo del artículo VI CPConst.”⁸.

Igualmente, Castillo Córdova hace una salvedad en cuanto a que los jueces no podían ejercer un control difuso en cuanto a los preceptos de la Ley 27153 que fueron declarados constitucionales y, asimismo, si la inaplicación es en base a los mismos artículos de la Constitución que fueron empleados por el Tribunal para declarar la constitucionalidad de los referidos preceptos. Concluyendo esta parte, el autor citado remarca que no se puede saber, por falta de fundamentación en la sentencia en el Exp. 006-2006-PI/TC, si las resoluciones y sentencias que fueron declaradas nulas se

⁷ Ibidem., pp. 237.238.

⁸ Ibidem, p. 240.

apoyaban en los casos en que no podían los jueces inaplicar los preceptos, antes mencionados⁹.

Por otra parte, en lo que toca a si los jueces del Poder Judicial han incurrido en un ejercicio extralimitado de la función judicial a la hora de inaplicar el artículo 17, Primera y Décima Disposición Transitoria de la Ley 27796, debido a que según la sentencia al Exp. N° 4227-2005-AA/TC, constituía precedente vinculante la confirmación de constitucionalidad de estos preceptos legales, se tienen las siguientes conclusiones expuestas por Castillo Córdova: “Primera, que los referidos preceptos de la Ley 27796 no han sido declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto erga omnes, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI CPConst. Segunda, la constitucionalidad examinada y declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP. N° 4227-2005-AA/TC ha sido en referencia a las concretas circunstancias del demandante de amparo. Tercera, esta constitucionalidad podría extrapolarse solamente a otros casos sustancialmente semejantes. Cuarta, es el juez del Poder Judicial el que tiene que examinar y decidir cuales casos futuros son sustancialmente semejantes”¹⁰.

Aclara seguidamente el autor citado que: “Como consecuencia de esto, no es verdad – como mal refiere el Tribunal Constitucional - que haya quedado siempre proscrita la inaplicación de los artículos 17, primera y décima disposición transitoria de la Ley 27796 para los concretos casos futuros, por lo que no es verdad que deban ser consideradas nulas todas aquellas resoluciones judiciales en las que se ha inaplicado el precedente vinculante. El juez ha mantenido plenamente la facultad de revisar la constitucionalidad de los mencionados dispositivos legales y – eventualmente inaplicarlos. Por lo tanto, el juez no ha incurrido necesariamente en inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de su función jurisdiccional, cuando ha declarado inaplicables algunos de estos preceptos legales en las demandas de amparo resueltas con posterioridad a la sentencia al EXP. N° 4227-2005-AA/TC”¹¹.

⁹ Ibidem, p. 241.

¹⁰ Ibidem, p. 248.

¹¹ Ibidem, p. 249.

3.2.4.- ASPECTOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA

Como se ha señalado anteriormente, existen aspectos esenciales en esta sentencia que deben ser tratados de manera especial como el considerar jerárquicamente superior al Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial; asimismo, lo respectivo sobre los precedentes vinculantes; y, finalmente en lo referente a la cosa juzgada constitucional.

3.2.4.1.- ¿ES EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN Y JERÁRQUICAMENTE SUPERIOR?

En la Constitución vigente, en el artículo 201º se define al Tribunal Constitucional como autónomo e independiente, pero así mismo se prescribe que “es el órgano de control de la Constitución”. Este texto constitucional repite lo que se había establecido para el Tribunal de Garantías Constitucionales, en la Constitución de 1979.

Comentando ambas constituciones, Eguiguren Praeli¹² sostiene que en la primera no se le atribuye la calidad de “supremo intérprete” de la Constitución, por lo menos no expresamente, mientras que en relación a la vigente, aunque se repite la misma definición, al leerla sistemáticamente con la Primera de las Disposiciones Generales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pasada – hoy derogada¹³ – con los artículos 39º¹⁴ y 48º¹⁵ del mismo cuerpo normativo, se apunta en esa dirección.

¹² Eguiguren Praeli: Francisco: **“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, Lima 1998, p. 128-129.

¹³ “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y 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”.

¹⁴ “Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal.

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”.

¹⁵ “cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional”.

Entonces concluye: “De modo que el criterio de interpretación plasmado por el TC tendría que primar y no podría ser contradicho por las instancias del Poder Judicial. Con ello se evitaría la repetición de conflictos anteriormente suscitados, como cuando el TGC desestimó la inconstitucionalidad de alguna ley, no obstante lo cual – en acciones de amparo – algunos jueces o tribunales consideraron inconstitucional la misma norma y dispusieron inaplicarla al caso concreto”.

Algo similar se dice actualmente para sustentar que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución. Así, Roger Rodríguez Santander advierte que:

“En contra de lo que algunos consideran la condición del TC como supremo intérprete de la Constitución no emana en última ratio de lo previsto por el artículo 1 de su Ley Orgánica, pues éste no es sino una plasmación a nivel legal de una previsión que emana de la propia sistemática constitucional. “En efecto, si es a través de los procesos constitucionales(artículo 200) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es(el TC) el encargado de dirimir en última(en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia(procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos(artículo 203), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional – llamado a proteger en definitiva(artículos 138 y 200 a 204)la supremacía normativa de la Constitución(artículos 38, 45 y 51)- el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección(artículo 201) y, por ende, su supremo intérprete. No el único pero sí el supremo.

Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1 de su Ley Orgánica – Ley N° 28301- y el artículo 1 de (su)Reglamento Normativo. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPCConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución(artículo 138 de la Constitución) establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar la 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. Éstas no son creaciones ex novo del legislador del CPCConst., sino concretizaciones de una

interpretación conjunta de los artículos 138, 201 y 203 de la Constitución”(Cfr. STC Exp. N° 0030-2005-PI/TC, f.j. 46 y 47)”^{16 17}.

Por su parte, Castillo Córdova habla de “posición preferente” del Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial. Así señala: “De entre estos dos encargados de la jurisdicción constitucional en el Perú, el Tribunal Constitucional tiene

¹⁶ Rodríguez Santander, Roger: **“El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”** en: Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro(Coordinadores): **Estudios del Precedente Constitucional**. Editorial Palestra. Lima 2007, pp. 58-59.

¹⁷ Ruíz Molleda opina al respecto: “En efecto, el carácter de supremo y definitivo intérprete es el resultado de una comprensión sistemática del conjunto de la Constitución, en especial de su artículo 201, que señala que: “(...)el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”; del artículo 202, que establece que: “(...)corresponde al Tribunal Constitucional(...)conocer en instancia única, la acción de inconstitucionalidad”, y del artículo 204, que precisa que: “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”. Estas normas traslucen, en primer lugar, que el TC es el órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes; en segundo lugar, que cumple con tal cometido mediante un procedimiento llamado de inconstitucionalidad, por medio del cual el TC conoce en instancia única las demandas; y, en tercer lugar, que el producto de ese proceso será una sentencia con fuerza normativa, vinculante y oponible a todos los poderes públicos y privados.” (Ruíz Molleda, Juan Carlos: **En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas**. Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú- Facultad y Departamento Académico de Derecho. Lima 2006, pp. 33). Es interesante también lo dicho por Herrera Vásquez: “(...)El TC es conceptualmente hablando, antes que nada un primus inter pares, un poder moderador o armonizador entre los poderes del Estado en relación a la Constitución. No está intrínsecamente hablando por encima de poder estatal alguno, pues lo contrario tentaría contra el Estado de Derecho contemporáneo. Pero ocurre que el TC tiene por función controlar y limitar los excesos legislativos del poder en perjuicio de la Carta Magna y los ciudadanos y, los excesos judiciales que puedan vulnerar los derechos fundamentales. Si bien existe entre el TC y el PJ relaciones de coordinación e interdependencia, también se da una relación de jerarquía del primero sobre el segundo pues aquel es instancia final de fallo en los procesos constitucionales de la libertad ante resoluciones denegatorias o estimatorias del PJ, en el marco del control difuso de constitucionalidad de las normas(...)Además, en materia de control concentrado de constitucionalidad de las normas, el TC puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal y derogarla en instancia única, lo que no puede hacer el PJ. Inclusive, cuando el PJ tiene entre manos una acción popular que involucre el análisis de una ley, a su vez materia de una demanda de inconstitucionalidad, debe suspender la tramitación del primer proceso hasta que el TC emita resolución definitiva, según el artículo 80 del Código Procesal Constitucional. De otro lado, la sentencia del TC no sólo vinculará al PJ sino a todos los poderes públicos, conforme al artículo 82 del mismo cuerpo normativo. Esto también ocurrirá con una sentencia emitida por el PJ declarando fundada una acción popular, pero para normas infralegales, no siendo vinculantes para el TC”.(Herrera Vásquez, Javier Ricardo: **La difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial: ¿Guerra de las Cortes?**. Tesis presentada para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Escuela de Postgrado Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima enero 2009, pp. 25-26).

una posición preferente. Esta posición preferente se manifiesta no sólo en las mayores facultades que respecto de los jueces del Poder Judicial tiene asignado el referido tribunal (la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos de competencias), sino que incluso en las competencias que comparte con los jueces del Poder Judicial, actúa como instancia última (procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data). Esto hace del Tribunal Constitucional el supremo velador de la Constitución, y en la medida que velar por la Constitución exige interpretarla, se convierte también en el supremo intérprete de la Constitución (artículo 202 CP y artículo 1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”¹⁸.

Éste mismo autor señala en otro texto, que es particularmente conveniente “preguntarse si en el caso peruano se puede establecer alguna jerarquía entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional en tanto que Comisionados del poder constituyente. La respuesta a esta pregunta no es otra que afirmar una supremacía del citado Tribunal sobre los jueces ordinarios en lo que se refiere al control de la efectiva vigencia de la Constitución. Esto es así, no sólo porque la Constitución llama expresamente controlador de la Constitución sólo al Tribunal Constitucional; sino también – y principalmente –, por lo mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene este respecto de los jueces ordinarios”¹⁹.

Asimismo, Santisteban de Noriega parte de considerar que la interpretación de la Constitución emanada del Tribunal Constitucional tiene carácter obligatorio para los jueces pues el mencionado papel contralor que le corresponde al Colegiado constitucional, “le da preeminencia intrínseca sobre otras interpretaciones a la luz de lo dispuesto por la Norma Fundamental y lo establecido en el último párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional referido al valor de la doctrina constitucional”. Concluye diciendo: “Esta superioridad que se opone al poder legiferante y subordina a todos los poderes públicos, precisamente para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, ¿es denigrante para el Poder Judicial? ¿Limita la independencia de los jueces y la autonomía institucional del poder que los representa? No lo creemos. En primer lugar, porque no hay otra manera de batallar jurídicamente por la jerarquía máxima e indiscutida de la Ley

¹⁸ Castillo Córdova, Luís: “*¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?. A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 77, p. 25.

¹⁹ Castillo Córdova, Luís: “*El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Honrad Adenauer, Montevideo 2006, p. 900.

Suprema y los derechos fundamentales que estableciendo con claridad el papel contralor de la constitucionalidad que le corresponde al Tribunal. Pero más allá de ello, es preciso distinguir que tal supremacía abarca únicamente el campo constitucional, no supone que el Tribunal va a inmiscuirse en asuntos que no sean de su estricta competencia ni va a sustituir el criterio de los jueces en los asuntos especializados que se ventilan y deciden en instancia final en el seno del Poder Judicial”²⁰.

Por otra parte, existen algunas posiciones críticas, como la de Aníbal Quiroga León. Señala que nada hay en nuestra Carta Constitucional que nos diga que la labor del Tribunal Constitucional subordina, hacia abajo, a la del Poder Judicial, o a la del Ministerio Público. El error se vuelve más evidente, aclara, cuando se observa la competencia del Poder Judicial en los procesos constitucionales: “Así, la última palabra en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en el Tribunal Constitucional sólo estará reservada al Tribunal Constitucional frente a fallos adversos en sede judicial, más no frente a los fallos estimativos del Órgano Jurisdiccional, los cuales no serán revisados ni por el Tribunal Constitucional ni por nadie en el Estado peruano. Luego, la interpretación que en los casos estimados haga el Poder Judicial también habrá de constituir jurisprudencia constitucional vinculante e intangible. ¿Cómo entonces se puede concluir que el Poder Judicial se halla subordinado al Tribunal Constitucional? ¿De qué parte, no tergiversada, de la Constitución surge ésta, por demás interesada, conclusión? Pues de ninguna, tanto más si, como ya se ha expresado, en el Perú el sistema de control constitucional es mixto, habiendo la Constitución provisto de una serie de instrumentos (de control orgánico y de la jurisdicción de la libertad) en sede judicial como en sede del Tribunal Constitucional, formando un todo, una distribución sistemática y no jerárquica. Nada hay, pues, en el texto ni en el espíritu de nuestra actual Carta Constitucional que avale semejante conclusión interpretativa(...)”²¹.

²⁰ Santisteban de Noriega, Jorge: **“Supremacía de la Constitución y de las interpretaciones del Tribunal Constitucional: límites y perspectivas a propósito de la sentencia recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo(Mincetur)contra el Poder Judicial”**, en: **¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007, pp. 82-83.

²¹ Quiroga León, Aníbal: **“Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo(Mincetur) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional:¿una relación de jerarquía?”** en: **¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Coordinador: Domingo

Todo lo anterior viene a colación ya que en la sentencia en comento, en los Fundamentos Jurídicos 51 y 52 se establecen unas consideraciones muy especiales en relación a la calidad del Tribunal Constitucional.

Así, en el Fundamento Jurídico 51 se señala que: “No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial”.

Lo anterior es reforzado en el Fundamento Jurídico 52 al señalarse: “Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo”.

Esto último es sumamente importante, pues es un argumento que está presente siempre en el actuar del Tribunal. Cuando en esta sentencia se señala expresamente que “en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél”, se culmina un razonamiento al respecto y una línea de desarrollo del propio Tribunal que unido a otros conceptos que ha establecido hacen que se explicita el control de la judicatura ordinaria.

Con la afirmación de la calidad jerárquica superior del Tribunal Constitucional, se desconoce - como hace ver Aníbal Quiroga León -, que existe en cuanto a procesos constitucionales una distribución sistemática y no jerárquica de competencias, es decir,

García Belaunde. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007, p.127

como se ha explicado en acápite anteriores, la configuración de un sistema o modelo paralelo o dual de justicia constitucional, hace que tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial tengan ámbitos competenciales propios. Si bien, entonces, puede darse el caso que el Tribunal Constitucional corrija algunos pronunciamientos del Poder Judicial, también resulta claro constitucionalmente que éste último mantiene una competencia propia. Se puede concluir, por tanto, que constitucionalmente no hay ninguna razón o fundamento que avale lo que tan entusiastamente se afirma en la sentencia en análisis.

Por ello, es precisamente esa distribución sistemática y no jerárquica de competencias, la que desconocen Sáenz Dávalos, Carpio Marcos y Rodríguez Santander, en el Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones (Proyecto de Ley N° 14321/2005-CR)²². Así, los autores parten de la afirmación que entre órganos constitucionales, no existe una relación de jerarquía. No obstante ello, “al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarla, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el TC (artículo 201° de la Constitución)”. Lo nuevo de éste planteamiento es que se especifica que la “jerarquía constitucional” es al “interior del Poder Jurisdiccional”, aspecto no señalado expresamente en la sentencia en el Exp. 006-2006-PC/TC. Sin embargo, como ya se dijo, se mantiene el criterio de la relación de jerarquía entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en atención a una consideración errónea de observar una jerarquía de competencias donde en verdad existe una distribución sistemática de las mismas, como bien aprecia Aníbal Quiroga León. Todos los demás argumentos esgrimidos caen al caer el sustento anterior.

Pensamos que debe distinguirse entre ser el Tribunal Constitucional el “supremo intérprete de la Constitución”, con una “superioridad jerárquica” en relación al Poder Judicial. Si bien lo primero ha sido establecido en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – mas no en la Constitución, ni en el Código Procesal Constitucional - no puede aceptarse que el Tribunal devenga en jerárquicamente

²² Sáenz Dávalos, Luís; Carpio Marcos, Edgar; y Rodríguez Santander, Roger: **Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones**, en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima 2006, p. 320-321.

superior que el Poder judicial, ya que ambas instituciones constitucionalmente mantienen sus ámbitos interactuando.

Lo anterior debe ser corroborado, en tanto se tiene en cuenta que en un Estado Constitucional, no puede hablarse de jerarquías entre los poderes constituidos, como son el Poder judicial y el Tribunal Constitucional.

3.2.4.2.- PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES

Se señala que hacia el siglo XIV ya se citan los precedentes en el derecho inglés, sin embargo – como recalca Juan Monroy Gálvez - carecían del efecto vinculante que se le reconoce ahora. Victoria Iturralde – citada por el procesalista peruano - señala que “el significado que hoy en día tiene el precedente es distinto al que tuvo en sus orígenes. Entonces las decisiones de los tribunales eran consideradas expresiones de opiniones acerca del derecho cuyo peso dependía del juez o jueces que la pronunciaban, pero no obligaban a los jueces a seguirlas. Aunque los casos se decidían por referencia a decisiones anteriores, éstas no eran prácticas que se veían como obligatorias, ni como un conjunto que formaba un sistema de leyes. La cita de precedentes era un poderoso instrumento retórico o argumentativo ya desde la mitad del siglo XIV, pero los juristas de este periodo tenían claro que “ningún precedente es tan persuasivo como la razón”²³.

Luego, de manera creciente se iba a acentuar la práctica de los jueces de resolver los casos de la forma como se habían resueltos casos análogos. A esta práctica se le incorporaron dos rasgos. De un lado, la importancia social del fallo, vale decir, su contenido didáctico y, asimismo, de otra parte, empezó a adquirir significación la calidad del tribunal que había expedido la decisión a ser seguida. Para Monroy Gálvez, “este es el punto de partida histórico de lo que ahora se da en llamar *stare decisis* o doctrina del precedente”²⁴.

Por su parte, Francesca Moretti citando lo resuelto en el caso *Mirehouse v. Rennel* 1833, por el Juez Park, señala que se resume sustancialmente los elementos que

²³ Monroy Gálvez, Juan: ***“Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law”*** en: ***Hechos de la justicia*** N° 4, septiembre-diciembre 2006.

²⁴ *Ibidem*, p. 11.

componen la **doctrine of judicial precedent**: “Nuestro sistema del common law consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseáramos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico”²⁵.

De similar manera, Magaloni²⁶ parte de resaltar que en el sistema jurídico norteamericano los tribunales desempeñan dos funciones. La primera, es la de resolver disputas jurídicas, esto es, administrar justicia ante casos concretos. La segunda función de los tribunales es la de proveer a la sociedad de reglas jurídicas. Magaloni señala que “el principio de stare decisis hace que las decisiones judiciales que resuelvan alguna cuestión de derecho deban ser consideradas como parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad. Esta facultad para crear derecho en forma casuística se denomina función institucional”.

Destaca la autora citada que el estudio de la doctrina del precedente se centra en el análisis de la denominada función institucional, esto es, en el estudio de cómo los tribunales proveen al sistema de reglas jurídicas y elaboran la doctrina judicial vinculante.

Resume finalmente lo que significa el principio de stare decisis: “En virtud del principio de stare decisis los tribunales realizan esa función institucional. Dicho principio tiene una doble faceta: por un lado, en virtud del mismo, toda decisión judicial debe ser congruente con las decisiones previas dictadas en casos similares y, por otro, se convierte en un parámetro normativo a seguir en futuros litigios análogos. Esto es, el stare decisis le impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedentes sus propias sentencias. A

²⁵ Moretti, Francesca: **“El precedente judicial en el sistema inglés”** en: Galgano, Francesco: **Atlas de Derecho Privado Comparado**. Fundación Cultural del Notariado. Madrid 2000, p. 29.

²⁶ Magaloni Kerpel, Ana Laura: **El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano**. Mc Graw Hill, Madrid 2001, pp.30-31.

partir de esta doble faceta del principio de stare decisis es como en los sistemas de common law los tribunales van articulando y ordenando el conjunto de reglas y principios contenidos en el vasto número de decisiones judiciales”²⁷.

Si tuviéramos que mostrar una definición operativa de la doctrina del precedente se tendría: “cuando en un sistema jurídico se conforma un conjunto de reglas y principios - que reciben el nombre de case law – que son extraídos de las decisiones que toman los jueces en un contexto histórico determinado y los cuales vinculan – sea de manera persuasiva u obligatoria – a otros jueces del mismo sistema en casos en donde se presente analogía con el caso ya resuelto”²⁸.

Ahora bien, un aspecto importante en relación con los precedentes es su clasificación. Así, atendiendo a su vinculación e influencia futura se tiene que pueden darse los precedentes obligatorios y aquellos persuasivos.

Los obligatorios “son precedentes que los jueces deben de seguir, sea que lo aprueben o no. La fórmula que determina la vinculación es como sigue: Una proposición afirmada en el caso A es obligatoria en el caso B si: 1. Se trata de una fundamentación jurídica; 2. Esta proposición tiene la calidad o es parte de la ratio decidendi del caso A; 3. El juez o tribunal que estableció el caso A tiene vinculación de obligatoriedad (es decir, hay en el plano jurídico una relación vertical) con el juez o tribunal que está por decidir el caso B y 4. No existe diferencia relevante que permita considerar que el caso A pueda ser declarado un caso “distinguible”²⁹.

De otra parte, los persuasivos serán aquellos que no teniendo la categoría de los anteriores, poseen esa calidad de convencimiento o persuasión que le da la autoridad correspondiente para ser invocados en un momento determinado.

²⁷ Ibidem, p. 31.

²⁸ Monroy Gálvez, Juan: **“Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law”** en: **Hechos de la justicia** N° 4, septiembre-diciembre 2006, p. 11. El propio Monroy Gálvez señala como elementos de este sistema los siguientes: “1. Una decisión fundamentada de un juez o tribunal respecto de un caso concreto; 2. Una descripción en torno al fundamento asumido por el juez o tribunal respecto de una cuestión de derecho trascendente planteada en el caso concreto; 3. La necesidad de establecer un principio de autoridad para el mismo tribunal o para otros de igual o inferior rango, para los siguientes casos en los que se planteó la misma cuestión de derecho y 4. La existencia de un determinado grado de autoridad, el cual va a depender del prestigio del juez o tribunal que expidió la decisión, de su conformidad con el espíritu de los tiempos y del criterio sobre la misma cuestión de otros jueces o tribunales”. (pp. 11-12).

²⁹ Ibidem, p. 17.

Lo importante de este criterio clasificatorio es representar a una tendencia: “procurar que la eficacia vinculante del precedente no sea absoluta ni rígida por un lado y, por otro, permitir que el juez vinculado pueda apartarse del precedente cuando hayan razones de considerable importancia que así lo determinen”³⁰.

Lo anterior tiene mucha relación con preguntarse sobre si es posible apartarse del precedente vinculante. Como se encarga de explicar Monroy Gálvez, se guarda un equilibrio entre la regla que es el seguimiento obligatorio del precedente y la posibilidad del apartamiento del mismo por razones de utilidad social o pública, llegando a una flexibilidad acentuada: “Sea por considerar al common law como un organismo vivo que crece y evoluciona conforme lo hace la sociedad – por lo que se debe permitir su desarrollo aunque dentro de límites en los cuales se pueda concretar esta capacidad de maniobra -, sea por considerar que siendo los precedentes sólo la aplicación de principios que subyacen en el espíritu del pueblo, cuando éste deviene en contrario al principio, debe dejar de ser obligatorio, lo trascendente es que la evolución contemporánea de la doctrina del precedente está íntimamente ligada las posibilidades técnicas de que produzcan apartamientos de los ratios sin afectar sustancialmente el stare decisis”^{31 32}.

Esa flexibilidad, al parecer, es una característica muy marcada de la doctrina del precedente. Mattei explica que una multitud de factores determinan el carácter más o menos rígido de la regla del stare decisis en el mundo contemporáneo del common law. Así, señala la unidad o pluralidad de las pirámides judiciales, con su relativa mayor o menor posibilidad de precedentes conflictivos; la presencia o la ausencia de constituciones escritas que incorporan o hacen inmediatamente actuables reglas jurídicas de amplio contenido y de notable alcance político; el nivel de madurez de la

³⁰ Ibidem, p. 17.

³¹ Ibidem, p. 20.

³² López Guerra señala: “En los países pertenecientes al sistema jurídico del common law el principio stare decisis (de stare decisis et non quieta movere) se configura como clave para conseguir la realización del principio de seguridad jurídica, superando posibles divergencias entre las diversas instancias jurisdiccionales, y haciendo posible la introducción de criterios comunes a todas ellas (...) El principio postula en efecto (y no solo en lo que se refiere al control de la constitucionalidad) que los jueces se hallan obligados a seguir los criterios dimanantes de sus propias decisiones, y, más precisamente, dentro de la jerarquía de los Tribunales Superiores. Lo que supone que los criterios del Tribunal Supremo vinculan, como norma general, a los Tribunales de rango inferior, que deben atenerse a ellos”. (López Guerra, Luís: **“El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”**”, en: AAVV: **El Tribunal Constitucional**. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, pp. 1439.1440).

cultura jurídica nacional, con su correspondiente impacto crítico en las decisiones de los jueces a las que hay que atenerse; las características de los repertorios jurisprudenciales, y la cantidad de decisiones publicadas. Señala Mattei que en los Estados Unidos todos los factores contribuyen a hacer elástica la regla de stare decisis ya que existen más de cincuenta pirámides distintas, teóricamente independientes; la Constitución induce a una decisión en clave de public policy; la cultura académica es hasta demasiado crítica: la cantidad de decisiones publicadas ha superado desde hace tiempo un nivel crítico, de modo que - como manifiesta Mattei - “para todo se puede encontrar una cita favorable y contraria”. Ahora bien, en cuanto a los otros sistemas del common law Mattei señala que se sitúan en posiciones intermedias entre los ingleses y los americanos, en tanto el sistema inglés es más rígido que el norteamericano³³.

La razón que nos ocupemos del precedente vinculante es no sólo por el hecho que en la sentencia en el Exp. 006-2006-PC/TC se haya hecho mención, sino que esta figura a partir del Código Procesal Constitucional se introdujo en el artículo VII del Título Preliminar de la manera siguiente: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 0024-2003-AI/TC, que “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”. Seguidamente añade a lo dicho que: “El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”.

³³ Mattei, Ugo: “*Stare decisis en los Estados Unidos*”, en: Galgano, Francesco: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Fundación Cultural del Notariado. Madrid 2000, p. 50

En la misma sentencia, el Tribunal se refiere en cuanto a la naturaleza del precedente: “La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

De otra parte, se debe establecer las diferencias existentes entre el precedente constitucional vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante. Esta última es incluida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Asimismo, en la STC 3741-2005-AA/TC, el Tribunal ha establecido que: “Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado(...)La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”.

En esta misma sentencia citada se establece la diferencia entre el precedente constitucional vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante: “(...)si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”.

Igualmente, es necesario establecer la diferencia entre el precedente judicial y el precedente constitucional vinculante. En la STC 3741-2005-AA/TC, se señala: “(...)el precedente judicial en el sistema del Common Law se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema(para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces(...)El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales.(...)el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal

Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos(...).”

Cabe preguntarnos sobre si lo correspondiente al precedente constitucional vinculante tiene alguna peculiaridad que lo singulariza del referente anglosajón. Esa peculiaridad puede verse en relación al cambio de precedente vinculante. Así, la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha previsto de manera expresa la posibilidad de que el Tribunal Constitucional varíe su propio precedente vinculante, añadiendo César Landa, que el legislador “ha reservado para el propio TC la competencia exclusiva del cambio de su precedente(...)Claro está que ello no impide que el juez dejando salvada su interpretación particular falle de conformidad con el precedente vinculante por mandato expreso de la ley; pero, sí requiere de un juez leal con la interpretación realizada por el TC, más aún cuando el incumplimiento de la misma ha dado lugar a que el órgano de control administrativo de los jueces del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura(OCMA), haya establecido mediante resolución que su incumplimiento es mérito de responsabilidad administrativa”³⁴.

Con esto entonces, podemos concluir que a diferencia del precedente vinculante del sistema anglosajón en el cual prima la flexibilidad e impera la elasticidad – sobre todo en el sistema norteamericano más que en el inglés – aquí se ha plasmado un sistema particular, rígido, en el que aparte de reservar el cambio en el precedente sólo al Tribunal Constitucional, el juez no tiene posibilidad de fallar distinto que el precedente, ya que, como bien lo apunta Landa, es motivo de responsabilidad administrativa.

Al respecto Roger Rodríguez Santander³⁵, de manera muy didáctica señala que el sistema de precedente constitucional vinculante establecido en el Perú puede ser etiquetado como “entre lo anglosajón y lo continental”. Señala: “(...)la principal diferencia entre el precedente constitucional previsto en el art. VII CPCConst. y el precedente del *common law*(además del hecho mismo de encontrarse regulado), sea que mientras en éste es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en el caso

³⁴ Landa, César: “**Los precedentes constitucionales**” en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III, N° 5, enero-junio, Lima 2007, p. 57.

³⁵ Rodríguez Santander, Roger: Ob. Cit., pp. 62-63.

peruano, la regla es determinada por el propio TC, pues conforme señala el referido artículo, es a éste al que corresponde precisar “el extremo de su efecto normativo”(…)mientras que en el *common law*, el juez posterior tiene abierto un margen para determinar las consideraciones de Derecho y los hechos relevantes en la configuración del precedente, en nuestro sistema dicha determinación viene realizada por el propio TC.”.

Para Rodríguez Santander “se presenta una fusión entre la tradición anglosajona del precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del *civil law* se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado”^{36 37}.

³⁶ Ibidem, p. 63. Una opinión matizada sobre la obligatoriedad del precedente vinculante se encuentra en Javier Antonio Adrián Coripuna: “El cambio de la orientación jurisprudencial(overruling) contenida en un precedente vinculante del Tribunal Constitucional solo puede ser realizado por el mismo Tribunal. En otros términos, el precedente sólo lo puede cambiar el órgano que lo expidió. Ciertamente, los jueces de nivel inferior no pueden cambiar el precedente, aunque si, excepcionalmente, podrían apartarse del mismo, justificando su decisión, con lo que motivarían que el TC se pronuncie nuevamente cambiando, si así lo estima, el precedente instaurado(…)el juez de instancia inferior puede apartarse del precedente(nunca cambiarlo pues esto solo lo puede hacer el Tribunal Constitucional), mediante una motivación específica adicional de por qué se hace tal alejamiento, de modo tal que se ponga en conocimiento del Alto Tribunal la exigencia de que el precedente debe cambiar o en todo caso motivar en este una justificación que, manteniendo el precedente, responda al nuevo contexto planteado(…)”.(Adrián Coripuna, Javier Antonio: **“La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”** en: Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro(Coordinadores): **Estudios del Precedente Constitucional**. Editorial Palestra. Lima 2007, p. 132).

³⁷ Grández Castro relaciona el modelo de precedente adoptado en nuestro país y la concepción de juez que subyace a dicho modelo: “Tal como ha sido presentado hasta aquí, el precedente peruano se ha apartado de modo radical de esta tradición del *common law*. Aquí la regla precedente viene estatuida en el propio fallo y con precisión de una regla que no admita confusiones. Quizá la explicación a esto haya que buscarla en la permanente falta de confianza hacia la capacidad de juicio de los jueces del Poder Judicial. Pero también no habría que descartar la concepción del juez de los propios autores del Código, una concepción de judicatura a la que sólo se le puede confiar la aplicación silogística de reglas sencillas y no así el análisis razonado que requeriría la incorporación del precedente en su dimensión más completa. De este modo, el “modelo” de precedente peruano nos presenta al mismo tiempo una concepción de juez del Poder Judicial al que era mejor darle redactada y con negritas la regla del precedente, antes que depositar la confianza en su capacidad y juicio para

Se debe merituar de forma especial lo vertido por Rodríguez Santander, específicamente en cuanto a que la regulación del instituto del precedente constitucional funciona como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el derecho legislado. Al respecto Eugenia Ariano Deho se plantea la pregunta sobre si los “precedentes vinculantes” del Tribunal Constitucional integran el catálogo de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y de ser así cuál sería su “rango” – o “categoría” término utilizado por el Tribunal -, en base a lo establecido en el Exp. N° 0047- 2004-AI/TC. La respuesta – señala la autora – no puede sino ser negativa: “Y es que no puede sino ser negativa porque los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para “crear” normas, sino para “resolver” controversias concretas con base a derecho (no por nada sus actos se llaman “resoluciones”). Ello es más que evidente tratándose de los jueces “ordinarios” (o sea, los que integran el Poder Judicial) que la Constitución, a la par que los proclama independientes (o sea no sometidos a ninguna autoridad ex inc. 2 del artículo 139 Const.), los somete “solo a la Constitución y a la ley” (inc. 1 del artículo 146), y justamente, porque están sometidos “solo” a la Constitución y a la ley – que es a su vez garantía y límite de su independencia – y como demostración de su fidelidad a ellas, por un lado, les impone motivar por escrito sus resoluciones “con mención expresa de la ley aplicable” (inc. 5 del artículo 139) y, por el otro, los libera del “yugo” legal en aquellos casos en que consideren que hay una incompatibilidad entre la norma legal que tendrían que aplicar y la propia Constitución (segundo párrafo del artículo 138)(...) Y ello mismo se aplica a los jueces constitucionales, solo que por la particularidad de las controversias cuya competencia le atribuye la propia Constitución, se encuentran operando, en la generalidad de los casos directamente con la “ley suprema”³⁸.

Por ello, la mencionada autora concluye que: “Y por lo que atañe al artículo VII del Título Preliminar del CPConst. no hay que olvidar que ello es puro “invento” de los autores del anteproyecto, los que, de buenas a primeras, decidieron establecer “precedentes vinculantes” y el único que podía “variarlos”³⁹.

interpretar las decisiones del máximo Tribunal” (Grández Castro, Pedro: *“Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú”* en: Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro (Coordinadores): *Estudios del Precedente Constitucional*. Editorial Palestra. Lima 2007, pp. 99-100).

³⁸ Ariano Deho, Eugenia: *“Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”* en: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 96 Setiembre 2006. Año 12. Gaceta Jurídica Editores. Lima 2000, p. 85-86.

³⁹ Ibidem, p. 87.

Resulta sintomático que en el Exp. N° 0047- 2004-AI/TC, el propio Tribunal Constitucional haya tratado el tema de las fuentes jurídicas, pero en lo que respecta a los “precedentes constitucionales vinculantes” no especifica su lugar.

Así, ya en lo que respecta al índice de la sentencia en mención, en relación a las fuentes jurídicas, establece, en primer lugar a las fuentes normativas o formas normativas, sean estas con rango de ley(entre las que menciona a las leyes, resoluciones legislativas, tratados, reglamento del congreso, decretos legislativos, decretos de urgencia, ordenanzas regionales y, finalmente las ordenanzas municipales), o con rango distinto a la ley; la jurisprudencia,;la costumbre; los principios generales del derecho(el contrato(autonomía de la voluntad); y, en última instancia, la doctrina. En ninguna parte se establece un apartado para los “precedentes”.

Ahora bien, en cuanto al contenido mismo de la sentencia, en lo que respecta a la que denomina pirámide jurídica nacional(dividida en categorías y rangos), establece en la primera categoría tres rangos(1°Constitución, 2°Leyes de Reforma Constitucional; 3° Tratados); segunda categoría(leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley); tercera categoría(Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario); cuarta categoría (1°Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados, sean de Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.; 2° demás grados descendentes); quinta categoría(os fallos jurisdiccionales y normas convencionales). Como se apreciará, tampoco existe una mención a los “precedentes”, lo que lleva a decir a la profesora Ariano a que los “precedentes vinculantes” se encontrarían frente a la Constitución en una suerte de “limbo”.

La equiparación de los precedentes constitucionales vinculantes en cuanto a su fuerza impositiva con el derecho legislado adolece de los fundamentos constitucionales correspondientes, como se demuestra con la propia sentencia del Tribunal, lo cual nos llevaría a señalar que es otro “invento” de los que asignan el carácter de fuente normativa a la jurisprudencia.⁴⁰

⁴⁰ Al respecto Federico Mesinas Montero señala: “Cada ordenamiento le asigna un valor distinto a la jurisprudencia. Partiendo de la clasificación de los sistemas jurídicos, aun cuando vayamos a referirnos solo a dos, diremos que el rol de la jurisprudencia no

Por otra parte, entonces, se cercena esa flexibilidad o elasticidad del sistema de precedentes anglosajón más aún cuando en dicho sistema se está acentuando esa flexibilidad y elasticidad actualmente. Por ello, no nos parece real que – como manifiesta Rodríguez Santander - al no ser un precedente una ley, “no enerva la posibilidad de que los jueces evalúen razonablemente y comparen los elementos jurídicos y fácticos que fueron considerados relevantes por el TC y que traslucen en el precedente establecido, con los que caracterizan su caso, de forma tal que identificado un componente significativo que los distinga, resuelvan su causa siguiendo una línea diferente”.

Y no nos parece real pues, como ocurrió en el Exp. 0525 -2011-PA/TC, se daba cuenta de que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por los vocales superiores Romero Díaz, Emilia Bustamante Oyague y Rómulo Torres Ventocilla, resolvieron incrementar el monto económico fijado para el reclamo de los pensionistas que presentaban demandas de amparo ante el Poder Judicial estableciéndolo en 600 nuevos soles, al considerar que el monto fijado en el precedente vinculante de la STC 1417-2005-AA/TC, había quedado desfasado porque su fecha era de 12 de julio de 2005. Lo que pretendía la Primera Sala Civil era que se admitieran las demandas de amparo, y, para ello debía de reconsiderarse el monto de la pensión mínima fijado. Así, se establecía por la Sala: “A pesar de estos más de cinco años transcurridos desde la vigencia de la pensión mínima y la emisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-AA/TC, la pensión mínima legalmente fijada no ha sufrido incremento alguno, siendo que la falta de interés por parte del poder público y la falta de capacidad presupuestaria que han imposibilitado su incremento, no pueden obligar a los Jueces Constitucionales a mantenerse ajenos a una realidad palpable – el incremento del costo de vida- y a que sin mayor criterio lógico y razonable, continúe absteniéndose de conocer los procesos de amparo referentes al derecho fundamental a la pensión bajo el argumento de que el pensionista percibe por concepto de pensión una suma igual o superior a S/. 415.00 nuevos soles, pues es

es el mismo en el common law que en el civil law. En el primer sistema asume la calidad de fuente primaria del Derecho, mientras que en el segundo, dependiendo del ordenamiento de que se trate, tendrá la calidad de fuente del Derecho (jamás la más importante en jerarquía) o, simplemente, no la tendrá. Por ejemplo, tal como está ahora, en nuestro ordenamiento no tiene la calidad de fuente del Derecho, a pesar de que en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil se le pretenda dar tal estatus”(Mesinas Montero, Federico G.: **“La jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho peruano?”** en: ***Diálogo con la jurisprudencia*** N° 91. Abril 2006. Año 11. Lima 2006, p. 9)

evidente que la realidad ha variado en desmedro de la capacidad adquisitiva que brinda ganar dicha suma de dinero. En tales circunstancias resulta irracional, ilegítimo y contrario al principio-derecho de la dignidad pretender sostener que después de más de cinco años de haberse establecido una pensión mínima de S/. 415.00 nuevos soles, tomada como referencia, percibir tal monto aseguraría el derecho a un “mínimo vital”(…)y que por tanto el amparista tiene a la vía ordinaria para la ventilación de su controversia(…)”(Exp. N° 10171-2010-0 Resolución del 02 de noviembre de 2010).

Finalmente, en la STC 0525 -2011-PA/TC se señalaba que toda resolución judicial que vaya en contra del precedente vinculante era nula por contravenirlo en forma manifiesta, recordando que todos los jueces “tienen la obligación de acatar el precedente vinculante mencionado a fin de no vulnerar los derechos constitucionales de los pensionistas y preservar el principio de seguridad jurídica.”(Fundamento Jurídico 5).

Por todo lo anterior, nos parecen atinadas las críticas que se efectúan a esta forma de asumir los precedentes constitucionales vinculantes. Así, por ejemplo, Monroy Gálvez señala: “Algunos entusiasmos frente a algunas aparentes novedades y un desconocimiento de sus aspectos técnicos son los causantes de esta situación increíble que vivimos ahora en donde un apartamiento de un precedente del Tribunal Constitucional provoca la nulidad ipso iure de la decisión tomada. Esta es una dictadura jurídica, reitero por necesario, inexistente en el mundo. En este tema, entonces, somos el único olmo que da peras”⁴¹.

Similarmente Domingo García Belaunde señala que con el precedente vinculante “han querido imponer una dictadura virtual sobre el resto de los operadores jurídicos”, añadiendo: “Si bien es cierto que el concepto que ha acogido nuestra dogmática ha permitido estos excesos y hay necesidad de matizarlo, o mejor aún, de reformularlo”⁴². Grández Castro advierte de los peligros que es asumir al precedente vinculante como se ha asumido en nuestro país: “Las consecuencias de esta concepción sin embargo podrían poner en riesgo la propia legitimidad y bondad del precedente. Una primera consecuencia práctica en efecto, apunta a la posibilidad de que el modelo pueda generar un precedente autoritario sin ninguna conexión entre regla y caso; en segundo

⁴¹ **“Fundamentos, problemas y posibilidades del precedente constitucional vinculante en el Perú. Entrevista a: Juan Monroy Gálvez y Aníbal Torres Vásquez”**, en: **JUS Constitucional** N° 1 Editorial Grijley, enero 2008, p. 120.

⁴² García Belaunde, Domingo: Ob. Cit. Lima 2008, p. 32.

lugar, parece fácil suponer que un “modelo” tal de precedente, auspicia una judicatura poco interesada en seguir las razones reales de las decisiones del máximo Tribunal, contrayéndose a ver sólo las sumillas o sumarios de las decisiones; en tercer lugar, y quizá esto sea lo más pernicioso visto en perspectiva, el modelo que se propugna fortalece el formalismo, de modo que puede decirse que del juez “boca de la ley” se estaría pasando sin ninguna diferencia cualitativa a un juez “boca del Tribunal Constitucional”⁴³.

Pensamos asimismo que no se debe renunciar a la mencionada flexibilidad, en tanto se arguye que para un país como el nuestro no había otra posibilidad de plantearlo como se hizo⁴⁴. El hecho que en algún momento hayan predominado los magistrados formalistas no es justificación para haber determinado una manera de entender los precedentes, mas aun cuando los magistrados actuales van cambiando, son más creativos, manejando criterios distintos. Acaso, como manifiesta Carlos Chipoco, lo ideal en cuanto a la aplicación del precedente vinculante en un Estado de Derecho sea: “En general, podemos considerar que los jueces al resolver un conflicto parecido están vinculados con la decisión que ya tomó el Tribunal. ¿Pero cuál es el sentido de ese vínculo, de ese atarse a la decisión precedente?. En respeto de la independencia de los jueces, y en específico, de la igualdad de los sujetos procesales el juez de primera o segunda instancia que administra justicia constitucional debe tomar en consideración la decisión de carácter vinculante del Tribunal Constitucional y aplicarla o en su defecto – si deja de hacerlo sustentar y explicar en su sentencia las razones por las que se aparta de la decisión del Tribunal Constitucional. No existe otro modo de entender la noción de precedente vinculante bajo un Estado de Derecho”⁴⁵.

⁴³ Grández Castro, Pedro: Ob. Cit., Lima 2007, p. 100.

⁴⁴ Rodríguez señala: “¿Había alguna otra manera de tentar que la doctrina del precedente tenga una verdadera presencia en nuestro medio? Con sinceridad no lo sabemos. Pero lo que sí sabemos es que ello no se iba a dar como consecuencia de un milagroso cambio en la concepción del Derecho por parte de nuestros jueces o legisladores. Por ello, es probable que los creadores del CPConst. hayan acertado”. En: Rodríguez Santander, Roger: Ob. Cit., p. 63.

⁴⁵ Chipoco, Carlos: **“Análisis del concepto de “precedente vinculante” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”**, en: **Diálogo con la Jurisprudencia N° 91. Abril 2006. Año 11. Lima 2006**, p.38.

3.2.4.3.- COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

El procesalista italiano Giuseppe Chiovenda señala que “el bien de la vida que el actor ha deducido en juicio(res in iudicium deducta) con la afirmación de que una voluntad concreta de ley lo garantiza en su favor o lo niegue al demandado, después que ha sido reconocido o desconocido por el juez con la sentencia estimatorio o desestimatoria de la demanda, se convierte en cosa juzgada(res iudicata)”.

La res iudicata no es otra cosa para los romanos – aclara el maestro a quien seguimos en esta parte⁴⁶ – que la res in iudicium deducida después de que ha sido iudicata: res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absoluteione contingit. Podemos igualmente decir – aclara el jurista – que la cosa juzgada no es nada más que el bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el juez; y únicamente sustituimos a la alternativa del texto romano(sentencia de condena o de absolución)la alternativa más amplia(porque comprende también las sentencias de pura declaración)de sentencia estimatoria o desestimatoria.

Para los romanos, como para nosotros – continua diciendo - salvo raras excepciones en que una norma expresa de ley dispone cosa distinta, el bien juzgado se convierte en inatacable(finem controversiarum accipit); la parte a la que el bien de la vida fue negado no puede reclamarlo más; la parte a la que fue reconocido, no solo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra; sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a este goce.

Es ésta la autoridad de la cosa juzgada – aclara el profesor italiano -. Los romanos justificaron esta autoridad con razones completamente prácticas, de utilidad social. Para que la vida social se desenvuelva lo más segura y pacíficamente posible es necesario asegurar el goce de los bienes de la vida y garantizar el resultado del proceso: ne aliter modus litium multiplicatus summan atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Esta explicación tan sencilla – continua diciendo Chiovenda -, llana y real está perfectamente de acuerdo con la misma concepción romana del fin procesal y de la cosa juzgada. Entendido el proceso como una institución pública destinada a la actuación de la voluntad de la ley en

⁴⁶ Chiovenda, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Editorial revista de Derecho Privado. Madrid 1954, p. 432 y ss.

relación con los bienes de la vida que ella garantiza, culminando con la emanación de un acto de voluntad que condena o absuelve, es decir, reconoce o desconoce un bien de la vida o una de las partes, la explicación de la cosa juzgada no puede encontrarse sino en la exigencia social de la seguridad en el goce de los bienes⁴⁷.

Chiovenda relaciona cosa juzgada con preclusión. Así, señala: “La cosa juzgada contiene, pues, en sí la preclusión de toda discusión futura: la institución de la preclusión es la base práctica de la eficacia de la cosa juzgada; lo que quiere decir que la cosa juzgada material (obligatoriedad en los juicios futuros) tiene por presupuesto la cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones). La relación, pues, entre cosa juzgada y preclusión de cuestiones puede formularse así: la cosa juzgada es un bien de la vida reconocido o negado por el juez; la preclusión de cuestiones es el medio de que se sirve el Derecho para garantizar al vencedor el goce del resultado del proceso (es decir, el goce del bien reconocido al acto vencedor, la liberación de la pretensión contraria al demandado vencedor)”.

Ahondando en las diferencias entre cosa juzgada y preclusión concluye el autor italiano: “La cosa juzgada es la eficacia propia de la sentencia que estima o desestima la demanda, y consiste en esto: por la suprema exigencia del orden y de la seguridad de la vida social, la situación de las partes fijada por el juez con relación al bien de la vida (res) que fue objeto de discusión no puede ser posteriormente impugnada; el actor que ha vencido no puede ser perturbado en el goce de dicho bien, el actor que ha perdido no puede posteriormente reclamar su goce. La eficacia o autoridad de la cosa juzgada es, pues, por definición, destinada a obrar para el futuro, con relación a los procesos futuros. La solución, por el contrario, dada por el juez a las cuestiones lógicas que se presentan en el proceso, se refieren a cuestiones procesales o sustantivas, de hecho o de derecho, precisamente porque es simplemente preparatoria de la declaración de estimación o de desestimación, no tienen la eficacia propia de ésta última; tiene únicamente una eficacia más limitada, impuesta por exigencias de orden y

⁴⁷ De manera muy sencilla Jordi Nieva explica el fundamento de la cosa juzgada: “El principio básico del que parte el concepto de cosa juzgada es el siguiente: Los juicios sólo deben realizarse una única vez. De donde se deriva que la cosa juzgada consiste en una prohibición de reiteración de juicios. Ese fue el postulado en época de Hammurabi, ese era el postulado en época romana, y ese es y seguirá siendo el postulado del que la cosa juzgada partirá en todo caso.

La razón de ello es muy evidente, y puede resumirse de este modo: la seguridad jurídica requiere que sobre cada asunto solamente pueda decidirse una única vez. La jurisdicción existe para dar fijeza y seguridad a las relaciones humanas(...)” (Nieva Ferroll, Jordi: **La Cosa Juzgada**. Editorial Atelier. Barcelona 2006, pp. 119-120).

de seguridad en el desarrollo del proceso, que consiste en la preclusión de la facultad de renovar la misma cuestión en el mismo proceso”⁴⁸.

Por otra parte, Juan Monroy Gálvez⁴⁹, destaca que si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo solo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, es decir, cuando los obligados con ellas las cumplan, sea espontáneamente o a través del uso de la facultad coercitiva del Estado.

Para que los fines del proceso se concreten – advierte Monroy – es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada – concluye -. Por cierto - adiciona a lo dicho -, no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso.

Sin embargo – añade el autor peruano -, es importante hacer una precisión a lo expresado anteriormente, en cuanto a que hay algunas resoluciones que excepcionalmente adquieren la calidad de la cosa juzgada, a pesar de no referirse al conflicto de fondo, es decir, la fundabilidad de la pretensión. Se hace referencia con ello a aquellas decisiones que declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la pretensión) que ya no puede ser resarcida por el demandante. Son los casos, por ejemplo, de las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada.

El jurista peruano añade que un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos

⁴⁸ Ana María Arrarte, al respecto dice que para entender el sustento de la autoridad de la cosa juzgada, se debe partir de un tema central: el principio de preclusión, constituyendo el núcleo de toda racionalidad de ese instituto. (Arrarte Arisnabarreta, Ana María: **“Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano”** en: AAVV: **Doctrina Contemporánea**. Editora Normas Legales, Trujillo 2003, p.458).

⁴⁹ Monroy Gálvez, Juan: **Introducción al proceso civil**. Tomo I. Editorial Temis – Estudio De Belaunde & Monroy Abogados. Santa Fe de Bogotá Colombia 1996, pp. 86 – 87.

contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnabile o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta. Es decir, es un requisito que la resolución sea última, a pesar de lo cual, doctrina reciente para estos casos señala que no se descarta su revisión judicial.

Asimismo, Susana Castañeda⁵⁰ precisa que cuando se señala que una resolución ha adquirido la calidad de cosa juzgada, equivale a decir a que no puede ser modificada ni que el proceso sea reabierto. Así, “una resolución adquiere tal calidad cuando el justiciable ha hecho valer todos los recursos impugnativos que la ley le otorga en defensa de sus pretensiones; o pudiendo hacerlo ante una resolución emitida por una instancia intermedia deja transcurrir el tiempo y no acciona ejercitando un derecho fundamental que la propia Constitución establece: la pluralidad de instancia. En el primer supuesto, se dice que la resolución ha quedado ejecutoriada; y en el segundo, que ha quedado consentida”⁵¹.

Los primeros antecedentes de la cosa juzgada en el ámbito nacional a nivel constitucional se remontan – como aclara Castañeda – a las Constituciones de 1828(artículo 161), 1834(artículo 127), 1839(artículo 129), 1856(artículo 130), 1860(artículo 129), 1867(artículo 127), 1920(artículo 155), y de 1933(artículo 228). Todos ellos establecen “la prohibición de revivir procesos fenecidos”.

Castañeda precisa que en la Constitución de 1979, el artículo 2 inciso 20 consagró el derecho a la libertad y seguridad personales, estableciendo en el literal II) que: “La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada”. Además en el inciso 11 del artículo 233, estableció como una garantía de la administración de justicia la prohibición de revivir procesos fenecidos, no

⁵⁰ Castañeda Otsu, Susana: **“Cosa Juzgada”** en: AAVV: **La Constitución Comentada**. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera reimpresión, Lima 2006, pp. 568 y ss.

⁵¹ Hitters explica la exigencia de la cosa juzgada: “(...como bien puntualizaba Couture, la cosa juzgada es una exigencia poética y no propiamente jurídica, no es de razón natural, sino una necesidad práctica.

De lo expresado se desprende una conclusión anticipada: la institución aludida si bien es una pieza fundamental de la maquinaria judicial; su estabilidad se apoya en el principio de seguridad, y en determinadas circunstancias razones de equidad admiten su alteración(...)En suma, el principio de inmutabilidad de los decisorios firmes está previsto por razones de política jurídica y esas mismas fundamentaciones pueden en determinadas y excepcionálísimas ocasiones aconsejar la necesidad de variar el criterio”(Hitters, Juan Carlos: **“Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”**, en: **Revista Peruana de Derecho procesal IV**. Lima 2001, p. 93).

pudiendo nadie ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme.

La actual Constitución - siguiendo a Castañeda – regula la cosa juzgada en el artículo 139 incisos 2 y 13 como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Así, en el inciso 2 se deja establecido que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada; y en el inciso 13 se establece la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada, señalándose en éste último además que como supuestos que surten los efectos de la cosa juzgada a la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción.

Pese a ser considerada un principio y derecho de la función jurisdiccional – aclara la autora citada -, conviene precisar que la cosa juzgada constituye además un derecho fundamental, que en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos forma parte del debido proceso. Así también para nuestro Tribunal Constitucional, además de un principio que rige el ejercicio de la función jurisdiccional, constituye un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, y que garantiza a los que han tenido la condición de partes en un proceso judicial, que las resoluciones dictadas en dicha sede, y que hayan adquirido el carácter de firmes, no puedan ser alteradas o modificadas, con excepción de aquellos supuestos legalmente establecidos en el ámbito de procesos penales.

La Constitución Política – explica la autora nacional -, al establecer la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada, prohíbe la existencia de una sanción posterior sobre los mismos hechos, constituyéndose como una causa de extinción de la acción en todo tipo de proceso, sea este penal, civil, laboral, entre otros. De este modo, deviene en un mecanismo de seguridad y certeza jurídica en razón de que consigue la estabilidad de las decisiones, al declarar la certeza del derecho, allí donde había conflicto.

Es muy interesante que siguiendo esta línea de explicación, Castañeda se pregunte si todas las resoluciones que han quedado consentida y/o ejecutoriadas adquieren tal firmeza que bajo ninguna circunstancia pueden ser revividos los procesos, conforme los sostiene el inciso 13 del artículo 139.

Respondiendo señala que en principio la respuesta es negativa, pues la normativa infralegal ha considerado dos supuestos por los cuales es posible atacar la cosa

juzgada: a) en la vía penal, a través del recurso de revisión; y b) en la vía civil, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en la STC 006-2006-PC/TC plantea el concepto de “cosa juzgada constitucional”, ante la argumentación de los afectados sobre la declaración de fundada la demanda en cuanto a la violentación de la cosa juzgada reconocida en el artículo 139º inciso 2 de la Constitución.

El Tribunal plantea que lo que la Constitución garantiza en el numeral señalado es la “cosa juzgada constitucional”, “la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la Interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”.(Fundamento Jurídico 70).

De este concepto de “cosa juzgada constitucional”, a lo que tradicionalmente se tiene como cosa juzgada, se añade – y es lo resaltante – que tendrá la calidad de tal aquella sentencia de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes que devienen del Tribunal – los que al integrarse “en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico”(Fundamento Jurídico 69) -, se convierten en parámetros de validez y legitimidad constitucionales. En pocas palabras, si lo que se resuelve, particularmente, no va de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional no es válido y no será pasible de adquirir la calidad de cosa juzgada constitucional.

Con lo anterior se cierra el círculo de la influencia y control del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial y lo dice al final de la cita: “Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”. Lo que no dice el Tribunal es que cuando se refiere a decisiones jurisdiccionales se tiene en mente “sus decisiones jurisdiccionales”, interesando sólo lo que ellos determinan como conveniente. Finalmente ellos - el Tribunal - son los que pueden establecer que es verdad y que no lo es.

Al respecto, es importante conocer de dónde deviene el concepto de “cosa juzgada constitucional”. Así, Néstor Pedro Sagüés⁵² es claro en conceptualarla, catalogándola como uno de los asuntos más atractivos del derecho procesal constitucional. Se entiende, dice “el efecto que pueda tener una sentencia dictada en materia constitucional, mediante un proceso constitucional por un órgano jurisdiccional de la magistratura constitucional”.

Este concepto, entonces comprende diversos aspectos: a) un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional (generalmente judicial, pero también desempeñada por órganos extra poder, al estilo del Tribunal Constitucional austriaco; ocasionalmente se podrá pensar en una magistratura constitucional no judicial, como el Senado estadounidense en ocasión del impeachment, o juicio político). Por razones metodológicas se parte del supuesto del fallo último de la magistratura constitucional; b) que ese pronunciamiento se ha emitido en el curso de un proceso y un procedimiento “constitucional” (destinado a tutelar la supremacía de la Constitución, y respetuoso de las exigencias procesales de ella); y c) que aborda temas constitucionales (caso de la “sentencia constitucional”).

Sagüés plantea la interrogante si la “cosa juzgada constitucional” es básicamente similar o distinta de la vigente en otras áreas del derecho procesal, especialmente el civil.

Señala al respecto que a favor de lo primero se podría argumentar que el valor de las sentencias constitucionales es, sustancialmente, parecido al de una sentencia civil o comercial.

Pero – aclara – esa similitud es parcial y, además, aparente. En muchos países, las sentencias constitucionales son con frecuencia pronunciadas por órganos extra poder ajenos al Poder Judicial, como las cortes constitucionales (aunque con fisonomía jurisdiccional) y, con resultados bien distintos del de un fallo propio de la judicatura civil.

Cabe constatar, nos dice, en efecto, una “tendencia expansiva” de las sentencias constitucionales, en razón a que la Constitución es, antes que nada, un instrumento de gobierno. Como tal, como regla básica de organización y de funcionamiento nada

⁵² Sagüés, Néstor Pedro: **La interpretación judicial de la Constitución**. Lexis Nexis. Segunda edición. Buenos Aires 2006, pp. 193 y ss.

menos que del Estado y de la sociedad, obvio es que su interpretación y aplicación procuren desbordar al caso concreto que se decide.

El autor argentino citado, añade lo que él denomina tres tipos principales de “cosa juzgada constitucional”:

a)Norteamericano. En su versión más pura, los efectos del fallo se limitan al caso concreto.

Pueden existir múltiples fallos, provenientes de diferentes juzgados(control no concentrado), no coincidentes en torno de la constitucionalidad de una norma, y con criterios y fundamentos diversos. Llegado un asunto al tribunal máximo, lo dicho por él también se ciñe a la causa resuelta. Cualquier tribunal puede cambiar de criterio, incluso el supremo. Además la regla reputada inconstitucional(aun por la Corte Suprema) sigue vigente, y se efectiviza normalmente por los tribunales, salvo que se alegue nuevamente su inconstitucionalidad, supuesto en que se reabre el debate, expediente por expediente. Más todavía: si la Corte Suprema reputa en infinidad de causas inconstitucional a una ley, ese pronunciamiento no se aplica al caso de una nueva ley, igual a la precedente. También allí habrá que reabrir el debate, caso por caso. Por último, si se declara inconstitucional a una ley, eso no implica la declaración de inconstitucionalidad de otra ley que fuere análoga o similar.

b)Austriaco. También en su variable más nítida, procura respuestas unificadas en materia constitucional, mediante una Corte especializada que monopoliza el control de constitucionalidad. Los fallos de ésta tienen efectos erga omnes, e importan la abolición de un precepto legal, cuando es declarado inconstitucional por una “sentencia estimatoria”, que así decepciona el acuse de inconstitucionalidad. Sus fallos obligan también a los demás tribunales y a la administración pública. En su variable más dura, declarada constitucional una norma, el debate queda cerrado y no se replantea más, dentro o fuera de la Corte Constitucional.

c)Mixto. Al combinar los dos sistemas precedentes – aclara Sagüés -, este régimen deja a los jueces del Poder Judicial un control al estilo norteamericano, y al Tribunal Constitucional otro, según la tónica austriaca. Por supuesto, debe imaginar fórmulas de compatibilización entre ambos, que son las siguientes, aclara Sagüés: el control de constitucionalidad puede plantearse de un modo ante los tribunales comunes; y, de otra manera, ante el Tribunal Constitucional. No todos, por lo demás, tienen habitualmente legitimación para litigar frente al Tribunal Constitucional.

En el régimen mixto – ahonda el autor citado argentino - las sentencias de los jueces del Poder Judicial es usual que tengan efectos nada más que para el caso concreto, mientras que las del Tribunal Constitucional lo sean con resultados erga omnes, incluso para el tribunal supremo del Poder Judicial. Paralelamente, no es raro que muchas resoluciones del tribunal supremo judicial resulten recurribles ante el Tribunal Constitucional y que lo decidido por éste, como intérprete final y supremo de la Constitución, prevalezca sobre lo que pueda pensar el tribunal supremo judicial.

Sobre lo desarrollado Néstor Pedro Sagüés concluye: “Es del caso preguntar acerca de las razones que inspiraron a los dos sistemas tradicionales (el mixto intenta combinar los aspectos positivos de ambos). Probablemente, el modelo norteamericano, con efectos de cosa juzgada más tímido que el austriaco, sea así por resultar de un “invento” judicial, ya que, como se sabe, no figura en ningún artículo de la Constitución formal estadounidense y es únicamente producto del derecho consuetudinario constitucional, elaborado en este caso por la judicatura a partir, principalmente, de “Marbury vs. Madison”(1803). Por lo demás, en razón de la fecha en que se crea, corresponde a un estadio constitucional, y jurídico en general, todavía poco desarrollado. En cambio, el sistema austriaco tiene una legitimidad formal mayor: está planificado explícitamente por la Constitución, es decir, se halla programado por el poder constituyente y nace en un período científico jurídico mucho más evolucionado y perfeccionado”.

No obstante lo valioso de lo desarrollado hasta aquí por Néstor Pedro Sagüés, lo analizado en cuanto a la relación entre “cosa juzgada formal” y “cosa juzgada material”, y la relación implícitamente establecida entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional, se encuentra entre lo más valioso.

Así, señala que si la magistratura de un país cuenta con varios grados e instancias, conforme por ejemplo, al esquema estadounidense, los fallos que pronuncien sus órganos tendrán habitualmente valor de cosa juzgada constitucional “formal”, al ser recurribles. Únicamente la sentencia del último y superior tribunal (la Corte Suprema de Justicia) adquirirá efecto de cosa juzgada “material”. Claro – señala el autor argentino – está que si una decisión de primera instancia queda firme por no habérsela recurrido en término, ella también tendrá la calidad de cosa juzgada “material”.

No obstante – continúa diciéndonos Sagüés -, para que medie realmente cosa juzgada constitucional “material”, es necesario que las partes no puedan reabrir entre ellas ese debate constitucional en otro pleito. Ocurre que en ciertos procesos de cognición sumarios o comprimidos – aclara – es factible luego revisar lo decidido por medio de un juicio ordinario. No siempre es permitido reexaminar en éste todo lo evaluado y decidido en el juicio de conocimiento limitado; pero si en el pleito ordinario resultase viable volver a estudiar y decidir la temática constitucional la resolución definitiva, agotadas o precluídas las instancias del caso, que se emitiera en dicho juicio ordinario.

En los países con control absolutamente concentrado de constitucionalidad – aclara el jurista citado -, el tema es – como regla – más simple: es la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional la que toma carácter de cosa juzgada constitucional “formal” y también “sustancial” o “material”, salvo que aquélla fuere revisable, mediante algún trámite, por el mismo Tribunal Constitucional.

De lo anteriormente desarrollado se tiene que por los elementos que encierra el concepto de “cosa juzgada constitucional”(un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional; pronunciamiento sea emitido en el curso de un proceso y un procedimiento constitucional destinado a tutelar la supremacía de la Constitución, y respetuoso de las exigencias procesales de ella; y, que aborda temas constitucionales), entonces estaría preferentemente ligado a los procesos de inconstitucionalidad, cuyas sentencias tendrían tal calidad, lo que entonces, se distanciaría de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el cual alude al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, y el más importante para el órgano de control constitucional nacional, la conformidad con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Uno de los aspectos que se debe abordar, es la relación entre cosa juzgada e independencia judicial. Así, resulta sintomático que el inciso 2 del artículo 139º de la Constitución peruana vigente se establezca a la independencia del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional como principio, y en el mismo texto más adelante la referencia a la cosa juzgada⁵³.

⁵³ Jorge Carrión Lugo, comentando este inciso señala: “Debemos señalar que el Poder Judicial no tiene independencia o autonomía en el aspecto económico(Art. 145º Const.) ni en el control de la conducta funcional de sus integrantes(un ejemplo es el caso

Entonces, se establece una relación directa entre cosa juzgada e independencia judicial, ya que la primera es parte de la esencia de la función jurisdiccional y si la cosa juzgada emanada de los procesos resueltos finalmente por el Poder Judicial va a ser subordinada por una cosa juzgada emanada del Tribunal Constitucional, entonces asistimos a una pérdida de la esencia misma del Poder Judicial como poder del Estado. Como manifiesta Juan Monroy Gálvez, “de ahora en adelante todas las sentencias expedidas por los jueces adscritos al Poder Judicial, son capitis diminutio. Así, por ejemplo, si se expiden en un proceso ordinario, el cual por organización competencial no es revisado por el TC, sólo producirá cosa juzgada, es decir, una inmutabilidad de segundo nivel. Y esto debido a que, para su desgracia, dicha sentencia no recibió ni recibirá un examen de validez y legitimidad que, como acabamos de aprender, solo puede ser dado por el TC”⁵⁴.

4.- COMENTARIOS FINALES

4.1.- El Tribunal Constitucional en la STC 006-2006-PC/TC plantea el concepto de “cosa juzgada constitucional”, ante la argumentación de los afectados sobre la declaración de fundada la demanda en cuanto a la violentación de la cosa juzgada reconocida en el artículo 139º inciso 2 de la Constitución.

El Tribunal plantea que lo que la Constitución garantiza en el numeral señalado es la “cosa juzgada constitucional”, “la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la Interpretación que haya realizado el Tribunal

señalado por el artículo 154º, inc. 3, de la carta política que autoriza al Consejo Nacional de la Magistratura destituir a los Vocales de la Corte Suprema), etc. Pero sí constituye una de las garantías de la administración de justicia y a su vez se erige como un principio esencial de ésta: la independencia y autonomía de los jueces en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Cuando se quiebra esta garantía y principio, se quiebra evidentemente el estado de derecho, el orden jurídico y la seguridad jurídica. El Estado garantiza a los magistrados judiciales su independencia, quienes sólo están sometidos a la Constitución y la ley(Art. 146º, inc. 1, Const.)”. En: **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Editorial Grijley. Lima 2000, p. 38.

⁵⁴ Monroy Gálvez, Juan: p. 21.

Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”.(Fundamento Jurídico 70).

De este concepto de “cosa juzgada constitucional”, a lo que tradicionalmente se tiene como cosa juzgada, se añade – y es lo resaltante – que tendrá la calidad de tal aquella sentencia de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes que devienen del Tribunal – los que al integrarse “en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico”(Fundamento Jurídico 69) -, se convierten en parámetros de validez y legitimidad constitucionales. En pocas palabras, si lo que se resuelve, particularmente, no va de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional no es válido y no será pasible de adquirir la calidad de cosa juzgada constitucional.

Con lo anterior se cierra el círculo de la influencia y control del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial y lo dice al final de la cita: “Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”. Lo que no dice el Tribunal es que cuando se refiere a decisiones jurisdiccionales se tiene en mente “sus decisiones jurisdiccionales”, interesando sólo lo que ellos determinan como conveniente. Finalmente ellos - el Tribunal - son los que pueden establecer que es verdad y que no lo es.

El Tribunal señala que así se cautela la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones. Lo cierto es que, por el contrario - y este caso es un franco ejemplo de ello – la predictibilidad se pierde si se tiene como un asunto pendiente cualquier resolución expedida por el Poder Judicial, la cual pudiera ser anulada y es más de manera retroactiva, como ha sucedido aquí, lo que obliga a reconsiderar este aspecto.

Por otra parte, analizado por Néstor Pedro Saguez el concepto de “cosa Juzgada constitucional”, se tiene que por los elementos que encierra (un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional; pronunciamiento sea emitido en el curso de un proceso y un procedimiento constitucional destinado a tutelar la supremacía de la Constitución, y respetuoso de las exigencias procesales de ella; y, que aborda temas constitucionales), entonces estaría preferentemente ligado a los procesos de inconstitucionalidad, cuyas sentencias tendrían tal calidad, lo que entonces, se

distanciaría de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el cual alude al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, y el más importante para el órgano de control constitucional nacional, la conformidad con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4.2.- Se pone en discusión, además, la aseveración en cuanto a que los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo el riesgo – señala el Tribunal – de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico, añadiendo a lo dicho que si fuera el caso así, se habría subvertido el ordenamiento constitucional en su totalidad, introduciendo elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Esto es complementado, con lo dicho más adelante, cuando el Tribunal señala que en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior del Poder Judicial con respecto al Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que, como manifiesta Ana Cristina Neyra⁵⁵, la afirmación del Tribunal implica equiparar a quien interpreta de manera suprema la Constitución con la Constitución misma, y conlleva a obligar a los órganos de la judicatura ordinaria a un seguimiento de los precedentes y sentencias del Tribunal Constitucional sin posibilidad de contradecir o desvincularse. Llama la atención la autora citada, que ello no parece condecirse con la propia naturaleza del precedente a nivel de Derecho Comparado, donde puede un órgano jurisdiccional apartarse del precedente, haciendo uso del overruling o revocación del precedente, haciendo las precisiones y fundamentar las razones del cambio.

En el mismo sentido de la autora anteriormente citada, Juan Monroy Gálvez tampoco encuentra una situación similar a la descrita de no apartamiento del precedente establecido por el Tribunal Constitucional, dentro del derecho comparado. Así señala lo siguiente: “...lo que ahora importa es precisar que en los países donde el precedente vinculante es esencial(los del common law) en tanto el Derecho es creado judicialmente debido a que no se privilegian los ordenamientos escritos extensos y ampulosos(leyes, código, etc.) como los del civil law, la vinculación no es ni absoluta y

⁵⁵ Neyra Zegarra, Ana Cristina: **“La eficacia del proceso competencial”** en: **Gaceta Constitucional Nº 3**. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Marzo 2003, p. 59.

tampoco, como ya se anticipó, provoca sanciones como consecuencia de su apartamiento. En estricto lo que existe es el precedente relativamente vinculante, en tanto el juez puede apartarse de un precedente si lo considera incorrecto para el Derecho o para la razón, inclusive hay instituciones procesales que le permiten sustentar tal separación. En consecuencia, una afirmación como la expresada por el TC en el Fundamento N° 43 carece de antecedente en el common law y, por cierto, en la sana doctrina sobre la materia”⁵⁶.

4.3.- Otro punto controvertido y necesariamente discutible es en cuanto a la nulidad de las sentencias estimatorias en casos de amparo y cumplimiento del Poder Judicial. Lo cierto es que no sólo se anula cualquier sentencia sino aquellas que constituyen cosa juzgada. Como manifiesta Ana Cristina Neyra⁵⁷, se anulan decisiones sin entrar a evaluar las particularidades o detalles de cada proceso en donde se expidió las mencionadas sentencias, afectando a quienes no forman parte en el presente proceso y por tanto, planteando una situación de indefensión, vulnerándose el debido proceso de los justiciables⁵⁸.

Como señala Castillo Córdova, el menos indicado para querer anular las sentencias provenientes de procesos constitucionales manifiestamente irregulares era el proceso competencial; así el autor citado nombra al “amparo contra amparo”: “...a través del amparo contra amparo habría sido posible un examen particularizado (con la profundidad que ello permite) de cada sentencia concreta a fin de establecer si efectivamente había sido o no fruto de un proceso constitucional irregular...”⁵⁹.

4.4.- Asimismo, se puede señalar que un modelo del constitucionalismo no debe suponer una extensión desmesurada de los poderes de los jueces constitucionales. Sin embargo, en un país como el Perú, en el cual, la tradición democrática - que es el

⁵⁶ Monroy Gálvez, Juan: “**Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional**” en: **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Palestra del tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaunde (Coordinador). Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007, pp.33-34.

⁵⁷ Neyra Zegarra, Ana Cristina: Ob. Cit., p. 59.

⁵⁸ Véase al respecto: Jiménez Vargas – Machuca, Roxana y Abanto Torres, Jaime David: “**La abolición de la cosa juzgada**” en: **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Palestra del tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaunde (Coordinador). Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007, pp. 225 y ss.

⁵⁹ Castillo Córdova, Luis: **El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial**. Editorial Palestra. Lima Setiembre 2008, p. 230.

mensaje y proyección del Estado Constitucional - no es desarrollada, sino al contrario, se encuentra en ciernes, ha hecho que el Tribunal Constitucional adopte una posición de control y de establecer lineamientos interpretativos discutibles en cuanto a la Constitución y a su propia función, viéndolas muchas veces como extensiones desmesuradas. Entonces, siempre es necesario que el Tribunal Constitucional recuerde que es intérprete de la norma constitucional, pero no es la Constitución misma, la cual no promueve que la justicia ordinaria siga a pie juntillas sus precedentes y sentencias sin posibilidad de cuestionamiento, atentando contra la independencia del Poder Judicial, y, en el caso concreto que comentamos, la seguridad jurídica y cosa juzgada - a la que el Tribunal le añade el adjetivo de constitucional -. Por tanto, sí se amenaza otros bienes constitucionalmente valiosos cuando no se advierte que la intervención del juez constitucional debe ser medida y con las particularidades que hemos reseñado anteriormente. No es pertinente entonces desaparecer al Tribunal Constitucional, como algunos lo plantean, sino reformular ciertos aspectos que reconduzcan a la medida del mismo.⁶⁰

4.5.- Igualmente, cabe indicar que las falacias son – según el profesor Marino Llanos – “formas de razonamiento no válidas, pero que por su sentido, forma y contenido resultan muy engañosas y pasan normal e inadvertidamente como válidas en muchas argumentaciones jurídicas, políticas y de sentido común”⁶¹. Asimismo, García Zarate señala que “...las falacias nos engañan, haciéndonos admitir como válidos razonamientos que no lo son. El peligro de la falacia reside en que el error que quita valor al razonamiento permanece encubierto o disimulado. Como se comprende, un error visible sería detectado de inmediato. En las falacias los errores se hallan revestidos de una apariencia de corrección”. Aclara seguidamente el profesor citado que “los lógicos usan el término falacia en un sentido más estricto o más técnico de error en el razonamiento: una falacia es un tipo de razonamiento incorrecto. Algunos razonamientos son tan obviamente incorrectos que no engañan a nadie(...)En lógica se acostumbra reservar el nombre de “falacia” a aquellos razonamientos que, aunque incorrectos, son psicológicamente persuasivos: una falacia es una forma de

⁶⁰ Rafael de Mendizábal Allende(*La Guerra de los Jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Dykinson S.L. Madrid 2012), analizando la realidad española, sentencia así planteando la desaparición del Tribunal Constitucional español: “El diagnóstico, desde mi punto de vista, sigue siendo el mismo. Las disfunciones tienen su origen en el propio sistema, en la diarquía, que sólo se resolverá suprimiendo uno de ellos, el recién llegado, para que la jurisdicción constitucional se integre con las demás”(p. 80).

⁶¹ Llanos, Marino: *Prólogo* a: García Zarate, Oscar Augusto: *Cuadernos de Lógica: Falacias*. Editorial Mantaro, Segunda edición, Lima 1997.

razonamiento que parece correcto, pero resulta no serlo cuando se lo analiza cuidadosamente”. Por otra parte, se tiene que las falacias se dividen en dos clases, las formales y las no formales, ésta últimas denominadas también materiales o retóricas⁶².

Ahora bien, al parecer estamos ante una falacia fundamental – aunque por momentos podría pensarse en una mentira⁶³ – elaborada por el Tribunal Constitucional, falacia correspondiente al orden de las no formales o materiales, cuando señala que sus precedentes constitucionales vinculantes son de obligatorio cumplimiento e inmodificable, constituyéndose – entonces – en la Constitución misma y no en lo que le toca un intérprete de la misma, utilizando para ello aspectos como la “interpretación sistemática” del articulado constitucional y establecer en su Ley Orgánica y en el Código Procesal Constitucional, la condición de “intérprete máximo”. Igualmente sucede con la instrumentalización de la “cosa juzgada constitucional”, la cual subvierte la “cosa juzgada” emanada de la judicatura ordinaria, como consecuencia de dotar de un significado y contextualización distinta de la cosa juzgada constitucional obrante en el derecho comparado, como se ha visto en lo señalado por Néstor Pedro Sagües.

Lo curioso de todo esto es que el actuar del Tribunal Constitucional, estaría dado por una interacción con el Poder Judicial avasallado. Así, puede ser representativo de lo que se viene diciendo, la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ de fecha 13 de marzo de 2006 –citada en la propia resolución en comentario aquí -, en la cual se dispuso: “todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes(...)N° 4227-2005-AA/TC(...)”. Esto no haría sino corroborar lo que Vega Reñón señala en cuanto a que “la argumentación falaz se perpetra y desenvuelve en un marco no sólo discursivo sino interactivo – donde la complicidad del receptor resulta esencial para la suerte del argumento-, de modo que la dualidad de sofismas y paralogismos presenta

⁶² García Zarate, Oscar Augusto: **Cuadernos de Lógica: Falacias**. Editorial Mantaro, Segunda edición, Lima 1997, pp. 7 y ss.

⁶³ Como expresa el profesor Atienza, “hay una importante diferencia entre las falacias y las mentiras, las primeras pueden no ser intencionales”(Atienza, Manuel: **La guerra de las falacias**. Librería Compas. Tercera edición. Alicante 2008, p. 226). Se hace alusión a esta distinción en atención a que el Tribunal Constitucional peruano actúa muchas veces inducido por una situación del país, en el cual frente a la inacción del Poder Judicial de desarrollo de los derechos fundamentales y de propender a la seguridad y predictibilidad jurídicas, entonces en este afán habría cometido más que una mentira(intención de engañar) una falacia en su sentido de paralogismo.

una curiosa correlación: el éxito de un sofisma cometido por un emisor trae aparejada la comisión de un paralogismo por parte de un receptor”⁶⁴.

Es cierto que luego de la Resolución de OCMA mencionada, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un comunicado de fecha 4 de abril de 2006, desconoció los efectos normativos del precedente vinculante también mencionado. Sin embargo, el hecho mismo que el Poder Judicial no haya asumido – aunque esta actuación vaya cambiando en la actualidad - su rol de control constitucional activo, de generar sus propios precedentes vinculantes, de desarrollo de conceptos a través de su jurisprudencia, hace que pueda considerarse su actuar dentro de esa calidad de “falacia compartida”.



⁶⁴ Vega Reñón, Luis: ***“La argumentación a través del espejo de las falacias”***, en: Santibáñez Yáñez, Cristián y Marafioti, Roberto (Editores): *De las falacias. Argumentación y comunicación*. Editorial Biblos, Buenos Aires 2008, p.186.

CONCLUSIONES

1.- El principio de la división de poderes, es consustancial a la democracia constitucional – en tanto es un mecanismo de control del poder de los gobernantes -, y su enunciación por los pensadores – particularmente los correspondientes a los siglos XVII y XVIII, que propusieron las bases ideológicas de la democracia - representó además la asignación histórica de funciones a los llamados tres poderes clásicos: ejecutivo, legislativo y judicial, planteando la preeminencia del segundo y con ello lo que con posterioridad se denominó el Estado Legal del Derecho. Se planteó la preeminencia de la ley y, consecuentemente del legislador, dejando para el juez una simple función de “boca de la ley”, como enunciara Montesquieu. El derecho se reduce a la ley, bajo el principio de legalidad y la función del juez es ser un mero aplicador mecánico de la ley.

Si bien históricamente se proyectó la existencia de tres poderes del Estado, también es cierto que nada impide la existencia de otros poderes constituidos – como el Tribunal Constitucional -, de acuerdo a las circunstancias y a las necesidades de la sociedad. Igualmente, se debe dejar establecido que no existe jerarquización entre los poderes existentes, debido precisamente al respeto a la esencia misma del Estado Constitucional. Cada órgano del Estado tiene delimitadas sus competencias y funciones en la Constitución, pero que, además, existe un reajuste permanente entre dichos órganos y sus funciones, de acuerdo al cambio histórico, de acuerdo a un modelo de división de poderes distinto al clásico, ajustado al modelo de pesos y balances explicado por Haberle y Landa.

Se plantea que las tres típicas funciones del Estado no sólo están al servicio de ciertas tareas fijadas en la Constitución de manera sustantiva o procesal, sino que son instrumentos del Estado constitucional sometidos al cambio histórico. Claro está que ningún órgano del Estado posee “plenos poderes en blanco”, sino que actúan en base a una fundamentación jurídica.

2.- Se debe tomar muy en cuenta la distinta concepción sobre la función que cumple el juez en un Estado Legal del Derecho y en un Estado Constitucional del Derecho. De ser un simple aplicador de la ley en el Estado Legal, pasa a cumplir la función de

intérprete del texto normativo, del cual obtendrá como resultado la norma de derecho. El juez se erige en defensor de los derechos fundamentales y de las minorías, desarrollando los valores de la Constitución.

Es importante lo anterior, en tanto la justicia o jurisdicción constitucional se origina ante la necesidad de limitar el poder del Poder Legislativo, asumiendo a la Constitución como parámetro normativo. Por ello, Prieto Sanchís señala que la existencia de un Tribunal Constitucional si bien no es desde luego incompatible con el neoconstitucionalismo y el Estado Constitucional del Derecho, sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes. Frente a esto, el profesor español concluye que si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización. Lo anterior nos hace pensar que lejos de resaltar la inconveniencia del Tribunal Constitucional – y de la justicia constitucional en general – lo cierto es que – como aprecia Prieto Sanchís – el conocimiento y la responsabilidad de la efectivización de la Constitución no pueden quedar ajenas a la justicia ordinaria, en tanto se propugna un Estado Constitucional del Derecho, siendo distinto el tiempo actual en contraste al tiempo del origen del Tribunal Constitucional.

3.- Se ha planteado que el modelo dual o paralelo de justicia constitucional es imperfecto, siendo los desajustes existentes de orden estructural, motivando los conflictos entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Se concluye que la apreciación anterior no es correcta en tanto ha sido un modelo que ha funcionado, a pesar de sus inconvenientes y, por tanto es viable. Cabe preguntarse que si existen desajustes estructurales sobre la jurisdicción constitucional, por qué entonces, no sólo las fricciones son del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial, sino asimismo con los otros poderes públicos. Con eso no se puede concluir que no hay que perfeccionar ciertos aspectos en cuanto a la justicia constitucional, sino que no obstante ser un modelo dual perfectible, los problemas generados no son en sentido estricto originados en el modelo.

No es que entonces, sean los desajustes estructurales - lo que propone Herrera Vásquez - los que hayan propiciado las fricciones o enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, sino esa actitud invasiva de competencias del primero, en base a la “autonomía procesal”, que a su vez deviene de una visión del proceso democrático peruano y de una concepción de la democracia como de contrapeso y balance – *chek and balance* – que tendría como sustrato el que las competencias no estén fijados de antemano totalmente sino que es un reajuste permanente entre los poderes del Estado lo central. Como menciona Domingo García Belaunde, quizá es en éste sentido que hay que afinar algunos cambios.

4.- El Tribunal Constitucional a través de la STC 006-2006-PC/TC y al plantear el concepto de “cosa juzgada constitucional” cierra el círculo de influencia y control sobre el Poder Judicial – vale decir, lo subordina -.

El concepto “cosa juzgada constitucional” elaborado por el Tribunal Constitucional, se distancia de lo que se tiene en la doctrina constitucional comparada. En ésta última se habla de “cosa juzgada constitucional” por la existencia de un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional, que este sea emitido en el curso de un proceso y un procedimiento constitucional destinado a tutelar la supremacía de la Constitución y respetuoso de las exigencias de ella y que aborda temas constitucionales; mientras que el Tribunal Constitucional relaciona el concepto con el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, la conformidad con la interpretación que haya realizado el mismo de las leyes o de toda norma con rango de ley o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes.

Existiendo una relación directa entre cosa juzgada e independencia judicial, y, sabiendo que con la “cosa juzgada constitucional” se puede desconocer la cosa juzgada ligada a la judicatura ordinaria, entonces consecuentemente genera una subordinación del Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional, ya que se pierde la esencia misma de la administración de justicia – la independencia -.

RECOMENDACIONES

- 1.- No obstante que la autorestricción o autocontrol no ha sido una actitud que el Tribunal Constitucional haya tenido en su actuación, lo cierto es que desde su propia composición debería motivarse este comportamiento, en beneficio de su propia legitimidad.
- 2.- Se debe modificar legislativamente lo correspondiente a los “precedentes vinculantes constitucionales”, flexibilizando dicha figura, para así fomentar el diálogo entre los jueces y evitar el peligro de convertir al juez en “boca del precedente”.
- 3.- Debe de promoverse la posibilidad de que se revisen las decisiones del Tribunal Constitucional por las entidades internacionales correspondientes a derechos humanos, llámese Comisión o Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 4.- Se debe promover como política pública desde el Poder Judicial un desarrollo de los Plenos Jurisdiccionales que condensen los criterios establecidos por dicho poder del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.: **Ante-proyecto de Constitución de Estado**. Redactado en cumplimiento de la Resolución Suprema de 7 de agosto de 1931, Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931.
- Abad Yupanqui, Samuel B.: **Derecho Procesal Constitucional**. Gaceta Jurídica. Primera edición, Lima 2004.
- Abad Yupanqui, Samuel: **Constitución y Procesos Constitucionales**. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices. Editorial Palestra. Cuarta edición actualizada, Lima 2010.
- Adrián Coripuna, Javier Antonio: **“La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”** en: Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro(Coordinadores): **Estudios del Precedente Constitucional**. Editorial Palestra. Lima 2007.
- Aguiló, Joseph: **La Constitución del Estado Constitucional**. Palestra- Temis. Lima-Bogotá 2004.
- Alegría Campos, Mario: **Poder Judicial: Reforma Urgente**. Callao 1971.
- Ariano Deho, Eugenia: **“Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”** en: **Diálogo con la Jurisprudencia** N° 96 Setiembre 2006. Año 12. Gaceta Jurídica Editores. Lima 2000.
- Arrarte Arisnabarreta, Ana María: **“Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano”** en: AAVV: **Doctrina Contemporánea**. Editora Normas Legales, Trujillo 2003.
- Atienza, Manuel: **La guerra de las falacias**. Librería Compas. Tercera edición. Alicante 2008.
- Atienza, Manuel: **El Derecho como argumentación**. Editorial Ariel. Cuarta reimpresión de la primera edición. Barcelona 2009.
- Barrig, Maruja: **La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana. Antología**. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Lima 1980.
- Béjar Pereyra, Oscar: **“En búsqueda de respaldo de la sociedad civil al poder judicial peruano”**, en: Iuris Omnes. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. N° 4, Arequipa, Julio 2002.
- Bernales Ballesteros, Enrique: **“Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993”**, en: **La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II**. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Lima 1995.

- Bernaes Ballesteros, Enrique: **La Constitución de 1993. Análisis Comparado**. ICS Editores. Tercera edición, Noviembre 1997.
- Blanco Valdés, Roberto: Prólogo a: **La justicia constitucional europea ante el siglo XXI** de José Julio Fernández Rodríguez, Editorial Tecnos, Segunda edición, Madrid 2007.
- Bobbio, Norberto: **La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político**. Fondo de Cultura Económica. Séptima reimpresión de la Segunda edición. México 2010.
- Bovero, Michelangelo: **Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución**. En: Salazar Ugarte, Pedro: **La democracia constitucional. Una radiografía teórica**. Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Primera reimpresión de la primera edición, México 2008.
- Brody, Reed: **“La independencia de jueces y las garantías de la administración de justicia”** en: García Sayán, Diego(Editor): **Poder Judicial y Democracia**. Comisión Andina de Justicia - Centro para la independencia de jueces y abogados. Lima, abril 1991.
- Cappelletti, Mauro: **“¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”**, en: **Revista Española de Derecho Constitucional** N° 17.
- Carbonell, Miguel: **“El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”** en: **El canon neoconstitucional**. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo(Editores). Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá 2010.
- Carner, José: Prólogo a **Ensayo sobre gobierno civil** de John Locke. Fondo de Cultura Económica. México 1941.
- Carpizo, Jorge: **El Tribunal Constitucional y sus límites**. Editorial Grijley. Lima 2009.
- Carrión Lugo, Jorge: **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Editorial Grijley. Lima 2000.
- Castañeda Otsu, Susana: **“Cosa Juzgada”** en: AAVV: **La Constitución Comentada**. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera reimpresión, Lima 2006.
- Castillo Córdova, Luís: **“¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?. A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. En: **Revista Jurídica del Perú**. N° 77.
- Castillo Córdova, Luís: **“El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”**, en: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Tomo I. Honrad Adenauer, Montevideo 2006.
- Castillo Córdova, Luís: **El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial**. Editorial Palestra. Lima 2008.

- Cifuentes Muñoz, Eduardo: **“La jurisdicción constitucional en Colombia”** en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996.
- Chanamé Orbe, Raúl: **Historia de las Constituciones**. Lima s/f
- Chiovenda, Giuseppe: **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Volumen I. Editorial revista de Derecho Privado. Madrid 1954.
- Chipoco, Carlos: **“Análisis del concepto de “precedente vinculante” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”**, en: **Diálogo con la Jurisprudencia N° 91. Abril 2006. Año 11. Lima 2006**.
- Colomer Viadel, Antonio: **Introducción al constitucionalismo iberoamericano**. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid 1990.
- Comanducci, Paolo; Ahumada, Ma Ángeles; y, González Lagier, Daniel: **Positivismismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2009.
- Danós Ordoñez, Jorge y Sousa Calle, Martha: **“El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general”** en: **La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación**. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima 1987.
- De Mendizábal Allende, Rafael: **La Guerra de los Jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional**. Dykinson S.L. Madrid 2012.
- De Otto y Pardo, Ignacio: **Obras Completas**. Universidad de Oviedo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo 2010.
- De Trazegnies Granda, Fernando: **Sociedad Civil y el Poder Judicial**. Ara Editores. Lima 1996.
- Comisión Andina de Justicia: **La Reforma Judicial en la Región Andina**. Lima 2000.
- Días, Elías: **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Editorial Taurus. Madrid 1998.
- Díaz Revorio, Francisco Javier: **Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional**. Editorial Porrúa. México 2009.
- Duguit, León: **La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1996.
- Duverger, Maurice: **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**. Editorial Ariel. Cuarta edición española, Barcelona 1982.
- Eguiguren Praeli, Francisco: “Introducción” en: **La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación**. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima 1987.

- Eguiguren Praeli, Francisco: **“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, Lima 1998.
- Eguiguren Praeli, Francisco: Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo Latinoamericano – CIEDLA. Buenos Aires 2000.
- Espinosa Saldaña-Barrera, Eloy: **“Tribunales Constitucionales: Su rol en Europa y la pertinencia de incorporarlos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos”** en: Pedro Sagúes, Néstor(Director) y Ábalos, Ana Gabriela(Directora): **Garantías y Procesos Constitucionales**. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Espinosa Saldaña-Barrera, Eloy: **“El juez constitucional y sus márgenes de acción frente a la judicatura ordinaria: algunas reflexiones a propósito de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el Perú”**, en: AAVV: **Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional(Lima 16-19 de septiembre de 2009)** Tomo II. Lima 2009.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley” en: Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vásquez, Rodolfo(Compiladores): **La Función Judicial. Ética y democracia**. Editorial Gedisa S.A., Barcelona 2003.
- Favoreu, Louis: **“Los Tribunales Constitucionales”** en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996.
- Febres, Leonidas: **Memorias de un juez**. Editorial Gráfica Stylo. Lima 1969
- Ferrero Rebagliati, Raúl: **Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional**. Lima 1984.
- Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo: **“La jurisdicción constitucional en Guatemala”** en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996.
- Ferrajoli, Luigi: **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Editorial Troitta, Madrid 2006.
- Ferrajoli, Luigi, Moreso, José Juan y Atienza, Manuel: **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Segunda edición, Madrid 2009.
- Ferrer Mac-Gregor,Eduardo: **Los tribunales constitucionales en Iberoamérica**. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. Santiago de Querétaro 2002.

- Ferrerres Comella, Víctor: ***Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad***. Marcial Pons, Madrid 2011
- Fix Zamudio, Héctor: ***“La justicia constitucional y la judicialización de la política”*** en: ***Constitución y Constitucionalismo Hoy***. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, agosto 2000.
- Gámez Mejías, Manuel: ***El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias***. Universidad Carlos III-Dykinson S.L., Madrid 2004
- García Belaunde, Domingo: ***“Cuarenta años de constitucionalismo peruano(1936-1976)”*** en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Órgano del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 41, Nos. 1, 2 y 3. Ene-dic 1977, Lima.
- García Belaunde, Domingo: ***Constitución y Política***. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Serie Estudios 2. Imprenta SESATOR. Lima 1982.
- García Belaunde, Domingo: ***El constitucionalismo peruano en la presente centuria***. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia 1990.
- García Belaunde, Domingo: ***Las Constituciones del Perú***. Edición Oficial del Ministerio de Justicia. Primera edición. Julio 1993.
- García Belaunde, Domingo: ***“La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”*** en: La justicia constitucional a finales del siglo XX. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Año VII-Nº 6. Palestra Editores. Huancayo 1998.
- García Belaunde, Domingo: ***“Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y desarrollo(1823-1979)”*** en: Historia Constitucional(revista electrónica), n. 4, 2003. <http://hc.rediris.es/04/index.html>
- García Belaunde, Domingo: ***De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional***. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional(Sección Peruana). Edición al cuidado y prólogo de José F. Palomino Manchego. Cuarta edición revisada, corregida y aumentada. Lima julio 2003.
- García Belaunde, Domingo: ***El Poder Judicial en la Encrucijada***. Ara Editores. Lima 2004.
- García Belaunde, Domingo: ***Presentación***, en: ***¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial***. Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007.

- García Belaunde, Domingo: **Prólogo** a: Castillo Córdova, Luis: **El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial**. Editorial Palestra. Lima 2008.
- García Belaunde, Domingo: **El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva**. IDEMSA. Segunda edición. Lima 2009.
- García de Enterría, Eduardo: **El Derecho, la Ley y el Juez. Dos Estudios**. Editorial Civitas S.A. Madrid 1997.
- García de Enterría, Eduardo: **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Editorial Civitas, Madrid 2001.
- García de Enterría, Eduardo: **Democracia, Ley e inmunidades del poder**. Editorial Palestra. Lima 2004.
- García Martínez, M^a Asunción: **“Los modelos mixtos de control de constitucionalidad. La triple vía del modelo peruano”** en: Pérez Tremps, Pablo(Coordinador): **La Reforma del Tribunal Constitucional**. Acatas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 2007
- García Pelayo, Manuel: **Derecho Constitucional Comparado**. Manuales de la Revista de Occidente. Sexta edición. Madrid 1961.
- García Rada, Domingo: **Memorias de un juez**. Serie Clásicos del Derecho. Volumen VIII. Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel Augusto Olaechea” – Corte Superior de Justicia de Ica y Editorial San Marcos Lima 2004.
- García Zarate, Oscar Augusto: **Cuadernos de Lógica: Falacias**. Editorial Mantaro, Segunda edición, Lima 1997.
- González Prada, Manuel: **Obras**. Tomo II Volumen 3. Ediciones Copé. Lima 1986
- González Mantilla, Gorki: **Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú**. Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad Diego Portales de Chile. Lima 1998.
- González Mantilla, Gorki: **“El secreto de la ratificación y la subordinación como consigna: el juez fungible”** en: **Cuadernos de Política Judicial**. Año 1 N^o 1. Pontificia Universidad católica del Perú – Palestra. Setiembre 2003.
- González Mantilla, Gorki: **Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica**. Palestra – Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009.
- González-Trevijano Sánchez, Pedro José: **El Tribunal Constitucional**. Editorial Aranzadi, Navarra 2000.
- Grández Castro, Pedro: **“Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú”** en: Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro(Coordinadores): **Estudios del Precedente Constitucional**. Editorial Palestra. Lima 2007.

- Grández Castro, Pedro: **Tribunal Constitucional y argumentación jurídica**. Editorial Palestra. Lima 2010.
- Guastini, Ricardo: “La Interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en: Vásquez, Rodolfo(Compilador): **Interpretación jurídica y decisión judicial**. Ediciones Fontamara S.A. Tercera edición. México 2002
- Haberle, Peter: **El Estado Constitucional**. Universidad Autónoma de México – Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003.
- Hamilton, A.; Madison, J.; y, Lay, J.: **El federalista**. Fondo de Cultura Económica. Cuarta reimpresión de la primera edición en español. México 1987.
- Harb, Benjamín Miguel: “La jurisdicción constitucional en Bolivia” en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996.
- Hauriou, André: **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Colección Demos. Editorial Ariel. Segunda edición, Barcelona 1980.
- Hernández Breña, Wilson: **“Del discurso a la práctica en el proyecto de presupuesto judicial 2007”**. Justicia Viva. Lima 2006.
- Herrera Paulsen, Darío: **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición. Lima 1987.
- Herrera Vásquez, Javier Ricardo: **La difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial: ¿Guerra de las Cortes?**. Tesis presentada para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Escuela de Postgrado Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima enero 2009.
- Jiménez Vargas – Machuca, Roxana y Abanto Torres, Jaime David: **“La abolición de la cosa juzgada”** en: **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Palestra del tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaunde(Coordinador). Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007.
- JUS Constitucional: **“Fundamentos, problemas y posibilidades del precedente constitucional vinculante en el Perú. Entrevista a: Juan Monroy Gálvez y Aníbal Torres Vásquez”**, en: **JUS Constitucional** N° 1 Editorial Grijley, enero 2008.
- Justicia Viva: **Descifrando la justicia N° 3**. Septiembre 2004.
- Justicia Viva: **Cambio en el sistema de justicia: Entre la expectativa y la incertidumbre**. Lima 2003.
- Justicia Viva: **Manual del sistema peruano de justicia**. Lima Octubre 2003.
- Kelsen, Hans: **La garantía jurisdiccional de la Constitución(La justicia constitucional)**. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2001.

- Landa, César: **“Los precedentes constitucionales”** en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III, N° 5, enero-junio, Lima 2007.
- Landa Arroyo, César: **Tribunal Constitucional y Estado Democrático**. Palestra. Tercera edición. Lima 2007.
- Landa, César: **“Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”** en: Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo(Coordinadores): **Aspectos del Derecho Procesal Constitucional**. IDEMSA, Lima 2009.
- Lechuga Pino, Ernesto: **“Reforma y modernización de la administración de justicia en la región andina”** en: Revista de Iure. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 1 N° 1, Julio 1999.
- Ledesma Narváez, Marianella: **Jueces y Reforma Judicial**. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1999.
- León, J. Matías: **1930(La disolución del Poder Judicial)**. Lima 1936.
- León Vásquez, Jorge: **“El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”** en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima 2006.
- Linares Quintana, Segundo V.: **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional**. Tomo 7. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires 1985.
- Locke, John: **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Alianza editorial. Madrid 1990.
- Loewenstein, Karl: **Teoría de la Constitución**. Editorial Ariel. Barcelona 1982.
- López Guerra, Luís: **“El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”**”, en: AAVV: **El Tribunal Constitucional**. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981
- López Guerra, Luís: **El Poder Judicial en el Estado Constitucional**. Palestra Editores. Lima 2001.
- Lombardi, Giorgio:Estudio Preliminar en: Schmitt, Carl y Kelsen, Hans: **La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Editorial Tecnos, Madrid 2009.
- López Aguilar: Juan F.: **“El Poder Judicial”** en: Baaguer Callejón, Francisco(Coordinador): **Manual de Derecho Constitucional**. Volumen II. Editorial Tecnos. Cuarta edición actualizada a julio 2009, Madrid 2009.
- Lorenzetti, Ricardo Luis: **Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho**. Rubinzal-Culzoni Editores. Primera reimpresión de la Primera edición. Santa Fe 2008.
- Lovatón, David: **“Justicia y Democracia; ¿Aprendimos la lección?”** en: Ideele. Revista del Instituto de Defensa Legal N° 134. Diciembre 2000.

- Llanos, Marino: **Prólogo** a: García Zarate, Oscar Augusto: **Cuadernos de Lógica: Falacias**. Editorial Mantaro, Segunda edición, Lima 1997
- Magaloni Kerpel, Ana Laura: **El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano**. Mc Graw Hill, Madrid 2001.
- Marín, José Ángel: **Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional**. Editorial Ariel, Barcelona 1998.
- Martín Pallín, José Antonio: **Perú: La Independencia del Poder Judicial. Informe de Misión**. Centro para la Independencia de los Jueces y Abogados. Comisión Internacional de Juristas. Lima 1989.
- Martín- Retortillo Baquer, Lorenzo: **“De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español”** en: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** N°4(1989).
- Mattei, Ugo: **“Stare decisis en los Estados Unidos”**, en: Galgano, Francesco: **Atlas de Derecho Privado Comparado**. Fundación Cultural del Notariado. Madrid 2000.
- Mesinas Montero, Federico G.: **“La jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho peruano?”** en: **Diálogo con la jurisprudencia** N° 91. Abril 2006. Año 11. Lima 2006.
- Mendoza Cánepa, Raúl: **Independencia judicial: el juez ¿un modelo para armar?**. Comisión Andina de Juristas. Lima 2005.
- Mendoza Escalante, Mijail: **“La autonomía procesal constitucional”** en: **Justicia Constitucional**. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima 2006.
- Monje Prado, José Bernardo: **“Autonomía e independencia del Poder Judicial”** en: **Reforma del Sistema Judicial en el Perú**(Congreso Internacional. Comisión Ejecutiva de Publicación del Congreso Internacional sobre la Reforma del Sistema Judicial en el Perú. Colegio de Abogados de Lima, Lima 2004.
- Monroy Gálvez, Juan: **Introducción al proceso civil**. Tomo I. Temis y De Belaunde y Monroy. Santafé de Bogotá 1996.
- Monroy Gálvez, Juan: **Para “mi otro corazón”. Sobre derecho, proceso y otras angustias**. Palestra Editores- Estudio De Belaunde & Monroy Abogados. Lima 2000.
- Monroy Gálvez, Juan: **“De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oxymoron? En: Cuadernos de Política Jurisdiccional N° 1**. Pontificia Universidad Católica – Palestra. Setiembre 2003.
- Monroy Gálvez, Juan: **“Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”** en: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima 2005.

- Monroy Gálvez, Juan: **“Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law”** en: **Hechos de la justicia** N° 4, septiembre-diciembre 2006.
- Monroy Gálvez, Juan: **“Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”** en: **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Palestra del tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaunde(Coordinador). Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007.
- Monroy Gálvez, Juan: **“La “autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada”** en: **Themis - Revista de Derecho**. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero 2008.
- Montejano, Bernardino: **“Filosofía de la función judicial”** en: **La Función Judicial**. Depalma. Buenos Aires 1981
- Montesquieu: **Del Espíritu de las Leyes**. Tomo I. Ediciones Orbis S.A. Buenos Aires 1984.
- Morales Godo, Juan: **“Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú”** en: **Derecho**. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009.
- Moretti, Francesca: **“El precedente judicial en el sistema inglés”** en: Galgano, Francesco: **Atlas de Derecho Privado Comparado**. Fundación Cultural del Notariado. Madrid 2000.
- Neyra Zegarra, Ana Cristina: **“La eficacia del proceso competencial”** en: **Gaceta Constitucional N° 3**. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Marzo 2003.
- Nieva Ferroll, Jordi: **La Cosa Juzgada**. Editorial Atelier. Barcelona 2006.
- Nogueira Alcalá, Humberto: **“La jurisdicción constitucional en Chile”** en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco(Coordinadores): **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Dykinson, Madrid 1996.
- O'Brien Neira, Eduardo: **“El presupuesto de la Administración de Justicia: Análisis de los cuatro pliegos vinculados al sistema”**. Justicia Viva, Lima 2003.
- Pacheco, Toribio: **Tratado de Derecho Civil**. Tomo I. Imprenta del Estado. Segunda edición. Lima 1872
- Palacios, Rosa María: **Entrevista sobre Administración de Justicia: Javier de Belaunde/Fausto Alvarado/J. Francois Patthey**. Justicia Viva. Lima 2004.
- Palma, Ricardo: **Tradiciones Peruanas Completas**. Editorial Aguilar. Tercera Edición. Madrid 1957.
- Palomino Manchego, José F.: **El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española**. Separata de **Ius et Praxis**. Revista editada por la Facultad de

Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N°s 21-22. Lima Enero – Diciembre 1993.

- Palomino Manchego, José F.: **Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica(1931-1979)**. Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima 2003.

- Palomino Manchego: José F.: **Problemas escogidos de la Constitución Peruana de 1993**. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003.

- Pareja Paz-Soldán, José: **Las Constituciones del Perú**. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid 1954.

-Pasara, Luis: **Jueces, justicia y poder en el Perú**. Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. Lima 1982.

-Pasco Cosmópolis, Mario: **Cincuenta Artículos Perecibles**. Edición del Autor. Lima 2001.

-Paz Soldán, Luis Felipe: **La administración de justicia en el Perú**. Imprenta del asilo “Víctor Larco Herrera”. Lima 1925.

- Pérez Royo, Javier: **Tribunal Constitucional y División de Poderes**. Editorial Tecnos. Madrid 1988.

- Pérez Tremps, Pablo: **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985.

-Prieto Sanchís, Luis: **Constitucionalismo y Positivismo**. Ediciones Fontamara. Primera reimpresión de la primera edición. México 2005.

-Prieto Sanchís, Luis: **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Editorial Palestra. Primera reimpresión de la primera edición. Lima 2007

- Planas, Pedro: **Regímenes Políticos Contemporáneos**. Fundación Friedrich Ebert. Primera edición. Lima 1997.

- Polibio: **Historia de Roma**. Alianza Editorial. Madrid 2008.

- Quiroga León, Aníbal: **“Las garantías constitucionales de la administración de justicia”** en: Varios Autores: La Constitución diez años después. Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, Lima 1999.

- Quiroga León, Aníbal: **“Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo(Mincetur) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional:¿una relación de jerarquía?”** en: **¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**. Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007

- Rodríguez-Patrón, Patricia: ***La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional***. Iustel. Primera edición, Madrid 2005.
- Rodríguez Santander, Roger: ***“El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”*** en: Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro(Coordinadores): ***Estudios del Precedente Constitucional***. Editorial Palestra. Lima 2007
- Rousseau, Juan Jacobo: ***El Contrato Social***. Editorial Sarpe. Madrid 1985.
- Rousseau, Dominique: ***La justicia constitucional en Europa***. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.
- Rubio, Marcial y Bernal, Enrique: ***Constitución y Sociedad Política***. Mesa Redonda Editores. Segunda Edición. Lima 1983.
- Rubio Correa, Marcial: ***El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho***. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1984. Lima.
- Rubio Correa, Marcial: ***Estudio de la Constitución Política de 1993***. Tomo 4. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1999.
- Rubio, Marcial: ***Estudios de la Constitución Política de 1993***. Tomo 5. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1999.
- Rubio Correa, Marcial: ***Estudio de la Constitución Política de 1993***. Tomo 6. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1999.
- Rubio Correa, Marcial: ***El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional***. Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial. Lima 2006.
- Ruíz Molleda, Juan Carlos: ***En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas***. Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú- Facultad y Departamento Académico de Derecho. Lima 2006.
- Sabine, George H.: ***Historia de la teoría política***. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición. México 2000.
- Sáenz Dávalos, Luís; Carpio Marcos, Edgar; y Rodríguez Santander, Roger: ***Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones***, en: ***Justicia Constitucional***. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, Nº 4, julio-diciembre, Lima 2006.
- Sagúes, Néstor Pedro: ***La interpretación judicial de la Constitución***. Lexis Nexis. Segunda edición. Buenos Aires 2006.
- Sagües, Néstor Pedro: ***Manual de Derecho Constitucional***. Editorial Astrea. Buenos Aires 2007.

- Salas Villalobos, Sergio: **Administración de justicia. Propuestas de planeamiento estratégico para el sostenimiento permanente del Poder Judicial.** Universidad Alas Peruanas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima.
- Salazar Ugarte, Pedro: **La democracia constitucional. Una radiografía teórica.** Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Primera reimpresión de la primera edición, México 2008.
- Santisteban de Noriega, Jorge: **“Supremacía de la Constitución y de las interpretaciones del Tribunal Constitucional: límites y perspectivas a propósito de la sentencia recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo(Mincetur)contra el Poder Judicial”**, en: **¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.** Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007.
- Schmitt, Carl: **La Defensa de la Constitución.** Editorial Tecnos. Madrid 1983.
- Schneider, Hans Peter: **Democracia y Constitución.** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991.
- Siles Vallejos, Abraham: **Modernización y Reforma de los Sistemas de Justicia en América latina y el Caribe.** Investigaciones. Volumen 1. Consejo de Coordinación Judicial. Enero 1998.
- Távora Córdova, Francisco: **“Discurso de Orden conmemorativo en el Día del Juez”** en: **Homenaje a los Jueces e su Día.** Corte Suprema de Justicia de la República. Lima 2003.
- Tierno Galván, Enrique: **Prólogo** en: Montesquieu: **Del Espíritu de las Leyes.** Tomo I. Ediciones Orbis S.A. Buenos Aires 1984.
- Tomás y Valiente, Francisco: **Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional.** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993.
- Trujillo Rincón, María Antonia: **Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado.** Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid 1995.
- Ugarte del Pinto, Juan Vicente: **Historia de las Constituciones del Perú.** Editorial Anfdina S.A. Lima 1978.
- Uribe Arzate, Enrique: **El Tribunal Constitucional.** Universidad Autónoma del Estado de México- Miguel Angel Porrúa. México 2008.
- Vallejo Moreno, Jairo: **Teoría y práctica de la separación de poderes.** Tesis de Grado para Optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-económicas. Bogotá 1971.

- Valle-Riestra, Javier: ***El Tribunal de Garantías Constitucionales. El Caso de los Votos Nulos y Blancos.*** Editorial Labrusa. Lima 1986.
- Vallet de Goytisolo, Juan: ***Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes.*** Civitas. Madrid 1986.
- Vega Reñón, Luis: ***“La argumentación a través del espejo de las falacias”***, en: Santibáñez Yáñez, Cristián y Marafioti, Roberto(Editores): De las falacias. Argumentación y comunicación. Editorial Biblos, Buenos Aires 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo: ***El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*** Editorial Trotta. Madrid 1997.
- Zagrebelsky, Gustavo: ***Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política.*** Editorial Trotta, Madrid 2008.
- Zuñiga Urbina, Francisco: ***Elementos de Jurisdicción Constitucional.*** Tomo I. Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Primera edición, Santiago de Chile 2002.

