

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO**



**LOS VOTOS SINGULARES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

**TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

Presentada por: José Humberto Saldaña Cuba
Asesor: Abraham Siles Vallejos

Lima – Perú, 2012



A mis padres.

A Evelyn y Mauro, mis hermanos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1: ALCANCES DEL VOTO SINGULAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS Y FUNDAMENTOS.....	11
1. Aproximación conceptual al voto singular.....	11
1.1. El carácter institucional del voto singular.....	11
1.2. Otras características esenciales: jurídico, público y nominativo.....	14
2. Algunos presupuestos del Estado Constitucional que influyen en la función del voto singular.....	16
2.1. El problema de la verdad.....	16
2.1.1. La verdad según Jürgen Habermas.....	18
2.1.2. La verdad en las decisiones judiciales.....	20
2.1.3. La regla de la mayoría.....	22
2.2. Rasgos particulares de la interpretación constitucional.....	26
2.2.1. El carácter abierto de la norma constitucional.....	28
2.2.2. Discrecionalidad y juicio de ponderación.....	30
2.2.3. El pensamiento de las posibilidades de Häberle.....	34
3. El valor jurídico del voto singular en el Tribunal Constitucional.....	38
3.1. Aspectos democráticos del voto singular.....	38
3.1.1. La objeción contra-mayoritaria de Bickel.....	40
3.1.2. Algunas teorías sobre la objeción contra-mayoritaria.....	42
3.1.3. Una concepción sustantiva de democracia.....	43
3.1.4. El voto singular en el Tribunal Constitucional como espacio de deliberación pública.....	45
a) Pluralismo y participación a través del voto singular.....	49
b) Argumentos jurídicos para posturas minoritarias.....	53

3.2. El voto singular en la dinámica jurisprudencial constitucional	56
3.2.1. El voto singular en las ideologías de aplicación judicial del derecho	56
a) Concepción objetivista o de decisión determinada	57
b) Concepción subjetivista o de libre decisión.....	59
c) Concepción intermedia o de decisión legal y racional	61
3.2.2. Jurisprudencia constitucional alternativa y del futuro	66
3.3. La dimensión ética del voto singular: fidelidad a la Constitución	71
3.3.1. Consideraciones generales	75
3.3.2. La ética de los votos singulares en la jurisprudencia nacional	79
CAPÍTULO 2: LOS VOTOS SINGULARES O <i>DISSENTING OPINIONS</i> EN SU ESTADO ACTUAL DE EVOLUCIÓN: LIMITACIONES, POSIBILIDADES Y DESAFÍOS.....	89
1. Anotaciones de derecho comparado.....	89
1.1. Países del <i>Common Law</i>	92
1.1.1. Estados Unidos	95
a) <i>Lochner vs. New York</i>	98
b) <i>Plessy vs. Ferguson</i>	100
c) <i>Furman vs. Georgia</i>	102
1.1.2. Otros países del <i>common law</i>	103
1.2. Países del <i>Civil Law</i>	106
1.2.1. España	107
1.2.2. Alemania.....	112
1.2.3. Italia.....	115
1.2.4. Otros países europeos	119
1.2.5. Países latinoamericanos	122
1.3. Tribunales internacionales	125
1.3.1. Consideraciones generales	125

1.3.2. Breve revisión en algunos tribunales internacionales	127
2. El voto singular en el Perú	130
2.1. La experiencia durante la vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales	130
2.2. El voto singular en el Tribunal Constitucional en la actualidad.....	133
2.2.1. Denominación	133
2.2.2. Tipos	135
3. <i>Plurality opinions</i>	136
3.1. Consideraciones generales	136
3.2. Las <i>plurality opinions</i> en el Tribunal Constitucional del Perú	139
3.2.1. ¿Son ciertas las amenazas en el ámbito nacional?	139
3.2.2. Algunas sentencias constitucionales “de dudosa mayoría”	141
4. Argumentos a favor y en contra del voto singular.....	144
4.1. Argumentos de carácter institucional	145
4.1.1. De orden interno	146
4.1.2. De orden externo	148
4.2. Argumentos en relación a la aplicación judicial del derecho	150
4.3. Argumentos en relación al carácter subjetivo del juez	152
5. Aspectos procedimentales del voto singular	153
5.1. Importancia	153
5.2. Aspectos procedimentales específicos	154
5.2.1. Oportunidad y coherencia	156
5.2.2. El juez redactor-relator disidente	158
5.2.3. El estilo del voto singular	161
5.3. Aspectos procedimentales del voto singular en Perú	163
CAPÍTULO 3: LA JURISPRUDENCIA MINORITARIA O ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ EN DOS BLOQUES TEMÁTICOS	169

1. Metodología del análisis jurisprudencial	170
2. Lucha contra la impunidad en delitos contra los derechos humanos	172
2.1. El derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable	175
2.2. Amnistía de delitos contra los derechos humanos	180
2.3. Imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos	182
3. La Constitución Económica: el rol del Estado en una Economía Social de Mercado	198
3.1. Jurisdicción constitucional para la defensa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas.....	201
3.2. El derecho a la libertad de empresa y sus límites	204
3.3. La protección del medio ambiente como límite a la actividad económica	209
3.4. La potestad tributaria del Estado y su relación con libertades económicas	220
3.5. Derechos de los usuarios y consumidores	227
3.6. Otros derechos fundamentales en relación con el funcionamiento de la economía	231
CONCLUSIONES	235
BIBLIOGRAFÍA.....	242

INTRODUCCIÓN

La creciente aparición de Tribunales Constitucionales alentada en todo el mundo - primero por la segunda postguerra y luego por los movimientos democráticos- es manifestación de un deseo generalizado por garantizar el predominio de los valores consagrados en las Constituciones, bajo el entendido de que éstos pueden conducir a sociedades más humanistas.

De nuestro lado, han pasado ya más de diez años desde que el Tribunal Constitucional del Perú volvió a un pleno funcionamiento luego de la restitución de los tres magistrados destituidos por el gobierno fujimorista. Éste es un tiempo suficiente para reflexionar acerca de su gran contribución al desarrollo de la democracia en nuestro país. Dicha reflexión, desde el ámbito jurídico, debe tener como eje central la frondosa jurisprudencia que ha desarrollado este órgano constitucional en relación a los derechos fundamentales de la persona, al establecimiento de los límites al poder político y a la organización jurídico-política del Estado.

Por medio de la presente investigación deseamos contribuir modestamente en dicha tarea, para lo cual nos concentramos en un aspecto normalmente soslayado en el estudio de la jurisprudencia constitucional: los votos singulares. El estudio de los votos singulares tiene como objeto las razones jurídicas por las cuales un juez discrepa de la

opinión mayoritaria de un colegiado en relación a una controversia constitucional concreta. Debemos destacar que estas razones representan diferencias interpretativas tan importantes que impiden a la mayoría incorporar o moderar sus argumentos para evitar la formulación del voto disidente.

La elección del objeto de estudio no es casual sino que responde al incremento de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en mayoría en los últimos años, es decir, aquellas sentencias en las que se han formulado cuanto menos un voto singular. Más aún, como veremos, resulta verdaderamente interesante observar la intensidad de las divergencias de interpretación constitucional que, por lo demás, tratan temas de la más alta relevancia para el ordenamiento jurídico nacional.

Justificado el origen de nuestro interés académico, corresponde establecer en concreto el problema jurídico central que nos convoca. Éste tiene que ver con la forma en que se han utilizado los votos singulares en el Tribunal Constitucional del Perú: ¿son valiosos para el Estado Constitucional y sirven a la evolución del derecho constitucional? Como es de esperar, ello plantea una gama de preguntas conexas entre las cuales encontramos: ¿de qué modo pueden los votos singulares contribuir a la deliberación pública?, ¿cómo funcionan en otros ordenamientos jurídicos?, ¿qué señala la doctrina sobre su aporte?, ¿sobre qué han discrepado los miembros del Tribunal Constitucional peruano?, entre otras interrogantes.

Así, la hipótesis central es que los votos singulares pese a carecer de efectos vinculantes poseen un importante valor jurídico-político en el marco del Estado Constitucional. Es el interés principal de esta tesis mostrar de qué modo y en qué medida se manifiesta esta contribución. Vale anotar que los beneficios de la institución jurídica en estudio serán evaluados desde el pluralismo constitucional, la perspectiva ideológica más favorable al principio de dignidad humana y sustento de un auténtico contrato social.

La presente investigación se divide en tres capítulos. Un primer capítulo que desarrolla los aspectos del voto singular en el Estado Constitucional, a través de los cuales se muestran sus efectos positivos para el tipo de democracia deliberativa incorporando al proceso de decisión una mayor cantidad de participantes (inclusión de minorías) y dotándoles de argumentos jurídicos para un mejor desempeño en el debate público.

Asimismo, se explica cómo la interpretación constitucional constituye terreno fértil para el despliegue del potencial de los votos singulares, acercándonos, de esta forma, a sus efectos en la evolución del derecho. Su dimensión ético-pública, por último, nos interesa para analizar al voto singular como el último resguardo de fidelidad constitucional del magistrado. La metodología empleada en este capítulo utiliza las herramientas de la filosofía analítica.

En un segundo capítulo se realiza un estudio descriptivo y comparado de la institución del voto singular desde el positivismo jurídico metodológico así como de la dogmática jurídica. El objetivo es aterrizar el concepto al ámbito normativo de distintos foros jurídicos (nacionales e internacionales) pero también del ordenamiento nacional. Así también, se desarrollan otros temas como los posibles efectos negativos (*plurality opinions*), los argumentos esgrimidos por la doctrina tanto a favor como en contra y sus aspectos procedimentales.

En el tercer y último capítulo se realiza el análisis jurisprudencial con el objeto de estudiar las discrepancias interpretativas entre los magistrados del Tribunal Constitucional con ocasión de algunos de los casos que les ha tocado resolver. Poner en el centro de la atención los argumentos jurídicos minoritarios permite construir una nueva mirada crítica de las sentencias constitucionales. Resulta especialmente interesante la selección de casos para el estudio: impunidad en delitos contra los derechos humanos, y la relación entre Estado y economía; debido a la sensibilidad social que perdura sobre el primero, y al vigente cuestionamiento al modelo de desarrollo económico seguido por nuestro país que

implica el segundo. Si bien se trata de un análisis de carácter principalmente empírico-descriptivo, se intenta profundizar dentro de ciertos límites en los asuntos tratados pues de ello depende que la teoría desarrollada sea comprobada en la práctica.

Estamos convencidos de que la disidencia -que presupone pensar diferente, actuar conforme a ello y persuadir al resto- es un elemento fundamental de la evolución de las sociedades, por eso apelamos a ella para analizar también el derecho, en particular aquél creado por el Tribunal Constitucional. A nuestro modo de ver, tal decisión puede dejar como frutos una democrática revaloración de las posturas minoritarias y una propuesta de enfoque jurídico que podría ser utilizada en futuras investigaciones, incluso desde otros campos del conocimiento.



CAPÍTULO 1: ALCANCES DEL VOTO SINGULAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS Y FUNDAMENTOS

1. Aproximación conceptual al voto singular

Antes de desarrollar los principales aspectos constitucionales del voto singular, surge la necesidad de establecer, al menos de un modo inicial, una definición de la figura jurídica en estudio que nos revele sus aspectos sustanciales, componentes de su contenido mínimo, sin los cuales no podría afirmarse su existencia o, afirmándose ello, no sería suficiente para referirnos a esta institución desde una perspectiva amplia en el marco de un Estado Constitucional.

La denominación utilizada más frecuentemente en el primer capítulo será la de “voto singular” atendiendo a la experiencia constitucional peruana, a pesar de que ésta, como veremos más adelante, no es necesariamente la más difundida en el mundo¹.

1.1. El carácter institucional del voto singular

¹ En algunas ocasiones se utilizará también su denominación más conocida: “*dissenting opinion*”, especialmente cuando se haga referencia a doctrina proveniente del *common law*.

Los votos singulares surgen como consecuencia de la discrepancia con la mayoría de integrantes al interior de un colegiado, discordancia de magnitud tal que el juez minoritario (o los jueces minoritarios) considera oportuno formular por escrito su discrepancia en relación a una controversia jurídica concreta.

Un primer aspecto que se deduce de esta afirmación es que el voto singular tiene un carácter relacional, no existe por sí mismo, puesto que no es posible discrepar con nada o con nadie. En nuestro contexto, resulta claro que se discrepa con la opinión mayoritaria del Tribunal, pero permanece la interrogante acerca de con quién se discrepa: si con el Tribunal como institución o con sus colegas magistrados. No es baladí la respuesta a esta cuestión ya que, si convenimos en que sucede como el primer caso, el voto singular tendría un carácter extra-institucional y el juez disidente estaría expresando su opinión fuera del tribunal; mientras que si convenimos que sucede como el segundo caso, el voto singular tendría un carácter institucional y la expresión del juez disidente formaría parte de la decisión final, lo que, valga la aclaración, no significa que sea vinculante.

Desde la primera perspectiva se limitan las posibilidades y el valor legal del voto singular pues ubicado fuera de la institución apenas se diferencia de la doctrina. Por el contrario, en la segunda postura el voto singular sí forma parte de la decisión del tribunal y, por tanto, está institucionalizado, lo que, en nuestra opinión, acrecienta su valor legal, aprovecha sus particulares condiciones y se constituye en una suerte de “jurisprudencia alternativa” con una capacidad de influencia superior. En el mismo sentido, Belleau y Johnson anotan que “si bien un *dissent* no forma parte, estrictamente hablando, del “derecho”, el hecho de que el contenido de la *dissenting opinion* sea producido por un juez es un asunto de la mayor relevancia”² (subrayado de las autoras).

² BELLEAU, Marie-Claire y JOHNSON, Rebecca. “Judging gender: difference and dissent at the Supreme Court of Canada”, en: International Journal of the legal profession, vol. 15, Ns. 1 y 2, 2008, p. 59.

Las mismas autoras en otro espacio indicaron que:

“Las palabras de una *dissenting opinion* son emitidas por un juez actuando en el ejercicio de sus funciones; estas palabras permanecen imbuidas de la autoridad judicial. Esto hace que la *dissenting opinion* sea significativamente diferente de otros intentos para persuadir o convencer. Un juez disidente tiene la capacidad de forzar a la mayoría a contestar, a explicar, a cambiar o a acomodar. Las palabras de una *dissenting opinion* son un reto directo, y la mayoría puede sentirse requerida a dialogar”³.

El Tribunal Constitucional del Perú dejó entrever su postura en relación a este asunto en 1996 con ocasión de una sentencia de inconstitucionalidad, en la que se adhiere a la perspectiva extra-institucional:

“[...] si algún Magistrado o un grupo de Magistrados no comparte la *ratio decidendi* de la sentencia expedida –lo que es perfectamente posible y legítimo- ello ha de expresarse en un voto singular, que, sin embargo, no puede ni debe entenderse como un voto de la mayoría contra la minoría (o a la inversa), sino de la de un Magistrado o la de un grupo de Magistrados con respecto del Tribunal Constitucional”⁴.

Si bien parece quedar clara la perspectiva utilizada por el mencionado tribunal para emitir esta opinión, no podemos decir que la misma tenga vigencia en la actualidad pues el contexto histórico en el que surge dicha opinión es el de una disputa constante de jueces minoritarios que emitían con frecuencia votos singulares contra jueces

³ BELLEAU, Marie-Claire y JOHNSON, Rebecca. “I beg to differ: interdisciplinary questions about law, language and dissent”, en: Logan Atkinson and Diana Majury editors, *Law, Mystery and the Humanities: Collected essays*. Toronto: University of Toronto Press, 2008. También puede encontrarse el documento completo en la página web: <http://ssrn.com/abstract=972631>, visitada el 7 de junio a las 10:22pm, p. 176.

⁴ Perú, Tribunal Constitucional, Expediente N° 005-96-I, 19 de diciembre de 1996, Fundamento Jurídico N° 7.

mayoritarios pro-oficialistas, durante una etapa de sometimiento del Tribunal Constitucional al poder político.

Es cierto que se trata únicamente de perspectivas sobre el voto singular que no definen por completo sus efectos, no obstante, conviene anotar que en esta investigación acogemos la perspectiva del carácter institucional, porque mantenemos una visión amplia de los votos singulares y de sus bondades.

1.2. Otras características esenciales: jurídico, público y nominativo

En primer lugar, nos preocupa el contenido del voto singular, el mismo que debe tener un carácter jurídico y una motivación escrita. Al respecto es oportuno preguntarnos si no es posible también presentar votos singulares cuando medien otro tipo de razones, por ejemplo, de carácter ético, en atención a que algunos autores destacan con frecuencia que los votos singulares apelan a razones éticas, como Catherine Langford, quien afirma que: “[...] los *dissents*, utilizan el *topos* de “mal”, o una expresión equivalente, para sustentar sus argumentos. El mal produce una decisión equivocada de la Corte, un resultado negativo en la sociedad, y atenta contra los fines supremos de la nación”⁵.

Si bien en los votos singulares se recurre con cierta frecuencia a argumentos que apelan a la moral pública, creemos que cualquiera que sea la finalidad subjetiva que mueva a un magistrado a formular una opinión minoritaria requiere tener sustento objetivo, es decir, en palabras de Marcial Rubio:

⁵ LANGFORD, Catherine. “Appealing to the brooding spirit of the law: Argumentation in judicial dissents”, Disertación presentada en la conferencia anual n° 93 de la “National Communication Association”, Chicago, 15 de noviembre de 2007, disponible en: http://www.allacademic.com/meta/p194761_index.html, visita realizada el 8 de febrero de 2011 a las 8:18 am.

“Las decisiones del juez deben estar debidamente motivadas. Deben contar con una fundamentación objetiva y desarrollada. Eso es, como dice el Tribunal, lo que modernamente aleja de la arbitrariedad pues exige al juez dar las razones de su decisión y permite a las partes y a todos los demás interesados, explicarse la aplicación con ella, explicamos nuestras conductas. La jurisdicción es eminentemente racional. Desde luego, en adición a estas justificaciones de fondo, está el artículo 139, inciso 5, de la Constitución que plantea la exigencia positiva de la motivación de las resoluciones en el máximo nivel normativo”⁶.

En segundo lugar, no puede hablarse propiamente de votos singulares si es que no pueden ser conocidos por la más amplia opinión pública. La posibilidad de emitir votos separados registrados en actas no accesibles al público, como ha sucedido en algunos países, no satisface los requerimientos de un concepto moderno del voto singular. Una opinión redactada “para ser guardada en un baúl” elimina casi por completo los beneficios de esta figura ya que las ideas ahí contenidas no podrán alcanzar jamás el “mercado de intercambio de ideas”⁷ y la posibilidad de que algunos investigadores puedan acceder a ellas en determinadas condiciones, apenas atenúa esta limitación.

Finalmente, los votos singulares deben también ser nominativos, es decir que deben estar firmados por los jueces que suscriben la opinión minoritaria. No deja de ser cierto que los votos singulares anónimos, pero sí motivados jurídicamente y expuestos a la opinión pública, cumplen de entrada muchas funciones importantes, sin embargo, dejan inevitablemente un vacío en relación a la situación subjetiva del juez que emite la opinión.

⁶ RUBIO CORREA, Marcial. El Estado según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP, Segunda edición, 2011, p. 231.

⁷ GERKEN, Heather. “Dissenting by deciding”, en: Stanford Law Review, vol. 57, N° 6, 2005, p. 1749.

Permitiendo votos singulares anónimos la satisfacción de los estándares democráticos (transparencia, diálogo, etc.) queda a mitad de camino, principalmente la responsabilidad del juez frente a la colectividad, que es una forma de control social de la labor jurisdiccional, entendiendo por control social el derecho de los ciudadanos a supervisar la labor de sus autoridades así como el deber de éstas de rendir cuentas ante la ciudadanía.

2. Algunos presupuestos del Estado Constitucional que influyen en la función del voto singular

Habiendo esbozado un concepto del voto singular que servirá para la primera parte de esta investigación, corresponde presentar algunos presupuestos del paradigma de Estado Constitucional, que influyen en el desempeño de esta figura jurídica. Para ello hablaremos, de un lado, acerca del problema de la verdad y su importancia en el pluralismo constitucional, así como, de otro lado, sobre los rasgos particulares de la interpretación constitucional.

2.1. El problema de la verdad

La verdad, o más propiamente, la “búsqueda de la verdad” es un asunto de la mayor relevancia en el marco del Estado Constitucional en la medida que favorece el pluralismo (que entraña la idea de múltiples verdades en proceso dialéctico) y la democracia (que supone las condiciones o reglas de juego para la confrontación de ideas), por eso, la búsqueda de la verdad “se contraponen a cualquier tipo de Estado totalitario del color que sea, a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria”⁸.

⁸ HÄBERLE, Peter. Verdad y Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 113.

Con la frase “búsqueda de la verdad” se pretende poner énfasis en el proceso (“búsqueda”) antes que en el resultado (“verdad”), esto es así porque el Estado Constitucional encuentra en el pluralismo y la protección de minorías sus fundamentos más importantes, en dicho contexto, permanecen en conflicto diversas “verdades” y en el proceso institucional cada una de ellas tiene un valor. No reconocer si quiera una cuota de valor a alguna de estas “verdades” significa en la práctica la desprotección de alguna minoría, esto quiere decir en buena cuenta que cualquiera de nosotros puede terminar desprotegido porque, como bien dice Häberle, “*a priori* todos debemos sentirnos parte de la minoría”.

Bruce Ackerman advierte sobre el peligro que entraña la imposición de una “verdad” única e indica acerca de la necesidad del diálogo:

“Si no podemos encontrar alguna forma en que podamos hablar entre nosotros de un modo neutral, parece que no tendremos más opción que dar por perdido el imperativo pragmático [el deber político del diálogo entre los ciudadanos] y regresar al esfuerzo de la edad antigua de basar la vida política en la verdad, toda la verdad, y nada más que la verdad sobre la vida moral”⁹.

Por supuesto que la idea de “múltiples verdades” no significa la relativización de todo valor posible en el Estado Constitucional, ya que la “búsqueda de la verdad” está sujeta a “los límites de lo tolerable”, estos límites, a la vez que impiden la aparición de alguna “verdad absoluta”, permiten el desarrollo de postulados tolerables que rigen la vida en sociedad. Estos límites están constituidos por las normas jurídicas, por los principios de interpretación, etc. que trataremos más adelante. Mientras tanto nuestra atención quedará circunscrita, en primer lugar, a cómo se desenvuelve esta búsqueda de

⁹ ACKERMAN, Bruce. “Why dialogue?”. Faculty Scholarship Series, Paper 142. Yale Law School: 1989, p. 13.

la verdad en una sociedad democrática; luego, y en segundo lugar, específicamente a los procesos de decisión judicial; para desembocar, finalmente, en el valor relativo de las decisiones judiciales. Todo ello debe servir para hallar el valor del voto singular más allá de su vinculación o eficacia jurídica; debe servir para hallarlo en su fuerza argumentativa y su propuesta de concretización de la Constitución.

Para culminar este punto introductorio, citamos la brillante frase del juez norteamericano William Douglas en el que sostiene una defensa de la pluralidad del pensamiento en el Estado Constitucional como antítesis al modelo de pensamiento único:

“La certeza y la unanimidad del derecho son posibles únicamente bajo regímenes fascistas y comunistas. No son sólo posibles, son indispensables; la completa sumisión al régimen político es condición *sine qua non* para la sobrevivencia judicial en cualquiera de estos dos casos. Uno no puede imaginarse a las Cortes de Hitler comprometidas en un debate público sobre los principios de *Der Führer*, con una minoría de uno o cuatro deplorando o denunciando estos principios. Uno no puede imaginarse un juez de una corte comunista discrepando contra los decretos del *Kremlin...*”¹⁰.

2.1.1. La verdad según Jürgen Habermas

Uno de los grandes filósofos contemporáneos es, sin duda alguna, Jürgen Habermas quien concita ahora nuestra atención principalmente por su pensamiento en relación al problema de la verdad. El valor de su planteamiento guarda relación directa con el pluralismo que propugna el Estado Constitucional ya que permite construir la idea

¹⁰ DOUGLAS, William. “The dissent: A safeguard of democracy”, en: *Journal of American Judicature Society*, Vol. 32, 1948, pp. 104-105.

de una “verdad consensuada” (en contraposición a una “verdad absoluta”) entre los diversos grupos que componen una sociedad.

El diálogo ocupa un lugar central en la teoría habermasiana. Nuestro autor reconoce a la acción comunicativa (sustentada en una razón comunicativa, en contraposición a la razón práctica de Kant) entre los seres humanos como el medio por el cual se realiza este diálogo, y sustenta en ella la realización del pacto social que permite a los hombres cooperar dentro de la sociedad. Es decir, reconoce en el diálogo una función socio-integradora al indicar que:

“Sólo en la medida en que las normas y valores se tornan comunicativamente fluidos y [...] quedan expuestos al libre juego de las razones movilizables, puede la integración social (la cual ha de efectuarse a través de valores, normas y procesos de entendimiento) pasar a descansar enteramente sobre las propias operaciones de entendimiento de quienes actúan comunicativamente”¹¹.

La razón comunicativa considera al lenguaje como el instrumento para conseguir que se concatenen las estructuras y formas de vida en una sociedad, por ello esta tesis es denominada también como “teoría del discurso”. La teoría del discurso valora la función socio-integradora en la medida que logra absorber la doble contingencia presente en todos los procesos en los que actúa. Esta doble contingencia consiste en la pugna por dos posiciones que intentan, cada una, posicionarse como la más plausible. El aporte particular de la razón comunicativa es que la “posición perdedora” tiene, a pesar de todo, un valor digno de ser destacado en forma de disentimiento, pues la “razón predominante” siempre puede ser “devaluada por mejores razones y por procesos de aprendizaje que

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 99.

cambian ese contexto”¹². Esta es una consecuencia de trascendental importancia para la institucionalización del conflicto como “búsqueda de la verdad” y, por ende, para la cohesión social.

Por ello, como señala Nino, la teoría del discurso como principio ontológico sostiene que “la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”¹³, y cómo principio epistémico defiende que:

“La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados”¹⁴.

Según lo dicho, desde esta perspectiva deben comprenderse “los discursos formadores de opinión y preparadores de la decisión, en que está inserto el poder democrático ejercido en forma de derecho”. Por ello, es posible afirmar que “la legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo”¹⁵.

2.1.2. La verdad en las decisiones judiciales

¹² *Ibíd.*, p. 98.

¹³ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 160.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 161.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 169

Si el derecho, como el resto de formas institucionales de la sociedad, encuentra sus fundamentos en la acción comunicativa, debe cumplir con ciertas condiciones para que sea posible predicar también de éste la indicada función socio-integradora. Antes de ello, aunque brevemente, debemos señalar algunas características que acompañan a la práctica de las decisiones judiciales que son relevantes para descubrir dichas condiciones.

El primer rasgo sobre la función jurisdiccional es que ésta consiste en la aplicación de normas, por ello, en el discurso jurídico se debe señalar la norma válida aplicable al caso materia de controversia y éste debe estar dirigido, aunque aparentemente sólo a las partes involucradas, a un público ilimitado (a toda la sociedad) pues cumplen la función pública de administración de justicia. Esto último resulta aún más evidente cuando hablamos de la labor del Tribunal Constitucional ya que es el máximo intérprete de la Constitución.

El segundo rasgo es que, a diferencia de otros procesos institucionales, las decisiones que toman los jueces son ejecutadas por ellos mismos, dado que cuentan con un aparato de represión estatal a su servicio. Ello impone la necesidad de que las decisiones jurisdiccionales se presenten legítimas ante la ciudadanía¹⁶.

A partir de ello, podemos indicar que para desempeñar una función socio-integradora los discursos jurisdiccionales deben entrelazar dos tipos de procedimientos: por un lado, el procedimiento institucionalizador, que las somete a restricciones temporales, sociales y de contenido; y, por otro lado, el procedimiento de argumentación, cuya estructura *interna* escapa a la institucionalización jurídica, motivo por el cual es

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 240-241.

posible encontrar que en este tipo de argumentación penetran razones de tipo pragmático, ético y moral, sin quebrantar el código del derecho¹⁷.

Con las restricciones se garantiza la seguridad jurídica, y con la argumentación jurídica amplia, se consigue la aceptabilidad racional o legitimidad de las decisiones judiciales. La seguridad jurídica, en teoría del derecho, guarda relación con la “justificación interna” de las decisiones jurídicas (cuando entre las premisas utilizadas y la conclusión del razonamiento existe una conexión lógica)¹⁸, y la aceptabilidad racional con la “justificación externa” (la adecuada selección de premisas o solidez para sostener el resultado)¹⁹.

Consideramos que estas necesidades ponen sobre la mesa la importancia de la incesante “búsqueda de la verdad” que abarca incluso a las decisiones jurisdiccionales. En este contexto, resulta oportuno recordar nuevamente que el voto singular se presenta como un disentimiento, que forma junto con la decisión mayoritaria la llamada “doble contingencia” y como un potencial coadyuvante en el proceso dialéctico.

2.1.3. La regla de la mayoría

Como hemos señalado, con la expresión “búsqueda de la verdad” se quiere poner énfasis en el proceso antes que en el resultado. Al respecto, existen posturas que niegan

¹⁷ *Ibíd.*, p. 246.

¹⁸ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 39.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 46.

que dicha “verdad” sea alcanzable y algunas otras que consideran que sí es posible llegar a la “verdad”. Habermas es de esta última postura²⁰.

Lo que interesa anotar en este punto es que aún en el supuesto en que la “verdad” sea alcanzable, ello no conlleva necesariamente que las decisiones jurisdiccionales alcancen o contengan dicha “verdad”. De esta forma, caemos en el gran inconveniente de que una decisión final con eficacia jurídica vinculante para las partes puede estar dejando de expresar la “verdad” en los términos de la teoría del discurso, y por tanto, incumpliendo su rol socio-integrador.

Esta situación es producida por la necesidad de dotar a la sociedad de seguridad jurídica que resuelva sus conflictos a través de decisiones jurisdiccionales que tengan plazo fijo, y que sean inequívocas y vinculantes. De manera tal que, si bien la decisión jurisdiccional pone fin al conflicto con carácter vinculante ello no significa que quede “detenida la lógica de la argumentación, sino [únicamente] puesta al servicio de la producción de decisiones con fuerza jurídica”²¹.

En este contexto, la regla de la mayoría se presenta como uno (aunque tal vez el más importante) de los mecanismos institucionales con que cuenta el proceso de toma de decisiones judiciales para poder cumplir su rol de administrar justicia. En ese sentido afirma Habermas que:

“La regla de la mayoría mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino

²⁰ Por el contrario, autores como Bruce Ackerman valoran el diálogo *per se*, como proceso, sin reparar en la importancia del resultado, y califican la idea de Habermas como “idealista”. ACKERMAN, Bruce. “Why dialogue?”, Op. Cit., p. 19.

²¹ *Ibíd.*, p. 247.

el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión. Pero entonces la decisión mayoritaria ha de producirse bajo la premisa de que los asuntos en litigio se han discutido de una forma cualificada, es decir, bajo los presupuestos comunicativos del correspondiente tipo de discurso. Pues sólo entonces puede considerarse su (de la decisión mayoritaria) contenido como el resultado racionalmente motivado, pero falible, de una argumentación que ha sufrido una interrupción en vista de la necesidad institucional de decidir, pero que en principio puede retomarse”²².

De la misma forma piensa Nino en relación a la regla de la mayoría cuando señala que:

“La introducción de un límite de tiempo para finalizar la discusión y la necesidad de votar diferencian drásticamente el proceso informal de la discusión moral de su sucedáneo institucionalizado, la democracia como regla de la mayoría. De este modo, la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo”²³.

Continúa, el mismo autor, justificando moralmente su uso en aras de la imparcialidad:

“En lugar de confiar en un análisis puramente cuantitativo, el pasaje de la unanimidad a la regla de la mayoría debe estar basado en la idea de que la imparcialidad será mejor preservada a través de él que por cualquier otro sucedáneo del consenso unánime. En efecto, un proceso de discusión moral

²² Ídem.

²³ NINO, Carlos Santiago. Op. Cit., p. 167.

con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada -el centro del concepto de democracia de la visión normativa que estoy articulando- tiene mayor poder epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas”²⁴.

De ello, puede concluirse que la decisión jurisdiccional o la posición mayoritaria (en términos de votos) no representa necesariamente el fin de la “búsqueda de la verdad” sino solamente la solución práctica de carácter vinculante impuesto por las necesidades reales de una sociedad. Hecha esta constatación, creemos prudente valorar las decisiones judiciales sobre todo por su calidad argumentativa, promoviendo la creación o el mantenimiento de instituciones que alienten una mejor reflexión colectiva.

El voto singular funciona como un disenso que evalúa permanentemente (a través de los intérpretes constitucionales) las razones expresadas por la posición mayoritaria, de alguna forma, el voto singular da una autorización a la mayoría para que su postura genere consecuencias irreversibles “bajo la reserva de que tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada”²⁵. Desde nuestro punto de vista, lo más importante está en preservar que la “búsqueda de la verdad” no cese, sino que continúe y mejore.

Esta visión práctica de la regla de la mayoría, como necesaria antes que óptima, es ciertamente discutible pues hay quienes encuentran en ella un valor epistémico principal para la democracia, y más bien la deliberación ocupa un lugar secundario. Ello porque pese a la complejidad de las normas estructuradas y prácticas que utilizan las Cortes, “el

²⁴ *Ibíd.*, p. 168.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 248.

desacuerdo entre los jueces sobrevive a sus mejores esfuerzos deliberativos”²⁶. Es decir, bajo este punto de vista, la regla de la mayoría no constituye una interrupción en la “búsqueda de la verdad” sino que es la coronación de una forma democrática de tomar decisiones judiciales. Jeremy Waldron justifica su escepticismo sobre la deliberación del siguiente modo:

“[...] quiero enfatizar [...] la inexistencia de un “punto arquimédico” desde el cual la justicia, la moralidad o la constitucionalidad de una decisión determinada pueda ser evaluada. O más bien: hay demasiados puntos de ese tipo. Cada una de las partes contrincantes, o cada uno de los jueces en desacuerdo, presentarán sus visiones, sostenidas honestamente y defendidas duramente, como *la* perspectiva adecuada desde la cual evaluar la propiedad de la decisión propuesta. No hay, pues, ninguna concepción desde la cual las decisiones propuestas por la Corte puedan ser evaluadas que no sea una de las visiones en pugna entre las cuales la Corte tiene que resolver”²⁷ (cursivas del autor).

Creíamos necesario, antes de continuar con el siguiente punto, presentar alguna de las importantes objeciones que se han hecho a la perspectiva, por nosotros compartida, de Habermas y Nino sobre el valor de la regla de la mayoría, con el objeto de dar cuenta del debate que suscitan este tipo de cuestiones.

2.2. Rasgos particulares de la interpretación constitucional

La teoría de la argumentación jurídica es la disciplina que estudia los procesos argumentativos en el derecho. Es un meta-discurso ya que se trata de un discurso sobre el

²⁶ WALDRON, Jeremy. “Deliberación, desacuerdo y votación”, en: Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 258.

²⁷ *Ibíd.*, p. 262.

discurso de los juristas, y su objeto son las premisas del razonamiento jurídico que concluyen en una norma²⁸. En el ámbito judicial, la conclusión del razonamiento jurídico está expresada en una sentencia, a la que se llega a partir de las normas jurídicas aplicables y los hechos probados²⁹.

El razonamiento judicial requiere de la toma de varias decisiones por parte de los jueces: primero, una decisión de validez para determinar la norma aplicable al caso, segundo, una calificación jurídica de los hechos, y tercero, una decisión de consecuencia atribuida a la conducta calificada. Por ello, se ha señalado que el razonamiento judicial es una actividad esencialmente interpretativa³⁰. Si bien se reconocen ciertos cuestionamientos a la validez del esquema clásico presentado, nos es útil para ilustrar la importancia de la interpretación jurídica.

En este punto, es nuestra preocupación caracterizar la interpretación constitucional en aquellos aspectos que expliquen la proliferación y desarrollo del voto singular en la justicia constitucional, ya que consideramos que no resulta casual que esta figura jurídica haya adquirido relativa importancia en el ejercicio de este tipo de interpretación jurídica y, en particular, en el seno del Tribunal Constitucional, máximo, aunque no exclusivo, intérprete de la Constitución. Son tres las características que vamos a tratar: en primer lugar, en relación al objeto de la interpretación constitucional: la Constitución y su carácter abierto; en segundo lugar, el método judicial de la ponderación, de uso frecuente cuando entran en conflicto valores constitucionales; y finalmente, la ideología de las posibilidades como estímulo a la evolución del desarrollo constitucional.

²⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 45-53.

²⁹ *Ibíd.*, p. 93.

³⁰ Cfr. *Ibíd.*, 95.

2.2.1. El carácter abierto de la norma constitucional

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado y se constituye como un auténtico pacto social, en ella se limita el ejercicio del poder político a través de, entre otros, la consagración de los derechos fundamentales de las minorías. En la medida que constituye un acuerdo social es natural que en ella coexistan diversas posiciones encontradas, especialmente en sociedades heterogéneas como la peruana, sin embargo, en ello justamente reside los beneficios de la Constitución puesto que la unidad política encierra inevitablemente la idea del conflicto, como lo afirma Hesse cuando indica que:

““Formación de unidad política” no significa la producción de un armónico estado de coincidencia general y en cualquier caso no la eliminación de las diferencias sociales, políticas o de tipo institucional y organizativo a través de la nivelación total. Dicha unidad no resulta imaginable sin la presencia y relevancia de conflictos en la humana convivencia. Los conflictos preservan la rigidez, del estancamiento en formas superadas; son –si bien no sólo- la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría”³¹.

Como vemos, el autor va más allá y plantea el conflicto no sólo como inevitable sino como deseable en la medida que lo considera como “la fuerza motriz” que impulsa el “cambio histórico”. Ello resulta de mucha importancia para entender la estructura de las normas constitucionales, su alto grado de generalidad no es coincidencia ni mucho menos displicencia, es la forma más idónea de formar y mantener la unidad política “sin ignorar o

³¹ HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional (selección). Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 10.

reprimir el conflicto en nombre de la unidad política y sin sacrificar la unidad política en nombre del conflicto”³².

En este sentido, el carácter abierto de la Constitución significa sobre todo “apertura en el tiempo” para dar cabida a los posibles cambios históricos. Pero, del otro lado, ello tampoco significa un vacío, la Constitución establece “puntos de referencia” que limitan y dirigen las interpretaciones del texto. De esta forma, la Constitución tiene, a la vez, movilidad y rigidez, ambas cualidades no se presentan como un problema de alternativa (“esto o lo otro”) sino como un problema de coordinación (“en qué medida esto y en qué medida lo otro”)³³.

Desde un punto de vista estructural, es posible equiparar la norma constitucional a los principios jurídicos, en la lógica de la distinción entre principios y reglas jurídicas. En tal contexto, las reglas serían aplicables al “todo o nada”, es decir que, “se cumplen o no se cumplen” sin criterios de gradualidad, mientras que los principios se aplicarían con un criterio de gradualidad, “en mayor medida o en menor medida”. Robert Alexy ha caracterizado a los principios como mandatos de optimización, es decir, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”³⁴.

Otros dos criterios para la distinción entre reglas y principios son señalados por Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero. El primer criterio es el entendimiento de las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas, en la medida que las primeras tienen en su estructura lógica un supuesto de hecho cerrado y una consecuencia jurídica cerrada; mientras que los principios tienen un supuesto de hecho abierto pero

³² Ídem.

³³ *Ibíd.*, pp. 19-22.

³⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

una consecuencia jurídica cerrada. El segundo criterio es el relacionado a la funcionalidad diferenciada entre reglas y principios: en el caso de las reglas, su función consistiría primero en actuar (permitir, prohibir u ordenar) y, segundo, en excluir a otras normas para la aplicación en un caso determinado; mientras que, en el caso de los principios, su función consistiría primero, en actuar, pero segundo, en la toma en consideración de otros principios para actuar, es decir abriría paso a la deliberación³⁵.

No importa qué criterio se adopte respecto a la distinción entre reglas y principios, la estructura de la mayoría de normas constitucionales parece calzar dentro de la figura de principio jurídico. Los distintos artículos de la Constitución peruana contienen estos principios jurídicos. El hecho de que la mayor parte de las normas constitucionales puedan ser clasificadas como principios jurídicos trae consecuencias de gran relevancia para la interpretación constitucional, obligando a los jueces al uso de métodos poco tradicionales como el de la ponderación judicial.

2.2.2. Discrecionalidad y juicio de ponderación

“De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión”³⁶.

³⁵ Cfr. GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alonso. Op. Cit., pp. 253-257.

³⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2002, p. 128.

Así define Prieto Sanchís el juicio de ponderación, método ampliamente difundido en el ámbito de la justicia constitucional para la labor interpretativa de las normas constitucionales, y adoptado también por el Tribunal Constitucional del Perú, en contraposición a la metodología de subsunción jurídica, insuficiente para la resolución de este tipo de conflictos.

La ponderación es un procedimiento racional que intenta encontrar la mejor decisión cuando concurren razones justificatorias conflictivas³⁷ (como suele suceder en los conflictos constitucionales). Tiene como objetivo descubrir la norma adecuada para el caso concreto de un conflicto entre bienes o valores jurídicos y no pretende establecer una regla general susceptible de universalización, por ello se señala que la ponderación conduce “a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno sobre otro”³⁸.

Del mismo modo piensa Riccardo Guastini, para quien “la ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una *jerarquía axiológica móvil*”³⁹, “axiológica” porque no es que busque un equilibrio entre los dos valores en conflicto, sino que uno de ellos es “decididamente descartado”, y “móvil”, porque se trata de una jerarquía inestable o mutable: “que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría invertirse –y que con frecuencia se invierte- en un caso concreto diferente”⁴⁰.

Por su parte, Robert Alexy ha desarrollado las reglas para una adecuada ponderación de valores jurídicos: (1) fin legítimo, (2) adecuación, (3) necesidad y (4) test

³⁷ *Ibíd.*, p. 129.

³⁸ *Ibíd.*, p. 138.

³⁹ GUASTINI, Riccardo. Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores, 2010, p. 229.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 230.

de proporcionalidad⁴¹. Todas estas reglas orientan al intérprete, sin poder desaparecer por completo su carácter discrecional, lo que, como venimos señalando, no significa en ninguna medida que se trate de un procedimiento no racional o irracional.

Hablamos de un carácter discrecional de la interpretación constitucional para señalar que existe un espacio en el que los jueces se desenvuelven libremente y en el que incorporan otros elementos además de los jurídicos en el análisis de los casos. La propia regla de la ponderación judicial es nada más que un intento por uniformizar la labor hermenéutica y pone de manifiesto que en cada uno de sus “pasos” existe un ámbito para la subjetividad del juez.

Sin embargo, como repetimos, no es posible hablar de una actividad enteramente discrecional en la medida de que su límite es la misma Constitución, y en esta tarea de limitar la discrecionalidad del juez, también están abocados los principios de interpretación constitucional. Estos principios sirven como “puntos de referencia” para la interpretación del texto constitucional. El principio de fuerza normativa de la Constitución es el punto de partida que condiciona toda la labor hermenéutica pues ésta vincula a todo el ordenamiento, de ahí, surgen principios tal como el de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. El principio de armonización de la Constitución indica la necesidad de interpretar procurando la realización de todas las normas constitucionales. Los principios de eficacia integradora y corrección práctica, orientan la interpretación en el marco del respeto por la organización y funciones de los diferentes órganos del estado. Hesse advierte sobre esta naturaleza discrecional a la vez que valora la contribución de estos principios en cuanto aportan seguridad jurídica:

“La “corrección” de los resultados obtenidos a través del proceso expuesto de concretización de las normas constitucionales no tiene, por ello, el

⁴¹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 161.

carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la Naturaleza; en el ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada. Frente a la pretensión de una absoluta corrección imposible de demostrar y que con frecuencia ni siquiera la *ratio decidendi* hace patente, a través de la corrección relativa que implica reconocer el carácter limitado de su pretensión, pero que, sin embargo, dentro de dicha limitación, resulta explicable, convincente y hasta cierto punto previsible, parece conseguirse algo, y no por cierto un “quantum” de honestidad jurídica, sino también de –limitada- seguridad jurídica”⁴².

El juicio de ponderación y los principios de interpretación constitucional nos muestran, cada uno a su manera, un ámbito de discrecionalidad de los jueces, que, en buena cuenta, es un espacio de subjetividad. A partir de lo último, es posible afirmar que la labor interpretativa tiene un componente objetivo y otro subjetivo, y que ello sea así, justifica la existencia de discrepancias entre los jueces respecto de un caso tanto como de posibles errores en la interpretación. Por lo tanto, las discrepancias judiciales son compatibles con las exigencias judiciales de seguridad jurídica y razonabilidad⁴³.

Si aceptamos lo dicho, caemos en que el nihilismo jurídico adjudicado por algunos detractores a la posibilidad de disentir en la interpretación del derecho es únicamente aparente⁴⁴. Es más, los posibles diversos resultados no sólo no deberían parecerse anomalías, sino que utilizados correctamente son de gran valía para la evolución del

⁴² HESSE, Konrad. Op. Cit., p. 51.

⁴³ FISS, Owen. “Objectivity and interpretation”, en: Stanford Law Review, Vol. 34, N° 4, 1982, p. 748.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 762.

derecho constitucional. En este camino será de utilidad comprender el pensamiento de las posibilidades propuesto por Peter Häberle.

2.2.3. El pensamiento de las posibilidades de Häberle

El pensamiento de las posibilidades, como parte de la tríada (junto con el pensamiento de la realidad y de las necesidades), es una ideología que intenta procesar la dimensión del tiempo en la teoría constitucional, para, a través de ella, conocer los límites y posibilidades del “orden fundamental de libertad y democracia en consonancia con la dignidad humana”⁴⁵, que es la causa final de la Constitución. A partir de ello, sostiene que la interpretación constitucional debe estar abierta a las alternativas, no en el sentido excluyente de “esto o lo otro”, sino en el sentido inclusivo de “lo que *también* es posible”⁴⁶.

Es evidente que este pensamiento apunta al futuro en el sentido de abrir nuevas y mejores interpretaciones pero eso no quiere decir que deje de mirar la historia constitucional, ya que “en el “tesoro de la historia” hay material para la solución de problemas que ha sido frecuentemente olvidado y desplazado por la posibilidad hecha realidad”⁴⁷.

De esta forma, en el nivel institucional formal, el pensamiento de las posibilidades se proclama como una directriz del proceso interpretativo constitucional, por ejemplo en la deliberación parlamentaria en el momento de la creación de leyes, y también en los

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 48.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 49.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 51.

procesos jurisdiccionales, espacio en el que los votos singulares se presentan como manifestación de este pensamiento, así señala Häberle que:

“Las alternativas como posibilidades del pensamiento en el proceso jurídico se vuelven relevantes o de la interpretación, en la elección de métodos. Esto quedó comprobado, de diversas formas, en el debate sobre el pensamiento tópico como “fuerza productiva de la interpretación”. La tópica busca los posibles criterios de interpretación. El voto particular en los tribunales constitucionales es la manifestación, institucionalizada procesalmente, de la idea de que las normas jurídicas dejan abiertas diversas posibilidades y alternativas de interpretación, y de que la alternativa que hoy se escoge no puede excluir otras alternativas en el futuro”⁴⁸.

El objetivo del pensamiento de las posibilidades es constituirse en “un medio para mantener y recrear la libertad de la comunidad, para lograr el equilibrio justo y razonable de los intereses, la conservación de la Constitución en el tiempo, el desarrollo de la *res publica del ser humano y para el ser humano*”⁴⁹.

Aunque ello, evidentemente, deba ser acompañado por los pensamientos de la realidad y las necesidades. Éstas procuran que el pensamiento de las posibilidades no caiga en una utopía que mira al futuro y se olvida del presente, es innovador pero realista. Estas tres formas de pensamiento compiten pero también cooperan, se confrontan pero también se integran. Esto, aunque parezca contradictorio, parte del pensamiento tópico de Hesse sobre la interpretación constitucional⁵⁰. Asimismo, encuentra límites en las

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 53.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp.53-54.

⁵⁰ *Cfr.*, *Ibíd.*, 53-56.

normas jurídicas, porque a pesar de su potencial innovador requiere del *input* normativo, que son las normas jurídicas, ya que como señala nuestro autor:

“la selección que hace la norma consiste en que pretende precisamente excluir ciertas posibilidades “malas”; en que pueda imponerse incluso contra las “necesidades del bien común”, la “razón de Estado” y conceptos similares, por presuntamente urgentes que sean; en que se oponga una determinada realidad jurídica “mala””⁵¹.

Como vemos, el pensamiento de las posibilidades promueve un espacio para reinventar la Constitución y, por tanto, alienta la existencia de interpretaciones alternativas en la medida que puedan servir de estímulo para el cambio histórico de la sociedad, a través de éstas se refunda de manera constante el pacto social y se mantiene la unidad política del estado. Las interpretaciones de los jueces disidentes, expresadas en los votos singulares, no pueden sino servir a esta causa pues abren la posibilidad de un cambio en el futuro, de una evolución constitucional que aún no ha llegado pero que se anuncia anticipadamente.

En este sentido, Belleau y Johnson piensan que “si bien restringidas por las reglas de la argumentación jurídica, la opinión disidente abre el espacio de lo imaginario precisamente porque no cuenta con más que una autoridad persuasiva, en oposición a lo que sucede con la ley [o la opinión mayoritaria]”⁵². Continúan y rescatan la importancia de la imaginación en el derecho:

⁵¹ *Ibíd.*, p. 57.

⁵² BELLEAU, Marie-Claire y JOHNSON, Rebecca. “Judicial Dissent: early reflections on emotion, reason, and passion in law”, en: Marie-Claire Belleau y François Lacasse editors, Claire L’Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002. Québec: Wilson y Lafleur, 2004, p. 708.

“La imaginación no es poca cosa. En ella reposan las semillas de lo posible, ambas, lo que es deseable y cautivador, y lo que es desastroso y aterrador. Cada cultura mantiene su espacio imaginativo particular, abundando con alternativas lo conocido. A veces un *dissent*, articulando un nuevo camino, interviene en [el] *espacio noético* de una cultura. El término viene del griego “*nous*” (noesis), que incluye no sólo reflexiones de una mente racional, sino también apetitos y afecciones. Esto es, creencias, deseos, sentimientos, esperanzas, intenciones, pasiones. [...] El *espacio noético* es el espacio de la literatura, de las historias, de las representaciones... y, agregamos nosotros, del *judicial dissent*”⁵³.

De esta forma, la disyuntiva entre permitir o prohibir los votos singulares en el Tribunal Constitucional podría expresarse como la disyuntiva entre mayor cantidad o menor cantidad de interpretaciones de la Constitución, y si ello es así, resulta evidente que el pensamiento de las posibilidades se decanta a favor de la primera. Contrariamente a lo expuesto, podría sostenerse que los votos singulares no alentarían de forma necesaria una evolución del derecho, podrían incluso ser retardatarios o extremadamente conservadores, alentando una involución del derecho. A ello cabría responder que no importa de qué minoría se trate (liberal o conservadora), la visión que aporta sirve para la evolución del derecho constitucional porque el proceso de reinvención de la Constitución requiere de fuentes que indiquen hacia dónde queremos avanzar tanto como fuentes que señalen hasta dónde podemos avanzar hoy y ahora.

Una aproximación más detallada sobre esto y sobre otros aspectos del valor jurídico del voto singular se desarrollará en el punto siguiente, que tomará como contexto lo presentado hasta aquí acerca de la búsqueda de la verdad y la interpretación constitucional.

⁵³ *Ibíd.*, p. 716.

3. El valor jurídico del voto singular en el Tribunal Constitucional

Si bien el voto singular carece de eficacia jurídica dado que no vincula jurídicamente a las partes, sostenemos que sí ostenta un valor jurídico de considerable relevancia en el marco del Estado Constitucional, por ello, el objetivo de este apartado es desarrollar este valor a partir de tres aspectos: su relación con la democracia, su contribución a la evolución del derecho constitucional y su relación con la ética de los jueces.

La idea de pluralismo inherente al Estado Constitucional ha servido para acercarnos al valor de la participación de los diversos sectores de la sociedad en la incesante “búsqueda de la verdad” que caracteriza a nuestras sociedades. Es por ello, que en la primera parte de este apartado vamos a detenernos en la relación entre el voto singular emitido en un Tribunal Constitucional y la democracia plural que fomenta el debate público como espacio de búsqueda de la verdad.

En la segunda parte, incidiremos en la forma en que la interpretación constitucional expresada en un voto singular funciona en el nivel de su relación con el futuro pero también con el presente constituyéndose en una jurisprudencia constitucional alternativa. Para dicha tarea ha servido, sobre todo, el acercamiento a los rasgos particulares de la interpretación constitucional que, como veremos, son cruciales en el entendimiento de la potencialidad del voto singular.

Finalmente, en la tercera parte, nos concentraremos en la dimensión ética del voto singular como expresión de la fidelidad del juez a la Constitución (orden objetivo de valores y defensa de los derechos fundamentales).

3.1. Aspectos democráticos del voto singular

La relación entre el voto singular y la democracia tiene un carácter positivo en la medida de que el primero contribuye a la realización de la segunda. Vamos a sustentar esta relación a partir de lo señalado *supra* acerca de la búsqueda de la verdad. Como hemos dicho, el diálogo cumple una función socio-integradora, y en las decisiones jurisdiccionales esta función se expresa a través de discursos racionales que ostentan legitimidad y que están sustentados en normas jurídicas válidas. Una de las exigencias impuestas por esto viene dada por la necesidad de asegurar la deliberación en la práctica de toma de decisiones judiciales. La deliberación garantiza el diálogo y el desenvolvimiento de la razón comunicativa.

La democracia deliberativa “considera la *reflexión colectiva* como una vía privilegiada hacia la toma de decisiones imparciales”⁵⁴, así, el Tribunal Constitucional se presenta como un espacio ideal de la deliberación pública en la medida de que muchos conflictos entre valores constitucionales terminan en él. Dicha concepción permite comprender el rol que tiene que jugar la sola posibilidad de que los jueces en minoría puedan expresar sus opiniones a través de votos escritos, motivados y públicos. Sostenemos que el rol del voto singular en este contexto comprende la incorporación de una mayor cantidad de participantes en la deliberación pública y la construcción de mejores argumentos jurídicos para las posturas minoritarias.

Antes de ir específicamente a ello, trataremos de demostrar la favorabilidad de la concepción del Tribunal Constitucional como un espacio de deliberación pública, a tal efecto, resultará pertinente presentar brevemente la famosa objeción contra-mayoritaria planteada por Alexander Bickel y algunas teorías importantes que han tratado el tema, pues nos permitirán comprender mejor los beneficios que la concepción defendida conlleva en la jurisdicción constitucional.

⁵⁴ GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel S.A., primera edición, 1996, p. 121.

3.1.1. La objeción contra-mayoritaria de Bickel

La objeción contra-mayoritaria (*counter-majoritarian difficulty*) a la revisión judicial de las leyes (*judicial review*), es un tema que ha generado preocupación en el derecho norteamericano desde su mismo nacimiento en el famoso caso *Marbury vs. Madison* en 1803, pero ha adquirido una acentuada atención en la segunda mitad del siglo pasado a partir de la famosa observación de Alexander Bickel⁵⁵. El derecho constitucional europeo no ha sido ajeno a esta discusión especialmente a partir de la proliferación de los tribunales constitucionales en los países de dicho continente.

Con la denominación de objeción contra-mayoritaria Bickel se refiere a la constatación del hecho que el control judicial de las leyes por parte de los jueces cuestione el principio democrático al ser que un reducido grupo de jueces, carentes de legitimidad democrática directa, pudiera anular leyes aprobadas por el Parlamento, órgano máximo de representación popular. De esta forma, afirmaba Bickel que:

“[...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un miembro del ejecutivo elegido, frustra la voluntad de los representantes de las personas reales de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría predominante sino contra ella. Eso, sin tonos místicos, es lo que en realidad sucede. [...] y es la razón por la que la acusación de que la revisión judicial es antidemocrática puede hacerse”⁵⁶.

⁵⁵ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962.

⁵⁶ *Ibíd*, pp. 16-17.

La alusión a la frustración de los “representantes de las personas reales de aquí y ahora” tiene una carga emotiva que hace justicia a la complejidad de la dificultad. Bickel incide sobre esta afectación al principio mayoritario de la forma siguiente:

“[...] Las decisiones sometidas al proceso electoral no pueden ser continuamente deshechas. [...] No obstante, a pesar que la democracia no equivale a una reconsideración constante de las decisiones ya tomadas, sí significa que una mayoría representativa tiene el poder de promover un cambio. Este poder es la esencia, y no lo es menos porque normalmente permanezca en reserva”⁵⁷.

Según este planteamiento, la autodeterminación de la mayoría se ve desplazada pese a haber hecho explícita su voluntad a través del Parlamento, y cuestiona la posibilidad de que la ciudadanía replantee su rumbo colectivo a través de nuevas leyes. Y aún más, admitiendo que las decisiones mayoritarias deberían encontrar límites en la Constitución, el problema más profundo del que parece dar cuenta es acerca de qué órgano debe ostentar el control constitucional de las leyes.

Dado que el cuerpo judicial no es elegido directamente por los ciudadanos y carece de legitimidad democrática directa, no parece ser coherente que sea éste el órgano idóneo para cumplir dicha función. No podemos olvidar que los jueces son igualmente susceptibles de sufrir los vicios de los que sufre una “mayoría tirana” que toma decisiones violando la Constitución y restringiendo derechos de las minorías⁵⁸.

Existirían, también en línea con este planteamiento, otros perjuicios asociados a esta dificultad contra-mayoritaria tales como que la revisión judicial debilitaría el proceso

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 17.

⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. *Op. Cit.*, p. 260.

democrático al institucionalizar una forma de desconfianza en el poder legislativo, se crea la ficción de que los jueces constitucionales vendrían a “salvar” a los ciudadanos de las leyes injustas del Parlamento. Además, se alude a que dicho control no tendría efectividad dado que no se puede reemplazar la madurez de una sociedad democrática con una actividad judicial por buena que esta fuera, ya que una sociedad democrática no necesita “salvadores”, en caso de ser así evadiría su propia responsabilidad declinando el camino verdaderamente democrático⁵⁹.

3.1.2. Algunas teorías sobre la objeción contra-mayoritaria

Diversos autores ofrecen salidas distintas a la encrucijada presentada, haremos apenas un repaso de algunas de las más importantes a modo de introducción a la postura que queremos desarrollar.

En primer lugar, se ubica el mismo Bickel quien encuentra justificada la *judicial review* sobre la base de que existen dos tipos de acciones de gobierno: las mediatas y las inmediatas. Las acciones mediatas, en contraposición a las inmediatas, son las que están orientadas a salvaguardar los valores expresados a la Constitución los cuales, dada su naturaleza abierta, son realizables en el largo plazo y requieren ser configurados en su aplicación constantemente. A esta labor parece más propicia la intervención de los jueces quienes gozan de independencia y cuentan con una especialización idónea para la reflexión sobre el desarrollo de estos valores, no así los políticos de los otros poderes pues ellos se encuentran en una situación de apremio constante por la realización de acciones inmediatas que respondan a las demandas de la población⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. BICKEL, Alexander. Op. Cit., pp. 21-23.

⁶⁰ Cfr. Ibíd., pp. 23-28.

En segundo lugar, a diferencia de la visión sustantiva sostenida por Bickel, John Hart Ely propone una visión procedimentalista de la Constitución destinada exclusivamente a salvaguardar las condiciones democráticas que permitan la existencia de un adecuado debate público. Bajo esta perspectiva la labor de los tribunales constitucionales es igualmente trascendente pero limitada en su alcance a supuestos en que existen obstáculos que impiden la deliberación pública, de manera que, su intervención “antidemocrática” se justificaría sólo en los casos en que deban removerse dichos obstáculos⁶¹.

Finalmente, Bruce Ackerman niega el carácter antidemocrático del control constitucional de las leyes al sostener la tesis de los momentos constitucionales. En ella reconoce dos momentos: el momento de política constitucional y el momento de la política normal. El órgano judicial justificaría su intervención sobre el entendido de que actúa en los tiempos de política normal en resguardo de las reglas adoptadas en los momentos álgidos de política constitucional, por lo que su actuación no sólo no sería antidemocrática, sino por el contrario, reforzaría la democracia⁶².

3.1.3. Una concepción sustantiva de democracia

La postura que adoptamos en esta investigación respecto del control constitucional de las leyes es la también defendida por Heber Campos quien considera necesario que “resulte compatible con el reconocimiento y garantía de las libertades individuales que haga propicia la participación política y la deliberación en condiciones de

⁶¹ John Hart Ely defiende esta tesis en su reconocido libro “Democracia y desconfianza. Una teoría sobre el control constitucional”. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 1997. Específicamente el capítulo V “El despeje de los canales del campo político”.

⁶² ACKERMAN, Bruce. “Tres Concepciones de la democracia constitucional”, en: Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

igualdad”⁶³, en razón del carácter esencialista y democrático de nuestra Constitución⁶⁴. El autor desarrolla de la siguiente manera su propuesta:

“En ese sentido, el patrón de conducta constitucional que proponemos se caracteriza por reconocer la valía de los derechos fundamentales, y por incidir en su aplicación preferente de cara a los demás principios que regulan la actuación del estado. Como precisa Santi Romano, el derecho como ordenamiento alude a la idea de “institución”, entendida en su doble vertiente, como un plano superior a los principios que la conforman, y como un elemento integrador afín a la teoría de los derechos fundamentales. Esto es, como un elemento que no sólo consagra una determinada posición jurídica, sino que además dinamiza las relaciones intersubjetivas en el plano social”⁶⁵.

En el paradigma del Estado Constitucional la intervención de la jurisdicción constitucional controlando las leyes es democrática en tanto es realizada en defensa de los derechos fundamentales, esto implica superar la visión “formal” de democracia para abrazar una visión “sustantiva”. Esto quiere decir que los legisladores como representantes del pueblo no sólo están vinculados en el ejercicio de sus funciones a reglas formales de validez y vigencia en el ordenamiento jurídico, sino también a reglas sustantivas que determinan, dentro de un margen de decisión política, el contenido de esas leyes. En este sentido apunta el jurista italiano Luigi Ferrajoli que:

⁶³ CAMPOS BERNAL, Heber Joel. Críticas y aproximaciones al control de constitucionalidad de las leyes en el Perú o el tribunal como espacio de deliberación pública. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho. Pando: 2007, pp. 156-157.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 157.

⁶⁵ *Ibíd.*, pp. 159-160.

“Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”⁶⁶.

Efectivamente, creemos que la salvaguarda de los derechos fundamentales debe ser el eje central de la labor del Tribunal Constitucional pues de ella depende la realización de la dignidad del ser humano, objetivo principal de nuestra Constitución. Ello no debe obstar, es pertinente recordarlo, a que dicha labor sea ejercida en un marco de absoluto respeto por las normas constitucionales que regulan la organización institucional del estado y que son de origen republicano tal como el principio de separación de poderes. Asimismo, se imponen a los jueces la alta responsabilidad de ejercer sus labores bajo el principio de la prudencia, que recomienda la auto-limitación (*self-restraint*) en el ejercicio de la función jurisdiccional.

3.1.4. El voto singular en el Tribunal Constitucional como espacio de deliberación pública

Si bien convenimos en que la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional está fundamentada en la defensa de los derechos fundamentales, debemos decir que de ello no puede desprenderse el rechazo a todos aquellos mecanismos que puedan ayudar a democratizar el Tribunal Constitucional, bajo la creencia errónea de que su legitimidad está consolidada y es inamovible. Por el contrario, esa legitimidad debe ser

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 24.

refundada constantemente, y en ese sentido, los postulados de la democracia deliberativa son de gran utilidad.

En el mismo sentido, el jurista norteamericano Kevin Stack sostiene que “la consistencia de la Corte con los valores democráticos, y por tanto, con su legitimidad política, depende en parte en que la Corte tome sus decisiones a través de un proceso deliberativo”⁶⁷, y en este objetivo, constituyen una garantía las *dissenting opinions*. Ello no quiere decir, como aclara el autor, que la *dissenting opinion* de modo individual sea el factor de legitimación para la sentencia de la Corte (pues conduciría al absurdo de negar legitimidad a las sentencias decididas con unanimidad), más bien, sostiene que la legitimidad reside de modo general en la siempre abierta posibilidad de emitir un *dissent*, en “la arraigada tradición de los jueces de publicar sus diferencias junto con la decisión u opiniones de sus pares”⁶⁸.

La democracia deliberativa propone un sistema político en el que las decisiones son adoptadas por todas aquellas personas que se verán afectadas por sus efectos. Como señalamos, siguiendo a Habermas, la deliberación aplicada a la práctica de las decisiones judiciales exige que el resultado esté sustentado en normas jurídicas y que esté motivado cumpliendo los parámetros de la razonabilidad.

Heber Campos coincide con ello cuando señala que “llevada al plano del derecho, esta perspectiva supone un método de análisis crítico sobre la calidad y validez de los fallos judiciales; a la par que un medio para promover la discusión y el debate de los asuntos públicos”⁶⁹. El citado autor pone énfasis en la parte final acerca de la función de promoción de la discusión y el debate en los asuntos públicos, y es a partir de ello, que

⁶⁷ STACK, Kevin. “The practice of dissent in the Supreme Court”, en: Yale Law Journal, vol. 105, N° 8, 1996, p. 2246.

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 2246-2247.

⁶⁹ CAMPOS BERNAL, Heber Joel. Op. Cit., p. 163.

planteamos, como adelanta el subtítulo de este apartado, la perspectiva acerca del Tribunal Constitucional como un espacio de deliberación pública.

Santiago Nino reconoce varios inconvenientes a la hora de llevar a cabo los presupuestos de la democracia deliberativa, algunos de los cuales consideramos pertinente evaluarlos en relación a la actividad de los tribunales constitucionales⁷⁰.

Por una parte, la poca confianza en las instituciones democráticas suele ser un denominador común en los países de Latinoamérica, entre estos destaca Perú con una de las tasas de desconfianza más altas de la región, según el Instituto de Opinión Pública Latinoamericana “Latinobarómetro”⁷¹. Según Nino, una mayor participación de la ciudadanía en el juego democrático debería poder hacer frente a la crisis y ello no debería significar “sobrecargar el sistema con demandas insaciables sino que debería poder dar a la gente un sentido de responsabilidad al hacer explícitas sus preocupaciones”⁷². En este sentido el autor concluye que:

“La participación atenúa el abismo que existe entre el gobierno y la sociedad, que se siente incluso en democracias que funcionan relativamente bien y que hace el gobierno parecer ajeno y distante”⁷³.

⁷⁰ Esto es desarrollado principalmente en el capítulo 6 del libro de NINO, Santiago. Op. Cit.

⁷¹ Perú está ubicado en el tercer lugar de los países con mayor insatisfacción respecto a sus instituciones democráticas, sólo superado por Venezuela y Bolivia. El 33% de los peruanos está insatisfecho con la democracia cuando el promedio de insatisfacción latinoamericano alcanza apenas el 17%. Asimismo, pueden revisarse los datos acerca de la confianza en los partidos políticos y en las instituciones públicas que permiten deducir conclusiones similares. Informe Latinobarómetro 2010, página web: www.latinobarometro.org, visita realizada el 19 de marzo de 2011 a las 12:16pm.

⁷² NINO, Santiago. Op. Cit., pp. 214-215.

⁷³ *Ibíd.*, p. 215.

Por otra parte, otro de los inconvenientes señalados tiene que ver con la calidad del debate público la cual es bastante pobre. Nino señala que:

“La discusión acerca de los principios de los sistemas políticos, de las visiones generales de la sociedad y de soluciones para poder lidiar con problemas sociales es a menudo reemplazada por imágenes pictóricas de los candidatos, posiciones extremadamente vagas y llamados a las fibras más emotivas”⁷⁴.

Estos inconvenientes sugieren interrogantes en relación al tema de investigación que nos ocupa. En primer lugar, ¿puede el Tribunal Constitucional colaborar, a través de su actividad jurisdiccional, con un aumento de la participación ciudadana en la deliberación pública? Y en segundo lugar, ¿puede elevar la calidad del debate público? Si la respuesta es afirmativa, como nosotros creemos, ¿de qué modo cumple estas funciones?

Las funciones de deliberación del Tribunal Constitucional son cumplidas a través de mecanismos institucionales que favorecen la confrontación de ideas en el marco de un alto nivel de especialidad jurídica que repercute en una mayor participación de la ciudadanía en el debate público así como que elevan la calidad de la discusión.

Estos mecanismos institucionales, como los venimos denominando, son normalmente muy difundidos, todos cumplen a su modo y en una particular intensidad una función democratizadora de la función jurisdiccional constitucional que alivia el peligro planteado por la objeción contra-mayoritaria, aunque exagerado sería decir que lo resuelven por completo. Entre ellos encontramos: la motivación jurídica de las sentencias, la audiencia pública de los procesos de inconstitucionalidad, la legitimidad activa de los

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 222.

ciudadanos para interponer una acción de inconstitucionalidad⁷⁵, la intervención de los *amici curiae*, etc.

No vamos a explicar detalladamente cómo cada una de ellas contribuye al proceso deliberativo, no porque ello amerite necesariamente una extensión muy amplia, sino porque el orden de la investigación exige concentrarnos en un mecanismo cuya mención, por obvias razones, hemos dejado para el final: el voto singular.

Sostenemos que el voto singular constituye un mecanismo ampliamente difundido en el mundo, que contribuye sustancialmente a la deliberación pública en los tribunales constitucionales: por un lado, porque incorpora al debate público una mayor cantidad de participantes, y por otro lado, porque defiende con argumentos jurídicos posturas minoritarias en temas de gran controversia política, dejando un saludable espacio de expectativa.

a) Pluralismo y participación a través del voto singular

Cuando un voto singular es publicado junto a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, la opinión minoritaria de uno o varios jueces ve la luz pública. Debido a que dicha institución conoce controversias de especial relevancia pública, es posible afirmar que la postura ahí defendida no sólo los representa a ellos, sino también, a otras personas o grupos cuya postura no ha sido compartida por la opinión mayoritaria. En nuestra opinión, esta sola ocurrencia abre un gran abanico de posibilidades en el contexto del pluralismo constitucional.

⁷⁵ Según el artículo 203 de la Constitución Política del Perú, “cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones” están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, o, en caso de ser “una ordenanza municipal, está facultado para interponer dicha acción el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado”.

Un voto singular no está dirigido a los colegas jueces (a quienes no ha podido convencer) tanto como a la opinión pública en general, al respecto Sabino Cassese señala que:

“Si se considera el funcionamiento interno de la Corte, el disentimiento se manifiesta no para convencer a la mayoría, pues ésta no ha sido convencida. El juez disidente no escribe para dialogar con la mayoría, sino sobre todo, para hablar con los otros poderes (por ejemplo, el legislativo), o directamente con la opinión pública”⁷⁶.

Por ello, en Alemania Heyde “ha considerado que los *Sondervoten* se corresponden con una exigencia de nuestro tiempo hacia un aumento de los puntos de vista democráticos (“*demokratischer Gesichtspunkte*”). Y ello, innecesario es decirlo, por cuanto el *dissent* provee cauces legítimos de expresión del desacuerdo”⁷⁷.

Justificadamente podría alegarse que el voto singular apenas puede representar la visión de una minoría insignificante (la cual incluso, hipotéticamente, puede llegar a ser constituida sólo por un juez disidente), aunque, del mismo modo, tendrá que aceptarse que al menos un ciudadano más (ese juez) será añadido como un participante adicional en el debate público. Y sirva ello para aclarar que no creemos que el voto singular tenga una capacidad tal como para incorporar a la discusión a todos los participantes que el modelo ideal de democracia deliberativa desearía (o sea, todos los afectados por la cuestión constitucional), dicha afirmación sería, por decir lo menos, desproporcionada. Pero, sin llegar a esos extremos, nos mostramos optimistas en cuanto a la potencialidad del voto singular para incorporar a grupos minoritarios que puedan verse representados en las

⁷⁶ CASSESE, Sabino. Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente, 2009, p. 9. El documento puede ubicarse en la página web: www.cortecostituzionale.it, visitada el 30 de mayo de 2011 a las 7:09pm, p. 15.

⁷⁷ HEYDE, Wolfgang. Citado por: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del *Sondervotum* en Alemania”, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 9, Julio-Diciembre, 2009, p. 111.

decisiones del Tribunal Constitucional. Del mismo modo piensa Michael Kirby quien considera que:

“Las razones de los *dissents* pueden no predominar en dicho diálogo [deliberación pública] en la forma en que las opiniones mayoritarias lo hacen. Sin embargo, las razones del *dissent*, haciendo un llamado más allá de las órdenes vinculantes de una Corte, pueden incidir directamente en la opinión y consideración razonable de miembros interesados de la comunidad afectada. Puede promover la discusión pública en una forma más vigorosa de la que ocurriría si el *dissent* no fuera permitido”⁷⁸.

La referencia a los “miembros interesados de la comunidad afectada” es de gran importancia de cara al pluralismo constitucional. Resulta relevante anotar cómo en países políticamente heterogéneos como el Perú el voto singular puede actuar reforzando este principio del pluralismo en el debate público pues “se presenta como una forma especial de la pluralista protección de minorías, operando además como un importante elemento de autocrítica”⁷⁹. Cascajo Castro es de opinión similar, pensando en las condiciones políticas de España, similares a Perú, cuando indica que “no es igual el efecto que produce el ejercicio de la independencia valorativa en sociedades ideológicamente homogéneas y con determinada cultura política, que en sociedades con acusadas fracturas ideológicas y políticas”⁸⁰.

⁷⁸ KIRBY, Michael. “Judicial dissent – Common law and Civil law traditions”, en: 123 Law Quarterly Review 329, 2007, p. 30. Este artículo puede encontrarse en versión completa en la página web: http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/kirbyj/kirbyj_06.pdf, visitada el 13 de mayo de 2011, a las 9:31am.

⁷⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del *Sondervotum*...”, Op. Cit., p. 117.

⁸⁰ CASCAJO CASTRO, José Luis. “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, Nº 17, 1986, p. 1800.

El jurista alemán Peter Häberle es uno de los autores que rescata también con gran énfasis la esencia pluralista del voto singular, en los siguientes términos:

“[...] los votos particulares, en una Constitución del pluralismo, forman parte del *élan vital* (*impulso vital*) de la Constitución, son expresión de la publicidad y del carácter abierto de la Constitución, de la apertura de sus intérpretes y del pluralismo constitucional. A la par posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de “pensar posibilidades”⁸¹.

En otro espacio, el mismo autor completa esta idea de la manera siguiente:

“[Los votos particulares] operan pacíficamente, porque, si se da el caso, la parte vencida se sabe, en el voto particular, “anulada” en el sentido de Hegel; y abren una específica “ventana del tiempo”, por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría [...] Por ello, son también una parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente, son, a mi juicio, el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional en el actual estadio de desarrollo”⁸².

Finalmente, somos de la opinión de que esta incorporación de nuevos grupos debe poder pasar del texto al mundo real, y, en ese sentido, Lani Guinier ha acuñado el concepto de *demosprudence*, producto de la combinación entre los conceptos de “democracia” y “jurisprudencia”, para referirse a todo desarrollo constitucional que se genera más allá del ámbito formal e institucional, el mismo que es impulsado desde la propia sociedad y en el que las *dissenting opinions* pueden cumplir un papel estelar

⁸¹ HÄBERLE, Peter. “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, en: Revista de Derecho de la Universidad de Granada, 3era época, nº 2, 1999, pp. 14-15.

⁸² HÄBERLE, Peter. “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 5, 2001, p. 180.

cuando logran despertar el interés en sus causas, si ello llegara a suceder, se trataría de un *demosprudential dissent*⁸³. Por ello, anota que “[...] la [*demosprudential dissent*] se dirige a actores no judiciales, sea legisladores, líderes locales, o a ciudadanos comunes, y los alienta a cuestionar las conclusiones de la opinión mayoritaria”⁸⁴. Si, como dice el citado autor, estos *dissents* logran persuadir a grandes auditorios, pueden cumplir una función educativa, guiándolos hacia una ciudadanía más informada y comprometida, y en ello residiría uno de sus aspectos democráticos más importantes⁸⁵.

b) Argumentos jurídicos para posturas minoritarias

La mayor participación ciudadana en la deliberación a través del voto singular no tendría la importancia que creemos que tiene si, al mismo tiempo, no se produjera en el seno de un órgano jurisdiccional que conoce casos de gran trascendencia política, como es el caso del Tribunal Constitucional. Ello garantiza, desde nuestra perspectiva, una cierta calidad debido a que este diálogo viene a producirse entre interlocutores cualificados en materia jurídico-política (magistrados constitucionales), asegurando la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de razonabilidad de las decisiones judiciales.

Por ello, Flanders señala, en coincidencia con nuestro planteamiento, que “a causa de que el razonamiento de la mayoría y los *dissents* serán comparados inevitablemente y se emitirán juicios acerca de cuál es el mejor razonamiento o la mejor decisión al

⁸³ Lo señalado ha sido desarrollado ampliamente en un estupendo estudio que a continuación citamos: GUINIER, Lani. “Demosprudence through dissent”, en: Harvard Law Review, Vol. 122, Nº 1, noviembre 2008.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 49.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 131.

problema planteado, la existencia del *dissent* significa también que el interés intelectual, como la preocupación mediática, se incrementan [...]”⁸⁶.

En la posibilidad de construir argumentos jurídicos para posiciones minoritarias el Tribunal encuentra una forma de evitar la exclusión de las minorías y logra convertir en expectativa (de convertirse en mayoría en el futuro) aquello que, de otra forma, sería una derrota total. Así que mientras las decisiones unánimes en casos controvertidos generan indefensión legal e impiden a personas y grupos “continuar la batalla”, los *dissents* permiten a jueces, abogados, políticos y ciudadanos en general, medir el peso de los argumentos jurídicos mayoritarios y “planear el contraataque”⁸⁷.

Esto se produce por el efecto del voto singular en la mejor aplicación judicial del derecho, pues, como señala John Stuart Mill, “si el [*dissent*] es correcto, nos otorga la oportunidad de intercambiar el error por la “verdad”; y si es incorrecto, es también beneficioso, ya que genera una más clara percepción y una viva impresión de “verdad” producida por su colisión con el error”⁸⁸.

Asumiendo como verdaderos los dos últimos puntos, es posible concluir afirmando la gran contribución que pueden realizar los jueces a través del voto singular a efectos de la moderación de los cuestionamientos a la legitimidad democrática del Tribunal. En tal sentido, sostiene Andrew Lynch que:

“Ciertamente, hay amplia evidencia de deliberación en estos colegiados, pero ¿provee esto suficiente legitimidad democrática al estar ausente un elemento de representación? [...] Si aceptamos [...] el nexo participativo

⁸⁶ FLANDERS, Robert. Citado por: LYNCH, Andrew. “Dissent: The rewards and risks of judicial disagreement in the High Court of Australia”, en: Melbourne University Law Review, 2003, n° 27, p. 740.

⁸⁷ HENDERSON, Todd. Op. Cit., p. 41.

⁸⁸ MILL, John Stuart. Citado por: GERKEN, Heather. Op. Cit., pp. 115-116.

entre las cortes y el público como un reconocimiento del valor institucional deliberativo de las opiniones disidentes [...] puede con seguridad realzar la reivindicación acerca de la legitimidad democrática del cuerpo judicial. Es suficiente para este propósito reconocer la contribución que la capacidad de disentir puede hacer hacia dicho fin, contrariamente a las objeciones adicionales a los que estaría expuesta la *judicial review* si fuera ejercido por una corte gobernada por una unanimidad compulsiva”⁸⁹.

Si lo postulado hasta aquí sobre la contribución del voto singular es verdad, entonces la propuesta de democracia deliberativa se ve satisfecha, pues como señalaba Roberto Gargarella:

“[...] lo que se requiere es mejorar el proceso de toma de decisiones, sin necesidad de echar por la borda el saludable principio de “tomar efectivamente en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados”.

El sostenimiento de este tipo de principios puede exigirnos, por ejemplo, que establezcamos instituciones que alienten una mejor reflexión colectiva, y/o mecanismos destinados a “dar voz” a aquellas opiniones relevantes que por alguna razón (falta de recursos económicos, incapacidad organizativa, etc.) no pueden ser escuchadas por los demás”⁹⁰.

Sin embargo, como recordarlo no es repetitivo más que prudente, el voto singular es sólo una herramienta cuyas condiciones permiten la generación de un diálogo beneficioso, pero, como toda herramienta, requiere que sea usada adecuadamente por alguien, que en este caso es el juez constitucional.

⁸⁹ LYNCH, Andrew. “Dissent: The rewards and...”, Op. Cit., p. 736.

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. Op. Cit., p. 123.

3.2. El voto singular en la dinámica jurisprudencial constitucional

El carácter abierto de la norma constitucional y la constatación del espacio de discrecionalidad de los jueces en su interpretación, impulsados por la ideología del pensamiento de las posibilidades, hacen posible hablar de una activa dinámica jurisprudencial constitucional. Con ello hacemos referencia a la idea de una jurisprudencia que está al frente del cambio histórico de la sociedad, que permite reafirmar la unidad política de un estado constantemente, un estado en el que los grupos minoritarios son incluidos gradualmente en una tarea que trasciende los límites del derecho pero que requiere de los jueces, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional, un fino trabajo de estímulo y cierre de dicha cohesión política.

En el presente apartado, trataremos acerca de cómo el voto singular contribuye decididamente, aunque no necesariamente de modo determinante, en dicha labor constituyéndose en auténtica jurisprudencia constitucional alternativa, útil para el presente y para el futuro. Para ello, antes será necesario acercarnos brevemente a las teorías de interpretación judicial para identificar cómo el voto singular se origina en cada una de ellas, y para elegir cuál es la más adecuada en el marco de un Estado Constitucional.

3.2.1. El voto singular en las ideologías de aplicación judicial del derecho

“La ideología en la aplicación judicial del derecho esclarece y justifica en última instancia cómo la Corte debe aplicar la ley. Define su dirección general y la postura de la Corte frente al derecho vinculante. La ideología del derecho consiste en los valores a los que apela la Corte para sus

decisiones, por ejemplo: legalidad, certeza, objetividad, justicia, igualdad, valores praxiológicos”⁹¹.

Así, la aplicación judicial del derecho, ha sido entendida de diversas formas en el transcurso del tiempo dependiendo de qué concepción o ideología se adoptaban para su comprensión. Aunque ello no signifique necesariamente que a cada concepción sobre la interpretación judicial le corresponda una etapa histórica específica, ya que es posible afirmar que las diversas concepciones han coexistido en varios periodos y lugares, incluso en la actualidad.

Son tres las principales concepciones o ideologías sobre la interpretación judicial: la objetivista o de decisión determinada, la subjetivista o de libre decisión, y la intermedia o de decisión legal y racional⁹². Cada concepción de la interpretación judicial se corresponde con una concepción específica acerca del rol que desempeñan los jueces, de la misma forma, el voto singular tiene significados claramente diferentes, incluso contradictorios, bajo cada una de las concepciones, por ello es importante desarrollar cada una de éstas y tomar postura sobre cuál creemos que es la más indicada en el marco de un Estado constitucional.

a) Concepción objetivista o de decisión determinada

En primer lugar, ubicamos la concepción objetivista de la interpretación judicial, llamada también cognoscitivista u optimista. Enfocándose sobre todo en la decisión resultante también se le denomina concepción de la “decisión determinada” o de la “unidad de solución correcta”. Esta ideología es producto del pensamiento liberal y del

⁹¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 266.

⁹² Esta clasificación pertenece a: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Ibíd.* Específicamente: Parte Tres “Problemas de ideología en la aplicación judicial del derecho”.

positivismo legal, su justificación se encuentra en las bases políticas del Estado liberal burgués⁹³.

Según esta concepción, las normas tienen un significado objetivo y la tarea de los jueces consiste en averiguar su significado a través de la interpretación, y dado que el derecho se entiende como un ordenamiento pleno y coherente las antinomias y lagunas se resuelven con los criterios jurídicos de jerarquía, temporalidad y especialidad. Si la actividad interpretativa (aun cuando enfrente lagunas y antinomias) conduce al significado objetivo de las normas, es posible afirmar que el derecho admite solamente una solución a cada uno de los problemas jurídicos que puede surgir.

Esta teoría se inserta en el pensamiento iuspositivista del siglo XIX, en el que el juez es un autómata, que desempeña una actividad objetiva, neutral, avalorativa, aplicativa y que casi no requiere esfuerzos argumentativos⁹⁴, en definitiva, se resume en la famosa frase de Montesquieu: “el juez como boca que pronuncia las palabras de la ley”.

No es difícil suponer que bajo esta concepción el voto singular no tiene cabida alguna, pues al sostener una o varias interpretaciones de las normas jurídicas, cuestiona de modo frontal la tesis de la interpretación única poniendo en entredicho el valor predominante de la certeza del derecho, e incluso el mismo principio de separación de poderes. Como señala Iguartúa bajo este esquema “no cabe sino considerarlos como engendros patológicos o monstruos jurídicos”⁹⁵.

Por ello, junto con Aarnio, podemos concluir que:

⁹³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. Cit., p. 273.

⁹⁴ GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alonso. Op. Cit., p. 101.

⁹⁵ IGUARTÚA SALAVERRÍA, Juan. Estudio introductorio del libro de Francisco Ezquiaga Ganuzas. El voto particular, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 22.

“Esta asunción de “una respuesta correcta” no nos es útil para nada. No llena nuestras necesidades sociales y no da las herramientas al abogado para alcanzar “el mejor resultado posible”: la máxima aceptabilidad. Lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa respuesta correcta sino las justificaciones más razonables posibles a nuestras decisiones y una aceptación genuina y justa del principio regulativo en todo el razonamiento legal”⁹⁶.

b) Concepción subjetivista o de libre decisión

En segundo lugar, se ubica la concepción subjetivista de la interpretación judicial, denominada también “de la libre decisión”. Es una corriente que surge como respuesta al extremo formalismo planteado por el iuspositivismo decimonónico, surge a finales de ese siglo y a comienzo del XX, y supuso “un reconocimiento del carácter valorativo y no mecánico o deductivo de la actividad judicial, una “epidemia de sinceridad” donde los juristas confiesan lo que pasa realmente en las trastiendas de las Salas de Justicia”⁹⁷.

Es entendible este rechazo a la concepción positivista de la ley a la luz de los cambios cada vez más constantes en la sociedad, especialmente en algunos países donde la Revolución Industrial había llegado más a fondo. Corrientes de pensamiento jurídico como la Jurisprudencia de Intereses y la Escuela Libre del Derecho fueron las abanderadas en Europa de esta ideología de rechazo al formalismo jurídico, mientras que en Estados

⁹⁶ AARNIO, Aulis. “Sobre el concepto de la única respuesta correcta”, en: Interpretación y Razonamiento Jurídico. Volumen II. Lima: Ara Editores, 2010, p. 106.

⁹⁷ GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alonso. Op. Cit., p. 106.

Unidos, ésta se expresó en la Escuela del Realismo norteamericano⁹⁸. Respecto a esta corriente Marina Gascón señala que:

“Las enseñanzas de las corrientes antiformalistas, tanto las europeas como las norteamericanas, podrían acomodarse a la idea de que interpretar *no es averiguar o conocer sino decidir* qué significado conviene a un texto normativo, y que esa decisión está ligada al contexto cultural y social y/o se resiente de las convicciones de los intérpretes”⁹⁹.

En la doctrina nacional Pedro Grández ha señalado sobre esta concepción aplicada a la jurisdicción constitucional:

“Llevado al ámbito constitucional, esto supone asumir que la Constitución nada o poco le dice al Tribunal a la hora de interpretar sus cláusulas. El Tribunal es siempre libre al momento de interpretar la Constitución, la misma que, al final de cuentas, es “lo que los jueces dicen que es”, en la famosa expresión del *chief justice* Hughes. Es verdad que esta no puede ser entendida en clave normativa o prescriptiva, sino más bien como descriptiva de lo que suele suceder en la práctica, aunque es verdad también que éste es el argumento que mejor define y fundamenta el *realismo constitucional*”¹⁰⁰.

Como puede verse, la existencia de interpretaciones minoritarias y discrepantes de la posición mayoritaria en un tribunal judicial no ofrece ninguna resistencia bajo esta concepción. Dado que existen tantas soluciones a los conflictos jurídicos como intereses,

⁹⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 107-108.

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 108-109.

¹⁰⁰ GRÁNDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra editores, 2010, pp. 118-119.

valores y emociones subyacen en los jueces, no sólo es posible sino altamente probable que discrepen sobre cuál es la interpretación aplicable al caso. En tal escenario, la abundancia del voto singular sería una característica común en las decisiones judiciales, y tal también, sería la realidad en caso de que esta corriente forme parte en la cotidianidad de la práctica judicial, aunque sabemos que ésta fue una corriente expresada, sobre todo, por juristas y estudiosos del derecho en general.

Creemos posible, en este contexto, la ocurrencia de otro fenómeno en el ámbito judicial en relación al voto singular. Dado que el derecho libre no circunscrito a normas jurídicas sería el dominante, los jueces no se verían en la obligación de motivar sus decisiones sobre la base de éstas, de manera que todo tipo de razones podrían ser expresadas en las sentencias judiciales como en los votos singulares. Como es de esperar, esto conllevaría la politización absoluta del ámbito judicial, contexto en el cual, los votos singulares serían nada más que el vehículo para que los jueces expresen sus disidencias políticas, sociológicas, psicológicas, morales, etc. con el resto de los integrantes del colegiado.

Es esta misma concepción realista del razonamiento de los jueces, la que subyace a la preocupación, en muchos casos legítima, de los críticos del voto singular cuando señalan que el voto singular sólo viene a prolongar la discusión parlamentaria y politiza la función judicial, desvirtuando su naturaleza jurisdiccional. Y aunque hasta el momento parece no haber salida alguna, existe una tercera concepción que permite entender los límites en los que debe moverse el voto singular para cumplir una adecuada función en el Estado Constitucional sin caer en los peligros anotados.

c) Concepción intermedia o de decisión legal y racional

En último lugar, se ubica la concepción intermedia, también denominada de la “decisión legal y racional” o de la “textura abierta del derecho”. Se ubica como un punto

medio entre las dos concepciones anteriores, es decir, critica al formalismo extremo y la concepción del juez autómatas sin llegar a sugerir el antiformalismo total pues, al mismo tiempo, reconoce la importancia del valor de la seguridad jurídica. De esta forma, se postula la exigencia de una actuación racional o no arbitraria, y dos serían los rasgos que caracterizan a esta concepción: “por un lado, el carácter más o menos discrecional de la interpretación [...]; por otro, la exigencia del ejercicio limitado y no arbitrario de ese poder discrecional”¹⁰¹. Wróblewski señala por ello que esta ideología evita la “falacia irracionalista” tanto como la “falacia ultra-racionalista”¹⁰².

Se pasa a entender la interpretación como un ejercicio de “atribución de un significado a un texto normativo en el ámbito de sus posibilidades interpretativas”¹⁰³. En particular, indica que las sentencias judiciales no son conclusiones automáticas de las leyes y que el juez suele encontrar un abanico de opciones de solución: cuanto más opciones permitan los hechos y las leyes tanto más protagonismo tendrá el juez¹⁰⁴.

Esta teoría combina “legalidad” y “razonabilidad”: cuando la ley es precisa, se impone su observancia estricta, y cuando no, el juez debe moverse dentro de las posibles opciones que le ofrece la ley en vigor y, finalmente, debe justificar dicha decisión a través de una motivación, y es en dicha justificación que radica la razonabilidad de la teoría. Sin embargo, dentro de los suscriptores de esta teoría hay quienes sostienen que el conjunto de normas y valores legales dotan de suficientes recursos para que el conflicto sea resuelto de una sola manera; y por otro lado, quienes sostienen que hay situaciones en

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 110.

¹⁰² WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Op. Cit.*, p. 306.

¹⁰³ GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alonso. *Op. Cit.*, pp. 110-111.

¹⁰⁴ IGUARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *Op. Cit.*, p. 23.

que son posibles y plausibles varias soluciones, todas ajustadas a derecho debido a la indeterminación objetiva del derecho¹⁰⁵.

Es oportuno destacar que si bien esta teoría reconoce el carácter “incierto” del derecho, ello no implica necesariamente la necesidad de admitir el voto singular en el ordenamiento pues bien podría alegarse, como un fundamento contrario a su inserción, que es mejor que la Corte se exprese con una sola voz pues es preferible evitar “incertidumbre sobre incertidumbre”¹⁰⁶.

- **El voto singular en la vertiente de la única solución legal y racional**

Si asumimos que el conjunto de normas y valores legales dotan de recursos suficientes para hallar una única solución a los posibles conflictos jurídicos generados, es posible que nos encontremos tentados a suponer que el voto singular tampoco es admitido en este esquema o que es una “patología jurídica” (al modo de la concepción objetivista). Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre la tesis formalista de la “decisión determinada” y la de la “única solución legal y racional” que es la concepción del juez: en el primer caso, un autómata, y, en el segundo caso, un creador de derecho.

En este último caso se admite la complejidad de la interpretación jurídica y se introducen válidamente en ella valores que escapan al sistema propiamente dicho, es decir, se reconoce una vinculación del derecho con la moral, a pesar de que no exista consenso sobre cuáles serían los términos de ésta. En tal contexto, la sentencia judicial no expresa necesariamente dicha “única decisión legal y racional”, como sí sucede en el modelo positivista decimonónico. Por ello, no es posible calificar como una anomalía al voto singular bajo esta concepción. Ambos, sentencia judicial y voto singular, pueden

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 24-25.

¹⁰⁶ CASSESE, Sabino. *Op. Cit.*, p. 16.

contener la decisión correcta, o por lo menos contener parte de ésta, en todo caso, lo importante está en reconocer que su valor puede ser hallado a través de un análisis sustantivo y no formalista (por ejemplo, la calidad argumentativa del fallo antes que la cantidad de votos que respaldan una posición).

Entre los defensores de esta teoría podemos ubicar a Jürgen Habermas, cuyo planteamiento ha sido desarrollado en el primer punto del presente capítulo. Como recordamos, para este autor la sentencia es un incidente en el largo camino de la verdad, requerido por la necesidad institucional de dar soluciones prácticas a los conflictos en una sociedad.

En definitiva, es posible atribuirle un valor positivo al voto singular según esta concepción, en la medida de que su argumentación pueda ser de una calidad tal que contenga la respuesta correcta o parte de ella. No conlleva el peligro de una politización exacerbada del ambiente jurisdiccional pues tiene la obligación de estar sustentada en normas jurídicas. Sin embargo, sí encontramos como una limitación (al menos teórica) el que tengamos que desplazarnos en el campo de la corrección (“todo lo que no es correcto es incorrecto”), y creemos que esto podría no hacer justicia a la potencialidad del voto singular en el Estado constitucional.

- **El voto singular en el pluralismo contingente**

Por otra parte, Juan Iguartúa se adhiere a la postura del pluralismo contingente, ideología que admite que algunas veces sí y otras no, las controversias admitan varias soluciones conformes a derecho. Explica que la decisión judicial se descompone a su vez en cinco decisiones (validez de la norma, significado de la norma, evidencia de los hechos, subsunción y consecuencias jurídicas) y que todas ellas en sus diversas facetas ofrecen al juzgador diversas oportunidades que desencadenan en diferentes soluciones según éste

elija. Ello sucede con mayor frecuencia cuando se trata de conflicto de principios o valores jurídicos en un caso concreto¹⁰⁷.

El voto singular es igualmente bienvenido en este contexto y ofrece las mismas seguridades (legalidad y razonabilidad). Sin embargo, no encontramos la limitación en relación a la obligación de movernos en el campo de la corrección, en este caso, dado que nos encontramos con una multiplicidad de soluciones posibles, el criterio es más bien la gradualidad. Esto quiere decir que habrá algunas soluciones que realicen y/o conserven mejor que otras los valores jurídicos en disputa. Esto permite que, al menos teóricamente, el voto singular sea apreciado como una contribución, por pequeña que sea, a la protección de ciertos valores jurídicos que la mayoría no ha tomado en cuenta.

La concepción de interpretación judicial que adoptamos coincide con la planteada por Iguartúa por estas razones. El primer paso para conocer las posibilidades interpretativas del voto singular ha sido entender que la interpretación jurídica está ligada a esta textura abierta del derecho. A partir de ahí, hemos admitido la existencia de interpretaciones divergentes y podemos valorarlas, comprendiendo que:

“Interpretar un texto normativo significa escoger una interpretación entre varias posibles, de modo que la elegida se presente como la adecuada. La norma no es objeto de demostración sino de justificación. Por eso, la alternativa verdadero/falso no se plantea en derecho; en derecho sólo existe lo *aceptable* (justificable). El sentido de lo justo admite siempre varias soluciones”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ IGUARTÚA SALAVERRÍA, Juan. Op. Cit., pp. 29- 52.

¹⁰⁸ GRAU, Eros. Interpretación y aplicación judicial del derecho. España: Dykinson, 2008, p. 25.

El segundo paso va a consistir en comprender de qué forma el pluralismo contingente de la aplicación judicial del derecho despliega de modo óptimo la potencialidad del voto singular.

3.2.2. Jurisprudencia constitucional alternativa y del futuro

“El jurista no es un conservador de viejas fórmulas fuera de uso, una suerte de conservador de un museo de antiguallas, sino un vivo y vigilante intérprete de los tiempos, que tanto mejor se adecua a su función cuanto mejor siente las exigencias humanas de la historia, traduciéndolas en fórmulas apropiadas de ordenada convivencia”¹⁰⁹.

Así se refería Calamandrei a la labor de los juristas, en concepto que calza perfectamente con la concepción del voto singular en la dinámica jurisprudencial constitucional que proponemos. Puesto que, si bien se ha argumentado acerca de cómo la posibilidad de disentir contribuye con los valores democráticos y cómo favorece al proceso de decisión judicial, ello no puede ofrecer satisfacción al magistrado disidente ya que su verdadero objetivo no es ese, sino persuadir de un cambio de criterio a aquellos que revisen la controversia constitucional, especialmente a los magistrados que compondrán la Corte en el futuro¹¹⁰.

El voto singular puede promover un cambio jurisprudencial a partir del peso de sus argumentos y de la reflexión que ellos motiven en los jueces, quienes ponderarán inevitablemente estos criterios cuando se presenten nuevos casos en que los mismos bienes o valores constitucionales se encuentren en conflicto.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. “La funzione della giurisprudenza nel tempo presente”, en: Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, Año IX, Nº 2, junio 1955, p. 253.

¹¹⁰ LYNCH, Andrew. “The intelligence of a future day: The vindication of constitutional dissent in the High Court Australia -1981-2003”, en: Sydney Law Review 8, vol. 29, 2007, p. 196.

No obstante nuestro optimismo inicial, los votos singulares que han logrado promover cambios jurisprudenciales han sido pocos, aún en Estados Unidos, así lo indica Fernández Segado:

“Muchos han sido los *dissents* expresados en la vida del Tribunal Supremo y muy numerosos también los jueces disidentes. Sin embargo, son pocos los que han pasado a la historia, circunstancia que, en gran medida, se ha debido a su visión profética. [...] Se trata, dicho de otro modo, de los *dissents* que a menudo revelan la congruencia percibida entre la Constitución y los estándares de civilización en constante evolución que marcan el progreso de maduración de una sociedad”¹¹¹.

Datos de diversos estudios confirman lo dicho, por ejemplo, en relación al juez Oliver W. Holmes, conocido como el “*Great Dissenter*” de la historia judicial norteamericana, se calcula que logró motivar cambios jurisprudenciales en menos del 10% de los casos en que emitió opiniones disidentes (173 en total)¹¹².

En los países en los que las *dissenting opinions* se han consolidado en la tradición jurídica, o están en camino a ello, es posible notar dicha contribución de modo más claro que en el resto de países.

Nos referimos principalmente a Estados Unidos, y en menor medida a España. En el primero de estos países, la postura defendida en el *dissent* del juez Harlan en el caso *Plessy vs. Ferguson* que llegaría a constituir, casi sesenta años después, opinión mayoritaria y por tanto derecho vigente, en el caso *Brown vs. Board of Education* (1954),

¹¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El Justice Oliver Wendell Holmes: “The Great Dissenter” de la Supreme Court”, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 25, 1er semestre. España: Universidad Nacional de Educación a distancia, 2010. p. 139.

¹¹² ZOBELL, Karl. “Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration”, en: *Cornell Law Review*, Vol. 44, 1958-1959, p. 211.

es el caso paradigmático por excelencia. También, el *dissent* del juez Holmes en el caso *Lochner vs. New York* haría lo propio, aunque no de modo tan directo, a través de casos como *West Coast Hostel Co. vs. Parrish* (1937) y *Williamson vs. Lee Optical of Oklahoma* (1955) en que se fueron incorporando criterios establecidos en el mencionado *dissent*. Mencionamos sólo a modo de ejemplo estos dos casos entre los varios posibles, su desarrollo en extenso lo reservamos para el siguiente capítulo¹¹³.

Por el contrario, en otros países los cambios jurisprudenciales anunciados por votos singulares han sido reducidos, en España apenas tomamos conocimiento del voto particular emitido en la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 11/1980 sobre una legitimidad amplia de las Comunidades Autónomas para interponer recursos de inconstitucionalidad, se volvería progresivamente (a través de las sentencias Nº 84/1982 y Nº 199/1987) en doctrina mayoritaria¹¹⁴.

Los ejemplos presentados parecen coincidir en una cierta visión profética del *dissent*, que el juez Hughes expresaba desde la primera mitad del siglo pasado en una celeberrima frase:

“Un *dissent* en una Corte de última instancia es un llamado al espíritu reflexivo del derecho, a la inteligencia de un día futuro, en el que una decisión consiga corregir el error por medio del cual el juez disidente considera que la Corte ha sido traicionada”¹¹⁵.

¹¹³ Para mayores ejemplos de *dissents* que logran constituirse en opiniones mayoritarias, véase: FLETCHER, William. “Dissent”, en: *Golden Gate University Law Review*, vol. 39, 2009, pp. 291-295.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional”, en: *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nº 3, 2006, pp. 39-40.

¹¹⁵ HUGHES, Charles. *The Supreme Court of the United States: Its foundation, methods and achievements. An interpretation*. New York: Columbia University Press, 1928, pp. 67-68.

Llegados a este punto, surge la interrogante acerca de ¿cómo y/o por qué logra un voto singular alcanzar una importancia capaz de cambiar el derecho en el futuro? Puede intuirse que las razones por las que un *dissent* logra convertirse en elemento de cambio fundamental en la jurisprudencia constitucional tienen que ver con la calidad de los argumentos. Pero, sin duda, lograr la trascendencia no es una labor fácil, ya que como hemos dicho, la mayoría de estas opiniones se perderán en el olvido, después de todo, el hecho que hayan fallado en conseguir un respaldo mayoritario debe decir algo sobre la calidad de los argumentos ahí sostenidos¹¹⁶.

El jurista norteamericano Richard Primus, en una posición que no deja de valorar la importancia de la calidad argumentativa, señala que la trascendencia de los votos singulares podría depender en mayor medida del diálogo que se genere entre los tribunales en el tiempo, lo que él denomina: “comunicación con las cortes del futuro”¹¹⁷. De esta forma, la confirmación de la calidad profética de los votos singulares no dependería de ellos mismos sino de la interpretación de las cortes futuras:

“Reinventando al juez disidente y presentándolo como una figura heroica, y, a la vez, reinventando el significado de su opinión disidente, las Cortes vuelven a dar forma al canon constitucional y construyen instituciones en las cuales confiar al presentarse los diferentes casos frente a ellas”¹¹⁸.

Por otro lado, “es un error asumir que la opinión minoritaria realiza sólo una eventual y esporádica contribución al desarrollo del derecho”¹¹⁹, puesto que los votos singulares también son importantes en el presente. Para apreciar esta contribución es

¹¹⁶ LYNCH, Andrew. “The intelligence of...”, Op. Cit., p. 204.

¹¹⁷ PRIMUS, Richard. “Canon, Anti-canon and judicial dissent”, en: Duke Law Journal, Vol. 48: 243, 1998, p. 250.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 252.

¹¹⁹ LYNCH, Andrew. “The intelligence of...”, Op. Cit., p. 228.

necesario distinguir entre influencia directa e influencia indirecta¹²⁰: la primera se da cuando motivan cambios jurisprudenciales, y la segunda se distingue a partir del efecto irradiador y del carácter democrático de la interpretación constitucional.

Específicamente, esta contribución indirecta viene dada porque: 1) generan diálogo entre los tribunales de justicia de todas las jerarquías ya que aportan guías y principios para resolver casos del mismo tipo, 2) sirven de puente entre la legislatura y la judicatura cuando las posturas minoritarias alcanzan influir en leyes, y 3) generan diálogo entre la judicatura y la academia (investigadores, profesores y estudiantes de derecho)¹²¹. Respecto de lo último, la ex-jueza de la Corte Suprema de Canadá señala que:

“De una parte, las disidencias son una herramienta pedagógica importante en las universidades, donde la enseñanza del derecho en la mayor parte de facultades canadienses privilegian todavía el estudio y la discusión de asuntos en relación a la doctrina. Pedimos a los estudiantes evaluar el mérito relativo de las opiniones mayoritarias y disidentes, los unos a la luz de los otros, a fin de desarrollar su espíritu analítico y sensibilizarlos al hecho de que el derecho permite varias soluciones a un mismo problema”¹²².

Comprobar si lo afirmado en relación a la influencia indirecta de los votos singulares se produce en la realidad y, si ello es así, en qué medida, es una tarea bastante más complicada que comprobar si han logrado motivar cambios jurisprudenciales. No contamos por el momento con los datos necesarios para realizar dicha evaluación

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ BELLEAU, Marie-Claire y JOHNSON, Rebecca. “Judicial Dissent: early...”. Op. Cit., p. 704.

¹²² L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. “La pratique des opinions dissidentes au Canada – L’opinion dissidente : voix de l’avenir?”, en: Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 8, Dossier: Débat sur les opinions dissidentes, julio 2000. El texto también puede encontrarse en la página web: www.conseil-constitutionnel.fr, visitada el 22 de junio de 2011 a las 6:20pm.

empírica, por lo que, en esta investigación, apelamos únicamente a su validez teórica. Sin embargo, aceptando la existencia e importancia de la “jurisprudencia alternativa”, es posible observarla y darla a conocer por bloques temáticos (por ejemplo, ¿cuál es la jurisprudencia alternativa (entiéndase minoritaria) en cuanto al derecho al plazo razonable o a los derechos fundamentales de las personas jurídicas?), aquella es precisamente nuestra tarea en el último capítulo de esta tesis. Antes de concluir con los aspectos teóricos, vamos a explorar un último aspecto constitucional del voto singular: su dimensión ética.

3.3. La dimensión ética del voto singular: fidelidad a la Constitución

Hay varias razones para hablar de ética en relación a la Constitución. Por una parte, para asumir el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional del Perú es obligatorio realizar un juramento con la promesa de cumplir la Constitución Política del Perú (según el artículo 16 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional¹²³).

Por otra parte, un punto de referencia para la ética judicial en nuestro contexto es el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, que señala en varios artículos que el estatuto del juez, su independencia, las obligaciones de conocimiento y capacitación, están orientados a la protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales. Del mismo modo, aunque no en referencia exclusiva a los jueces sino a todos los abogados, la Propuesta de Normas de Conducta y Responsabilidad del

¹²³ Aprobado por Resolución Administrativa N° 095-2004-P/TC, del 14 de setiembre de 2004. Además, el artículo 19 inciso 1 de la misma norma de carácter reglamentario consagra como deber del Magistrado del Tribunal Constitucional: “Cumplir y hacer cumplir el principio de primacía de la Constitución Política del Perú y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

Profesional en Derecho¹²⁴ señala como misión de la profesión: “la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y la justicia”.

Por su lado, Gustavo Zagrebelsky, ex-presidente de la Corte Constitucional de Italia, señala que:

“Para que la lógica de la institución pueda manifestar su fuerza, es necesario que se cumpla el primer y esencial requisito de distanciamiento, expresado en la fórmula que los jueces utilizan al jurar su cargo: la fidelidad a la Constitución. Todas las otras fidelidades, desde ese momento en adelante, deben ceder ante ésta. Tenemos aquí una premisa de exclusividad que debe tomarse muy en serio. Si no se puede asumir la Constitución como hábito mental y moral propio, es mejor no aceptar el cargo”¹²⁵.

De esta forma, el magistrado del Tribunal Constitucional se encuentra en una posición especial, no es sólo un funcionario público, es el responsable de la institución que vela en última instancia por el cumplimiento de la norma jurídica suprema en una sociedad determinada. La “fidelidad” es un valor de carácter personal y es esencial porque no puede defender la Constitución quien no la practica en su vida diaria, y tanto menos, quien no cree en ella. En referencia a los jueces en general, pero aplicable con mayor razón a los magistrados constitucionales, razona Malem Seña:

¹²⁴ Propuesta elaborada y publicada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. Puede encontrarse en: www.pucp.edu.pe/facultad/derecho, visitada el 28 de junio de 2011 a las 10:25am.

¹²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Versión original en italiano, Torino: Einaudi editore s.p.a., 2005. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 80.

“El juez que pertenece a asociaciones racistas, antidemocráticas o anticonstitucionales. En esta hipótesis los amigos del juez son personas de reconocida militancia xenófoba, ultraderechistas cuyo ideario político prohíbe los matrimonios mixtos desde un punto de vista racial o religioso y cuyos eslóganes son epítetos malsonantes hacia las comunidades negras, judías o suramericanas. Obviamente, este ideario rechaza la democracia como forma de gobierno y supone la subordinación del poder político a ciertos sectores religiosos [...] ¿Podría una persona de este perfil ser un buen juez? Pareciera que no. El juez no podría honrar su voto de obediencia a la asociación a la cual pertenece y al mismo tiempo honrar a la Constitución. Además, su imparcialidad habría quedado definitivamente afectada, ya que casi cualquier pleito puede remitir, directa o indirectamente, a postulados constitucionales, cuya negación sesgaría claramente los resultados del proceso”¹²⁶.

En el ámbito nacional el ex-presidente del Tribunal Constitucional, Javier Alva Orlandini, reflexiona también sobre la conducta de los jueces en relación a sus preferencias políticas:

“La importancia y trascendencia de las resoluciones del Tribunal Constitucional determinan que sea indispensable que en el contexto social haya aceptación y legitimidad. Los magistrados del TC, por lo tanto, deben actuar con ponderación. Es difícil, pero posible, que cada uno de ellos, por encima de cualquier compromiso político, actúe considerando la enorme responsabilidad que tienen ante la Nación. El Tribunal concentra mucho

¹²⁶ MALEM SEÑA, Jorge. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?” en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 24, 2001, pp. 30-31.

poder y debe ser consciente de que no puede equivocarse, ni ceder ante las tentaciones”¹²⁷.

Del mismo modo, en una entrevista el también ex-presidente del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo, habla acerca de su accidentada renuncia a la presidencia de dicha institución en el año 2008 y se expresa sobre la utilización de los votos singulares como un modo de respuesta a la nueva correlación de fuerzas al interior del Tribunal que venía trayendo abajo la jurisprudencia consolidada durante los años anteriores, así señala que:

“De modo tal que mi labor como magistrado, no era una labor que podía echarse por la borda al dejar la responsabilidad de la presidencia, sino precisamente en una suerte de atrincheramiento, ocupándome en adelante, a emitir votos singulares o fundamentos de voto; que me permitió –según opinión pública especializada- formar una opinión también distinta de lo que es justicia constitucional, en casos concretos [...]; todo lo cual puso en evidencia la falta de coherencia constitucional con que se ha tomado decisiones importantes en estos últimos tiempos. Ello fue posible evidenciarlo precisamente desde mi rol de magistrado, donde pude mantener la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad”.¹²⁸

De otro lado, la dimensión ética del voto singular no tiene por qué salir a flote cada vez, ella se manifiesta sobre todo en circunstancias difíciles, en discrepancias irreconciliables con la mayoría del Tribunal en relación a los más elementales valores de la

¹²⁷ ALVA ORLANDINI, Javier. Mesa Redonda sobre el Tribunal Constitucional. Revista Foro Jurídico Año IX N° 9. Lima: 2009, p. 264.

¹²⁸ LANDA ARROYO, César. Juez Constitucional y compromisos éticos. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional. Entrevista a César Landa realizada por Pedro Grández, para la Revista Palestra. El documento se encuentra en el portal: www.palestraeditores.com, visitada el 15 de agosto de 2011 a las 4:40pm.

Constitución. El voto singular se convierte en la última reserva de la fidelidad constitucional, una última oportunidad para dejar constancia de los fundamentos por los cuales cree el magistrado discrepante que la Constitución está siendo traicionada. En dicho extremo, a través del voto singular, se alivia la desdicha personal de pertenecer a un Tribunal que decide en contra de la propia convicción constitucional (aspecto subjetivo), y se deja constancia de que el orden constitucional de valores ha sido vulnerado con la esperanza de corregir el error en el futuro (aspecto objetivo).

Es precisamente el aspecto objetivo que nos interesa ahora para poner de relieve que el voto singular, desde nuestro punto de vista, es un instrumento de defensa de la ética constitucional en circunstancias extremas. Por ello, en este apartado, en primer lugar, vamos a desarrollar algunas consideraciones generales de la ética constitucional a partir de la teoría institucional, y en segundo lugar, presentaremos algunos ejemplos con especial énfasis en la jurisprudencia nacional.

3.3.1. Consideraciones generales

La ética constitucional, que parte del pensamiento constitucional institucional, es un “intento de respuesta de la sociedad, independientemente del poder constitucional del gobierno de turno a la crisis de legitimidad del Estado constitucional. Crisis que también es económica, de motivación de la ciudadanía y de racionalidad, que se expresa en la crisis de la cultura político-constitucional”¹²⁹.

La teoría institucional ética, de fines del siglo XIX, defendida por Maurice Hauriou¹³⁰, responde al positivismo jurídico señalando que “el derecho posee una forma y

¹²⁹ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, Tercera edición, 2007, p. 533.

¹³⁰ HAURIUO, Maurice. La teoría de la institución y de la fundación: ensayo de vitalismo social. Traducción del francés por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Surco, 1947.

una materia inseparables, la forma es la norma de los actos jurídicos y, su materia el contenido de las normas y actos que se refieren, esencialmente, a la libertad humana, condicionada por el orden social y la justicia”¹³¹.

No resulta complicado encontrar actualidad en la crítica del positivismo jurídico planteado por Hauriou hace más de un siglo, la jurisdicción constitucional es un intento de respuesta, como señala Landa Arroyo:

“[...] el principal problema que debe afrontar el Estado constitucional, como producto del positivismo jurídico, es tanto el aislamiento de la realidad por parte de la norma, como el divorcio entre la ética y la voluntad de la autoridad. No obstante, la intención de otorgar vigencia a la Constitución del Estado, mediante la fuerza normativa de la Constitución “*normativen Kraft der Verfassung*” no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, mediante la jurisdicción constitucional. Se trata más bien de una toma de conciencia de los intérpretes de la Norma Suprema de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la realidad social, económica, técnica, natural, que permita dar respuestas en el marco de los principios y valores constitucionales”¹³².

No es casual la referencia a las “posibilidades y límites constitucionales”, el pensamiento de las posibilidades (desarrollado *supra*) es esencial para la evolución del derecho como un instrumento eficaz que atiende a los cambios vertiginosos de las sociedades abiertas y plurales. De ahí surge la eticidad responsable, como la superación del principio de la esperanza, otorgándole realidad y normatividad constitucional a la moral intersubjetiva, de esta forma, “la ética constitucional no queda reducida a una

¹³¹ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional..., Op. Cit., p. 527.

¹³² *Ibíd.*, p. 530.

moral universal, normativa y abstracta, ni a una moral sistémica-funcionalista de las reglas y procedimientos. Más bien es concebida como una ética institucional que proviene, inductivamente, de los tácitos pactos fundamentales de la sociedad civil, mediante la acción comunicativa”¹³³.

¿En qué consiste esta “ética constitucional” en una sociedad plural y cuál es ese núcleo esencial que la compone? Según De Zan, “[e]n la “ética” se revelan o se encuentran ya dados incluso los fines más elevados que orientan la existencia del hombre o de los miembros de una comunidad en cuanto tales, y a través de los cuales ellos creen poder alcanzar la felicidad o el bien supremo”¹³⁴. Y complementa:

“Ahora bien, en una sociedad abierta, democrática y pluralista, en la que no existe ya una única concepción del mundo y del hombre que sea reconocida por todos, y especialmente en las grandes sociedades multiculturales, se da también un pluralismo de las convicciones “éticas” acerca del bien o de los ideales y modelos de vida, y bajo este aspecto podría decirse que la “ética” [...] es vivida como una tradición cultural o como una opción individual o de grupo, que reclama respeto y solidaridad de la sociedad global, pero que no puede pretender universalizarse, u “oficializarse” en la esfera pública mediante el derecho, sino que tiene aprender a convivir con otras tradiciones y con otras formas de vida”¹³⁵.

Uno de los componentes que conforman la más básica ética constitucional son sin duda alguna los derechos fundamentales, que como indica Peter Haberle:

¹³³ *Ibíd.*, p. 532.

¹³⁴ DE ZAN, Julio. La ética, los derechos y la justicia. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 21-22.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp. 25-26.

“[...] son los más importantes pilares del consenso ético mínimo de una sociedad abierta, con tal que su configuración sea desarrollada de forma sensible por la doctrina y la jurisprudencia. La dignidad de la persona, en cuanto premisa antropológico-cultural del Estado constitucional, entendida con I. Kant como prohibición de instrumentalización de la persona por el Estado (a su vez sólo entendido de modo instrumental) y la persona con la persona. Es el indiscutible valor ético fundamental “constitucionalizado””¹³⁶.

Por ello se puede hablar del camino hacia un derecho común o “cosmopolita” fundado en los derechos humanos, que representan, a través de un largo, lento y aún inconcluso proceso de aprendizaje, la evolución histórica de la civilización humana¹³⁷. De ahí también el reclamo por la universalización de los derechos sociales, que demanda una sociedad más igualitaria con estándares mínimos comunes de ingresos, educación y seguridad social¹³⁸.

Asimismo, la preocupación por la protección del medio ambiente ha adquirido virtualidad jurídica en los últimos tiempos y se ha conformado como un auténtico derecho humano, enfrentándose también a la economía de mercado que ha mostrado indiferencia durante mucho tiempo frente a estos reclamos. La protección del medio ambiente nace en una pugna por conseguir justicia entre las distintas generaciones, que no es más que una extensión en el tiempo del imperativo categórico kantiano que podría formularse así: “procede de tal modo que las consecuencias de tus hechos sean compatibles con una

¹³⁶ HABERLE, Peter. “La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho”, en: Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 5, Nº 2, 1996, p. 162.

¹³⁷ DE ZAN, Julio. Op. Cit., pp. 153-157.

¹³⁸ *Ibíd.*, 166.

futura existencia digna, es decir, con la pretensión de que la humanidad pueda vivir un tiempo ilimitado”¹³⁹.

Podemos concluir, junto con De Zan, que “hay una comunidad de intereses en la sociedad civil cosmopolita frente al sistema de la economía global”¹⁴⁰. A lo dicho podrían agregarse también otros asuntos, en estrecha conexión al principio de dignidad del ser humano, como: la democracia como consecuencia organizativa de la dignidad humana¹⁴¹, una organización territorial descentralizada, la economía social de mercado, la jurisdicción constitucional, entre algunos otros. Algunos de ellos resultan más relevantes que otros en función del factor espacio (¿en qué ámbito u ordenamiento se discuten?) y tiempo (¿en qué momento?).

En suma, la ética constitucional se basa, siguiendo a Peter Saladin, en tres principios: la justicia intrageneracional, de quienes comparten un mismo periodo de vida; la justicia intergeneracional, como responsabilidad con las generaciones futuras; y, la justicia como el respeto humano en su medio ambiente natural¹⁴².

3.3.2. La ética de los votos singulares en la jurisprudencia nacional

A diferencia de lo que sucede en relación a la “jurisprudencia alternativa”, en el ámbito nacional podemos encontrar muy buenos ejemplos en que se puede observar la dimensión ética de los votos singulares, por lo que decidimos concentrarnos en sentencias del Tribunal Constitucional peruano.

¹³⁹ HABERLE, Peter. “La ética en el...”, Op. Cit., p. 164.

¹⁴⁰ DE ZAN, Julio. Op. Cit., p. 169.

¹⁴¹ HABERLE, Peter. El Estado Constitucional..., Op. Cit., pp. 193-202.

¹⁴² SALADIN, Peter. Citado por: LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional..., Op. Cit., pp. 532-533.

No obstante, sería injusto pasar este tema sin al menos mencionar brevemente algunos casos notables ocurridos en la experiencia comparada. El derecho a la vida frente al aborto es probablemente el ejemplo más recurrente en varios tribunales constitucionales. En Estados Unidos, en el famosísimo caso *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113, 1973) se establece el sistema de plazos en el que las mujeres tienen la libertad de abortar, con los votos disidentes de los jueces Byron White y William Rehnquist. Continuaría el debate tocando otros aspectos, así, en el caso *Webster vs. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490, 1989) se permitiría a los estados federados dar una protección diferenciada al nasciturus, en una votación sumamente dividida de cinco votos contra cuatro. Finalmente, un resultado igual de dividido ocurriría en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* (505 U.S. 833, 1992) en que se revisa parcialmente el precedente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional de España ha pasado por una experiencia similar con ocasión de los casos STC 53/1985, de 11 de abril, y STC 70/1985, de 31 de mayo. En el primero de estos casos se formularon cinco votos particulares, y en el segundo, el magistrado Tomás y Valiente vuelve a formular el único voto particular. En ambos casos se ponen en entredicho el derecho a la vida y la penalización del aborto, donde el citado magistrado expresa su disconformidad por la profunda ideologización del resto de magistrados para resolver el caso pues considera que se ha apelado excesivamente a razones de carácter ético¹⁴³. Actualmente se espera una nueva decisión sobre el tema por parte del Tribunal Constitucional¹⁴⁴. Por su parte, en Alemania

¹⁴³ CÁMARA VILLAR, Gregorio. *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional (1981-1991)*. Madrid: Ministerios de Justicia, 1993, pp. 135-145; en concreto p. 143.

¹⁴⁴ Noticia publicada el 16 de junio de 2011 por <http://www.rtve.es/>, visitada el 1 de julio de 2011 a las 5:05pm.

conocemos de dos casos en que ha ocurrido una división similar del tribunal en razón de casos que se han ocupado del aborto¹⁴⁵.

Otro de los temas que puede originar escisiones importantes dando lugar a votos particulares, especialmente en estados en que conviven varias nacionalidades, es el de la organización territorial, pues toca el tejido nervioso de la comunidad política. Un ejemplo notable de ello es la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español STC 31/2010, de 28 de junio, en que se resuelve una nueva configuración del estado autonómico español en relación a uno los casos más problemáticos: Cataluña, con cinco votos particulares.

Existen múltiples casos en el derecho comparado en que los valores constitucionales más elementales son puestos en cuestión produciendo fisuras internas en los tribunales, sin embargo, como hemos establecido, nos enfocaremos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú que presenta ejemplos muy interesantes.

a) El ejemplo más importante en la experiencia nacional no cabe duda es la histórica sentencia de los magistrados Revoredo Marsano, Rey Terry y Aguirre Roca en la STC N° 0002-96-I/TC, de 3 de enero de 1997, en realizaron control difuso de constitucionalidad en el marco de proceso de control abstracto sobre la Ley N° 26657 denominada “Ley de Interpretación Auténtica” sobre la norma constitucional de reelección presidencial. En un sentido estricto o restringido, si bien es cierto que los tres magistrados no conformaron propiamente un voto singular (pues, se trataría más bien de una sentencia, como también piensa Landa Arroyo¹⁴⁶), desde una perspectiva más amplia,

¹⁴⁵ Los casos son: BVergGE 39, 1 (1975) y 88, 203 (1993), según: RÖRIG, Maria Theresia. L’opinione dissenzienti nella prassi del *Bundesverfassungsgericht* (1994-2009). El documento en su integridad puede encontrarse en la página web: <http://www.cortecostituzionale.it/>, visitada el 3 de junio a las 5:35pm, p. 9.

¹⁴⁶ Cfr. LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional..., Op. Cit., pp. 309-315.

el voto singular sí existió, en la medida que produjo la confrontación entre la postura de los tres magistrados citados contra los otros cuatro. Cabe entonces como ejemplo en esta parte.

A través de la ley cuestionada se “precisaba” que el vigente artículo 112º de la Constitución permitía una reelección presidencial refiriéndose únicamente a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del texto constitucional de 1993. Dicha norma, emitida con el respaldo parlamentario de una mayoría oficialista adicta, permitía postular a Alberto Fujimori a una segunda reelección y abría la posibilidad a un tercer mandato presidencial consecutivo del mismo, vulnerando como era evidente el texto expreso de la Carta Magna y el principio constitucional de alternancia en el poder.

Al final de un engorroso proceso judicial, por decir lo menos, que enfrentó a los magistrados “activistas” contra los “pro-oficialistas” (conflicto sobre el que no podemos detenernos ahora¹⁴⁷) el presidente del Tribunal Constitucional, señor Ricardo Nugent, decidió publicar dos resoluciones una firmada por los magistrados Revoredo, Rey y Aguirre con las abstenciones fundamentadas de los otros cuatro magistrados; y otra, firmada sólo por los magistrados Acosta y García, sin la firma de ningún otro magistrado.

De ambas resoluciones, la que ahora atrae nuestro interés es la primera pues en ella los tres magistrados conscientes de no poder alcanzar los votos necesarios para declarar inconstitucional la ley (se necesitaban seis votos, según la Ley Orgánica entonces vigente) deciden realizar un control difuso de constitucionalidad en un proceso de constitucionalidad, donde eso en principio no estaría permitido. Creemos que la argumentación jurídica desarrollada por estos magistrados permite ver una verdadera

¹⁴⁷ Para mayor referencia: *Ibíd.*, pp. 268-276.

dimensión ética en su actuar, una expresión fidedigna de su lealtad con la Constitución en las palabras siguientes:

“Independientemente de los alcances del concepto de interpretación legal que se aplique, no es aceptable, por vulnerar el principio de razonabilidad de la norma, que ella pretenda reescribir la historia, alterando la ubicación temporal de los hechos, pues éstos no se interpretan sino se prueban, siendo objetivamente comprobables, en el caso "sub judice", los hechos gravitantes en el caso, vale decir, que el Presidente Constitucional de la República fue electo, primero en 1990, y reelecto, después, en 1995.

Existiendo, por lo visto, ostensible incompatibilidad entre la Ley N° 26657, impugnada en la demanda, interpretativa del artículo 112º de la Constitución, y este mismo dispositivo, precisa que expresemos la base jurídica de este fallo. Hemos decidido aplicar el "control difuso" -derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces- y no el "control concentrado" -derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional- porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del "control concentrado", y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo” (Fundamento de la sentencia).

Este voto singular permitió desenmascarar los objetivos antidemocráticos que subyacían en el gobierno fujimorista (lo que incluía a los congresistas oficialistas, algunos de los miembros del mismo Tribunal Constitucional y otros funcionarios públicos). Aún más, el devenir de los hechos prepararía para los tres magistrados una destitución de sus cargos como magistrados a través de una acusación constitucional elaborada por la bancada oficialista acusándoles de infringir la Constitución; afrenta que el tiempo se encargaría de reivindicar, cuando caído el régimen dictatorial fujimorista, la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 31 de enero de 2001, declarara que el Estado violó sus derechos humanos, para finalmente ser repuestos al Tribunal Constitucional durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua.

b) En segundo lugar, también podemos encontrar un refugio de la ética constitucional en el voto singular de Aguirre Roca en la sentencia del Exp. N° 0013-1996-I/TC, de 25 de abril de 1997, que evaluó la constitucionalidad de la Ley N° 26479, denominada “Amnistía general a personal militar y civil para diversos casos”, y de la Ley N° 26492, denominada “Interpretación y alcances de la ley de amnistía”.

A través de dichas normas, se otorgaba amnistía a varios militares acusados por violaciones de derechos humanos, y al acusarse su inconstitucionalidad, la mayoría del Tribunal declaró improcedente la demanda pues sus efectos ya se habían “agotado”. El magistrado Aguirre emite un voto singular en defensa de la no impunidad de los delitos contra los derechos humanos, alegando que “todos los efectos no están agotados, ya que quedan pendientes las reparaciones civiles a favor de los afectados”, así como en defensa del “derecho a saber la verdad, la integridad física y la vida de las personas”.

Aguirre en opinión solitaria pero decidida a favor del principio de dignidad humana sostiene en relación a los supuestos efectos agotados de las leyes de amnistía:

“Discrepo radicalmente, por otro lado, de los criterios y las conclusiones que aparecen [...] si bien es cierto que con el perdón ya otorgado- no con el futuro que pudiera otorgarse- se ha agotado el correspondiente efecto, que es el de borrar el delito; también lo es que, al contrario, las leyes impugnadas no han borrado las muertes –pues a nadie han resucitado- ni restaurado la integridad física de las víctimas, de modo que dichas leyes no pueden haber agotado los efectos vinculados con tales derechos”.

Se trata, qué duda cabe, del resguardo de la convicción constitucional en defensa de los derechos humanos, defensa que el Tribunal Constitucional negó sobre la base de una interpretación excesivamente formalista de las normas, ajena a las exigencias del derecho constitucional material.

c) En tercer lugar, en tiempos más recientes, y en relación a circunstancias similares (caso “El Frontón”), se formularon dos votos singulares en la sentencia recaída en el Exp. N° 3173-2008-HC/TC, de 11 de diciembre de 2008, uno, por los magistrados Eto Cruz y Beaumont Callirgos, y el otro, por el magistrado Landa Arroyo.

Ambos votos singulares protestan contra la interpretación excesivamente formalista de la mayoría del Tribunal que permite que un procesado por violaciones contra derechos humanos no sea castigado al supuestamente habersele vulnerado su derecho al plazo razonable. Ambos votos coinciden en señalar como una regla de carácter vinculante la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos en consonancia con el derecho internacional.

El voto de Landa Arroyo llega incluso más allá señalando la obligación directa del Estado peruano de investigar y sancionar estos hechos por mandato de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reclama, diciendo que el fallo mayoritario:

“No contribuye al fortalecimiento de nuestro Estado constitucional y democrático, en cuya esencia yace el pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas; poniendo con ello al Estado peruano en una situación de grave incumplimiento de sus obligaciones internacionales que, voluntariamente y en ejercicio de su soberanía, ha asumido”. (Punto Tercero del Pronunciamiento del voto singular)

Este último magistrado en un gesto que demuestra la convicción ético-constitucional latente, lamenta el fallo de la mayoría en los siguientes términos:

“[Con esta sentencia] se ha preferido argumentar en base a un formalismo jurídico procesal, subordinando los valores y derechos constitucionales al mismo. Justo cuando como afirma De Cabo, el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”¹⁴⁸.

d) En cuarto lugar, se ha suscitado un voto singular con ocasión del derecho a la vida y su relación con el aborto, tema que, del mismo modo que en otros ámbitos, no ha sido ajeno a la jurisprudencia del Tribunal peruano. Nos referimos a la sentencia recaída en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC, de 16 de octubre de 2009, en que una asociación civil interpone una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que se abstenga de iniciar el programa de repartición gratuita de “Píldoras del día siguiente” en los establecimientos públicos de salud.

En dicho caso, la mayoría decide declarar fundada la demanda en aplicación del principio precautorio, pues, según señalaron, la falta de certeza científica acerca de los efectos de la pastilla de Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) sobre el concebido obliga al Estado a abstenerse de actuar con programa de repartición gratuita.

Frente a ello, los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen emiten un voto singular señalando que se ha probado que la pastilla AOE no es abortiva pues no produce el desprendimiento del embrión anidado y no afecta el embrión pues los efectos comprobados teniendo en cuenta la dosis apropiada y la frecuencia de su uso sólo tiene

¹⁴⁸ LANDA ARROYO, César. “Ética y Justicia Constitucional”, en: Revista de Derecho Político, N° 75-76, 2009, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, p. 264.

efectos antiovulatorios y antifecundatorios (Fundamento jurídico 39). Asimismo, hacen hincapié en la discriminación de facto que se produce al prohibir la distribución gratuita de estas pastillas toda vez que sí son comercializadas libremente en los centros farmacéuticos a un precio elevado, accesible únicamente a ciertos grupos de personas y no a los más pobres.

Al margen de nuestras preferencias personales, no podemos dejar de notar que se trata de dos posturas distintas en relación a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y de la defensa de la vida, podría decirse incluso que es una división entre “progresistas” y “conservadores”, al modo en que se han dividido también los tribunales y las mismas sociedades en otros países. Se trata de un voto singular en defensa de los derechos fundamentales de las personas, de principios elementales en relación a preguntas aún irresueltas por la ciencia y la filosofía, por ello es que consideramos que es posible ver aquí también una dimensión ética.

d) Por último, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 04525-2007-HC/TC, de 13 de febrero de 2009, los magistrados Beaumont y Landa emiten un voto singular en que declaran improcedente la demanda de hábeas corpus en defensa de la erradicación de la violencia contra la mujer.

En este caso, el militar Luis Requena Pasapera interpuso una demanda de hábeas corpus solicitando la inaplicación de resoluciones administrativas que lo pasaban a situación de disponibilidad por haber cometido hostigamiento sexual en perjuicio de seis funcionarias civiles que trabajaban en su institución, asimismo solicita se deje sin efecto la investigación penal preliminar abierta por la misma causa. La mayoría¹⁴⁹ declaró fundada la demanda atendiendo, por un lado, al derecho a la motivación judicial, y por otro lado,

¹⁴⁹ Se trata de una mayoría “de dudosa conformación”, ver *infra*: Capítulo 2, punto 3.2.

pues se habrían vulnerado el principio de publicidad de las normas y el derecho de acceso a la información.

La dimensión ética del voto singular de Landa Arroyo y Beaumont Callirgos (que declara improcedente la demanda) se relaciona en el fondo con la lucha contra la violencia de género, derivado del principio de la dignidad del ser humano, pues este principio “proscribe, precisamente, que la persona humana sea tratada como un instrumento u objeto, ya que tanto los varones como las mujeres son siempre fines en sí mismos”¹⁵⁰.

Concluimos con las reflexiones sobre el caso del mismo magistrado Landa Arroyo:

“Por ello, con dicho fallo en mayoría se debilita a la Constitución y a su jurisprudencia como un marco rector de la ética judicial, de vivir en comunidad bajo el objetivo político –*ethos político*– del bien común, como producto concreto de una cultura de libertad. Esta moral constitucional se contrapone a la ideología jurídica del pragmatismo procesal amoral. En efecto, la falta de ética sustantiva en las sociedades democráticamente débiles, puede ser rentable a corto plazo sólo para las élites y algunos tradicionales grupos de interés, pero la ética constitucional, en cambio, es siempre provechosa para el conjunto de la sociedad y sobre todo a los más débiles”¹⁵¹.

¹⁵⁰ LANDA ARROYO, César. “Ética y Justicia...”, Op. Cit., p. 268.

¹⁵¹ Ídem.

CAPÍTULO 2: LOS VOTOS SINGULARES O *DISSENTING OPINIONS* EN SU ESTADO ACTUAL

DE EVOLUCIÓN: LIMITACIONES, POSIBILIDADES Y DESAFÍOS

1. Anotaciones de derecho comparado

La figura jurídica del voto singular proviene del *common law*, ahí conocida con la denominación de *dissenting opinion*, contexto en el cual posee una profunda historia y una reconocida influencia en la evolución del derecho que explica la amplia atención dedicada por la doctrina en dicho contexto. Nos proponemos, a continuación, estudiar las peculiaridades de las *dissenting opinions* en diversos ordenamientos de países del *common law* como de países provenientes de la tradición romano-germánica (nos referiremos al conjunto de estos países también con la denominación inglesa de “*civil law*”), con ello pretendemos formar una idea clara acerca de su estado actual de desarrollo normativo y práctico a nivel universal.

Es de constatar, antes de continuar, que la incorporación de la *dissenting opinion* en los sistemas del *civil law* es una muestra entre muchas del acercamiento producido entre ambas familias del derecho inicialmente contrapuestas, el mismo que se ha dado con mayor énfasis en materia de jurisdicción constitucional. Sin duda, la propia recepción de la *judicial review* es el mejor ejemplo de ello, la cual con sus propias particularidades, ha tenido su origen en la sentencia *Marbury vs. Madison*. Por ello, Lorenzo Luatti afirma que:

“Las distintas tradiciones jurídicas no han dado vida a una demarcación rígida, a áreas de influencia no comunicantes: por el contrario, la doctrina ha señalado por mucho tiempo el gradual y progresivo proceso de acercamiento entre los sistemas del *civil law* y el *common law*”¹⁵².

Francisco Fernández Segado expone ampliamente las razones por las cuales en la actualidad se puede afirmar la obsolescencia de la bipolaridad entre el modelo americano y el europeo-kelseniano y, por el contrario, es posible hablar más bien de una hibridación y/o mixtura de los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad con una cierta centralidad del modelo americano¹⁵³. Como no podemos detenernos a analizar aquello ampliamente, presentaremos brevemente dos ejemplos destacados, reseñados por el autor, que contribuyen a sostener dicha postura: la relativización de la idea del control constitucional de las leyes como un control principal, y los efectos de las sentencias.

En cuanto a lo primero, se ha tenido como una diferencia que en el *common law* el control constitucional tiene carácter incidental (es decir, se ejerce con ocasión de casos concretos) mientras que en el *civil law* aquél tiene un carácter principal (es decir, un control ejercido directamente contra la ley sin necesidad de estar relacionado con un caso concreto). Sin embargo, se ha ido incorporando en las últimas décadas el control incidental también en los países europeos en los que se reconoce la facultad de la judicatura ordinaria de elevar al Tribunal Constitucional las cuestiones constitucionales sobre leyes que deban ser aplicadas en una *litis* y puedan vulnerar la Constitución, tales son los casos de Alemania, Italia, España y hasta el mismo Austria (donde nace el control

¹⁵² LUATTI, Lorenzo. *Profili costituzionali del voto particolare: L'esperienza del Tribunale Costituzionale spagnolo*. Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 40.

¹⁵³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2009. Nos referimos específicamente al punto II de la primera parte titulado: “La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano – modelo europeo-kelseniano como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, pp. 129-215.

constitucional abstracto y principal de las leyes). Del otro lado ha sucedido el fenómeno en sentido inverso, en Estados Unidos, la *Judiciary Act* de 1937 permite que el *Attorney General* intervenga o recurra en apelación aquellos casos en los que se suscite la cuestión de constitucionalidad de una ley federal, de manera tal que, existe una revaloración del interés público en este tipo de procesos, distanciándose de la idea de un conflicto exclusivamente privado¹⁵⁴.

En cuanto a lo segundo, los efectos del pronunciamiento de inconstitucionalidad en ambos sistemas han sido un motivo de diferenciación, mientras que en el *common law* se trataría de efectos *ex tunc* (pues se trata de la constatación de una nulidad preexistente), en el *civil law* cabría hablar de efectos *ex nunc* (o sea que vale para el futuro pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional). Pero, como venimos señalando, esta es una diferenciación que debe ser relativizada en la medida en que en el derecho norteamericano juega un rol muy importante la regla del *stare decisis* a través de la cual lo establecido constituye precedente de la Corte Suprema y debe ser seguido por el resto de jueces, pudiendo afirmarse que se producen auténticos efectos *erga omnes*. Del mismo modo, hoy es absolutamente pacífico en los países del *civil law* que estos pronunciamientos tengan efectos *ex tunc* bajo ciertos límites que intentan preservar la seguridad jurídica y proteger los derechos fundamentales de las personas. Estos son los casos de países como Alemania, Italia, Bélgica, Portugal, España, entre otros¹⁵⁵.

Habiendo realizado estas observaciones, y suscribiendo la tesis del jurista español, nos disponemos a hacer una breve revisión del tratamiento de las *dissenting opinions* en ambas tradiciones jurídicas: el *common law* y el *civil law*.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 145-150.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 156-158.

1.1. Países del *Common Law*

“En la tradición del *common law* [...] el instituto en cuestión no es algo instituido “ad hoc”, sino que es la resultante natural del peculiar modo de decidir los casos litigiosos. Piénsese en que el *common law*, como en una obra clásica pusiera de relieve Pound, en lo esencial, constituye una forma peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas jurídicos más bien que un cuerpo definido de reglas determinadas”¹⁵⁶.

Dicho esto, podemos afirmar que en los países pertenecientes a este sistema, y de manera muy enfática en el derecho norteamericano, las *dissenting opinions* tienen una gran importancia en el desarrollo y evolución de la jurisprudencia, al punto que se les ha denominado como “el sello distintivo de la judicatura norteamericana”¹⁵⁷. Esto ha sucedido en parte por las características propias del sistema tal como el principio del *stare decisis*, que sin ser exclusivo del *common law* (como hemos dicho *supra*) encuentra un arraigo histórico fundamental en dicho contexto. Sin embargo, creemos que existe una diferencia incluso más determinante que tiene que ver con el activo rol de los jueces en la tradición anglosajona.

Por un lado, en relación a la función del precedente en el *common law* es preciso señalar que los jueces están obligados, por el principio de *stare decisis*, a seguir los precedentes establecidos por ellos mismos y por los tribunales superiores jerárquicamente. Si bien se admite la posibilidad de que los jueces se aparten del precedente se les exige asimismo una adecuada fundamentación de sus razones. En tal sentido, Gregorio Cámara Villar señala que “[...] expresar discrepancias con la “*ratio*

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 469.

¹⁵⁷ BADER GINGSBURG, Ruth. “Speaking in a judicial voice”, en: *New York University Law Review*, vol. 67, n° 6, 1992, p. 1205.

decidendi” de las sentencias que marcan una línea jurisprudencial supone un instrumento de control jurídico de primerísima magnitud y, al mismo tiempo, el establecimiento de la posibilidad de un cambio más o menos próximo de tal orientación jurisprudencial”¹⁵⁸.

En la misma línea se pronuncia Fernández Segado cuando indica que:

“El juez del *common law* viene obligado a invocar con mucha mayor frecuencia que su homólogo de los sistemas europeo-continenciales principios generales que aún no han alcanzado el estadio de la sistematización y rígida enunciación en forma escrita. En tal contexto, los *dissents* encuentran su principal justificación en la posibilidad de que sean enunciadas (y en su día aplicadas) reglas diferentes de las que se invocan en la fundamentación de la sentencia”¹⁵⁹.

Cabe hablar entonces de una dinámica diferenciada con la que actúan las *dissenting opinions* en un escenario en que la evolución del derecho se realiza principalmente a través de la jurisprudencia como en el *common law*, pues éstas constituyen un factor de insoslayable evaluación al momento de valorar si corresponde un cambio de orientación.

Sin embargo, en lo que creemos que existe un verdadero punto de quiebre en relación a los sistemas europeo-continenciales es en la concepción del juez en el *common law*. Al respecto, Weber indicaba que la judicatura norteamericana se distancia de su modelo ideal de burocracia y que “desde la perspectiva norteamericana, la decisión judicial es una creación personal del juez como sujeto individual, a quien se acostumbra

¹⁵⁸ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 44.

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del *Sondervotum*...”, Op. Cit., p. 79.

referirse con su nombre, en contraste el impersonal nombre de las cortes en el modelo continental europeo¹⁶⁰ (que solamente lleva, por lo general, el nombre del lugar en el que se encuentra).

Así sucede con especial incidencia en los jueces de Cortes de alta jerarquía, quienes se caracterizan por un fuerte sentido de independencia no sólo respecto a factores externos sino también frente a sus colegas, incluso de su propio colegiado. Se trata normalmente de abogados experimentados convertidos a jueces, no acostumbrados a verse como miembros de una unidad institucional o servicio gubernamental, es decir alejados de lo que se conoce en el sistema continental europeo como corporativismo judicial. Estos jueces no necesariamente suprimen sus opiniones porque jueces de mayor jerarquía, o una mayor cantidad de jueces, sostienen posiciones distintas¹⁶¹. Hay una mayor predisposición de los jueces para emitir sus opiniones personales, incluyendo opiniones en que disienten de la resolución de la mayoría o de sus argumentos¹⁶².

Ello puede constatarse en la aparición de jueces que serían llamados “*great dissenters*” de la historia judicial norteamericana, entre los que podríamos citar algunos de los más destacados, como son Oliver W. Holmes, Louis D. Brandeis, Harlan F. Stone, entre otros. Ellos han sido reconocidos por ser los principales críticos de la jurisprudencia emitida en la Corte Suprema, a partir de la calidad de sus *dissenting opinions*, las cuales en ocasiones han logrado motivar cambios jurisprudenciales de gran envergadura y en temas especialmente sensibles a la sociedad norteamericana. Mientras que en referencia a la experiencia europeo-continental, específicamente

¹⁶⁰ WEBER, Max. Citado por: SMITH, Hunter. “Individual and institutional authority: The turn-of-the-century quest to abolish the dissenting opinions”, en: Yale Law School, Student Prize Papers, Paper 49, 2009, p. 11. La versión completa del documento puede encontrarse en la página web: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsspps_papers/49/, visitada el día 3 de junio a las 9:47am.

¹⁶¹ KIRBY, Michael. Op. Cit., 17-19.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 4.

francesa, se ha señalado que quienes hacen las veces de “*great dissenters*” son más bien los profesores universitarios de derecho a partir de sus trabajos doctrinarios¹⁶³.

Conoceremos algunos de los “*great dissenters*” en el derecho norteamericano más adelante, por el momento, es preciso entender que el papel que desempeñan los jueces en este sistema es determinante de un modo positivo, mientras que la concepción predominantemente burocrática de los jueces en el *civil law* es una condición limitante.

1.1.1. Estados Unidos

Como ya hemos adelantado, Estados Unidos es el país en donde las *dissenting opinions* ostentan una mayor relevancia en la actualidad y del que el resto de países (incluidos los del *civil law*) ha heredado su incorporación, por ello señalaba Vittorio Denti que “el *dissent* es un patrimonio adquirido de los Tribunales de Estados Unidos y, por tanto, del país que mejor expresa los caracteres de la democracia liberal”¹⁶⁴. Haremos a continuación algunas anotaciones para caracterizar su funcionamiento en este país.

El antecedente de la *dissenting opinion* es la británica *seriatim opinion* que se seguía en las colonias inglesas de Norteamérica y consistía en que cada juez expresaba su propio punto de vista oralmente en todas las decisiones. Esta manera de tomar las decisiones se oponía a la idea de la opinión única de la Corte como un todo. Dicha práctica persistió hasta que el *Chief Justice* de la Corte Suprema, John Marshall, prohibió su utilización, pues se planteó como objetivo prestigiar al órgano jurisdiccional dando la imagen de una Corte sólida y unitaria, lo cual conseguiría con meritorio éxito.

¹⁶³ ZOLLER, Elisabeth. “La pratique de l’opinion dissidente aux États-Unis”, en: Mélanges en l’honneur de Pierre Avril. Paris: Montchrestien, 2001, p. 614.

¹⁶⁴ DENTI, Vittorio. Citado por: CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., pp. 46-47.

Sin embargo, apenas seis años después, se presentarían algunas excepciones. Primero con una opinión concurrente en el caso *Head & Armony vs. Providence Ins. Co.* (1804) por el juez Chase, y luego, ya con opinión disidente propiamente del juez Paterson en el caso *Simms & Wise vs. Slacum* (1805)¹⁶⁵. En los años siguientes, se presentarían algunas otras *dissenting opinions*, pese a ello, durante más de un siglo, todavía no sería posible hablar de una consolidación del instituto ni a nivel de la práctica ni a nivel doctrinario.

De lo dicho, constituye evidencia el hecho que existiera una norma como el Canon 19 en el Código de Ética Judicial de 1924 del American Bar Association, que elevaba a deber ético procurar una decisión unánime en los siguientes términos:

“Es de gran importancia que los jueces que conformen una Corte de última instancia procuren esfuerzo y auto-restricción para promover la solidaridad de las soluciones y ello influya en la decisión judicial”¹⁶⁶.

Recién desde fines de los años 30, en la era post-New Deal, vendría a decaer dramáticamente el porcentaje de casos decididos con unanimidad¹⁶⁷. Desde aquel entonces, las *dissenting opinions* se han consolidado en el sistema judicial norteamericano tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, al punto que en tiempos

¹⁶⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 37.

¹⁶⁶ POST, Robert. The Supreme Court opinion as institutional practice: Dissent, legal scholarship, and decisionmaking in the Taft Court. Faculty Scholarship Series. Paper 186. Berkeley: Universidad de California, 2001, p. 12. El documento en versión completa puede encontrarse también en la página web: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/186/, visitada el 3 de junio de 2011 a las 10:21am.

¹⁶⁷ Basado en las estadísticas de la investigación de Robert Post, *Ibíd.*, p. 98.

recientes la mayor parte de las sentencias que emite la Corte Suprema de Estados Unidos contiene una o varias *dissenting opinions*¹⁶⁸.

Es preciso anotar también que la organización para la toma de decisiones judiciales en el interior de la Corte es de gran trascendencia. Primero, durante la vista oral, las partes desarrollan sus argumentos y los magistrados hacen las preguntas que creen pertinentes. Luego, viene la “Conferencia”, donde se delibera a puerta cerrada con la dirección del *Chief Justice*, es el momento en que se va ponderando el sentido de la decisión de la Corte (incluso, en la actualidad, se prescinde de una votación formal), y se encarga al juez que redactará la sentencia, cargo que es de mucho interés especialmente en casos de elevado interés público. Luego de que se haya presentado al resto de magistrados el primer borrador de sentencia, a cargo del juez elegido, se busca recibir su aquiescencia o propuestas de modificación, agregar o eliminar algo, etc. Se genera, entonces, al menos en teoría, un periodo de negociación que permite un saludable diálogo judicial¹⁶⁹.

No obstante, Richard Posner ha reportado, en un estudio empírico sobre la Corte Suprema, un escrito del juez Rehnquist (que ha sido presidente de la misma) en el que demuestra su sorpresa por haber encontrado muy poca interacción entre los jueces en el modo de decidir los casos, por la escasa discusión en la cámara de deliberaciones, y por el desinterés de los jueces de persuadir con buenos argumentos a los colegas¹⁷⁰.

¹⁶⁸ En la última década (2000-2010) más del 60% del total de sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos contiene *dissenting opinions* y/o *concurring opinions*, según estadísticas publicadas por la Harvard Law Review: www.harvardlawreview.org, visitada el 3 de junio de 2011 a las 10:46am. De la misma forma, durante la segunda parte del siglo pasado del número total de sentencias emitidas un porcentaje superior al 60% en promedio (en algunos casos incluso sobre el 70%) contiene *dissenting opinions*. LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., pp. 17-18.

¹⁶⁹ NADELMANN, Kurt. “The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy”, en: The American Journal of Comparative Law, vol. 8, N° 4, 1959, pp. 419-420. Asimismo, BAUM, Lawrence. Citado por: CÁMARA VILLAR, Gregorio, Op. Cit., pp. 41-42.

¹⁷⁰ POSNER, Richard. Citado por: CASSESE, Sabino. Op. Cit., p. 9.

En cuanto a ejemplos, pueden referirse innumerables casos a lo largo de la historia judicial norteamericana para ejemplificar la relevancia de las *dissenting opinions*. Tres casos famosos son: el caso *Lochner vs. New York* (1905) con el *dissent* Oliver Wendell Holmes (hubo varios *dissents* emitidos por otros jueces también); el caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), con el *dissent* del juez John Marshall Harlan; y, el caso *Furman vs. Georgia* (1972), con la *concurring opinion* del juez William Joseph Brennan Jr. Cada uno de ellos trató temas distintos (libertad contractual, goce igualitario de derechos civiles y pena de muerte, respectivamente) y cada uno es reconocido como un hito en la jurisprudencia norteamericana y en gran medida (sino en toda) debido a la trascendencia de la *dissenting opinion* que lo acompañó. Veamos algunos detalles acerca de los ejemplos citados.

a) *Lochner vs. New York*

El estado de New York había dispuesto a través de una ley la prohibición de que las panaderías mantengan a sus empleados trabajando más de diez horas al día. La panadería *Utica*, habiendo sido multada por infringir dicha ley, reclamó ante los tribunales su inconstitucionalidad pues la consideraba vulneradora del principio de igualdad. Es una sentencia con una votación ajustada (cinco contra cuatro), la mayoría declaró inconstitucional la ley, pues consideró que restringía desproporcionadamente la libertad de contratación de los ciudadanos defendida por la XIV Enmienda. La sentencia decía como sigue:

“No creemos que esta ley tenga un fundamento razonable. Creemos, por el contrario, que esta ley, supuestamente adoptada en ejercicio de la competencia estatal de policía y destinada, según se dice, a proteger la salud de ciertos trabajadores, excede de dicha competencia y por tanto no es válida. No es, en el sentido correcto de la palabra, una ley de sanidad, sino que representa una injerencia ilegítima en los derechos de los

ciudadanos (tanto patrones como trabajadores) a pactar sus horarios de trabajo como mejor les convenga. Leyes como esta, que limitan las horas que los adultos con plena capacidad pueden trabajar para ganarse la vida, no son sino intromisiones ilegítimas en los derechos de los ciudadanos”¹⁷¹.

En este caso, a pesar de que se emitieron varias *dissenting* opinions, destacó la del juez Holmes la misma que ha sido considerada como la más trascendente de todas las que él tuvo a cargo (lo cual tiene un gran valor tratándose del juez que es reconocido por muchos como el más grande *dissenter* de la historia judicial norteamericana). El juez Holmes indicaría que:

“Lamento sinceramente no poder estar de acuerdo con la decisión de este caso y creo que es mi deber expresar mi disconformidad. Este caso se ha decidido en base a una teoría económica que una gran parte del país no comparte. Si lo que estuviera en cuestión fuese mi acuerdo con esa teoría desearía estudiarla más a fondo antes de formarme una opinión. Pero no entiendo que sea ese mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de una mayoría a plasmar sus opiniones en el Derecho”¹⁷².

A continuación en su *dissent*, Holmes rechazaría el hecho de que la opinión mayoritaria optara por una teoría económica (la teoría del *laissez-faire*) y sobre la base de ella protegiera la libertad de contratación. Por el contrario, señaló que es válido que una opinión dominante en cierto momento de la historia proponga nuevas políticas sustentadas en otras teorías económicas siempre que no infrinjan los principios

¹⁷¹ Lochner vs. New York, 198 U.S. 45 (1905). Traducción tomada de: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio. Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 182.

¹⁷² Traducción tomada de: ARJONA SEBASTIÀ, César. Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes. Madrid: lustel, 2006, p. 78.

fundamentales que rigen a la sociedad norteamericana. De forma tal, concluía Holmes, una persona razonable puede considerar adecuada la restricción de horas de trabajo pues la encuentra beneficiosa para la salud pública, demostrando así su legitimidad. A través de dicha opinión el juez Holmes confirmaría su apuesta por los valores libertarios y la defensa por los postulados del realismo legal que proponía ajustar la interpretación de los valores constitucionales a las necesidades sociales.

Este caso sería el primero en la historia judicial norteamericana en que un *dissent* lograría convertirse en opinión mayoritaria. Por ello, a partir de este *dissent*, nace en el ámbito jurídico norteamericano una gran valoración por las bondades de esta figura jurídica, ya que “se confirma la capacidad de las *dissenting opinions* para operar como un poderoso instrumento de cambio en el derecho”¹⁷³.

b) Plessy vs. Ferguson

Otro destacadísimo ejemplo es el del *dissent* emitido por el juez Harlan en el caso Plessy vs. Ferguson, en razón de que sería el punto de partida para un importante cambio jurisprudencial luego de sesenta años que acabaría con la política conocida como “separados pero iguales” (*separate but equal*), la misma que permitía la segregación racial en las escuelas de Estados Unidos.

En dicho caso el señor Plessy reclamó ante la Corte Suprema contra una ley del Estado de Louisiana que establecía que en los trenes de transporte de personas habrá vagones separados para la raza blanca y la raza negra, sosteniendo una violación a las Enmiendas XIII y XIV de la Constitución. La sentencia fue resuelta siete votos contra uno, y en ella se desestimó el reclamo de Plessy bajo el entendido que dicha ley no vulneraba las mencionadas enmiendas. Se dijo respecto a ello que:

¹⁷³ PALMER, Ben. “Supreme Court of the United States: Analysis of Alleged and Real Causes of Dissents”, en: American Bar Association Journal, vol. 34, 1948, pp. 680-681.

“Es claro que el objetivo de la enmienda fue, sin duda ninguna, establecer la absoluta igualdad ante la ley entre las dos razas. Sin embargo, conforme a la naturaleza de las cosas, no se pretendía eliminar las distinciones basadas en el color de la piel, ni establecer la igualdad social –diferenciada de la igualdad política- o la mezcla de razas en términos que no dejarían satisfechas ni a una ni a otra. Las leyes que consientan, o incluso que obliguen a la separación entre las razas, en lugares que puedan estar en contacto, no implican necesariamente la inferioridad de una respecto de otra”¹⁷⁴.

Ante dicha postura mayoritaria, el juez Harlan emitiría un voto particular en el sentido siguiente:

“Los blancos se consideran la raza dominante en este país. Ello es cierto, en términos de prestigio y de éxito social, de educación, de riqueza y de poder. [...]Pero a ojos de la Constitución y a los de la Ley en este país no hay una raza superior a las otras, ni que la domine o las dirija. No tenemos un sistema de castas. La Constitución no tiene ojos para el color de la piel, y ni conoce ni tolera clases o diferencias entre los ciudadanos. En materia de derechos civiles todos los ciudadanos son iguales ante la Ley”¹⁷⁵.

Sin duda, es posible apreciar el alto valor ético y moral contenido en dicho voto que expresa una visión sustantiva del derecho a la igualdad y que, en ese momento, fue subordinada por la mayoría de jueces a una visión meramente formal. El hecho de que en el futuro la Corte Suprema haya terminado dando la razón a Harlan (en el afamado

¹⁷⁴ Estados Unidos, Corte Suprema, Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 53 (1896). Traducción tomada de: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio. Op. Cit., p. 166.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 170.

caso *Brown vs. Board of Education*¹⁷⁶) no es muestra sino de la grandeza de dicho *dissent* que, adelantándose a su tiempo, protestó contra una mayoría que legitimó la discriminación racial en una sociedad supuestamente libre e igualitaria. Thomas Knight ha calificado esta opinión de Harlan como “la más importante de sus *dissenting opinions*, pero también como una de las más importantes jamás emitidas en cualquier corte de justicia”¹⁷⁷.

c) *Furman vs. Georgia*

En este caso se trataba de tres personas de raza negra condenadas a pena de muerte por distintos delitos (asesinato y violación) cometidos en los Estados de Texas y Georgia. Se cuestionaba la constitucionalidad de la pena de muerte como tal de cara a las Enmiendas IV y VIII, así como las leyes penales que regulaban el proceso penal para la aplicación de esta pena por considerarlas en extremo laxas e indeterminadas¹⁷⁸. El caso fue resuelto cinco votos contra cuatro, con una peculiaridad adicional: hubo nueve votos particulares, es decir, la mayoría quedó conformada por cinco votos que coincidían en la parte resolutive pero no en los argumentos. En la sentencia no se llega a declarar inconstitucional la pena de muerte, sino únicamente las leyes que regulaban aspectos procesales y procedimentales, dejando el debate abierto hasta el día de hoy.

Nos vamos a referir al voto del juez Brennan (que conformó la mayoría, por lo que técnicamente, su voto constituye una *concurring opinion*), porque creemos que en ella se expresa con razones jurídicas, mejor que en el resto de votos, una preocupación

¹⁷⁶ Si bien en el caso *Brown vs. Board of Education* se establece un nuevo precedente en el sentido planteado en el *dissent* del juez Harlan, a lo largo de su contenido no se hace referencia expresa alguna. Ello no ha impedido que se reconozca al *dissent* como el punto de origen del afamado *overruling*.

¹⁷⁷ KNIGHT, Thomas. “The dissenting opinions of Justice Harlan”, en: *The American Law Review*, vol. LI, 1917, p. 499.

¹⁷⁸ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio. Op. Cit., p. 390.

vigente en nuestro tiempo como es el repudio moral causado por la vigencia y aplicación de la pena capital.

“En el fondo la prohibición de castigos crueles e inusuales se refiere a castigos inhumanos e incivilizados. El Estado, incluso cuando ejerce el *ius puniendi*, debe tratar a los ciudadanos respetando su esencia de seres humanos. De manera que un castigo es cruel e inusual (en el sentido de la Enmienda VIII) cuando no respeta la dignidad humana. [...] Por ello la condena a la pena capital es cruel e inusual, y los Estados no pueden establecerla para castigar a los delincuentes. En lugar de seleccionar arbitrariamente a un puñado de criminales que van a ser ejecutados cada año, los Estados los condenarán a la cárcel [...]”¹⁷⁹ (agregado nuestro).

Y aunque es cierto que esta postura no ha sido reconocida como doctrina mayoritaria y el debate actual todavía dista mucho de llegar a un consenso semejante, se establece un punto de partida de gran calidad argumentativa hacia la abolición de la pena de muerte en consonancia con un irrestricto respeto por la dignidad del ser humano.

Finalmente, cabe recordar que el estudio del rol que desempeñan los *dissents*, sus alcances y limitaciones, en el derecho norteamericano, comprende una extensión muy superior a la que puede ser asignada en esta investigación. No obstante, dada su relevancia, será inevitable recurrir a lo largo del trabajo a algunos ejemplos acaecidos en él.

1.1.2. Otros países del *common law*

¹⁷⁹ Estados Unidos, Corte Suprema, *Furman vs. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). Traducción tomada de: *Ibíd.*, pp. 399-401.

Las *dissenting opinions*, como venimos señalando, son una posibilidad natural del juez en los sistemas del *common law*, y corresponde, por autonomía de las cortes, la regulación de sus aspectos procedimentales, de ahí que no resulte extraño que las normas que regulan su funcionamiento no establezcan si están permitidos o no, como sucede en los ordenamientos del sistema jurídico europeo-continental.

En cuanto a la Corte Suprema de Canadá, órgano máximo de jurisdicción constitucional de dicho país, la *Supreme Court Act* establece las reglas procedimentales para la emisión de *dissenting opinions*¹⁸⁰. Existe una intensa práctica discrepante, según estudios estadísticos del periodo 1982-2007, cada juez de los veintiséis ha participado en promedio en 243,8 casos en que se han emitido sentencias divididas, es decir en las que ha existido una minoría discrepante¹⁸¹.

Por otra parte, la *High Court* de Australia, que no es sólo la máxima instancia en materia constitucional sino también en controversias privadas, posee una larga tradición en el uso de las *dissenting opinions* especialmente luego de que el sistema judicial australiano separase a la Cámara de los Lores inglesa como última instancia de revisión a mediados del siglo pasado. De esta forma, encontramos, por ejemplo, que en el periodo

¹⁸⁰ Ley de la Corte Suprema, "Procedimiento judicial: 26. (1) Una decisión judicial de la Corte Suprema debe ser tomada:

- (a) Frente a toda la corte; o
- (b) Depositando con el Secretario, por cada juez que ha conocido el caso, una opinión escrita, una copia, firmada por el juez, de la opinión escrita con la que el juez concurre o un comunicado certificando la concurrencia del juez.

Opinión de juez ausente: 27. [...] (3) Un juez que ha conocido un caso cuya decisión está siendo tomada según lo prescrito por el párrafo 26(1)(b) y que no ha escrito una opinión propia, puede firmar y depositar con el Secretario una copia de la opinión con la que el juez concurre o una comunicación certificando la concurrencia con una opinión".

El texto completo de la ley se puede ubicar en la página web: <http://www.scc-csc.gc.ca/>, visitada el 3 de junio de 2011 a las 11:11am.

¹⁸¹ CLAIRE BELLEAU, Marie & JOHNSON, Rebecca. "Judging gender: difference...", Op. Cit., p. 64.

1981-2003 de los 1199 casos conocidos por la Corte en 535 se emitieron *dissents*; del total de casos señalado, 234 trataron asuntos constitucionales y de ellos 118 contuvieron al menos una *dissenting opinion*, lo cual confirma que en controversias de tipo constitucional es más alta la probabilidad de disentir, al menos en el sistema australiano¹⁸².

Distinta es la situación en Inglaterra, en donde se mantiene el sistema tradicional de las *seriatim opinions* en la Cámara de los Lores (que hace las veces de una Corte Suprema en dicho país) en el que cada juez declara su opinión en la vista oral. En tal sistema, las *dissenting opinions* no encuentran lugar porque al no existir una opinión mayoritaria (sino varias opiniones separadas) carecen de objeto con el que discrepar. Sin embargo, es un proceso transparente ya que los votos de los jueces son públicos.

Se conoce que durante un breve periodo (1756-1788) se trató de imponer en este país la unanimidad de las decisiones por parte del que había sido nombrado *Chief Justice*, William Murray, conocido como Lord Mansfield. Su objetivo fue dotar de predictibilidad a las decisiones judiciales con la intención de favorecer el intercambio mercantil. Al cabo de su mandato, no obstante, el peso de la tradición traería de vuelta la práctica de las *seriatim opinions*¹⁸³. Que el *dissent* no haya logrado radicar en la tradición inglesa es algo que se atribuye también a la evolución del derecho en este país que ha prescindido de una Constitución escrita, es decir de una carta fundamental sujeta a la interpretación de los tribunales¹⁸⁴.

¹⁸² LYNCH, Andrew. "Does the High Court disagree more often in constitutional cases? A statistical study of judgment delivery 1981-2003", en: *Federal Law Review* 485, Vol. 33. Australia: 2005, pp. 497-498.

¹⁸³ HENDERSON, Todd. "From *seriatim* to consensus and back again", Documento de trabajo N° 186, Law School University of Chicago: Abril 2008, pp. 7-15.

¹⁸⁴ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 37.

Finalmente, algunos de los países escandinavos han sido también inspirados por la tradición inglesa en el sentido de la publicidad de las opiniones:

“En Suecia y Finlandia los jueces están habilitados para declarar públicamente su disentimiento con su correspondiente motivación. Noruega siempre había seguido el sistema del voto secreto, pero en 1864 lo cambió por el descrito para la Cámara de los Lores británica. Y en Dinamarca, una ley de 1937 permitía indicar en las sentencias la posición de las opiniones contrarias, pero no figuraba ni el resultado de la votación ni el nombre de los jueces en minoría, en tanto que una nueva disposición de 1958 permite también la especificación de los nombres de los jueces disidentes”¹⁸⁵.

1.2. Países del *Civil Law*

En oposición al *common law*, en esta familia jurídica el voto particular o voto separado (por utilizar términos más generales) no aparece de un modo natural, de hecho, puede afirmarse, *a priori*, que es incompatible. El derecho continental europeo ha sido fuertemente influenciado por la corriente de pensamiento durante la época napoleónica, en la que predominó la formación de autoridades despersonalizadas que expresaban la voluntad única de la ley y en donde los jueces históricamente nacieron como funcionarios públicos. Por ello, en dicha tradición los jueces tienden a formar una burocracia o corporativismo judicial, predominando el sentido colectivo antes que el individual. En un contexto semejante, el voto separado se presenta como una amenaza a la certeza del derecho, y por lo tanto, a la mismísima autoridad jurisdiccional.

¹⁸⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 52.

No obstante, el acercamiento entre estas familias jurídicas (al que nos hemos referido *supra*), acentuado en experiencias de jurisdicción constitucional, ha producido una importación de esta figura jurídica a países de tradición romano-germánica. Como veremos, dicho fenómeno ha sido bastante frecuente aunque no total.

1.2.1. España

En España se reconoce como el antecedente más remoto del voto particular el que se encuentra en las Ordenanzas de Medina de 1489, que sin embargo señalaba que las disidencias no contenían ningún tipo de fundamentación ya que sólo se hacía constar la existencia de la discrepancia. Luego, por casi cuatro siglos se practicaría el secreto de las deliberaciones por influencia del derecho canónico, hasta llegar a las leyes de Enjuiciamiento Civil (1881) y de Enjuiciamiento Criminal (1882), que posibilitaba los votos particulares pero que todavía carecía de una característica importante como la publicidad. Finalmente, el intento histórico más audaz de incorporación del voto particular, por incluir la publicidad de los fundamentos de éste, se daría con la Ley sobre ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (1888), que ante los temores de politizar y/o debilitar la judicatura sería rápidamente reformada en 1894¹⁸⁶.

En el terreno constitucional, en el Anteproyecto de la Constitución de 1978 no se hacía referencia al voto particular en el Tribunal Constitucional debido al resquemor generado como consecuencia de la experiencia de su antecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, en que se había hecho abuso del voto particular utilizándose con fines partidistas, lo que contribuyó a la indeseable politización del órgano¹⁸⁷. No obstante, fue la enmienda propuesta por el parlamentario Gregorio Peces-Barba la que incorporaría,

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., pp. 415-422. Véase también: CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit. 63-72; y, LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., pp. 163-169.

¹⁸⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). Manual de Derecho Constitucional. Cuarta edición, España: Tecnos, 2009, pp. 315 y ss.

sin vuelta atrás, la figura del voto particular en la Constitución de 1978; sustentaba su enmienda del modo siguiente:

“Este reconocimiento y publicación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes representadas por los votos particulares”¹⁸⁸.

De esta forma, en España la denominación difundida sería la de votos particulares. Es uno de los pocos países en que se reconoce por medio de una norma constitucional, la posibilidad de que los jueces del Tribunal Constitucional emitan este tipo de pronunciamientos, así, el artículo 164 inciso 1 de la Constitución española señala que “las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere”.

Se deja a la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, norma más flexible a efectos de su modificación, algunos aspectos procedimentales tales como la oportunidad, los límites materiales de su contenido y el tipo de decisiones al que alcanza, de esta forma, el artículo 90.2 de dicha norma indica:

“El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o resoluciones”.

¹⁸⁸ CASCAJO CASTRO, José Luis. Op. Cit., p. 1797.

También es de importancia, por ser de aplicación supletoria al Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, en la que se regula específicamente varios aspectos del voto particular tales como la necesidad del juez disidente de firmar la opinión mayoritaria, las partes que debe contener, entre otros. De esta forma, en el artículo 260 de la mencionada norma se señala:

“1. Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría, pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme.

2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las parte junto con la sentencia aprobada por mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella.

3. También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos decisorios de incidentes”.

En cuanto a la práctica de los votos particulares en España, desde el lado cuantitativo, podemos decir que ha sido un instrumento utilizado con cierta prudencia alcanzando el promedio de 16,5% de sentencias con votos particulares del total emitidas durante los años 2000-2006¹⁸⁹.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., p. 436.

Desde el lado cualitativo, la práctica del voto particular ha sido evaluada positivamente por algunos, recalcando el hecho de que se haya utilizado con prudencia, manteniendo la brevedad y accesoria sin sobrecargar el contenido de la motivación, y haya contribuido, de esta forma a mejorar su calidad¹⁹⁰. La proveniencia del ámbito académico de casi la totalidad de los jueces que integran el Tribunal Constitucional español parece haber contribuido a este objetivo¹⁹¹. Asimismo, el análisis de coincidencias entre magistrados demuestra que no se han formado “grupos de opinión” ni “tendencias organizadas” que puedan politizar la labor del Tribunal¹⁹². Finalmente, se ha indicado también que “la buena reputación de la que goza el Tribunal Constitucional tiene que ver con su estilo didáctico y sobre todo al modo en que cada juez ha interpretado su propio rol”¹⁹³.

Sin embargo, algunos han visto el transcurrir del voto particular en España de modo menos optimista, indicando que:

“[El voto particular] -dice Fernández Segado- ha tenido por todo ello una vida monótona, lánguida incluso, en nuestro país, tanto desde la óptica de su tratamiento doctrinal, como desde la perspectiva de su praxis, lo que ha redundado en el grisáceo tratamiento del instituto, y en su mínimo, por no decir nulo, impacto sobre la opinión pública. Estamos, en definitiva, ante un instituto procesal indiscutido, aunque carente de atractivo. Alguna

¹⁹⁰ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 157.

¹⁹¹ Ídem.

¹⁹² Ibíd., pp. 216-217.

¹⁹³ Ibíd., p. 225.

responsabilidad de ello recae, como es lógico, en los, por lo general, grisáceos disidentes jueces constitucionales españoles”¹⁹⁴.

Por nuestra parte, coincidimos con la observación acerca del escaso debate doctrinal que este tema ha suscitado (probablemente debido a su pacífica recepción legislativa, a diferencia de Italia), aunque creemos que el poco entusiasmo que denota el autor al hablar sobre la praxis del voto particular en España se debe a que se estaría comparando frente al reflejo norteamericano, lo que sin dejar de ser legítimo, peca, a nuestro juicio, de excesiva ambición ya que en dicho ámbito la tradición es largamente superior que en el resto de países por varias razones ya expuestas.

Seríamos más moderados, dentro de nuestro limitado conocimiento jurisprudencial español, al calificar la experiencia española, tomando en cuenta los intensos y muy interesantes debates que han suscitado temas como el derecho a la vida¹⁹⁵, la objeción de conciencia¹⁹⁶, la participación política a través de partidos¹⁹⁷ y la configuración del estado autonómico español¹⁹⁸; asimismo, podemos tomar uno de los pocos ejemplos, la sentencia 25/1981 del Tribunal Constitucional en que una posición minoritaria sobre la legitimidad para la interposición de recursos de inconstitucionalidad terminaría en un cambio en la jurisprudencia a través de la sentencia 199/1987¹⁹⁹.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional... Op. Cit., p. 415.

¹⁹⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., pp. 131-145.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 149-159.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 214-226.

¹⁹⁸ Ver: España, Tribunal Constitucional, STC N° 31/2010, 28 de junio de 2010. Asimismo, véase un estupendo análisis de esta sentencia a partir de sus votos particulares: ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario. “El estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio”, en: Teoría y Realidad Constitucional, N° 27, 2011, pp. 315-344.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Los *overruling* de...”, Op. Cit., pp. 39-40. Éste y otros ejemplos más en la misma obra.

1.2.2. Alemania

En Alemania, la vigente Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichts – Gesetz, BVerfGG*) permite la emisión de una *dissenting opinion* o *Sondervotum*, denominación correspondiente en dicho ordenamiento. El artículo 30 inciso 2 de dicha norma señala:

“Un juez que sostiene una opinión discrepante sobre la decisión o los argumentos durante la deliberación debe dejar constancia de ello en un voto separado; dicho voto debe ser anexado a la decisión”.

Asimismo, a través del Reglamento general del Tribunal (1986) se regula el procedimiento. Entre las cuestiones resaltantes de estos aspectos procedimentales podemos rescatar dos: primero, que se establece un plazo de tres semanas para emitir el *dissent* y, segundo, que existe una obligación del juez de anunciar su deseo de presentar un disenso al momento de la deliberación.

El *dissent* fue introducido primero en algunos *Länder*, específicamente Baviera y Bremen, antes de hacerse lo propio en el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán²⁰⁰. Efectivamente, en la Ley del TCF alemán de 1951 no se encontraban previsiones respecto al *Sondervotum*, esto a pesar de los serios intentos que se hicieron para incorporarlos a través de algunos proyectos de ley, desde la doctrina, pero, sobre todo, a iniciativa de los propios jueces ordinarios y constitucionales²⁰¹. Sin embargo, iba a ser la práctica judicial uno de los factores determinantes para su definitiva incorporación, sobre la base del argumento sostenido por un sector de la doctrina acerca de que, al no estar expresamente prohibido por el ordenamiento, un juez podía

²⁰⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del *Sondervotum*...”, Op. Cit., pp. 85-86.

²⁰¹ Ídem, pp. 90-99.

hacer uso de éste cuando creyera conveniente, reconociendo prácticamente un “derecho a disentir”²⁰².

Podemos mencionar tres antecedentes que sustentan lo afirmado. En primer lugar, el pronunciamiento del TCF alemán sobre el Tratado Europeo de Defensa en 1952, en el que se cuestionaba si era compatible con la Constitución alemana la participación de alemanes en fuerzas militares internacionales. En medio de un clima álgido de controversia política que involucraba al poder legislativo, al presidente federal y al gobierno alemán, el TCF decidió publicar el resultado de la votación interna de los jueces, anulando el aún vigente acuerdo sobre el secreto de dichas votaciones. Poco tiempo después, uno de los jueces, Willi Geiger, incluso haría pública su *dissenting opinion*, lo que supondría, como es notorio, un duro golpe al secreto de las votaciones²⁰³.

En segundo lugar, en 1954 se suscitó un conflicto constitucional a causa de una norma aprobada por el *Land* de Baja Sajonia en educación pública que supuestamente incumplía el Concordato firmado por el *Reich* y la Santa Sede en 1933, por medio del cual se garantizaba la creación de escuelas públicas católicas en Alemania. Dicha controversia, que había generado gran interés en la opinión pública alemana, dividió a los jueces del TCF, pese a ello, la institución emitiría un forzado pronunciamiento unánime rechazando la inconstitucionalidad de esta norma. Al analizar la sentencia, diversos juristas dieron cuenta de las contradicciones existentes en relación a los argumentos, dando a pie a un pedido legítimo para que se permitiesen los *Sondervoten*²⁰⁴.

²⁰² Ídem, pp. 92-93.

²⁰³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., pp. 404-405.

²⁰⁴ Íbid., p. 405.

En último lugar, la sentencia que influiría de manera decisiva en la incorporación del *Sondervotum* en el ordenamiento alemán se produciría con ocasión de un recurso de queja constitucional presentado por el semanario *Der Spiegel* por supuestos actos de secuestro y requisa como represalia por haber violado supuestamente secretos de Estado. La sentencia se emitiría el 5 de agosto de 1966 rechazando el recurso interpuesto pese al empate a cuatro votos entre los jueces integrantes de la Sala. En la sentencia se establecieron expresamente los argumentos a favor y en contra sin indicar los nombres de los jueces. Luego de esta decisión, el TCF alemán tomaría la decisión (1967) de que los resultados de las votaciones se publicaran siempre que el órgano lo considere oportuno, “abriendo de par en par” las puertas del *dissent*²⁰⁵.

Antes que el Tribunal cumpla dos décadas de subsistencia, a través del proyecto de ley que presentaba reformas para este órgano, se aprobó la posibilidad de los magistrados constitucionales de emitir los *Sondervoten*, fue el 2 de diciembre de 1970, por unanimidad, y entró en vigor el 25 del mismo mes²⁰⁶, con la siguiente regulación del artículo 30.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán:

“Un juez puede emitir su propia opinión disidente en relación a los fundamentos o al resultado de la sentencia, durante la deliberación, y dejar constancia de ello en un voto separado; el voto separado debe ser anexo a la sentencia. En sus decisiones las Salas pueden establecer el número de votos a favor y en contra. Los detalles deben regularse en el Reglamento”.

El número de votos singulares emitidos en el TCF alemán es reducido, llegando a afirmarse que el *Sondervotum* tiene un carácter excepcional. Apenas entre 6% y 7% oscila el porcentaje de votos disidentes en relación al total de casos que resuelve el

²⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del *Sondervotum*...”, Op. Cit., p. 94

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 100.

tribunal²⁰⁷, presentándose únicamente en casos de controversia político-social y elevado interés público, y sólo excepcionalmente en materia de interpretación del derecho propiamente²⁰⁸.

Pese a los datos cuantitativos, la práctica del *dissent* ha sido evaluada positivamente por gran parte de la doctrina. En resumen, se ha afirmado que los *Sondervoten* elevan los estándares democráticos de la función jurisdiccional constitucional, consolidan la independencia y libertad de los jueces, contribuyen al dinamismo de la jurisprudencia y el derecho, y fomentan el debate científico jurídico²⁰⁹. No han faltado opiniones contrarias que defienden la superfluidad de los *Sondervoten*, sin embargo, se trata, como repetimos, de opiniones minoritarias²¹⁰.

1.2.3. Italia

En la tradición jurídica italiana ha sido probado que el predominio histórico del principio del secreto de las deliberaciones en la judicatura debe ser relativizado en la medida que en la Italia pre-unitaria había un acercamiento a la tradición inglesa (*seriatim opinions*)²¹¹. Asimismo, existen antecedentes a partir de las ya mencionadas Ordenanzas de Medina (1489) que rigieron también en la región napolitana, y durante el

²⁰⁷ RÖRIG, Maria Theresia. Op. Cit., p. 2.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p.7.

²⁰⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del *Sondervotum*...”, Op. Cit., pp. 111-116.

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 110.

²¹¹ Véase al respecto: GORLA, Gino. Citado por: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., pp. 440-442. Véase también: CASSESE, Sabino. Op. Cit., p. 10.

siglo XVIII, se conocen antecedentes en el Ducado de los Este (o Estense) y en el Gran Ducado de Toscana²¹².

Sin embargo, en la actualidad, la Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*) de Italia no permite que los jueces constitucionales emitan *opinioni dissenzienti* (denominación equivalente en lengua italiana) porque rige el principio de colegialidad en su sentido más formal. Se ha buscado proteger una imagen de unidad de la Corte haciendo posible que una única opinión sea la expresada por ésta. Ello, no obstante, se trata “del país donde el debate ha sido más intenso y los intentos de reconocimiento de la institución más constantes y con menos éxito”²¹³, similar a lo ocurrido en Alemania antes de la aprobación del *Sondervotum* en 1971.

Entre los debates surgidos en relación a este instituto se han presentado los temas sobre su no reconocimiento por la Constitución (¿qué significa ello: que está prohibido o que, al no estar prohibido, está permitido?)²¹⁴, la técnica normativa más idónea para su introducción (¿es necesario una norma de carácter legal emitida por el Parlamento, basta una norma de carácter reglamentario o, incluso menos, bastaría la puesta en práctica por los jueces, a modo de creación pretoriana?)²¹⁵, y, por supuesto, sobre la conveniencia de incorporarla de cara a la jurisdicción constitucional.

Pese a todo ello, e incluso varios intentos serios a través de proyectos legislativos, no se ha podido dar ley alguna que acepte la incorporación del *dissent* al ordenamiento constitucional italiano. La razón a la que obedecía esta férrea prohibición

²¹² Ídem.

²¹³ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. El Voto Particular. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1990, p. 74.

²¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., pp. 443-447.

²¹⁵ *Ibíd.*, pp. 465-469.

era razonable, según algunos, al momento de implantarse, pero en la actualidad parecería innecesaria. En ese sentido anota Romboli que:

“[...] el carácter de secreto de la reunión plenaria fue aprobado por la Corte constitucional con el fin de aumentar la fuerza moral de las decisiones constitucionales y su grado de aceptación por parte de los destinatarios de las mismas, en un momento en el cual ésta se insertaba, como órgano completamente nuevo y desconocido, en un ordenamiento hasta entonces fundado principalmente sobre el principio de legalidad y en el que debía representar el nivel diferente de la constitucionalidad. [A cuarenta años de vida de la Corte] creo que se puede afirmar con una cierta seguridad que no subsiste ninguna necesidad de reforzar la fuerza moral de sus decisiones a través de la “ocultación” de eventuales diferencias presentes dentro del juez de las leyes”²¹⁶.

Contrariamente a este pensamiento, la prohibición persiste en la actualidad sobre la base, entre otros, del mismo argumento de unidad y de colegialidad. No haremos ahora un recuento del resto de argumentos. Simplemente, a modo de ejemplo, citamos a Gustavo Zagrebelsky, eminente jurista italiano y ex-presidente de la Corte Constitucional, quien presenta su concepción casi mística de la sala de deliberaciones (*camera di consiglio*) denotando escepticismo en relación al instituto:

“La sala de deliberaciones, más que un lugar físico, es así también y sobre todo un espacio espiritual: el espacio de la unidad que de quince [jueces] hace uno o, mejor usando una metáfora clásica, una “persona grande” [...]

²¹⁶ ROMBOLI, Roberto. “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteadas en vía incidental”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 48, Madrid: 1996, p. 48.

es un lugar de encendidas discusiones, incluso de enfrentamientos. Pero no deben dejar huella”²¹⁷.

Este autor considera que la unanimidad fortalece la decisión de la Corte porque la división que existe entre los jueces, y que eventualmente saldría a la luz pública, revelaría preferencias personales y opciones de oportunidad que la Constitución no podría amparar sin mellar su autoridad²¹⁸. De esta forma, concluye Zagrebelsky:

“La posibilidad (negativa) es que la opinión disidente sea instrumento de enfrentamiento entre personalidades que se sitúan a sí mismas delante de la “cosa”, es decir, la jurisprudencia que debería construirse coralmente. [...] esta despersonalización de los jueces y esta impersonalidad [producida por la prohibición de publicar las posiciones individuales] es lo que se quiere que sea la colegialidad”²¹⁹.

Presentadas algunas preocupaciones actuales en relación al tema en Italia, debemos decir, finalmente, que existe un amplio consenso a nivel doctrinal acerca de los beneficios que significaría el incorporar los *dissents* en la Corte Constitucional, pero, como hemos visto, dicho consenso no ha podido trasladarse al ámbito político de manera que una decisión legislativa sea tomada. Esta incompatibilidad ha sido traducida en hechos tales como la emisión de sentencias con argumentaciones confusas (debido a que algunos jueces, en principio disidentes, han debido incorporar algunos de sus

²¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos..., Op. Cit., p. 17. El jurista italiano ha variado, o cuanto menos moderado, su posición en este último texto pues con anterioridad se había manifestado favorable a la incorporación de la *dissenting opinion* en la *Corte Costituzionale*, véase al respecto: Ponencia en el seminario celebrado en el *Palazzo della Consulta* de Roma los días 5 y 6 de noviembre de 1993 en: L’opinione dissenziente, a cura di Adele Anzon, Giuffrè editore, Milano, 1995, pp. 155 y ss. Asimismo, “La pratique des opinions disidentes en Italie” en: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 8, Octubre 1999/febrero 2000, pp. 29 y ss.

²¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. Op. Cit., pp. 46-47.

²¹⁹ *Ibíd.*, pp. 65-66.

argumentos en la opinión mayoritaria en aras de preservar la colegialidad), y, peor aún, en que en muchas ocasiones las opiniones disidentes hayan salido a la luz pública *de facto*, por ejemplo a través de investigaciones periodísticas u otros²²⁰.

1.2.4. Otros países europeos

En Francia, el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) no admite la institución del *dissent*, recogiendo una antigua tradición impuesta por una Ordenanza de Felipe VI (1344). Ya desde aquel entonces, y por diversas razones, la regla del secreto de las deliberaciones tomó gran importancia con el transcurso del tiempo, llegando incluso a imponerse multas en casos de violación. Luego de la Revolución, la desconfianza en los jueces permitiría que se hiciera pública tanto la deliberación como la votación judicial en el entendido que ello otorgaría mayor control sobre su actividad, sin embargo, esta publicidad originaría “escenas indignantes”, por lo que fue abolida nuevamente por la Constitución de 1795, y no volvería a ser cambiada²²¹.

En la Ley Orgánica del Consejo Constitucional (*Loi Organique sur le Conseil Constitutionnel*) podemos encontrar previsiones contrarias al instituto, que en su artículo 3 indica que:

“[Los miembros del *Conseil*] juran fielmente y de buena fe cumplir sus funciones, ejercerlas con total imparcialidad dentro del respeto a la Constitución, guardar el secreto de las deliberaciones y de los votos, y no tomar ninguna posición pública [...]”.

²²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., pp. 461-462.

²²¹ NADELMANN, Kurt. Op. Cit., pp. 422 - 423.

Es decir, se ubica al deber del secreto de las deliberaciones y de los votos junto al deber de cumplimiento de las funciones dentro de los límites de la Constitución, nada menos, lo cual representa la decidida apuesta de dicho ordenamiento por no permitir la emisión de votos singulares. Dicha prohibición existe también en otros países tales como Holanda (Ley Judicial de 1827), Luxemburgo y Bélgica debido a la influencia francesa durante la ocupación napoleónica²²².

Sucede lo mismo en Austria, donde el *dissent* no está permitido “ya que la ley sobre la Corte Constitucional se limita a establecer que los resultados de las votaciones, los nombres de los miembros que se han expresados a favor o en contra de una propuesta [...] sean publicados en un registro especial”²²³. Sin embargo, existe en el Reglamento interno del Tribunal constitucional austríaco de 1946 (*Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes*) una previsión “que en alguna medida podría equipararse a una suerte de opinión disidente interna”²²⁴. Dicho precepto establece la posibilidad de expresar los fundamentos de las disidencias cuando las hubiera pero debido a que no permite la publicidad de las opiniones no puede hablarse propiamente de *dissenting opinions*²²⁵.

Por el contrario, en Portugal, la Ley sobre organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional de 1982 (*Organizaçao, funcionamento e proceso do Tribunal Constitucional*), atribuye a los jueces constitucionales el derecho a formular un “voto de vencido”²²⁶. El ex-vicepresidente del Tribunal, Nunes de Almeida,

²²² CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 50.

²²³ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., pp. 35-36.

²²⁴ Véase al respecto: ÖHLINGER, Theo y HIESEL, Martin. Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, band I: Verfassungsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearbeitete Auflage (2da edición revisada de modo completamente nuevo) Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2001, 629-641. Citados por: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., p. 480.

²²⁵ Ídem.

²²⁶ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 56.

ha considerado que entre los beneficios que ha reportado el *dissent* en las deliberaciones del Tribunal es que se ha logrado hacer más sólida la argumentación jurídica de las sentencias de manera que pueda hacer frente a la expuesta en el voto de vencido²²⁷.

En Yugoslavia la Constitución de 1974 en el artículo 391.2 se establece de modo específico el derecho-deber de todo juez del Tribunal Constitucional de emitir una opinión disidente, esta incorporación venía precedida por la regulación que permitía el instituto en el artículo 68.2 de la Ley del Tribunal Constitucional de Yugoslavia²²⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Hungría reconoce la posibilidad de que los jueces emitan junto a la sentencia su opinión disidente, ello está regulado por el artículo 26 de la Ley número XXXII de 1989 sobre el funcionamiento del mencionado tribunal. El autor Trócsanyi sostiene que los *dissents* sin llegar a ser determinantes en la jurisprudencia constitucional húngara han tenido una importancia notable en lo que se ha llamado “la constitución invisible” que comprendería todos los argumentos desarrollados en las sentencias constitucionales²²⁹.

Similar es el caso en el Tribunal Constitucional de Polonia, cuya ley sobre su funcionamiento de 1997 señala en su artículo 68.1 que “el miembro del órgano que ha de resolver que no éste de acuerdo con la mayoría de los votantes, puede, antes de la publicación de la sentencia, expresar una opinión disidente, motivándola por escrito; en la sentencia se hará mención de ella. La opinión disidente puede asimismo referirse tan sólo a la fundamentación”. De ello se desprende, por un lado que se admiten tanto las

²²⁷ NUNES DE ALMEIDA, Luis. Citado por: *Ibíd.*, p. 483.

²²⁸ *Ibíd.*, pp. 481-482.

²²⁹ TRÓCSANYI, Laszlo y HORVATH, Alexandra. La pratique des opinions dissidentes en Hongrie. Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 8, julio 2000. El documento también puede ubicarse en la página web: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>, visitada el 3 de junio a las 5 :58pm.

dissenting opinions como las *concurring opinions* (lo que ciertamente es muy difundido en el derecho comparado), y, por otro lado, que los jueces no tienen la obligación de expresar los fundamentos jurídicos cuando disientan de la mayoría bastando, en los casos que no lo consideren necesario, que exprese simplemente su deseo de disentir²³⁰.

Finalmente, en Grecia, pese a no contar con órgano que se encargue de modo específico del control de constitucionalidad, la Constitución impone el principio de la publicidad de las opiniones disidentes²³¹.

1.2.5. Países latinoamericanos

Fundamentalmente de tradición jurídica europea-continental por razones históricas²³², Latinoamérica, al igual que los países europeos, recibió la influencia del derecho anglosajón en cuanto al control de constitucionalidad, incorporando diversos elementos en sus ordenamientos jurídicos²³³. El *dissent*, como un elemento más de ese intercambio cultural, ha sido de recibo pacífico en la gran mayoría de estos países. Además, en breve opinión, Nogueira Alcalá califica como muy positiva la existencia de votos particulares disidentes en la justicia constitucional en Sudamérica²³⁴. Revisemos algunos casos.

La Corte Constitucional de Colombia permite que los jueces expresen a través de votos separados o salvamentos de voto la discrepancia con los considerandos o

²³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional..., Op. Cit., p. 484.

²³¹ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 57.

²³² TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur. Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali, 2008, pp. 71-73

²³³ NADELMANN, Kurt. Op. Cit., p. 421.

²³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 242-244.

resolución de la mayoría. Para ello, se dispondrá del plazo de cinco días desde la aprobación de la mayoría al cabo del cual deben depositar el escrito en la Secretaría de la Corte. Es en el artículo 14 del Decreto 2067 sobre el Régimen Procedimental de los juicios y actuaciones que deben seguirse ante la Corte Constitucional (1991) que se señala que:

“Las decisiones sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional. Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes. Cuando no fueran aprobados, podrán adherir a ellos los magistrados que compartan su contenido. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo. Los magistrados que aclaren o salvaren el voto dispondrán de cinco días para depositar en la Secretaría de la corte el escrito correspondiente.”

Por su parte, Venezuela establece lo que denomina el “voto salvado” en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela que en su artículo 59 indica que:

“La decisión será suscrita por todos los Magistrados que constituyan la Corte en Pleno o la respectiva Sala, al ser aprobada por la mayoría. Los Magistrados que disientan del fallo, consignarán su voto salvado dentro de las cinco audiencias siguientes a la fecha de aquél, en escrito razonado que, firmado por todos los Magistrados, se agregará a la decisión. [...] el Magistrado que no firme la decisión o que en el caso concreto, no razone su voto salvado, se presume está conforme con el voto de la mayoría”.

Una particularidad procedimental que salta a la vista es la sanción que existe por el incumplimiento de los plazos y la falta de motivación de los votos salvados, que sería la presunción de que se está conforme con la opinión mayoritaria.

Igualmente, en Chile, está permitido a los Ministros (nombre que reciben los magistrados constitucionales) del Tribunal Constitucional que discrepen de la opinión mayoritaria expresando las razones de su disidencia en el fallo, según lo indica el artículo 39 de la Ley Orgánica Constitucional de dicha institución. No hay mayor referencia a aspectos más específicos sobre el voto discrepante.

La Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia establecía, de forma similar, en su artículo 47º la posibilidad de emitir votos disidentes, indicando que el magistrado con dicha intención cuenta con un plazo de cinco días a efectos de su publicación en la Gaceta Constitucional. Sin embargo, la nueva Constitución de Bolivia de 2007 crea el Tribunal Constitucional Plurinacional (artículo 180º), cuya regulación legal se encuentra en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, promulgada el 6 de julio de 2010, en que se guarda silencio acerca de la permisibilidad de los votos disidentes. Como sabemos la falta de regulación no significa prohibición, por el contrario, creemos que es una facultad implícita, pero en el caso boliviano ello deberá corroborarse en la práctica de la institución, que a la fecha aún no entra en funciones. De cualquier forma es preocupante que la nueva regulación no establezca nada sobre la materia.

La recientemente promulgada Constitución de República Dominicana en enero de 2010 señala en su artículo 186 que: “El Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros y sus decisiones se adoptarán con una mayoría calificada de nueve o más de sus miembros. Los jueces que hayan emitido un voto disidente podrán hacer valer sus motivaciones en la decisión adoptada”. De esta forma, este estado se aleja de la política anterior del voto secreto y consagra al más alto nivel jurídico la institución del voto disidente.

Además, siguiendo a Cámara Villar, podemos afirmar que lo mismo sucede, cada uno con sus especificidades, en México (Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1884, artículo 197 de la Ley de Amparo de 1936), Argentina, Brasil

(Reglamento Interno del Tribunal Supremo Federal y otros), Cuba (Decreto número 63 de 1899), Puerto Rico (Decreto número 118 de 1899) y Uruguay (Código de Procedimiento Civil de 1878). Por el contrario, Haití sigue el sistema francés del voto secreto²³⁵.

1.3. Tribunales internacionales

1.3.1. Consideraciones generales

Una gran mayoría de tribunales internacionales ha acogido la figura de las opiniones separadas en sus prácticas de toma de decisiones judiciales. Este pacífico acogimiento se debe a que la estructura del derecho internacional encuentra una mayor afinidad con los sistemas del *common law* en los que las *dissenting opinions* despliegan al máximo su potencialidad²³⁶. En primer lugar, porque el derecho internacional como el *common law* no está codificado, por lo menos no a un alto nivel, dado que existen otras fuentes como la costumbre y los principios generales del derecho. Y en segundo lugar, en los tribunales internacionales se invocan principios no escritos o no establecidos en forma sistemática para resolver las controversias de la misma manera en que se hace en el *common law*²³⁷. Ijaz Hussain, respecto al caso específico de la Corte Internacional de Justicia, pero en argumento susceptible de generalización, concluye que: “En vista de las similitudes, las opiniones disidentes tienen el mismo rol que desempeñar en la Corte que la que desempeñan en países de tradición anglosajona; constituyen una fuente de progreso y de desarrollo del derecho internacional”²³⁸.

²³⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 47.

²³⁶ HUSSAIN, Ijaz. *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*. Netherlands: Martinlis Nijhoff Publishers, 1994, p. 7.

²³⁷ Ídem.

²³⁸ Ídem.

Debe ser tan natural la figura de los votos disidentes en el ámbito internacional que, contrariamente al derecho interno, algunos consideran que la falta de previsión expresa a nivel estatutario (tratado fundacional) permite una incorporación vía reglamentación de las cortes, sobre la base de la existencia de una norma internacional general de carácter permisivo a través del principio de igualdad de soberanía entre los estados, y en aras de la protección del derecho a la libertad de expresión de los jueces y de su independencia²³⁹. De esta forma, la independencia judicial, unida al hecho que sus decisiones, por lo general, se toman en instancia única e irrevisable y su contenido es altamente político, configuraría un auténtico derecho de los jueces internacionales a emitir votos separados²⁴⁰.

Finalmente, cabe anotar un cuestionamiento en la relación entre la independencia de los jueces, los votos separados y el fenómeno de la “encarnación del estado” en sus jueces nacionales. Este problema parte de la difundida regla de “un juez por estado” en la conformación de los tribunales internacionales. Algunos autores sostienen que los estados eligen a sus candidatos a jueces bajo consideraciones de orden estrictamente político, por lo tanto, una vez elegidos, los jueces se sienten comprometidos con los intereses estatales antes que con la justa aplicación del derecho. Surge el riesgo de que los votos separados sirvan para canalizar esta suerte de control estatal sobre sus jueces nacionales. Esta amenaza parece bastante preocupante si atendemos a las estadísticas que muestran una alta frecuencia de los jueces de votar “a favor” de su estado y una muy baja para votar “contra” éste²⁴¹.

²³⁹ MALENOVSKÝ, Jirí. “Les opinions séparées et leurs répercussions sur l’indépendance du juge international”, en: Anuario Colombiano de Derecho Internacional: ACIDI, Vol. 3, 2010, pp. 52-53

²⁴⁰ *Ibíd*, p. 41.

²⁴¹ SMITH, Adam. “Judicial nationalism” in International law: National identity and judicial autonomy at the ICJ. *bepress Legal Series. Working paper 428*, 2004. Documento íntegro en la página web: <http://law.bepress.com/expresso/eps/428/>, visitada el 9 de junio de 2011 a las 4:39pm, pp. 33-36.

No obstante compartir esta preocupación, el jurista checo Malenovský considera que no es una posibilidad válida la supresión de la posibilidad de emitir votos separados ya que existen medios alternativos menos lesivos con el derecho a la libertad de expresión y más efectivos para paliar estas dificultades como el alargamiento del mandato del juez o el aseguramiento de sus derechos sociales más allá del ejercicio de sus funciones²⁴².

1.3.2. Breve revisión en algunos tribunales internacionales

Habiendo aclarado las razones del acogimiento de las *dissenting opinions* por parte de los tribunales internacionales, y a modo de ejemplo, analizamos la regulación de esta institución en algunos de ellos.

Por el lado de los tribunales de carácter universal, podemos citar los casos de la Corte Internacional de Justicia que establece en el artículo 57 de su Estatuto (1945) que cualquier juez miembro de la Corte tiene el derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente. En desarrollo de esto, el artículo 95.2 del Reglamento de la Corte (1978) señala que: “Cualquier juez podrá, si así lo desea, agregar al fallo su opinión separada o disidente; el juez que desee hacer constar su acuerdo o disentimiento sin explicar los motivos podrá hacerlo en la forma de una declaración”.

Asimismo, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar regula en el artículo 30.3 de su Estatuto (1996) que: “Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los miembros del Tribunal, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión separada o disidente”.

²⁴² MALENOVSKÝ, Jirí. Op. Cit., pp. 65-66.

El estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) permite los votos separados para la Sala de Apelaciones, así, en su artículo 83.3 indica que: “La sentencia de la Sala de Apelaciones será aprobada por mayoría de los magistrados que la componen y anunciada en audiencia pública. La sentencia enunciará las razones en que se funda. De no haber unanimidad, consignará las opiniones de la mayoría y de la minoría, si bien un magistrado podrá emitir una opinión separada o disidente sobre una cuestión de derecho”. A partir de esta norma, en el caso de esta Corte, hay algunas pequeñas variaciones como son que las opiniones minoritarias en principio se consignan en la misma sentencia (y no van anexas a él, como es la práctica común), y que procede un voto separado o disidente solamente cuando se trate de cuestiones de derecho.

El Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio permite los votos separados pero de una forma parcial y, a nuestro juicio, insuficiente. Así, en el artículo 14.3 del Anexo 2 del Acta Final de Marrakech sobre el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, señala sobre la confidencialidad que: “Las opiniones que expresen en el informe del grupo especial los distintos integrantes de éste serán anónimas”.

Por el lado de los tribunales de carácter regional, tenemos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que también permite los votos disidentes, ya que el artículo 24 de su Estatuto (1979) ordena que se publiquen junto a la sentencia. De la misma forma, el Reglamento de la Corte (2009) indica en el artículo 65.2 sobre el contenido de las sentencias:

“Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de

la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias”.

En relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 45.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) reconoce el derecho de los jueces a formular opiniones separadas²⁴³. De un modo un poco más específico, en las Reglas de la Corte (2010) se señala en el artículo 74.2 que:

“Cualquier juez que ha tomado parte en el examen del caso por una Sala o por la Gran Sala tiene derecho a anexar a la sentencia una opinión separada, concurrente o disidente de la sentencia o una breve declaración de disenso”.

En cuanto a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se indica en el artículo 28.7 del Protocolo relativo que: “Si la opinión de la corte no representa, en todo o en parte, la decisión unánime de los jueces, cualquier juez está facultado para formular una opinión separada o disidente”.

Finalmente, el caso más dramático de oposición a los votos separados ocurre en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (nombre recientemente modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en el 2009, pues antes se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en donde no se permiten la formulación de éstos bajo ningún concepto. La razón de esta prohibición absoluta residiría en sus mismos orígenes, específicamente en el interés de los países fundadores, especialmente Francia, de que el Tribunal se fortalezca emitiendo decisiones únicas sin que puedan ser debilitadas por líneas argumentativas diversas, ya que las esperanzas en una Europa

²⁴³ Estudios estadísticos muestran que la gran mayoría de casos resueltos por esta Corte contienen votos separados, por ejemplo, en el periodo 1999-2004 las decisiones no unánimes han oscilado entre 69,5% y 84,5% del total de decisiones emitidas. Véase al respecto: WHITE, Robin y BOUSSIAKOU, Iris. “Separate Opinions in the European Court of Human Rights”, en: Human Rights Law Review, Vol. 9, Issue 1, 2009, p. 50.

reunificada y una Alemania que no vuelva a constituir una amenaza militar estaban puestas en el proyecto de integración europea²⁴⁴.

2. El voto singular en el Perú

2.1. La experiencia durante la vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales

Los votos singulares en el Perú, como referíamos en relación a Latinoamérica, han sido introducidos en el ordenamiento jurídico sin sobresaltos, es decir, sin grandes debates doctrinales ni férreas oposiciones parlamentarias, aunque ello parece responder sobre todo al desconocimiento o indiferencia de esta figura jurídica entre los legisladores. De esta manera, no resulta extraño encontrar, a nivel de la jurisdicción constitucional, que ya el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979 establecía la posibilidad de que los jueces emitan votos singulares. Era la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley N° 23385 de 1982) que en su artículo 53, título IV sobre disposiciones de los procedimientos del capítulo II, señalaba que:

“Las deliberaciones son reservadas. Los fallos se hacen públicos una vez suscritos por todos los magistrados que han intervenido. El Presidente y los Magistrados del Tribunal emiten voto singular fundamentado cuando su opinión discrepante haya sido defendida en la deliberación. Los votos singulares se incorporarán a la resolución, se notifican a las partes y se publican en el diario oficial”.

No obstante, el balance que se hace del uso de los votos particulares durante la vigencia del Tribunal de Garantías, es negativo pues significó una fuente de dispersión

²⁴⁴ MALENOVSKÝ, Jirí. Op. Cit., pp. 54-56.

en la búsqueda de una opinión colegiada²⁴⁵ convirtiéndose a los votos personales en la regla y las sentencias en excepción. Landa anota en similar sentido acerca del problema de la atomización de las votaciones:

“Al punto que durante la experiencia del Tribunal de Garantías, de quince resoluciones sobre acciones de inconstitucionalidad no se llegó a formar sentencias en cinco casos, sino solo a emitirse *pronunciamientos*. Esto debido a que se requería que la mayoría de los votos que hacía sentencia fuese uniforme”^{246 247}.

Es correcto, entonces, concluir que se abusó de los votos singulares, lo que provocó una deslegitimación del Tribunal de Garantías Constitucionales pues:

“[...] reflejó no solo el enfrentamiento entre ideologías jurídicas en el seno del Tribunal, sin llegar ninguna a triunfar, [...] sino que también expresó el carácter político conflictivo de ciertas causas –como las acciones de inconstitucionalidad planteadas contra la primera ley antiterrorista, contra la ley de los votos válidamente emitidos para la elección presidencial y contra la ley electoral del doble voto preferencial para las elecciones parlamentarias–. En cuyos casos, el Tribunal prefirió abstenerse de fallar y

²⁴⁵ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional...Op. Cit., p. 641.

²⁴⁶ Ídem, p. 641.

²⁴⁷ El artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales exigía al menos seis votos conformes para declarar inconstitucional una norma: “El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de cinco votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de la acción que exigen 6 votos conformes”.

solo emitió “pronunciamientos” acompañados, eso sí, de sendos votos singulares”²⁴⁸.

Es cierto también que no es posible atribuir total responsabilidad a los votos singulares sobre el déficit de éxito del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero, sin duda, aunado al razonamiento judicial positivista predominante en sus miembros, a las muy exigentes normas que regulaban su funcionamiento y a otros factores, son la manifestación de una inmadurez política y de un escaso compromiso de la sociedad de aquel tiempo, que impidieron el desarrollo de una jurisprudencia moderna que diera los primeros pasos para consolidar la Constitución como un verdadero pacto social.

Esta experiencia, entre otras también negativas como el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de España, contribuye a la opinión de que los votos singulares representan una pieza jurídica de carácter neutral. Así, los votos singulares son susceptibles de convertirse en un elemento de gran trascendencia a través del desarrollo de la jurisprudencia y del derecho, y de la salvaguarda ética de los jueces, como de permanecer en la insignificancia de la accesoriedad a una sentencia. Pueden ser utilizados por jueces progresistas, activistas o de avanzada, o por el contrario, por jueces conservadores, retardatarios o reaccionarios; pueden ser usados con prudencia o pueden ser objeto de abuso; pueden fomentar el diálogo y la deliberación dentro del tribunal o pueden ser pretexto para pugnas y desavenencias entre jueces. Por ello, retorna, a través de esta experiencia, la permanente preocupación de la doctrina constitucional sobre el necesario *self-restraint* que debería caracterizar a la actividad del Tribunal Constitucional.

²⁴⁸ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional..., Op. Cit., pp. 165-166.

2.2. El voto singular en el Tribunal Constitucional en la actualidad

En cuanto a la regulación actual del voto singular en el Tribunal Constitucional del Perú, es el artículo 5 sobre el quórum de la vigente Ley Orgánica del Tribunal que señala en el tercer párrafo:

“En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los magistrados son irrecusables pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengas interés directo o indirecto o por la causal de decoro. Los magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia, de conformidad a la ley especial”.

2.2.1. Denominación

La denominación de “voto singular”, como hemos podido comprobar en el repaso en el derecho comparado, es particular del Tribunal Constitucional del Perú. No creemos que sea la denominación más precisa porque el adjetivo “singular” alude a la idea de un único sujeto que emite el voto, en este caso, un sólo juez, lo que como sabemos es insuficiente pues varios jueces pueden respaldar el mismo voto singular (en el caso del Tribunal Constitucional peruano hasta tres jueces podrían constituir un mismo voto singular²⁴⁹). Tampoco la traducción de *dissenting opinion*, que es “opinión

²⁴⁹ Incluso en el caso excepcional de procesos de inconstitucionalidad un voto singular puede estar respaldado por cuatro jueces (de siete) lo cual conllevaría a la paradójica situación en que el voto singular esté constituido por la mayoría del tribunal. Esto sucede debido a la regla del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que exige una mayoría calificada de cinco votos conformes para declarar inconstitucional una norma legal. Al respecto, surgió una gran controversia en el año 1997 cuando se cuestionó la constitucionalidad de la norma que, en aquel entonces, requería seis votos conformes para la declaratoria de inconstitucionalidad, produciéndose el absurdo de la existencia de votos singulares constituidos por hasta cinco magistrados de un tribunal compuesto por siete miembros. Al respecto véase: Perú, Tribunal Constitucional, Expediente N° 005-96-I, 19 de diciembre de 1996; asimismo, LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional..., Op. Cit., pp. 295-307.

disidente”, parece satisfactoria pues en nuestra tradición jurídica el vocablo “opinión” no se refiere a una decisión de carácter judicial como sí sucede en la tradición anglosajona.

Creemos que hay múltiples posibilidades en la experiencia comparada y ofrecidas por el lenguaje en general que pueden cubrir estas pequeñas deficiencias. Nos atrevemos a sugerir algunas: “votos discrepantes”, “votos disidentes”, o inclusive “votos discordantes” como se utiliza en la jurisdicción ordinaria.

En relación a esta última anotación en la jurisdicción ordinaria, debemos indicar que también están permitidos los votos separados, aunque la terminología varía ligeramente y puede dar lugar a confusiones. La Ley Orgánica del Poder Judicial²⁵⁰ clasifica en dos las posibles discrepancias que pueden suscitarse en la Corte Suprema y en las Cortes Superiores de dicha institución: por un lado, los votos singulares, que se utilizan cuando se concuerda con la parte resolutive pero no con los argumentos del fallo²⁵¹; y, por otro lado, los votos discordantes, que se utilizan cuando hay desacuerdo en la parte resolutive y en la argumentativa²⁵². Es decir que, la expresión “votos singulares” que usamos en la presente investigación, siguiendo al Tribunal Constitucional, para referirnos a las *dissenting opinions*, se utiliza en los fueros de la jurisdicción ordinaria para referirse a las *concurring opinions* u opiniones concurrentes o fundamentos de votos. Los equivalentes de los votos singulares en dicha jurisdicción son llamados “votos discordantes”.

²⁵⁰ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, del 3 de junio de 1993.

²⁵¹ El artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: “Voto singular.- Si alguno de los Vocales no considera suficientes los fundamentos de resolución o discrepa de ellos pero no de su sentido, debe firmar la resolución y fundamentar por escrito su voto singular. Una vez emitidos los votos, no pueden ser modificados salvo que el voto discordante concuerde con el voto del ponente, antes que emita su voto el dirimente, de lo que se deja constancia en autos”.

²⁵² El artículo 144 de la misma ley indica: “Discordia.- Si resulta discordia, se publica y notifica el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad. En la misma resolución se llama al Vocal dirimente expedito y se señala día y hora para la vista de la causa por él”.

2.2.2. Tipos

Como ya hemos adelantado, es posible identificar dos tipos de votos separados o disidentes de los que pueden hacer uso los jueces del Tribunal Constitucional: los fundamentos de voto o *concurring opinions* en los cuales a pesar de concordar con la parte resolutive discrepan de los argumentos total o parcialmente; y los votos singulares o *dissenting opinions* que discrepan de la parte resolutive y, por consiguiente, en principio, también de la parte argumentativa.

Inmediatamente debemos aclarar que se trata sobre todo de una distinción de orden conceptual que es relativizada por la práctica puesto que en la experiencia nacional es muy común encontrar votos singulares que coinciden con la parte resolutive y con lo que discrepan en realidad es con los fundamentos jurídicos expresados. De modo que en última instancia la decisión de si es un voto singular o un fundamento de voto recae en el magistrado interesado, dejando de lado cualquier disquisición conceptual.

Otra anotación que interesa hacer es que buena parte, si no todo, de lo dicho en relación a los votos singulares o *dissenting opinions* a lo largo de esta investigación, puede bien aplicarse también a los fundamentos de voto o *concurring opinions* en tanto ambos pertenecen a la familia de votos separados y expresan discrepancias de orden argumentativo. Sin embargo, hemos preferido la utilización de los primeros en consonancia con la doctrina y bajo el entendido de que es a través de este tipo de votos que se expresan las discrepancias más importantes que han originado el interés académico y práctico.

Por otro lado, aunque dicha clasificación es la más difundida, puede establecerse una tipología a partir de otras características, como por ejemplo: la cantidad de jueces que respaldan el voto singular, en qué medida se discrepa con el fallo mayoritario, el

estilo del voto singular, etc. Sin embargo, en la actualidad la que genera mayor atención y preocupación es la clasificación a partir del criterio de la cantidad de votos singulares diferentes en un mismo caso: las llamadas *plurality opinions*. De hecho, este tipo de sentencias se presenta como una patología de los votos singulares, que también han visto la luz en el seno del Tribunal Constitucional peruano.

Trataremos en el siguiente punto sobre este tema. Sólo como último asunto antes de pasar a ello, recordamos que en la normativa de organización interna, es decir el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, se tratan diversos aspectos procedimentales sobre el ejercicio concreto del voto singular en el Tribunal peruano, estudio que realizaremos detalladamente en un punto específico *infra*.

3. *Plurality opinions*

3.1. Consideraciones generales

La frase en inglés *plurality opinion* o *no-clear-majority opinion* (en español, podría traducirse como sentencia “de dudosa mayoría”) hace alusión a la decisión judicial de un órgano colegiado acordada por la mayoría sólo en cuanto a su parte resolutive, sin formarse mayoría en cuanto a su parte considerativa o argumentativa.

Es decir, se toma un acuerdo mayoritario únicamente en relación a la solución concreta de una controversia, mas no en relación a las razones jurídicas que conducen a dicha solución. Y, como consecuencia de ello, se emite un mandato judicial que pone fin a la controversia judicial, pero de la cual se desconocen las razones jurídicas sobre las cuales se funda (porque, en buena cuenta, no existen).

Este fenómeno, que a todas luces se muestra problemático, supone la existencia de dos factores: por un lado, la existencia de discrepancias (aparentemente irreconciliables) entre los magistrados, y, por otro lado, la obligación del colegiado de poner fin a la controversia judicial en un tiempo determinado. A partir de ello, podemos señalar que se trata de una disfunción del diálogo judicial a nivel interno.

Las *plurality opinions* aparecen en la Corte Suprema de Estados Unidos durante el siglo XIX, sin embargo, puede decirse que se convierten en un verdadero desafío para la judicatura norteamericana recién desde finales de los años 30 del siglo pasado²⁵³, debido a la creciente frecuencia con que han aparecido desde entonces. Así, en el periodo 1953-2006, se han contabilizado 213 *plurality opinions*, con un promedio de 3.3% por año, alcanzando su pico más alto en 1970 cuando se presentaron 16 de estos casos equivalentes al 13.3% del total de casos decididos ese año²⁵⁴. Algunos ejemplos famosos son: *Furman vs. Georgia*²⁵⁵, *Branzburg vs. Hayes*²⁵⁶, *Teague vs. Lane*²⁵⁷, entre otros.

¿Por qué representan un desafío? Porque generan serios problemas a la interpretación jurídica y la legitimidad política del órgano jurisdiccional, máxime si se trata de uno de orden constitucional de última instancia. A nivel de interpretación

²⁵³ Hasta el año 1938 sólo se habían presentado 18 casos. Véase: DAVIS, John y REYNOLDS, William. "Juridical Cripples: Plurality opinions in the Supreme Court", en: *Duke Law Journal*, Vol. 1974, Nº 1, marzo 1974, p. 60.

²⁵⁴ CORLEY, Pamela; SOMMER, Udi; STEIGERWALT, Amy y WARD, Artemus. "Extreme dissensus: Explaining plurality decisions on the United States Supreme Court", p. 2 (ver: Figura 1). Documento localizado en la página web: http://www.niu.edu/polisci/faculty/ward/ward_files/Plurality%20JSJ.pdf, visitada el 16 de junio de 2011 a las 4:44pm.

²⁵⁵ Estados Unidos, Corte Suprema, *Furman vs. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

²⁵⁶ Estados Unidos, Corte Suprema, *Branzburg vs. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).

²⁵⁷ Estados Unidos, Corte Suprema, *Teague vs. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).

jurídica, genera un vacío legal al no establecer un precedente judicial²⁵⁸, y ello es un problema de gran envergadura puesto que, como bien dice Linda Novak:

“El énfasis de nuestro sistema en la argumentación jurídica sugiere que los objetivos del sistema de precedentes –certeza, confianza, igualdad y eficiencia- se cumplan en última instancia no por una ciega adherencia a las decisiones judiciales consideradas como “obligatorias”, sino por el desarrollo ordenado de principios jurídicos que se construyan lógicamente uno sobre otro y puedan sobrevivir revalorándose en el tiempo y frente a situaciones distintas”²⁵⁹.

De esta forma, a través de las *plurality opinions*, el Tribunal soslaya su rol (probablemente el más importante de todos) como guía del legislador, de las cortes inferiores y de sus propias decisiones futuras, limitándose a cumplir su rol frente a las partes²⁶⁰, olvidando que la disputa inter-partes es solamente un vehículo para que la Corte establezca el derecho que será aplicable en el futuro a otros casos semejantes²⁶¹.

A nivel de legitimidad política cabe decir otro tanto. Si como señala Ely, la legitimidad judicial descansa en la apariencia de la imparcialidad de los jueces limitados por la Constitución y las leyes, las *plurality decisions* desbaratan esta ficción en un extremo inusitado²⁶². No lo hacen al modo de las *dissenting opinions* (al menos en su

²⁵⁸ El precedente también es de importancia en los sistemas de derecho europeo-continental, especialmente en jurisdicción constitucional (Ver: Capítulo II, punto 1). Volveremos sobre ello en el punto siguiente.

²⁵⁹ NOVAK, Linda. “The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions”, en: Columbia Law Review, Vol. 80, Nº 4, mayo 1980, p. 758.

²⁶⁰ HARVARD-NOTE. “Plurality decisions and judicial decisionmaking”, en: Harvard Law Review, Vol. 94, Nº 5, marzo 1981, p. 1128.

²⁶¹ DAVIS, John y REYNOLDS, William. Op. Cit., p. 62.

²⁶² HARVARD-NOTE. Op. Cit., 1144.

ejercicio moderado, que es por el que abogamos en esta investigación), sino que rompen la apariencia al punto desproporcionado de no dejar ningún argumento jurídico para defender su decisión, ningún valor constitucional en el que confiar.

Como puede verse, la doctrina jurídica en Estados Unidos le ha dedicado gran atención a esta disfunción, explorando sus causas y proponiendo algunas soluciones²⁶³, no obstante, nos interesa ahora explorar lo ocurrido al respecto en el ámbito nacional.

3.2. Las *plurality opinions* en el Tribunal Constitucional del Perú

Nos preguntamos ahora si es trasladable la preocupación por las *plurality opinions* del Tribunal Constitucional peruano. La respuesta pasa por conocer dos aspectos: el primero, de qué manera puede afectar a la seguridad jurídica y al desarrollo del derecho constitucional en el Perú, puesto que lo dicho hasta el momento ha estado referido básicamente al *common law*; y el segundo, si se ha presentado este problema concretamente en el ámbito nacional.

3.2.1. ¿Son ciertas las amenazas en el ámbito nacional?

Del lado de los problemas de interpretación jurídica, los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (aprobado por Ley N° 28237) establecen dos instituciones de particular interés para tentar una respuesta a nuestra interrogante: la interpretación constitucionalmente vinculante o doctrina constitucional, y el precedente constitucional, respectivamente.

²⁶³ Para mayores detalles, véase: LEDEBUR, Linas. "Plurality Rule: Concurring opinions and a divided Supreme Court", en: Penn State Law Review, Vol. 113, N° 3, invierno 2009, en concreto: pp. 910-913. Asimismo, BLOOM, James. "Plurality and Precedence: Judicial reasoning, lower courts, and the meaning of United States vs. Winstar Corp.", en: 85 Washington Law Review 1373, 2008, en específico: pp. 1403-1416.

Ambas instituciones, al margen de sus diferencias (en las que no es necesario profundizar a efectos de esta investigación²⁶⁴) cumplen funciones semejantes al *stare decisis* del *common law* (sin llegar a adquirir su importancia), y como indica Pedro Grández:

“nos da[n] cuenta, [...] de las dos funciones básicas que corresponde hoy en día a los Tribunales Constitucionales. Esto es, señalar la política constitucional a través de pautas de concreción de la constitución abierta, propia de una sociedad plural, y asumir, como máximo Tribunal, la defensa de los derechos fundamentales en su permanente conflicto, con otros derechos o con la legislación del Estado”²⁶⁵.

Es decir que a los jueces del Perú, y en particular a los del Tribunal Constitucional, se les reconoce como auténticos creadores del derecho en el marco de un ordenamiento jurídico constitucional que aspira a ser dinámico y vital (*living constitution*)²⁶⁶. Los instrumentos con que cuentan para ello son estas dos instituciones, las mismas que no pueden materializarse si no es posible identificar una *ratio decidendi* en la sentencia. Precisamente, las *plurality opinions* hacen imposible esta labor de identificación o, en el mejor de los casos, la complejizan enormemente.

Por lo tanto, creemos que las *plurality opinions* también representan una amenaza cierta en el ámbito nacional, en la medida que impiden la construcción de una

²⁶⁴ Al respecto, puede verse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú: STC Exp. N° 3741-2004-AA, del 14 de noviembre de 2005, fundamentos jurídicos 42 y 43; y STC Exp. N° 6167-2005-HC, del 28 de febrero de 2006, fundamento jurídico 2.

²⁶⁵ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú”, en: Estudios al precedente constitucional. Coordinadores: Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro. Lima: Palestra, 2007, p. 96.

²⁶⁶ LANDA ARROYO, César. “Los Precedentes Constitucionales”, en: Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: IDEMSA, 2009, pp. 640-641.

doctrina jurisprudencial que sirva de guía vinculante jurídicamente para la interpretación de la Constitución. Ello ocasiona que el Tribunal Constitucional vea incumplido su rol como máximo intérprete de la Constitución y garante en última instancia del respeto de los derechos fundamentales. Así también, el mismo razonamiento es aplicable con mayor razón al caso del precedente vinculante.

Por último, del lado de los problemas de legitimidad política del órgano, consideramos que, al no existir diferencias relevantes por evaluarse, el peligro o amenaza está también presente en el caso peruano. De forma que, en los dos niveles planteados, es posible responder afirmativamente a la pregunta planteada en el subtítulo del apartado. Queda pendiente evaluar este fenómeno en la práctica.

3.2.2. Algunas sentencias constitucionales “de dudosa mayoría”

No contamos con estadísticas que nos permitan conocer la frecuencia con que han aparecido estos casos en el Tribunal Constitucional, pese a ello, sobre la base de nuestra experiencia, intuimos que se trata de un fenómeno poco frecuente en nuestro ámbito. A continuación, presentamos algunos de los pocos casos encontrados en que se ha presentado este fenómeno²⁶⁷:

a) La sentencia “de dudosa mayoría” probablemente más controversial, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú que encontramos es la del proceso de amparo recaído en el Exp. Nº 2210-2007-PA, de fecha 21 de octubre de 2008, en el que la empresa Transportes Flores Hnos. S.R.L. reclama la inaplicación de sendos fraccionamientos arancelarios concedidos por la Intendencia de Aduana de Tacna, por

²⁶⁷ Puesto que nuestro interés es examinar el contenido de algunos casos de *plurality opinions* en el Tribunal peruano y no su estadística, el criterio de selección ha sido aleatorio. Hemos utilizado como referencia aquellas sentencias que en su encabezado llevaban “Razón de Relatoría” pues el conteo de los votos de los jueces en este tipo de sentencias son explicadas por medio de una breve motivación.

considerar que son violatorios a sus derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la igualdad. El caso tiene como eje las leyes N° 28583 y N° 28525, que otorgan exoneraciones tributarias al transporte marítimo y aéreo respectivamente, y se discute si éstas vulneran el derecho a la igualdad de la empresa demandante, en su calidad de prestadora del servicio de transporte terrestre, al no otorgársele ninguna exoneración tributaria.

En el caso participan cinco magistrados, de los cuales tres (Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Eto Cruz) coinciden en declarar fundada la demanda pero discrepan sobre los argumentos jurídicos de su decisión, emitiendo tres votos distintos; y dos de ellos (Landa Arroyo y Beaumont Callirgos) asumen la postura minoritaria, coincidiendo tanto en el plano argumentativo como en el resolutivo, declarándola infundada, y emitiendo un único voto conjunto.

Al margen de las consideraciones concretas del caso (que tendremos ocasión de examinar en el Capítulo III, en conjunto con el voto singular) y de nuestra propia valoración, nos interesa observar los tres votos que llegan al mismo resultado. Vergara Gotelli pone énfasis en los derechos de las personas jurídicas, Álvarez Miranda en el problema del transporte terrestre en el país, y Eto Cruz hace lo propio contestando los argumentos del voto minoritario; pero todos coinciden en que existe una violación al derecho a la igualdad al recibir la empresa de transporte terrestre un trato diferenciado no justificable.

Aunque sumados los tres votos se halla una gran cantidad de *obiter dicta*, ciertamente diversa y quizás en ciertos detalles discrepante, creemos que es posible encontrar una argumentación común que tiene que ver con la calificación de trato discriminatorio al hecho de que el transporte terrestre no se le haya beneficiado con las mismas exoneraciones tributarias que los transportes aéreo y marítimo. Por tanto, estamos frente a un caso de *plurality opinions* que ha sido evitable, ocasionando la

resolución de un caso sin poder construir doctrina jurisprudencial alguna (pues carece de *ratio decidendi*, o cuanto menos, su hallazgo resulta complejizado), reflejando una disfunción judicial que denota una ausencia de diálogo y coordinación al interior del Tribunal.

b) Ocurre lo propio en las STC Exp. N° 3792-2008-PA, del 19 de marzo de 2009, y la STC Exp. N° 1248-2008-PA, del 19 de marzo de 2010, en que se presentan y resuelven casos muy semejantes. De los siete magistrados participantes tres de ellos (Mesía Ramírez, Calle Hayen y Beaumont Callirgos) logran coincidir en la parte resolutive mas no en la argumentativa. En dichos casos, dos asociaciones de agencias de viaje reclamaron la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, libertad de empresa y libertad de trabajo, señalando que la empresa de transporte aéreo LAN PERÚ S.A. ha reducido el pago de sus comisiones del 10% al 1% de modo unilateral incumpliendo una norma vigente de carácter reglamentario.

Al margen de las consideraciones concretas del caso, los tres votos que constituyen la decisión final del Tribunal coinciden en que la demanda debe ser declarada improcedente pues existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria como indica el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Por tanto, no se alcanza a comprender por qué no logran componer una única resolución y optan por emitir votos singulares que luego deben ser “ensamblados” para arribar a una conclusión. Una explicación tentativa podría ser el deseo de los magistrados por expresar sus *obiter dicta*, que efectivamente se presentan diversos, no obstante, creemos que ello no justifica el sacrificio de la colegialidad mínima del fallo, y aún en dicha hipótesis, era posible arribar a consensos que permitan expresar ciertos aspectos deseados.

c) Sin entrar ya en detalles, intervienen las circunstancias semejantes en otros casos de *plurality opinions* como en: STC Exp. N° 2380-2008-PHC, del 11 de marzo de

2010; STC Exp. N° 2456-2010-AA, del 22 de marzo de 2010; STC Exp. N° 0562-2008-AA, del 22 de junio de 2010; entre algunos otros.

A modo de conclusión de este breve análisis en el ámbito nacional, podemos afirmar que las *plurality opinions* si bien constituyen, en los niveles teórico y cualitativo, una amenaza a la labor del Tribunal Constitucional como guía de la interpretación constitucional, en los niveles práctico y cuantitativo, no representan (al menos hasta el momento) un peligro real o inminente del que debemos preocuparnos con urgencia. No obstante los pocos casos detectados, se ha notado que en su mayoría han sido evitables pues existen argumentaciones jurídicas comunes que, lamentablemente, parecen haber cedido ante el deseo personal de los magistrados de expresar sus opiniones jurídicas a través de largos e innecesarios *obiter dicta*. En cualquier caso, lo negativo es que se halla en el fondo del problema una ausencia de diálogo y coordinación al interior del Tribunal.

4. Argumentos a favor y en contra del voto singular

A continuación, nos proponemos repasar algunos de los argumentos más importantes a favor y en contra de los votos singulares que se han esgrimido en la doctrina jurídica de distintos países. No pretendemos poner fin al debate, ni tan siquiera plantear nuestra postura sobre cada uno de los puntos controvertidos, sino que nuestro objetivo está limitado a ponernos al tanto de algunas de sus críticas más importantes como de sus defensas, y a conocer en qué términos se ha llevado y se viene llevando la discusión en torno a nuestro tema en la actualidad.

Adicionalmente, este estudio nos permitirá descubrir qué concepción de Constitución subyace a cada postura, y, como consecuencia, nos ayudará a formar una opinión de carácter valorativo acerca de su existencia. Al respecto, el jurista italiano Constantino Mortati, con quien coincidimos, señalaba que: “[...] más allá de razones en pro y en contra, subyace en ellas –consciente o inconscientemente– un contraste

profundo entre dos diversas concepciones de la Constitución y de la función de interpretación constitucional”²⁶⁸.

La primera concepción, a favor del *dissent*, sería una que reconoce el carácter vivo de la Constitución, y la segunda concepción, en contra del *dissent*, la que concibe a la Constitución como el conjunto de preceptos precisos y estáticos en el tiempo.

Aunque es preciso matizar lo afirmado recordando que no todas las posturas (aunque sí la mayoría) en contra de la inserción del *dissent* se corresponden a una concepción estática de la Constitución. Dicho de modo contrario, existen posturas que reconociendo el carácter vivo de la Constitución, sin embargo, están en contra de la inserción en determinados ordenamientos por razones de política jurisdiccional, de tradición jurídica, u otras tantas igual de legítimas como ellas. Tal vez el mejor ejemplo que encontremos de este caso sea el del ex-presidente de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky²⁶⁹.

Siguiendo la clasificación de Ezquiaga, dividiremos los argumentos respecto al voto singular en argumentos de carácter institucional, que se subdividen en internos y externos; argumentos en relación a la aplicación judicial del derecho²⁷⁰; y, agregamos nosotros, argumentos en relación al carácter subjetivo del juez.

4.1. Argumentos de carácter institucional

²⁶⁸ CASCAJO CASTRO, José Luis. Op. Cit. p. 1792.

²⁶⁹ Ver nota 65.

²⁷⁰ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Op. Cit., p. 77.

Son todos aquellos argumentos expresados acerca del voto singular que se refieren al “tribunal como institución, su funcionamiento y su repercusión social”²⁷¹. En este rubro hacemos una subdivisión: por un lado, los de carácter interno, que se refieren al buen funcionamiento del tribunal; y por otro lado, los de carácter externo, que se refieren a la relación del tribunal con la sociedad, su prestigio y legitimidad.

4.1.1. De orden interno

El argumento institucional interno que con más frecuencia se ha presentado en la doctrina, tanto a favor como en contra, es el relacionado al principio de colegialidad. Quienes mantienen una opinión desfavorable respecto al *dissent* sostienen que debilita la autoridad de las decisiones del tribunal pues rompe con la unanimidad dando una imagen de división, lo que ocasiona desprestigio frente a la opinión pública. De modo contrario, quienes son favorables al *dissent* arguyen que gracias a éste la autoridad no solo no se ve mellada sino que, incluso, se ve fortalecida ya que transparenta la labor del tribunal suprimiendo los rumores y calumnias provocados por el secreto²⁷².

Que tanto opiniones favorables como desfavorables al *dissent* utilicen el argumento de la colegialidad para defender sus posiciones solo es explicable si observamos las concepciones que a ellas subyacen. De esta manera, para comprender, junto con Luatti, que no existe tal afectación al principio de colegialidad del tribunal es necesario que pasemos de una concepción formal-externa a una concepción sustancial-interna de la colegialidad, o dicho de otra forma, de una “colegialidad de la decisión” a una “colegialidad en la decisión”²⁷³.

²⁷¹ *Ibíd*, p. 78.

²⁷² *Ibíd*, pp. 78-79.

²⁷³ LUATTI, Lorenzo. *Op. Cit.*, p. 55.

No compartimos la postura según la cual la autoridad de una sentencia se ve fortalecida automáticamente por la cantidad de votos que la respaldan, por ello, creemos como Stanley Fuld que: “imponer una regla de unanimidad artificial y prohibir que se expresen las opiniones disidentes sería un grave error”²⁷⁴.

Es cierto que en algunos casos puede hablarse de una relación entre unanimidad y autoridad, sin embargo, normalmente son conceptos que transitan por separado. Contrariamente a lo sustentado por los detractores, el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Antonin Scalia, nos recuerda que el eventual mayor valor de la unanimidad depende de la existencia de las *dissenting opinions*:

“Ciertamente concuerdo con que la unanimidad es importante para lograr cierta legitimidad del público. Pero, ¿tendría la el mismo efecto si todas las decisiones de la Corte Suprema, incluso aquellas decididas en votaciones “cinco contra cuatro”, fueran presentadas como unánimes? Seguramente no”²⁷⁵.

Por otra parte, se alega también, en esta línea argumentativa, que el voto singular rompe con el principio del secreto de las deliberaciones, poniendo en peligro la independencia de los jueces quienes podrían ser sometidos a presiones de tipo político. Sobre la base del mismo argumento, quienes se muestran favorables al voto singular consideran que éstos sirven “como un instrumento precisamente para conocer si en efecto se dan presiones políticas” lo que constituye un medio para impedir las pues las pone al descubierto²⁷⁶.

²⁷⁴ FULD, Stanley. “The voices of dissent”, en: Columbia Law Review, Vol. 62, N° 6, junio 1962, p. 927.

²⁷⁵ SCALIA, Antonin. “Remarks on dissenting opinions”, en: L’opinione dissenziente, a cura di Adele Anzon, Op. Cit., p. 411.

²⁷⁶ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Op. Cit., pp 80-81.

Es evidente que los votos singulares quiebran, por lo menos en alguna medida, el principio del secreto de las deliberaciones. Sin embargo, si atendemos a la finalidad de dicho principio, que es asegurar el libre y sereno desarrollo de la discusión en el interior del órgano judicial, concluiremos que los votos singulares no obstruyen su consecución, y que por lo tanto, por sí mismos, no representan una amenaza a la garantía institucional de la independencia de los jueces.

Finalmente, otro argumento que se aduce es que los votos singulares aumentan considerablemente la carga de trabajo produciendo dilación de la justicia constitucional²⁷⁷; por el contrario, al respecto, otros sostienen que los votos singulares son un seguro de trabajo, de que fue verdaderamente discutido por los miembros del tribunal, un antídoto contra el letargo judicial, una garantía de que se ha resuelto con el constante estímulo auto-crítico²⁷⁸. En este mismo sentido, Lynch postula que:

“La presencia de opiniones disidentes asegura que los jueces participan de un debate legal sobre la identificación y aplicación del derecho. En resumen, la posibilidad de que hayan opiniones disidentes asegura que el poder judicial es ejercido, en los hechos, con un enfoque en las leyes, y no es simplemente una “pantalla de humo” para cubrir decisiones basadas en la moral, en la economía o en la política”²⁷⁹.

4.1.2. De orden externo

Como habíamos señalado, este orden de argumentos tiene que ver con la relación del tribunal con la sociedad. Uno de los argumentos relaciona al voto singular

²⁷⁷ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., pp. 12-13.

²⁷⁸ FULD, Stanley. “The voices of...”, Op. Cit., p. 927.

²⁷⁹ LYNCH, Andrew. “Is judicial dissent constitutionally protected?”, en: 4 Macquarie Law Journal 81, 2004, p. 99.

con la opinión pública. Para algunos, favorables a la institución, el voto singular produce una mayor atención de la opinión pública lo que a su vez genera un mejor control social de la actividad de los tribunales construyendo una legitimidad democrática, de la que carece por origen. Ello porque tanto la posibilidad de expresar públicamente los desacuerdos, como el hecho de que la información fluya hacia la opinión pública (principio de transparencia) constituyen expresiones de los sistemas democráticos. Y además, porque las discrepancias en un tribunal son la continuación del debate parlamentario, de carácter democrático por excelencia²⁸⁰.

Del otro lado, los detractores del voto singular anotan en relación a esto que la apertura a la opinión pública en esta medida contribuiría a una politización del tribunal, incentivando a que los partidos políticos se apropien de las opiniones para la lucha político partidista²⁸¹. Sin embargo, autores como Kurt Nadelmann, señalan que ello no puede servir de pretexto para la prohibición de los *dissents*:

“Parece que, incluso cuando se abuse de él, un *dissent* no puede dañar a las instituciones políticas de la misma forma en que lo hace diariamente, a través de los medios de comunicación, la demagogia política. Como sea, con el *dissent* viene también la opinión mayoritaria –la gente obtiene ambos lados de la historia al mismo tiempo. Así funciona, o así debería funcionar, la democracia”²⁸².

Otro argumento favorable de carácter institucional externo, es que los votos singulares tendrían un efecto desactivador de los conflictos ya que generaría en las

²⁸⁰ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 83-85.

²⁸¹ *Ibíd*, p. 85.

²⁸² NADELMANN, Kurt. Op. Cit., p. 430.

partes o interesados perdedores el convencimiento de que sus puntos de vista tuvieron acogida dentro del tribunal. Peter Häberle postula en este sentido:

“Cumplen además una función de pacificación, de “reencuentro” de la parte derrotada (por así llamarla), abriendo una específica “ventana del tiempo”, por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría. Por ello, son también parte de la democracia”²⁸³.

En contraposición a ello, los detractores señalan que los votos singulares debilitan la fuerza persuasiva de las decisiones y, por lo tanto también, su efecto pacificador.

4.2. Argumentos en relación a la aplicación judicial del derecho

El primer argumento que se esgrime en cuanto a aplicación judicial del derecho tiene que ver con los efectos del voto singular en la decisión. Mientras que los detractores sostienen que los votos singulares reducen la certeza, claridad y coherencia de la decisión al presentar distintas soluciones a un mismo problema, quienes se muestran favorables al voto singular, sostienen que los votos singulares enriquecen la decisión de la mayoría evitando que se dicten sentencias con argumentaciones forzadas, como resultado del aglutinamiento de opiniones judiciales diferentes y hasta contrarias en un solo documento²⁸⁴.

Suma a la última postura el juez Ruth Bader de la Corte Suprema de Estados Unidos al dar cuenta de su labor judicial a través del siguiente testimonio:

²⁸³ HÄBERLE, Peter. “Los derechos fundamentales en...”, Op. Cit., p.9.

²⁸⁴ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 87-88.

“Mi experiencia me ha enseñado que no hay nada mejor que un buen *dissent* para guiar al autor de la opinión mayoritaria a refinar y clarificar su dirección inicial. [En una ocasión] fui designado para redactar la opinión de la Corte. El resultado final, presentado públicamente, fue mucho mejor que mi primer, segundo, y al menos, una docena de proyectos, gracias al persuasivo *dissent* del juez Scalia”²⁸⁵.

Precisamente, el citado juez norteamericano Antonin Scalia había anteriormente arribado a una conclusión semejante en el siguiente testimonio:

“Cuando se me ha asignado redactar la opinión de la Corte en un caso dividido, nada me ha dado tanta seguridad de haberlo hecho bien como el hecho de haber sido capaz de responder satisfactoriamente (a mi juicio) todos los ataques del *dissent* o del *concurring*. El *dissent* o el *concurring* pone a prueba mi opinión, permitiendo una confrontación directa entre los mejores argumentos de ambas partes sobre los puntos controvertidos. Por irónico que parezca, pienso que un alto porcentaje de las peores opiniones de mi Corte –no en lo resolutivo sino en lo argumentativo– han sido unánimes”²⁸⁶.

También, se señala como una de las consecuencias positivas de los votos singulares su capacidad para guiar líneas jurisprudenciales futuras. Esta cualidad permitiría el cambio jurisprudencial sin afectar en gran medida la seguridad jurídica ya que desde el inicio habría quedado en evidencia la alternativa interpretativa, cuyo potencial para convertirse en opinión mayoritaria permanece latente. Sobre ello volveremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

²⁸⁵ BADER GINSBURG, Ruth. Lecture: “The role of dissenting opinions”, en: Minnesota Law Review, Vol, 95, N° 1, 2010, p. 3.

²⁸⁶ SCALIA, Antonin. Op. Cit., p. 419.

4.3. Argumentos en relación al carácter subjetivo del juez

Este tipo de argumentos hace referencia al juez como sujeto individual que a su vez es miembro de un colegiado. Uno de los argumentos favorables a los votos singulares es que con estos se revalorizan la dignidad y libertad de conciencia de los jueces especialmente frente al resto del colegiado. Una facultad de este tipo le permitiría al magistrado dejar en evidencia su coraje moral frente a casos de especial trascendencia ético-pública en los que considera que la mayoría yerra²⁸⁷.

Otro argumento favorable es que la posibilidad de emitir votos singulares avivaría la responsabilidad de los jueces de cara a la opinión pública que tendría elementos de juicio para conocer sus posiciones jurídicas en relación a los temas de mayor trascendencia, lo que, como ya mencionamos, construiría una cierta legitimidad democrática.

Del lado contrario, entre los argumentos desfavorables se señala que los votos singulares fomentan la deslealtad del juez con la institución a la que pertenece y, desde ahí, frente al resto de jueces. Si bien el argumento parece partir de una concepción bastante formalista de la lealtad que corresponde a un juez, no deja de ser cierto que los votos singulares colocan, aunque sea mínimamente, al juez como sujeto individual por encima de la institución. En ese mismo sentido se afirma que los votos singulares favorecen un protagonismo exacerbado que sirve para alimentar la vanidad de los jueces²⁸⁸.

Es cierto que los votos singulares pueden ser utilizados para la satisfacción de vanidades y odios personales, pero también es cierto que ése es un problema vinculado

²⁸⁷ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 12.

²⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 12-13.

sobre todo a la calidad de los jueces que componen el colegiado antes que a la permisividad de una figura jurídica como el voto singular, es decir que aún en el caso de su prohibición es probable que dicho comportamiento irresponsable o escaso compromiso institucional termine canalizándose por otras vías que también atenten contra el buen funcionamiento de la judicatura.

5. Aspectos procedimentales del voto singular

En este apartado nos proponemos estudiar las normas procedimentales que regulan la práctica del voto singular en el Tribunal Constitucional de Perú con la ayuda de una perspectiva comparada. De esta forma explicaremos, en primer lugar, cuál es la importancia de una adecuada regulación procedimental del voto singular para potenciar sus beneficios. En segundo lugar, desarrollaremos algunos de los asuntos procedimentales particulares que más atención han suscitado a la doctrina. Y, finalmente, trasladaremos esta discusión al ordenamiento jurídico peruano, a partir de su regulación normativa y su práctica.

5.1. Importancia

El voto singular es únicamente el producto visible de un procedimiento que ocurre al interior de un tribunal, ya que los jueces no reaccionan simplemente unos frente a los otros, pueden interactuar entre ellos al momento de la redacción²⁸⁹, de hecho, ello es deseable. Luatti postula en el mismo sentido que:

“[...] la labor de una persona es en realidad el producto de la labor de varias personas, en el sentido de que el juez que escribe la decisión (*the opinion writer*) debe modificar frecuentemente, integrando y quitando, partes del

²⁸⁹ LYNCH, Andrew. “Dissent: The rewards and...”, Op. Cit., p. 741.

primer escrito para obtener el consenso de los otros jueces de la mayoría, algunos de los cuales están en desacuerdo con su posición originaria”²⁹⁰.

Es a través de este procedimiento, regulado por normas jurídicas y por la *praxis*, que se realizan algunas de sus principales funciones como son la generación del diálogo entre los jueces y el mejoramiento de la motivación de las sentencias. Por ello, anota el jurista australiano Lynch:

“Debe admitirse que el valor del *dissent* en esta etapa depende largamente de los procesos institucionales, ya que existen para que la corte organice su trabajo [...] sin procesos institucionales de comunicación, los *dissents* tienen menos impacto sobre la redacción de la decisión final”²⁹¹.

De forma tal, resulta imprescindible que las normas institucionales permitan que los jueces se sientan libres para dirigir sus conciencias y votar con convicción creando “una atmósfera de comprensión y tolerancia en torno a los jueces”²⁹². Debe buscarse colocar al juez o jueces minoritarios en una condición tal que puedan expresar sus opiniones discrepantes, y a la mayoría de jueces en la condición de poder rebatir estas críticas²⁹³.

5.2. Aspectos procedimentales específicos

²⁹⁰ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 62.A

²⁹¹ LYNCH, Andrew. “Dissent: The rewards...”, Op. Cit., p. 741.

²⁹² CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., p. 31.

²⁹³ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 97.

Analizaremos tres aspectos procedimentales que son de especial importancia: en primer lugar, la oportunidad para la formulación de los votos singulares que intenta responder a la pregunta sobre cuál es el momento óptimo para su formulación, y que guarda estrecha relación con el problema de la coherencia de los votos singulares, cuya preocupación tiene que ver con la correlación de contenidos entre lo anunciado previamente a la mayoría y el voto singular efectivamente emitido; en segundo lugar, trataremos el controversial tema del juez redactor-relator disidente; y, en tercer lugar, hablaremos acerca del estilo de los votos singulares.

Una precisión que queremos hacer tiene que ver con la técnica normativa usada en varios países, incluido Perú. Nos referimos a la técnica de regular los aspectos generales en normas jurídicas de mayor rango y dejar los aspectos de detalle para las normas internas de menor rango. De esta forma, por un lado, se establece la posibilidad de emitir votos singulares en las leyes orgánicas o, en algún caso, en la misma Constitución, y, por otro lado, dejan la regulación de los aspectos más particulares a normas de carácter auto-organizativo y flexible que corresponden a la misma institución. De esta forma, en opinión que compartimos, postula Luatti que:

“Esto, desde nuestro punto de vista, debe evaluarse positivamente en cuanto, por un lado, se sustrae a la judicatura constitucional la disponibilidad de regular el instituto en relación a su introducción y a su configuración de base -innovaciones demasiado relevantes para ser dejadas a consideración exclusiva de estos-; por otro lado, se ha dejado el órgano de justicia constitucional la competencia de disciplinar mediante instrumentos más flexibles, como el reglamento o la praxis, los aspectos más procedimentales propiamente del instituto”²⁹⁴.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 227.

Y en el mismo sentido indicaba Cascajo:

“Ahora bien, dado que es imposible prever con carácter general el acertado tratamiento de cuestiones vinculadas a criterios de oportunidad y funcionalidad, la solución de *lege ferenda* quizás debiera confiarse a la propia potestad reglamentaria del órgano, o dejarla incluso en el terreno de las convenciones constitucionales”²⁹⁵.

5.2.1. Oportunidad y coherencia

La preocupación sobre estas cualidades reside en la necesidad de evitar los “votos sorpresa” ya que este tipo de votos quita la oportunidad de que los jueces cuyas posiciones son confrontadas puedan contestar los argumentos, impidiendo que se origine un diálogo.

Para que pueda existir confrontación, es necesario dar preaviso a los jueces que componen la mayoría de la intención de formular un voto singular, contándose con un plazo para presentar el voto final; luego, se requiere también presentar durante la deliberación los términos jurídicos sobre los cuales se discrepa, de un modo claro y preciso. Ambas condiciones son indispensables para fomentar el diálogo al interior del tribunal, por ello manifiesta Luatti que:

“En relación a la identificación del momento en el que puede ser manifestada válidamente la intención del juez de expresar un voto particular, parece oportuna la existencia de una regla general que excluya la presentación de opiniones separadas “por sorpresa”, es decir que no sea el fruto de un disenso previamente expresado en la deliberación. Es en este

²⁹⁵ CASCAJO CASTRO, José Luis. Op. Cit., p. 1794.

momento, de hecho, que cada componente del colegio es llamado a asumir responsablemente su propia posición sobre la cuestión a decidir, explicitando la motivación crítica o adherente a la solución propuesta”²⁹⁶.

Como afirmábamos, se intenta construir un espacio para la argumentación dialéctica entre los jueces de la mayoría y de la minoría, por tanto consideramos saludable el veto a la formulación de votos singulares “por sorpresa”. Así, los jueces disidentes que no cumplan con dar preaviso acerca de sus opiniones, o con el plazo para presentar el voto singular, quedarán impedidos de emitirlos. Y para solucionar el problema de la coherencia sería apropiado establecer que la deliberación pueda reabrirse cuando así lo solicitara uno de los jueces por considerar que se han presentado nuevos puntos de vista.

Al respecto, destaca la experiencia de la jurisdicción constitucional alemana que en el reglamento del Tribunal Constitucional Federal (artículos 26 y 56) regula ambos temas según el sentido propuesto. Primero, establece como plazo para la presentación de votos singulares hasta las tres semanas siguientes de haberse decidido el caso, pudiendo la sala prorrogar el plazo²⁹⁷. Segundo, establece que el juez disidente debe anotar durante la deliberación los principales puntos de su discrepancia²⁹⁸. Y tercero, cualquier juez que haya participado del proceso de decisión puede, antes de emitirse la decisión final,

²⁹⁶ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., pp. 129-130.

²⁹⁷ Artículo 56.1 del Reglamento del TCF alemán: “El voto separado en el que el juez deja constancia de su opinión disidente, sobre la decisión o las razones, que sostuvo durante la deliberación, debe ser remitido al juez que preside la sala dentro del plazo de tres semanas desde la toma de decisión final. La sala puede extender dicho plazo.” (Traducción propia, puede encontrarse la versión completa en idioma inglés en la página web: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GOBVerfG.htm>, visitada el 8 de febrero de 2011 a las 3:22pm).

²⁹⁸ Artículo 57.3 del Reglamento del TCF alemán: “Si el voto separado es emitido en relación a la parte resolutive, el juez a cargo debe anunciarlo durante la proclamación. El juez disidente puede entonces establecer las razones principales de su voto separado”. Ídem.

solicitar que la deliberación continúe si considera que se han presentado nuevas apreciaciones sobre el caso que pueden hacer variar el sentido de su voto²⁹⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español no regula en su Ley Orgánica el momento en que el voto particular debe presentarse generando la duda acerca de si los votos particulares de las sentencias han sido adecuadamente discutidos, sin embargo, en la práctica parece haberse respetado tácitamente que el momento idóneo para hacerlo es al final de la decisión al momento de la suscripción de firmas, imitando lo regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicho país.

No sucede lo mismo en cuanto a la coherencia de los votos singulares pues el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español sí prevé salvaguardas al respecto cuando indica que los magistrados “podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación”.

5.2.2. El juez redactor-relator disidente

El juez redactor-relator es el encargado de estudiar el caso para exponerlo frente a sus colegas reunidos en el Pleno o en las Salas. Normalmente, por razones de economía procesal, los jueces relatores fungen también de jueces redactores, es decir, tienen además la función de redactar la decisión final del colegiado tomando en cuenta los puntos de vista expresados durante la deliberación del caso. Surge un gran inconveniente cuando este juez discrepa de la opinión mayoritaria y desea formular un voto singular, pues, por un lado, tiene a cargo una redacción de argumentos en los que él no cree, y por

²⁹⁹ Artículo 26 del Reglamento del TCF alemán: “Cualquier juez que ha participado en la decisión puede, hasta que sea proclamado, solicitar que la deliberación continúe si tiene intenciones de cambiar su voto; también puede requerir que la deliberación continúe si desea presentar aspectos no discutidos previamente o si pretende hacer un voto separado”. Ídem.

otro lado, desea elaborar una argumentación para contradecir la opinión mayoritaria cuyo producto él mismo ha elaborado.

Las interrogantes que nos plantean estas eventuales circunstancias son las siguientes: ¿Debe el juez relator disidente dejar la tarea de redacción encomendada?, ¿debe poder formular un voto singular argumentando contra su propio producto y en qué casos?

Es preciso tener en cuenta que esta situación puede generar efectos perjudiciales tanto en la motivación de las sentencias como en el nivel subjetivo del juez. En cuanto a la motivación, porque es probable que la sustentación jurídica pierda fuerza persuasiva reduciendo su función pedagógica. En el nivel subjetivo del juez, porque impone la satisfacción del encargo de redacción de una sentencia sobre el criterio de conciencia del juez. Con frecuencia, los tribunales constitucionales conocen casos que plantean a los jueces cuestionamientos éticos, como los casos de derechos humanos por ejemplo, en los que resulta más gravoso obligar al cumplimiento de dicha labor.

Entonces, podemos afirmar, junto con Luatti, que un sistema que obliga a los jueces redactores-relatores a elaborar la opinión mayoritaria pese a discrepar limita desproporcionadamente su libertad:

“Un sistema que no admite ni la sustitución del juez redactor-relator disidente ni la expresión de los votos particulares parece fuertemente lesivo de la dignidad y de la libertad de conciencia del relator, ya que estos se ven obligados a redactar una decisión que no aprueban sin la posibilidad de “liberarse”, mediante un voto particular, del peso de su reserva crítica”³⁰⁰.

³⁰⁰ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 137.

Algunas experiencias de derecho comparado arrojan luces sobre este tema como son los casos de Estados Unidos (donde el *Chief Justice* es el encargado de la redacción de la sentencia y puede decidir encargárselo al juez de mayor edad entre los que componen la mayoría) y Alemania (donde en ausencia de una regulación específica parece mantenerse la obligación del juez relator disidente de redactar la sentencia y, a su vez, un voto particular expresando su punto de vista personal)³⁰¹; sin embargo, entre estas soluciones destaca la del Tribunal Constitucional español. Este Tribunal Constitucional regula esta situación a través de la previsión del artículo 80 de su Ley Orgánica que establece la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la misma que en su artículo 206 señala:

- “1. Cuando el Ponente no se conformare con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular.
2. En este caso, el Presidente encomendará la redacción a otro Magistrado y dispondrá la rectificación necesaria en el turno de ponencias para restablecer la igualdad en el mismo”.

Como puede verse se establece la separación automática del juez redactor-relator de su encargo. Sin embargo, en la práctica del Tribunal Constitucional español esta norma se aplica de manera mucho más flexible: el juez relator disidente tiene la facultad de elegir entre abandonar el caso o continuar, en el primer caso, deberá presentar un voto particular, mientras que en el segundo caso, queda a su criterio el presentar un voto

³⁰¹ *Ibíd*, pp. 143-145.

particular o no. En caso de que ocurriera la declinación, como indica la norma citada, el Presidente encargaría la labor a otro magistrado³⁰².

Coincidimos en que no resulta adecuada como solución al problema la dimisión automática del encargo del juez relator disidente, ya que, apelando a su alta responsabilidad, es posible que éste considere que en el caso particular nada obsta desde el punto de vista técnico y ético para que pueda realizar satisfactoriamente su labor. Entre las soluciones conocidas, nos parece que la más acertada es la que presenta la experiencia española, pues otorga al juez un alto grado de flexibilidad, pudiendo decidir por sí mismo, cuándo y con qué intensidad, sacrificar su libertad de conciencia en aras de la colegialidad de la decisión y de la economía procesal.

5.2.3. El estilo del voto singular

El estilo de los votos singulares plantea dos cuestiones: la primera, en relación a la posible pérdida de autoridad de la institución; y la segunda, en relación a la cortesía en las relaciones con las partes y entre los miembros del colegiado. Los votos singulares excesivamente polémicos o agresivos dañan, al menos en alguna medida, el principio de autoridad y dificultan las relaciones internas del colegiado³⁰³.

Ejemplos de esta situación negativa pueden encontrarse sobre todo en la experiencia estadounidense donde se manifiesta un carácter acentuadamente personalista que se revela en la ausencia de esfuerzo por la objetividad, el uso de la primera persona, en formular los votos individuales cuando existen otros a los que ya

³⁰² Cfr. *Ibíd.*, pp. 145-151.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 154.

podrían adherirse, en el lenguaje vivaz utilizado que no en pocas ocasiones asume el tono de una polémica personal con indicación de nombres propios entre los magistrados³⁰⁴. Por otro lado, en el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán la presencia de votos excesivamente largos o llenos de *obiter dicta* tampoco contribuye a un adecuado estilo del voto singular³⁰⁵.

Las características que debería tener un voto singular para evitar los peligros señalados, son la brevedad y la esencialidad, cualidades que ha mostrado el Tribunal Constitucional español en su práctica, lo que parece encontrar fundamento en que casi todos los magistrados que integran este tribunal provienen normalmente del ámbito académico y no pertenecen a un aparato judicial³⁰⁶.

En cuanto a la cortesía de los votos singulares, también es un buen ejemplo, el caso del Tribunal Constitucional español en el que se utilizan expresiones en tono moderado y respetuoso con la mayoría, algunos ejemplos de esto son el inicio de los votos: “Siento discrepar...”, “Me veo obligado a disentir...”, “Siento que es mi deber disentir...”, “Con profundo respeto de la autoridad de la decisión de la mayoría disiento...”, entre otros³⁰⁷. No debe olvidarse que:

“la cortesía no puede ser impuesta con medidas de censura por parte del colegiado, sino estimulada a través de la conciencia profesional y deontológica del juez constitucional”³⁰⁸.

³⁰⁴ ANZON, Adele. “Forma delle sentenze e voti particolari: Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto”, en: *L’ Opinione dissenziente*, a cura di: Adele Anzon, Op. Cit., pp. 178-179.

³⁰⁵ LUATTI, Lorenzo. Op. Cit., p. 154.

³⁰⁶ Ídem.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 158.

³⁰⁸ LUTHER, Joerg. Citado por: *Ibíd.*, p. 159.

El estilo del voto singular también ha servido para estudiar la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos, estableciendo una correspondencia entre un específico estilo y una cierta etapa de la Corte en relación al poder que ostentaba³⁰⁹. Desde los inicios cuando se emitían *dissents* apologéticos en la Corte de Marshall (“Sea como fuere, al encontrarme en la desafortunada situación de diferir con esta Corte, no puedo sino dudar de la corrección de mi propia opinión. Pero, al no estar convencido de mi error, debo mostrar que la opinión no ha sido dada de modo ligero o desconsiderado”³¹⁰), pasando por *dissents* sumamente breves (“Por tanto, disiento”), hasta llegar a las disidencias respetuosas (*respectful dissents*) que forman parte de la práctica cotidiana actual de la Corte, y que aparecieron recién desde la segunda mitad del siglo pasado. La fórmula común es: “Debo disentir respetuosamente”. Este último tipo de *dissents* tiene un alto contenido retórico y se presenta más como un producto del diálogo institucional que como expresión de un conflicto que enfrenta a dos jueces adversarios, lo cual sería reprochable³¹¹.

5.3. Aspectos procedimentales del voto singular en Perú

El Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional es una norma dictada por la misma institución cuya finalidad es regular su funcionamiento tratando aspectos más específicos que los que trata su Ley Orgánica, entre los que se encuentran los asuntos procedimentales planteados. Por lo tanto, en este apartado nuestro objetivo es relacionar las cuestiones planteadas acerca del voto singular (oportunidad y coherencia, el caso del juez relator disidente y el estilo del voto) con la regulación establecida en el ámbito nacional para evaluar si se cumplen los criterios de idoneidad tratados en el punto anterior.

³⁰⁹ Harvard-Note, “From consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent”, Harvard Law Review, Vol. 124, Nº 5, marzo 2011.

³¹⁰ *Ibíd.*, pp. 1308-1309.

³¹¹ *Ibíd.*, p. 1320.

a) En cuanto a la oportunidad del voto singular, durante la deliberación, los magistrados que discrepen con el proyecto de resolución deben presentar sus objeciones al ponente, luego de lo cual, los expedientes le serán remitidos para la elaboración de sus fundamentos o votos singulares para lo cual cuentan con cuarenta y ocho horas de recibido el expediente, bajo responsabilidad salvo motivos justificados³¹².

Llama la atención el escaso tiempo con que cuentan los magistrados para presentar sus votos singulares (apenas 48 horas) este límite puede responder a la apremiante carga procesal de este tribunal y se ve atenuado por la expresión “salvo motivos justificados” que utiliza la norma al final de la oración. La sanción ante el incumplimiento del plazo es la publicación de la decisión sin la opinión del juez discrepante. Conocer qué entiende el Tribunal por “motivo justificado” en la práctica es una tarea pendiente para determinar con exactitud cuál es el plazo con que cuenta un magistrado para redactar su voto singular. Podemos adelantar, no obstante, que el plazo de 48 horas se presenta a toda luz insuficiente. Somos de la opinión de extender a por lo menos una semana de plazo.

b) En cuanto a la coherencia entre los argumentos de lo anunciado en la deliberación y el voto singular finalmente formulado, no hay una regulación específica propiamente aunque hay algunas previsiones que pueden cumplir el mismo fin aunque de modo parcial. Así, los artículos siguientes del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional disponen:

³¹² Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, artículo 44: “Las votaciones serán nominales y a mano alzada.

Los fundamentos singulares de voto o los votos singulares que se adopten deben ser enviados por el Magistrado responsable al Secretario Relator, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas de recibido el expediente, bajo responsabilidad, salvo motivos justificados.

En caso contrario, el Secretario Relator deja constancia en acta de la demora y se notifica y publica, en su caso, la resolución con los votos de los Magistrados que la suscriban.”

“Variación del voto

Artículo 44-A.- El Magistrado que ha emitido su voto, sólo puede variarlo con conocimiento del Pleno y previa fundamentación.

El Secretario Relator debe dar cuenta al Pleno del Tribunal Constitucional cuando se produzcan cambios en el sentido del voto de un Magistrado, bajo responsabilidad.

Plazo especial

Artículo 45.- Los Magistrados pueden solicitar un plazo para estudiar, con mayor amplitud, el asunto sometido a consideración del Pleno o de la Sala. En tal caso el Presidente puede concederle uno prudencial, si así lo requiere el asunto por resolver”.

Entonces, si bien es cierto que se trata de promover la discusión al interior del tribunal con la primera previsión que dispone la imposibilidad de variar el voto sin haber notificado previamente al resto de magistrados, esta se refiere únicamente al caso en que se quiera cambiar un voto ya formulado antes de la decisión final. Lo cual resuelve sólo parcialmente el problema pues no prevé el caso en que el voto singular (el que se formula a las 48 horas de producida la deliberación) es emitido sobre la base de fundamentos extraños a los expuestos durante la deliberación, lo que deja la puerta abierta a los llamados “votos sorpresa” que impiden que se genere el diálogo.

Por otra parte, la segunda previsión establece la posibilidad de que a solicitud de los jueces se otorgue un plazo adicional para estudiar el caso, sin embargo, la procedencia de dicha solicitud está sometida al criterio del Presidente del Tribunal. Desde nuestro punto de vista, una regulación completa exigiría que cuando se presenten nuevas

apreciaciones sobre un caso los magistrados soliciten un plazo adicional para un mayor estudio, y ésta sea aprobada automáticamente y no sometida a la decisión del Presidente.

c) En cuanto a la situación del juez relator disidente, el Reglamento Normativo regula la figura de manera similar a la señalada para el caso español, que además consideramos como óptima. El artículo 46 indica:

“Nueva ponencia

Si la ponencia no obtiene en el Pleno el mínimo de votos, el expediente pasará al Magistrado que designe el Presidente, para que redacte el nuevo proyecto en el que se exponga la tesis de la mayoría, siempre que el Magistrado ponente original no aceptara hacerlo.

El nuevo estudio será sometido oportunamente a votación. En este caso y cuando, como consecuencia de las deliberaciones, haya que efectuar ajustes a la ponencia, el Magistrado sustanciador dispondrá de un plazo acordado por el Pleno para entregar el texto definitivo, copia del cual se hará llegar a los Magistrados disidentes, con el objeto de que presenten, dentro de un día, el correspondiente fundamento de su voto singular”.

Como se puede notar, se establece la libertad del juez redactor-relator disidente de abandonar el encargo del caso o de continuar con éste, en el primer caso será el Presidente quien designe el nuevo redactor de la decisión (se asume que dentro de los que componen la mayoría).

d) En cuanto al estilo del voto, una revisión de los votos singulares en el Tribunal Constitucional del Perú arroja un resultado similar al de experiencias foráneas: en la generalidad de casos si bien las opiniones discrepantes son críticas, se realizan con

respeto y atendiendo a las reglas de cortesía. Ejemplos de ello son las comunes expresiones al inicio de los votos singulares: “Con el debido respeto del voto en mayoría de nuestros colegas magistrados...”, “...y lo digo con el debido respeto por la opinión ajena...”, “Discrepo cordialmente de los fundamentos...”, “Con el máximo respeto por la opinión de nuestros colegas...”.

Sin embargo, con no poca frecuencia, encontramos votos singulares dirigidos a un magistrado o a varios con un excesivo tono de polémica, irónicos y a veces simplemente agraviantes. Se trata de una lamentable práctica que ha aumentado sobre todo en los años más recientes y, ciertamente, en algunos de los casos más polémicos que ha conocido el Tribunal.

Estos son algunos ejemplos del pernicioso estilo al que nos referimos: 1) “A contrario sensu de lo sostenido por mis colegas, estimo que no se puede practicar separaciones o exclusiones caprichosas, bajo presunciones carentes de sustento” (Voto singular, Fundamento jurídico 18, STC Nº 02210-2007-PA/TC); 2) En referencia a la mayoría: “Para llegar a este aserto desbordante utiliza por todo argumento una expresión de antigua canción afro-peruana que dice: “Si todo el mundo corre entonces corro yo también”” (Voto singular, Fundamento jurídico 5, STC Nº 0024-2010-PI/TC); 3) “Este deber involucra también a los juzgadores sin que ello implique que con el pretexto de la eficacia de dicha garantía se pueda hacer interpretaciones extravagantes o caprichosas con un único objetivo, el poder punitivo del Estado” (Voto singular, Fundamento jurídico 12, 0218-2009-PHC/TC); 4) “Esta confusión no sería tan relevante si no fuera porque, a nuestro entender, en el esfuerzo por rendir culto a la jurisprudencia de conceptos, la sentencia en mayoría se olvida de la resolución del caso” (Voto singular, Fundamento jurídico 3, STC Nº 4223-2006-PA/TC).

Más allá de cada expresión en particular, el conjunto de este tipo de votos deja entrever el uso de un lenguaje inapropiado para sentencias del Tribunal Constitucional

que tiene consecuencias negativas para la institución. La solución, insistimos, debe construirse al interior de la institución apelando a las cualidades de los jueces que la componen.



CAPÍTULO 3: LA JURISPRUDENCIA MINORITARIA O ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ EN DOS BLOQUES TEMÁTICOS

Son varios los aspectos del voto singular desarrollados a lo largo de la presente tesis (especialmente en el Capítulo 1) y es nuestro propósito ahora utilizarlos en un análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú. A modo de breve recuento, en primer lugar, incidiremos en el modo en que los votos singulares manifiestan el permanente proceso de “búsqueda de la verdad” en el ámbito jurisdiccional constitucional, constituyéndose como una garantía de que se ha producido un diálogo entre los jueces.

En segundo lugar, daremos cuenta sobre la forma en que las propuestas de la democracia deliberativa se ven satisfechas mostrando qué grupos minoritarios se ven representados por los distintos votos singulares y a través del uso de qué tipo de argumentos. La evolución del derecho, en tercer lugar, promovida por algunos de los votos singulares merecerá también nuestra atención, sea de modo directo (que haya producido un cambio en la jurisprudencia del propio Tribunal, por ejemplo) o de modo indirecto (que pueda ser utilizada por los operadores del derecho para enfrentar los argumentos de la mayoría).

Finalmente, en la medida en que sea pertinente, pondremos de relieve la defensa de la ética constitucional objetiva en los votos singulares estudiados, esto es: justicia intrageneracional, intergeneracional y el respeto humano por el medio ambiente.

Cabe mencionar que en ocasiones haremos observación de la “práctica discrepante” entre los magistrados, a partir de lo estudiado en estos casos, por lo que es posible que se encuentren menciones a la forma en que funciona la toma de decisiones en el Tribunal, la capacidad de los magistrados para formular sus discrepancias, la presencia o ausencia de una política de diálogo, etc. Es una motivación práctica la que nos lleva, entonces, a plantear el estudio de la jurisprudencia minoritaria del Tribunal Constitucional del Perú, con el convencimiento de que en ella pueden encontrarse valiosas interpretaciones de la Constitución dignas de poner en relieve, o, al menos, merecedoras de ser extraídas de la oscuridad en la que se encuentran debido al escaso interés que han suscitado a la comunidad jurídica nacional.

Para ello vamos a tomar el siguiente orden: en primer lugar, explicaremos la metodología a emplear, lo que incluye el criterio para la selección de la jurisprudencia, los alcances y límites del estudio, y otros; en segundo lugar, ingresaremos al primer bloque de estudio que es la jurisprudencia alternativa sobre lucha contra la impunidad por delitos contra los derechos humanos; y, en último lugar, la jurisprudencia sobre la relación entre Constitución y economía.

1. Metodología del análisis jurisprudencial

En cuanto a la selección de los casos, hemos visto por conveniente agruparlos por dos bloques temáticos: lucha contra la impunidad en delitos contra los derechos humanos, y Constitución y economía.

Agruparlos por bloques temáticos ha sido sobre todo una necesidad puesto que la gran cantidad de casos que conoce el Tribunal Constitucional por año hace imposible un

análisis exhaustivo de su jurisprudencia; asimismo, nos va a permitir un estudio mejor delimitado y al alcance de nuestras posibilidades ya que seríamos incapaces de tratar con cierto nivel académico sobre todos los temas constitucionales que llegan a esta instancia.

Ambos temas fueron elegidos en atención a dos consideraciones: la primera es que poseen una gran importancia de carácter social, político y cultural en la vida del país; y la segunda es que intuimos (ya que no contamos con estadísticas), sobre la base de nuestra corta experiencia, que se trata de dos de los temas sobre los que más se ha discrepado, en cantidad e intensidad.

En cuanto a los alcances y límites del estudio propiamente, hemos decidido concentrarnos en lo estrictamente jurídico (en un sentido tradicional del término), evaluando en cada caso el voto singular o votos singulares y realizando un análisis crítico. Naturalmente para una correcta comprensión de los casos de estudio será frecuente acudir a varios de los argumentos expresados por la mayoría.

Es importante puntualizar con énfasis que no nos proponemos establecer, estudiar o acercarnos al estado de la cuestión de los bloques temáticos a tratar, ni a nivel jurisprudencial ni mucho menos a nivel doctrinario. Ni siquiera es nuestra preocupación que se desarrollen todos los puntos de relevancia constitucional expresados en la sentencia. Nuestra tarea se limita a mostrar y analizar aquellos puntos de divergencia en la interpretación de la Constitución con ocasión de estos casos específicos. Estudiamos pues la discrepancia.

Como puede intuirse, el análisis adopta, como consecuencia de ello, una perspectiva predominantemente empírico-descriptiva positiva de la que somos conscientes, no obstante, creemos, junto con Cámara Villar, que es la forma más idónea

de establecer de forma directa y con el mayor detalle posible el contraste de las argumentaciones³¹³.

2. Lucha contra la impunidad en delitos contra los derechos humanos

De un lado, el ejercicio del poder público tiene como fuente de legitimación formal el respeto por el principio de legalidad en virtud del cual está subordinado a leyes generales y abstractas (artículo 51 CP), y, de otro lado, como fuente de legitimación sustancial, el estar al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, no existen en el Estado Constitucional poderes sin regulación ni actos de poder incontrolables³¹⁴.

Así, se puede afirmar que los poderes públicos están codificados en función de las libertades y derechos fundamentales de las personas. La potestad sancionatoria del estado en materia penal, *ius puniendi*, en tanto resulta especialmente aflictiva a los derechos fundamentales encuentra en la Constitución una barrera infranqueable. El nivel de vinculación entre el Derecho penal y la Constitución depende de cada ordenamiento jurídico; en el caso peruano, Roberto Pereira, en criterio con el que coincidimos, indica que se trata de uno de tipo intenso ya que:

“[...] encontramos principios de alcance general pero que tienen una importante incidencia en el ámbito punitivo como es el caso de las exigencias de igualdad y el mandato de no discriminación, proporcionalidad, el debido proceso o la publicidad de las normas. [...] A ello debemos agregar la fuerza irradiante que despliegan los derechos fundamentales en todo el ordenamiento y ciertamente en el ámbito punitivo, donde actúan fundamentando el *ius puniendi* cuando se

³¹³ CÁMARA VILLAR, Gregorio. Op. Cit., pp. 96-97.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, pp. 856-857.

sancionan determinadas agresiones contra derechos fundamentales como la vida, salud, integridad; pero también como límites dada la exigencia del respeto a su contenido esencial”³¹⁵.

En particular, el Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, está llamado a ejercer un rol activo en la tarea de garantizar que el Derecho penal se aplique dentro de los parámetros constitucionales, debiendo “determinar y otorgar contenido, a través de sus sentencias, a las instituciones penales haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con el Derecho constitucional”³¹⁶.

Durante el proceso penal se ven amenazados con mayor frecuencia los derechos fundamentales de las personas, y es a través del proceso de hábeas corpus que el Tribunal Constitucional, última instancia en este tipo de procesos, ejerce su función de garantía. Ello no significa que el Tribunal pueda “convertirse en una superinstancia judicial ordinaria, donde se revise el fondo y la forma de un proceso ordinario relativo a la tutela de derechos subjetivos de naturaleza legislativa” sino para “examinar en función de un canon de interpretación constitucional, el fondo y la forma del asunto en materia de la *litis* constitucional”³¹⁷.

En suma, se trata de una labor en resguardo de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales durante el proceso penal, que requiere, además, del uso de una interpretación constitucional que permita asegurar un justo equilibrio pues, del lado opuesto, se encuentra el deber del Estado de garantizar valores constitucionales como la

³¹⁵ PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos. “El control constitucional de la temporalidad de la prisión preventiva”, en: *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Palestra, 2006, p. 334.

³¹⁶ LANDA ARROYO, César. “Derechos Fundamentales y Derecho Penal: Bases Constitucionales del Nuevo Código Procesal Peruano”, en: *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006, p. 68.

³¹⁷ *Ibíd.*, p. 90.

seguridad y la justicia, así como de aplicar la pena con las finalidades de reeducación, rehabilitación y reincorporación del sancionado (artículo 139.2º CP).

En procesos penales por delitos contra los derechos humanos, el Tribunal Constitucional del Perú ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias oportunidades a través de procesos de inconstitucionalidad, y acciones de hábeas corpus interpuestas por los procesados. En tales circunstancias, el Tribunal se ha visto en la necesidad de ponderar la posible afectación de los derechos fundamentales de los imputados con la obligación estatal, emanada de tratados internacionales, de investigar, juzgar, y en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos.

En buena cuenta, lo que está en juego en este tipo de casos es la posibilidad de que la impunidad por delitos contra los derechos humanos se abra paso, generando consecuencias jurídicas de responsabilidad del Estado, y, aún más graves, consecuencias sociales, culturales y morales, pues la falta de castigo a crímenes que ofenden a la humanidad produce frustración y desconfianza de la sociedad restando legitimidad al Estado. Esta observación resulta vital al recordar que en las recientes décadas pasadas nuestro país ha vivido un conflicto armado interno en el que se han cometido innumerables excesos en contra de los derechos humanos, seguido de una política de impunidad destinada a proteger a algunos de los militares autores de dichos delitos y fomentada desde las instituciones estatales, al respecto, señala la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) en su Informe Final:

“La impunidad generalizada en la que operaron los perpetradores constituye una evidencia de la “negligencia grave, tolerancia implícita o en el peor de los casos de políticas o prácticas destinadas a asegurar dicha impunidad, por parte de las institucionales estatales responsables de dirigir y supervisar la actuación de las fuerzas del orden, de investigar y sancionar los crímenes cometidos, y de garantizar el respeto de los derechos

individuales básicos de la persona”. El Ministerio Público, el Poder Judicial y el Congreso de la República incurrieron en responsabilidad estatal general al no tomar las medidas para prevenir las desapariciones forzadas ni para investigar las miles de denuncias formuladas”³¹⁸.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha producido jurisprudencia constitucional sobre temas tales como leyes de amnistía, desaparición forzada de personas, derecho a la verdad, obligación de investigar las violaciones de derechos humanos, jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, etc.³¹⁹ No obstante, como ya hemos señalado, no es el objetivo de esta investigación establecer el estado general de la cuestión en la jurisprudencia, sino únicamente, concentrarnos en las discrepancias que se hayan expresado a través de votos singulares sobre esta materia.

Así entonces, hemos identificado tres grandes temas relacionados a los derechos humanos en los que el Tribunal Constitucional ha discrepado y en que se han emitido varios votos singulares merecedores de análisis. Ellos son, en primer lugar, el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable; en segundo lugar, la amnistía en casos de delitos contra los derechos humanos; y en último lugar, la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos.

2.1. El derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable

a) La sentencia del proceso de hábeas corpus con Exp. N° 5350-2009-PHC, de 10 de agosto de 2010, se da con ocasión del recurso interpuesto por Julio Salazar Monroe, ex-comandante general del Ejército del Perú, acusado de homicidio calificado y desaparición

³¹⁸ Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe Final. Lima: CVR, 2003, T. VI, p. 131.

³¹⁹ HUERTA, Luis. “La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos”, en: Los caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Coord.: Francisco Macedo. Lima: IDEHPUCP, 2007, pp. 99-109.

forzada contra los estudiantes de la Universidad la Cantuta, además, anteriormente condenado por hechos similares en la matanza ocurrida en Barrios Altos.

En dicha sentencia, el magistrado Landa Arroyo emite un voto singular en discrepancia con la interpretación que hace la mayoría sobre el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable, reconocido en el artículo 14 inciso 3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados ambos de los que el Perú es parte. En el primer caso, la norma indica: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A ser juzgado sin dilaciones indebidas”, y en el segundo caso: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación personal formulada contra ella [...]”. Es preciso distinguirlo, entonces, del derecho a no sufrir prisión provisional más allá de un plazo razonable, reconocido por el Tribunal Constitucional como una manifestación implícita de la libertad personal y por los instrumentos internacionales correspondientes³²⁰.

El voto minoritario de Landa plantea tres puntos de divergencia: en primer lugar, acerca de la titularidad de este derecho, ¿quién es el titular del derecho: el acusado, la víctima o ambos?; en segundo lugar, sobre cuándo es que nos hallamos ante la presencia de un plazo razonable y cuándo ante uno de carácter arbitrario, tomando en cuenta la gravedad del delito materia de investigación. Finalmente, se trata sobre las consecuencias de la vulneración del derecho al plazo razonable en el contexto de un proceso penal.

³²⁰ Hacemos referencia a los casos recaídos en el Exp. N° 2915-2004-PHC/TC, Caso Berrocal Prudencio, de 23 de noviembre de 2004, y en el Exp. N° 7624-2005-PHC/TC, Caso Buitrón Rodríguez, de 27 de julio de 2006, entre otros.

Sobre lo primero, el magistrado Landa se esfuerza en destacar, en el fundamento jurídico 5 de su voto singular, que el derecho al plazo razonable “es un derecho fundamental inclusivo, en la medida que su ámbito de tutela alcanza a más de un titular. Así tratándose de un proceso penal la cobertura constitucional alcanza no sólo al procesado, sino también a la víctima o a la parte civil. Por ello, es posible que, cada vez que se termine la violación del derecho al plazo razonable del procesado, se afecte también el derecho a obtener satisfacción jurídica en un tiempo razonable de la víctima o la parte civil”. De esta forma, el magistrado recoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia de 29 de enero de 1997) en el que se reconoce la titularidad del derecho al plazo razonable a la víctima (Genie Lacayo fue asesinado en 1990 cuando intentaba adelantarse a una caravana militar en una carretera de Nicaragua), al observar la Corte que al momento de conocer el caso (siete años después), éste aún no había concluido.

La discusión acerca de la titularidad del derecho tiene consecuencias determinantes en la interpretación constitucional. Si se acoge esta postura, los órganos jurisdiccionales se ven obligados a tomar en cuenta en el ejercicio de ponderación el derecho de la víctima o parte civil a obtener una solución judicial en un plazo razonable al momento de determinar la existencia o no de una vulneración a este derecho. La ponderación no podría quedar, entonces, confinada a las circunstancias que puedan estar afectando los derechos del procesado sino que debería incluir a la contraparte, en el entendido de que una absolución del procesado podría vulnerar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del que la víctima también es titular.

A partir de esta observación, surgen los otros dos aspectos que Landa cuestiona también en su voto minoritario. Por un lado, en el fundamento jurídico 7, señala que el plazo razonable no puede ser fijado de una vez y para siempre, sino que debe atender a criterios objetivos y razonables en cada caso concreto, ya que un mismo plazo “puede resultar un imposible en algunos casos y/o puede constituir un exceso en otros”. Y, por

otro lado, que la consecuencia de la vulneración de este derecho tampoco puede ser fijada *a priori* (por ejemplo, corte del proceso, o exclusión del procesado) pues debe considerarse que puede existir una víctima o un actor civil que también ostenta titularidad de este derecho, que puede tratarse de delitos imprescriptibles como las graves violaciones contra derechos humanos que hayan sido incluso observados por la Corte Interamericana de Derechos humanos, al requerir al Estado peruano la obligación de investigar y sancionar este tipo de hechos.

Esta postura entra en franca contradicción con lo postulado por la mayoría en la sentencia. Según la mayoría, en el fundamento jurídico 12, sí puede establecerse *a priori* una consecuencia ante la vulneración del derecho al plazo razonable puesto que, desde la STC 3509-2009-PHC/TC (Caso Chacón Málaga), el Tribunal ha establecido la “prohibición de continuar con la persecución penal por cuanto la demora injustificada en la resolución del proceso penal (impartición de justicia) ocasiona la pérdida de legitimidad punitiva”. Agrega además, en el fundamento jurídico 34, que el corte del proceso es una consecuencia entre las múltiples posibles ya que “la jurisprudencia comparada no es uniforme” al respecto.

Además, en el fundamento jurídico 40, la mayoría deja claro que sí es posible fijar consecuencias y plazos frente a la violación de este derecho, ya que indica que en caso ello se verifique se ordenará a la Sala penal emplazada que resuelva el caso en el plazo máximo de sesenta días naturales, en caso contrario, deberá sobreseer del proceso penal al favorecido por el hábeas corpus de forma inmediata. Por último, contrariamente a lo sostenido por Landa, la mayoría señala, en el fundamento jurídico 48, que “la gravedad de los hechos procesados no puede ser un criterio objetivo para evaluar la complejidad del asunto, porque ello conlleva una subjetivización del proceso penal en función de la gravedad de los cargos”.

La mayoría adopta, de este modo, una postura de rígida defensa del derecho a ser juzgado en un plazo razonable al establecer un plazo máximo de sesenta días para resolver el caso luego del cual procede el sobreseimiento. Dicha postura se asemeja a la defendida por un sector de la doctrina para la que el derecho internacional impone a los estados la obligación de establecer un plazo razonable vía legislativa, y en caso de no ser ello así (como sucede en casi todos los estados), a que los jueces establezcan uno por vía interpretativa ya que otros remedios compensatorios civiles o penales, o de otro tipo son insuficientes garantías para la adecuada protección de un derecho humano³²¹.

Sorprende, no obstante, que pese a compartir esta postura la mayoría no asuma al mismo tiempo la crítica al criterio predominante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional denominado como la “teoría del no plazo”, que sostiene que no puede fijarse un plazo único, pues cada plazo debe ser determinado en función del caso concreto en atención a tres elementos: a) complejidad del asunto, b) conducta o actividad procesal del imputado, y c) conducta de autoridades judiciales. La mayoría no sólo no recoge esta crítica, sino que abraza la “teoría del no plazo”, estableciendo, al mismo tiempo, criterios para fijar un plazo razonable según el caso concreto, y un plazo único de sesenta días como plazo máximo para que el órgano jurisdiccional correspondiente emita sentencia, a partir de la constatación de la vulneración del derecho.

Permanece la discrepancia sobre si debe tomarse en cuenta la gravedad del delito para examinar la posible vulneración de este derecho. Sin embargo, queremos resaltar que la mayoría no llega a pronunciarse respecto a la titularidad del derecho, omitiendo ponderar el plazo razonable para la víctima o actor civil del caso, lo que, a nuestro juicio, resulta verdaderamente preocupante debido al contexto histórico de impunidad por

³²¹ PASTOR, Daniel. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2002, pp. 522-529. Para mayor referencia el resto del Capítulo V, “Las consecuencias jurídicas de la excesiva duración del proceso penal”.

violaciones de derechos humanos en nuestro país, y a las concretas obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de dicho crímenes establecidas por la sentencia de la Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, de 14 de marzo de 2001.

El voto singular de Landa, a nuestro modo de ver, logra representar los intereses de una minoría cual es la de las víctimas de delitos contra los derechos humanos así como la de los familiares de aquéllas, para ello les proporciona argumentos jurídicos con alta capacidad persuasiva e imbuidas del respaldo jurisprudencial internacional. Asimismo, logra sembrar la duda acerca de cuán correcta puede ser una sentencia constitucional sobre el derecho al plazo razonable que no valore como titular a la víctima, invitando al cambio jurisprudencial.

2.2. Amnistía de delitos contra los derechos humanos

a) En el primer capítulo de la presente investigación hemos tenido ocasión de presentar parcialmente la sentencia del Exp. Nº 0013-1996-I, de 28 de abril de 1997, en el que se formula un voto singular del magistrado Aguirre Roca con ocasión de la dimensión ética del voto singular. La acción de inconstitucionalidad fue presentada contra las leyes de Nº 26479 y Nº 26492, denominadas “Amnistía general a personal militar y civil para diversos casos”, e “Interpretación y alcances de la ley de amnistía”, respectivamente. Estas disposiciones se promulgaron durante el gobierno autoritario de Fujimori, y, a través de éstas, el Congreso de la República, con una mayoría oficialista, pretendió dejar sin castigo los delitos perpetrados por el grupo paramilitar “Colina” en las matanzas de Barrios Altos y de la Universidad La Cantuta.

Pese a que la acción de inconstitucionalidad presentada contra estas leyes, era una estupenda oportunidad para que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre los límites constitucionales a esta prerrogativa legislativa, ello no sucedió verdaderamente ya que tanto en la sentencia como en el voto singular se discutieron asuntos tangenciales

soslayando lo que, a nuestro juicio, constituía el asunto medular. No obstante, es posible entender, o leer entre líneas, la discrepancia surgida entre la mayoría del Tribunal y el magistrado Aguirre, como una confrontación por la defensa de los derechos humanos, supuesto en el cual el magistrado mencionado aparece como un referente.

En su voto singular, el magistrado Aguirre sostiene que la Ley N° 26492 no concuerda con la normatividad constitucional pues pretende fijar una única interpretación de la ley proscribiendo el uso del control difuso de los jueces (el artículo 3 de dicha norma señalaba: “Interprétese el artículo 1 de la Ley N° 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995”) lo cual “pretende desconocer y anular las facultades –que son no sólo atribuciones sino también graves deberes”, reconocidas en el artículo 138 de la Constitución.

Asimismo, señala que en el fallo en mayoría se apela incorrectamente a la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), que no permite la interposición de demandas de inconstitucionalidad contra leyes que hubiesen agotado todos sus efectos, ya que las leyes de amnistía no han agotado sus efectos pues subsisten los derechos a la reparación civil, así como los relacionados con el conocimiento de la verdad y con la tutela jurídica correspondiente. Agrega que la mayoría confunde los efectos agotados en el mundo jurídico como consecuencia de la amnistía, con los efectos producidos en el “mundo real” en donde es evidente que aún quedan efectos pendientes de resolución pues estas leyes “no han borrado las muertes –pues a nadie han resucitado- ni restaurado la integridad física de las víctimas”.

Por lo tanto, el voto singular apela, de un lado, al argumento de la subsistencia de los efectos generados por dichas leyes para sustentar la inexistencia de causal alguna de

improcedencia de la demanda y la necesidad de evaluar el fondo de la controversia. Y, de otro lado, apela a argumentos de fondo tales como la anulación del control difuso de los jueces, el conocimiento de la verdad y la tutela judicial de las víctimas de la violencia, para sustentar la incompatibilidad de las normas con la Constitución.

Importante es anotar que la influencia de este voto singular trascendió el ámbito propiamente jurídico hasta llegar al ámbito social y político, pues se formula en un contexto de autoritarismo que perseguía la impunidad de esta clase de delitos, y, sobre todo, porque se produce en el seno de un Tribunal Constitucional subordinado al poder de turno, o en cautiverio, como lo han llamado algunos especialistas.

El reclamo por la “búsqueda de la verdad” es la esencia de este voto singular, y se constituye en el intento más temprano que conocemos de reconocimiento del derecho a la verdad en la jurisprudencia constitucional peruana. Así, se trata de un auténtico anuncio de una jurisprudencia del futuro, la que se materializaría en el hábeas corpus recaído en el Exp. N° 2488-2002-PHC/TC, de 18 de marzo de 2004, en el que el Tribunal Constitucional reconocería por vez primera el derecho fundamental implícito a la verdad (en sus dimensiones individual y colectiva) en consonancia con el artículo 3° de la Carta Magna.

2.3. Imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos

a) En la sentencia recaída en el Exp. N° 3173-2008-PHC, de 11 de diciembre de 2008, el hábeas corpus llegó a la jurisdicción del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional (RAC) interpuesto por el Instituto de Defensa Legal (IDL), en calidad de representante de las víctimas de la matanza de El Frontón, solicitando la anulación de la resolución de la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Lima que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por el suboficial de la

Marina Teodorico Bernabé Montoya, por medio del cual se dispuso el archivo de la investigación penal.

Como es de público conocimiento, el 18 de junio de 1986 se produjo un motín en el penal denominado El Frontón. Al día siguiente, la Fuerza de Operaciones Especiales procedió a la demolición del Pabellón Azul lo que produjo la muerte o lesiones de un gran número de reclusos. Las investigaciones por estas ejecuciones extrajudiciales se han ido archivando sistemáticamente, impidiendo la imposición de las sanciones correspondientes a los autores del delito³²². De esta forma, el caso se presentó como una oportunidad para que el Tribunal establezca un criterio que permita acabar con la impunidad en el delito contra los derechos humanos ocurrido en El Frontón.

Se emitieron dos votos singulares en esta sentencia: uno de ellos por los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz; y el otro, por el magistrado Landa Arroyo. Ambos votos tratan el tema de fondo del caso (imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos), en contraposición al fallo en mayoría que por cuestiones procesales decide abstenerse de entrar en dicho análisis. Por tanto, tenemos dos opiniones minoritarias que resultan muy provechosas para un análisis constitucional sobre este tema; y, del otro lado, tenemos una postura mayoritaria que siendo el criterio vinculante, paradójicamente, no establece criterio constitucional alguno en relación al fondo.

La mayoría decide no ingresar al análisis de fondo por las siguientes razones (Fundamentos jurídicos del 3 al 7): 1) el precedente vinculante de la STC 4853-2004-PA/TC que habilita a interponer RAC contra resoluciones estimatorias a favor del precedente (lo que ha ocurrido en el presente caso), es inválido en la medida que fue aprobado sin cumplir los presupuestos básicos para dictar un precedente; 2) el IDL cambió de *motu proprio* su condición de *amicus curiae* a tercero legitimado, lo que constituye un vicio

³²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2000, Fundamento jurídico 59 (Hechos probados).

procesal; y 3) el RAC invoca como precedente vinculante sentencias del Tribunal Constitucional que sólo constituían doctrina jurisprudencial. Concluye diciendo que “este Tribunal considera innecesario analizar el fondo de la cuestión controvertida por cuanto la justicia constitucional debe guardar un justo equilibrio entre la protección de derechos fundamentales y la seguridad jurídica [...] sin que ello implique exceso de formalismo, pues la justicia constitucional no puede amparar ni avalar el anarquismo procesal” (Fundamento jurídico 14).

De un lado, en el voto singular de los magistrados Beaumont y Eto, se señala, en primer lugar, en el fundamento jurídico 19, que “el hecho de que sólo a partir de diciembre de 2004 se encuentre en vigencia el artículo VII del TP del CPConst., no significa que con anterioridad el Tribunal Constitucional no haya emitido determinadas reglas vinculantes para todos los poderes públicos y colectividad en general” y que, dicen en el fundamento jurídico 20, la regla de imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos “fue establecida con meridiana claridad en la STC 2488-2002-PHC” que señalaba que “Corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adaptación de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos”.

En segundo lugar, indican que los problemas de legitimidad del Instituto de Defensa Legal (que intervino primero como *amicus curiae* y luego como partícipe), y que fueron aducidos por la mayoría como causales de improcedencia, deben ser superados en aras de la no denegación de justicia a las víctimas de El Frontón. Por ello, en su fundamento jurídico 31, dice que “son demasiado valiosos los bienes constitucionales que resultarían mellados al negar la posibilidad de que proceda el referido RAC”.

Superados los impedimentos procesales, en relación al fondo, agregan que no sólo los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles en aplicación de los tratados internacionales sobre la materia sino que, “bien entendidas las cosas, toda grave violación

de los derechos humanos resulta imprescriptible”³²³ ya que “la gravedad de la afectación a los derechos humanos deriva de la fuerza axiológica de los concretos derechos que resultan afectados, así como de las circunstancias manifiestamente desproporcionadas e irrazonables en que se produce dicha afectación”³²⁴. Consideran que ello es pertinente al caso en concreto, atendiendo a lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al calificar los hechos ocurridos en El Frontón en el caso Durand y Ugarte.

Finalmente, y pese a haber establecido este criterio de defensa de los derechos humanos, los magistrados concluyen que debe declararse infundada la demanda interpuesta por los representantes de los familiares de las víctimas pues existe vulneración al derecho al plazo razonable, así como al principio de *ne bis in ídem*.

De otro lado, en su voto singular, el magistrado Landa incide directamente sobre la situación de impunidad en que se encuentran algunas de las graves violaciones contra los derechos humanos ocurridas en el Perú, en el fundamento jurídico 2, cita para ello alguna de las conclusiones del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en relación al caso. Además, en los fundamentos jurídicos 6 y 7, se remite a senda jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional sobre la obligación estatal de investigar y sancionar la comisión de delitos contra los derechos humanos. Finalmente, cita la sentencia del Caso Durand y Ugarte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se establecen las obligaciones del Estado peruano en la matanza de El Frontón.

Sin dejar margen a dudas, Landa Arroyo concluye, en los fundamentos jurídicos 22 y 23, que “las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables son nulas de pleno Derecho”.

³²³ Exp. N° 3173-2008-PHC, Fundamento jurídico 41.

³²⁴ Exp. N° 3173-2008-PHC, Fundamento jurídico 42.

Contesta también los argumentos de orden procesal aducidos por la mayoría. En primer lugar, califica como un intento injustificado de abandonar el precedente de la STC 4853-2004-PA/TC, lo argüido por la mayoría respecto al no cumplimiento de los presupuestos básicos para dictar un precedente, ya que al menos un presupuesto sí se cumple (Fundamentos jurídicos 41 y 42). En todo caso, continúa el magistrado disidente, el requisito para abandonar un precedente requiere una votación favorable de al menos cinco magistrados en una sentencia y no en una resolución, como es el caso. Concluye críticamente que:

“Lo que en el fondo se aprecia en la resolución de la mayoría es una posición del interpretativismo textualista que no se condice con la estructura de las disposiciones constitucionales, a partir de reconocer en ellas normas-regla y normas-principio. Constituye un retorno al positivismo más radical cuyos adeptos afirman que la interpretación empieza y acaba en el texto mismo de las disposiciones. Si se asumiera ese punto se derivarían consecuencias de gravedad que puedan terminar afectando inclusive la esfera de competencias que este Tribunal ha ido perfilando a través de su jurisprudencia” (Fundamento jurídico 46).

Y, en segundo lugar, señala que la situación del IDL no puede ser una justificante para no ingresar al análisis de fondo, puesto que “un orden procesal constitucional no puede considerar como vicios procesales la legítima defensa procesal de quienes tienen interés en la decisión a adoptarse, sino como mecanismos constitucionales de defensa que deben ser analizados por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de garantizar el derecho de acceso a la justicia y el respeto al *principio de elasticidad*, reconocido en el artículo III del Título Preliminar” (Fundamento jurídico 57).

Así, hemos podido observar dos posturas divergentes: la interpretación mayoritaria, formalista, sostiene que un adecuado equilibrio entre la protección de

derechos fundamentales y la seguridad jurídica impiden analizar el fondo de la controversia; y la minoritaria (especialmente la del magistrado Landa Arroyo), activista, que entiende que los obstáculos procesales deben ceder en una medida razonable frente a la necesidad de establecer reglas claras en relación a la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos, en aras de acabar con la impunidad reinante en estos delitos y en defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Detectamos un auténtico punto de quiebre en la interpretación del Tribunal Constitucional. Es posible constatar ello observando el serio enfrentamiento “formalismo contra interpretativismo contextualista” (por llamarlo de alguna forma) en un asunto de gran sensibilidad jurídica, social y cultural (como son las violaciones de derechos humanos), y en el estilo utilizado para expresar sus posturas, no escatimando calificativos para sus adversarios (“anarquismo procesal”, “incoherencia de las decisiones”, por citar sólo algunas frases).

Sin duda la jurisprudencia minoritaria dota de argumentos jurídicos que permitirían a los jueces ordinarios hacer uso del poder-deber constitucional del control difuso para proceder al juzgamiento penal de los imputados por delitos contra los derechos humanos. Esto, creemos, es una forma de evolución “indirecta” del derecho constitucional.

Podemos concluir señalando que en dichos votos minoritarios se han incorporado los intereses de una minoría desprotegida por la mayoría como son las víctimas y sus familiares, a través del desarrollo de sólidos argumentos jurídicos que apelan a los derechos fundamentales, a la jurisprudencia vinculante nacional como internacional sobre los derechos humanos vulnerados y al requerimiento de una interpretación menos positivista y más pro-homine. Si todo ello es cierto, el “contraataque” constitucional se viene gestando desde el mismo momento de la derrota.

b) Una importante discrepancia en cuanto a los alcances de la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico interno, surge en la sentencia recaída en el Exp. N° 0218-2009-PHC, de 11 de noviembre de 2010. El recurso de agravio constitucional es interpuesto por Roberto Contreras Matamoros contra la resolución de la Sala Penal Nacional que, revocando la resolución del Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal en el proceso que se le sigue por el delito de asesinato ocurrido en la localidad de Lloclopampa, distrito de Accomarca – Ayacucho, en 1985:

“Los hechos atribuidos [...] consiste (sic) en ser presunto autor material y directo del delito de asesinato en perjuicio de Juliana Baldeón García y sesenta y dos personas más, hechos ocurridos el 14 de agosto de 1985 [...] La patrulla militar al mando del sub-teniente Telmo Hurtado incursionó en la mencionada localidad, en virtud del plan denominado Huancayoc, con el resultado fatal de varios pobladores muertos, entre mujeres niños y ancianos [...] no sin antes haber ultrajado a las mujeres. Los efectivos de la patrulla “Lince-siete” procedieron a introducir a un grupo de hombres y niños a una vivienda y en la otra a las mujeres, para eliminarlos con disparos de armas de fuego, arrojándoles incluso granadas de guerra, para posteriormente proceder a incendiarlos, resultando así dichas personas muertas y calcinadas” (Fundamento jurídico 8).

Al respecto, la mayoría decidió declarar infundada la demanda porque si bien los hechos materia de acusación tienen origen 25 años atrás, se ha advertido que hasta enero del 2002, según el fundamento jurídico 12, “el propio Estado habría instaurado un proceso ante un órgano jurisdiccional abiertamente incompetente que demostró su intención de encubrir los hechos criminosos, permisión que fue consumada con la dación de leyes de amnistía destinadas a impedir toda persecución penal”, por lo que se debe dejar de contabilizar todo el lapso en que se sustrajeron los hechos de una efectiva investigación.

Finalmente, también hace una tímida mención a la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos que sería aplicable en este caso, cuando señala, en el fundamento jurídico 19, que: “cualquier que sea la opción interpretativa que se tome, esto es, considerar la imprescriptibilidad de los delitos que se imputan, o bien la aplicabilidad de las normas de prescripción a partir de enero de 2002, a la fecha, la acción penal se encuentra todavía vigente, por lo que la demanda debe ser desestimada”. En un fundamento de voto, el magistrado Beaumont Callirgos señala que él se limita a replicar el criterio establecido en su voto particular de la STC 3173-2008-PA/TC (examinado *supra*) acerca de la imprescriptibilidad de este tipo de delitos, superando, de esta forma, la opaca mención que hace la mayoría sobre el tema.

En la STC N° 0218-2009-PHC/TC, que ahora nos ocupa, se emitieron dos votos singulares: por un lado, el del magistrado Vergara Gotelli, y por otro lado, el de Álvarez Miranda. En el primero de estos votos se defiende una interpretación que limita los alcances de la imprescriptibilidad por crímenes de lesa humanidad, al señalar, en el fundamento jurídico 7, que la Constitución nacional en su artículo 2, inciso 24, literal “d” prohíbe la aplicación retroactiva de las normas penales, salvo cuando sea más favorable al reo (artículo 103 de la CP) y que los tratados que establecen esta disposición (el Estatuto de la Corte de Roma, y la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”) han entrado en vigencia en el ordenamiento nacional luego de la comisión de los hechos materia de investigación. Asimismo, sostiene que la Resolución Legislativa N° 27998, que aprobó la adhesión del Perú a dicha Convención, indica expresamente la reserva de ser aplicada exclusivamente para hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor.

De esta forma, contradice a la mayoría del Tribunal que había señalado de modo general, en su fundamento jurídico 14, que “la prescripción de la acción penal, que supone la defensa del individuo contra los excesos del Poder estatal, no puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento que el Estado haya realizado de hechos que deben

ser investigados”, pero contradice, sobre todo, a lo sostenido por Beaumont Callirgos en su breve fundamento de voto, que aboga por la vigencia de esta disposición (imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos) derivado fundamentalmente de la fuerza vinculante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación a la contabilización del plazo de prescripción sostiene que es deber del juez motivar por qué se ha producido la interrupción o suspensión del plazo, lo que no ha sucedido, por lo que resuelve declarar fundada la demanda de hábeas corpus.

En el segundo de los votos singulares, el magistrado Álvarez discrepa más bien de la calificación jurídica de los hechos, adoptando igualmente una interpretación restrictiva acerca de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Según este magistrado, los tratados que consagran esta disposición sólo se refieren a “crímenes de lesa humanidad” y no a “graves violaciones de derechos humanos”. Indica, en el fundamento jurídico 27 de su voto, que los hechos no califican dentro del tipo, ya que no cuenta con el elemento de “sistematicidad” pues “el “Plan Operativo Huancayo” no tenía como propósito la comisión de delitos en perjuicio de los pobladores civiles de la zona, sino por el contrario, la finalidad de dicho plan era “capturar y/o destruir a los delincuentes terroristas”, por lo que no resultaría aplicable la imprescriptibilidad. Coincide, no obstante, con el criterio de la mayoría respecto a la no contabilización del plazo de prescripción sino hasta enero de 2002, por tanto es de la opinión de declarar infundada la demanda.

En cuanto a la incorporación de intereses de grupos minoritarios en la deliberación pública, los votos singulares en este caso consiguen representar a los militares y miembros de la sociedad que reclaman una aplicación más restringida de los instrumentos internacionales de protección por los derechos humanos, para ello proporciona argumentos jurídicos acerca de lo que debería ser una interpretación constitucional acorde con el principio de seguridad jurídica. Al margen de que

coincidamos con dicha posición, la mayor cantidad de participantes interesados reclamada por la democracia deliberativa se concreta.

Se denota al interior del Tribunal una tendencia de poco convencimiento acerca de los beneficios de la disposición de imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos (la mayoría hace menciones tímidas a sus beneficios, rescatando únicamente el fundamento de voto de Beaumont Callirgos), lo que, en lo que nos corresponde analizar, manifiesta la existencia de una saludable confrontación de posturas.

c) En la sentencia de inconstitucionalidad del Exp. N° 0024-2010-PI, de 21 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional ejerció el control constitucional del Decreto Legislativo N° 1097, por medio del cual se adelantaba la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal a los procesos por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (previstos en el Código Penal de 1924 y Código Penal de 1991), considerados como violaciones de derechos humanos, así como por los delitos contra la Humanidad (previstos en el Código Penal de 1991).

Dicha norma en su Primera Disposición Complementaria Final establecía una regulación que daría pie para que el Tribunal se pronunciara sobre la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos, la misma que citamos a continuación:

“Para efectos procesales, precísase que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución Legislativa N° 27998, surte efectos y rige para el Perú a partir del 09 de noviembre de 2003, conforme a la declaración realizada por el Perú al momento de adherirse a la citada Convención, al Fundamento N° 15 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 23 de marzo de 2010 recaída en el Expediente N° 00018-

2009-PI/TC, y a la declaración expresa contenida en la indicada Resolución Legislativa”.

Nuevamente el tema generaría divergencias de interpretación al interior del Tribunal, traduciéndose en tres votos singulares de los magistrados: Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Calle Hayen.

En su voto singular, el magistrado Álvarez Miranda apela a lo dicho en un anterior voto singular en el caso Contreras Matamoros (que hemos analizado líneas arriba) pero complementa con nuevos argumentos por lo que vale la pena detenernos en él. Señala, por un lado, que los delitos de lesa humanidad (o contra la humanidad) forman parte del tipo general “graves violaciones a los derechos humanos”, en una relación de género-especie. Y, por otro lado, indica que la calificación de los hechos corresponde al juez y debe tener un carácter estricto, no extensivo, a fin de evitar que los actos de brutalidad individual o exceso en el uso de la fuerza sean calificados como delitos de lesa humanidad a la luz de lo establecido por los tribunales internacionales, y reiterado por este Tribunal Constitucional” (punto 2).

Por su parte, el magistrado Vergara Gotelli emite un voto singular, en la misma línea del voto singular emitido en el caso Contreras Matamoros, discrepando en torno a lo que considera que debería ser una adecuada ponderación de la garantía constitucional de ley previa y de la imprescriptibilidad de los delitos que involucran graves violaciones de derechos humanos (Fundamento jurídico 3). Se manifiesta en contra de que la imprescriptibilidad forme parte del contenido del derecho a la verdad y de que ésta sea aplicable en todo tiempo, pues considera que esta determinación es “innecesaria para el caso y que a su vez no se condice con “un juicio de ponderación que lo valide ya que no resulta válido que de la interpretación de una norma (Vgr. el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se concluya en una resolución que pueda resultar lesiva de los derechos fundamentales de los inculpados por dichos delitos”.

Reconoce, en relación al derecho a la verdad, su doble dimensión individual y colectiva, así como la obligación y responsabilidad del Estado de esclarecer los hechos criminosos y adoptar medidas para que no se repitan, pero indica que ello no implica “la inexorable “sanción penal” al agresor fuera del plazo legal para su punición, pues el afán retributivo de la pena no se condice con el reconocimiento de derechos a los familiares y allegados de las víctimas o en su caso a la propia víctima, por el contrario, es la reparación económica y moral en esencia a lo que finalmente conduce la verdad de los hechos y de los responsables”. Indica, así, que el esclarecimiento de los hechos, y por tanto, la satisfacción del derecho a la verdad, se debe conseguir por medio de la reparación civil a las víctimas de las violaciones de derechos humanos. (Fundamento jurídico 12)

En relación a la aplicación en el tiempo de la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos, Vergara señala que de los instrumentos que regulan esta figura jurídica (el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) se aprecia con claridad que sus disposiciones son obligatorias a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado y no de manera retroactiva, todo ello también en consonancia con el artículo 55 de la Constitución. Agrega, que la garantía de ley previa, reconocida en la Constitución y en diversos tratados internacionales, excluye la aplicación de normas penales salvo cuando sean más beneficiosas para los imputados. (Fundamento jurídico 8)

Respecto al supuesto carácter de reserva de la declaración del artículo 1.1 de la Resolución Legislativa N° 27998³²⁵, Vergara estima que corresponde al Tribunal dar una motivación que explique por qué se ha otorgado un mayor peso a la disposición de

³²⁵ En dicha Resolución Legislativa, de 11 de junio de 2003, mediante la cual se aprobó la adhesión del Perú al tratado en discusión, se establece, en el artículo 1.1. la siguiente declaración: “De conformidad con el Artículo 103º de su Constitución Política, el Estado Peruano se adhiere a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, **cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú**” (resaltado nuestro).

imprescriptibilidad sobre la garantía de ley previa, siendo que ambas son normas *ius cogens*. Agrega que bajo una interpretación pro-homine debería prevalecer la garantía de la ley previa, de otro modo, se consigue “forzar un especial afán persecutorio del Estado que no puede ser otra cosa que la *venganza carcelaria* del supuesto infractor de la ley penal”. (Fundamento jurídico 14)

Por último, se pronuncia también en relación a la forma como debe interpretarse el delito de lesa humanidad, coincidiendo con la opción restrictiva “pues una interpretación de preceptos penales que perjudiquen al inculpado puede acarrear responsabilidad funcional y penal para los operadores del derecho”. (Fundamento jurídico 14)

Finalmente, el voto singular de Calle Hayen discrepa en varios puntos aunque de modo sumamente breve y general. En él se señala, en primer lugar, que los tratados entran en vigor luego de la ratificación, según el derecho de los tratados; en segundo lugar, indica que el punto 1.1. de la Resolución Legislativa 27998 no es propiamente una reserva sino sólo una Declaración Interpretativa por lo que declarar su inconstitucionalidad resulta innecesario; y, por último, recomienda preconizar un cambio con relación a la responsabilidad de los actores de este tipo de hechos, a fin de resguardar los derechos fundamentales del procesado y un mejor funcionamiento del sistema de justicia, aunque no señala en qué debería consistir ese cambio.

A partir de estos tres votos singulares, se pueden identificar hasta tres puntos clave de discordia: 1) la calificación de los hechos materia de imputación como delitos imprescriptibles según el derecho internacional de los derechos humanos, ¿debe seguir un criterio restrictivo o amplio?; 2) ¿el derecho a la verdad incluye o no la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos?; y, 3) los alcances en el tiempo de la regla de imprescriptibilidad.

En cuanto al punto 1), la mayoría señaló, en el fundamento jurídico 49, que los delitos de lesa humanidad constan de cuatro elementos, según los instrumentos internacionales: constituye una grave afectación a la dignidad humana, es generalizado o sistemático, responde a una política del Estado, y está dirigida contra población civil. A efectos de la interpretación el Tribunal recuerda, a partir de lo dicho, la obligación de los jueces penales de observar las garantías que conforman el principio-derecho de legalidad penal (Fundamento jurídico 51).

Sin embargo, la mayoría se esfuerza en anotar, a modo de ejemplo, que el inciso 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habilita a “procesar y condenar penalmente por la comisión de un acto, a pesar de no encontrarse previamente prohibido y penado por el Derecho escrito, siempre que tal acto resulte delictivo “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”” (Fundamento jurídico 54). Y concluye con gran claridad, en el fundamento jurídico 56, que:

“[...] una cosa es afirmar que las normas atinentes a la descripción de la conducta típica y la pena imponible sean las vigentes en el momento en que se produce el acto o la omisión penalmente reprochable (a menos que sobrevenga una más favorable), y otra, muy distinta, sostener que este criterio rige necesariamente también para las normas que determinan el tiempo durante el cual dicha conducta es susceptible de persecución penal”.

Sobre el punto 2), la mayoría indica, en el fundamento jurídico 60, que el derecho fundamental a la verdad conlleva la obligación de las autoridades a investigar los hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad, así como de individualizar a los responsables de su comisión, sancionarlos, y resarcir a las víctimas. “De ahí que –concluye el Tribunal- sea parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho

fundamental a la verdad, el que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles”, ello con el objetivo de impedir que usen este tipo de mecanismos (prescripción de la acción penal) con el fin de obtener impunidad, afectando los valores democráticos de verdad y justicia (Fundamento jurídico 61).

Finalmente, la mayoría se pronuncia a favor de la aplicación de la imprescriptibilidad en todo tiempo (punto 3), sobre la base de que es parte del contenido fundamental del derecho a la verdad (sobre lo que ya nos hemos detenido), de un adecuado juicio de ponderación de los valores en disputa y del criterio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto a la ponderación, la mayoría señala, en el fundamento jurídico 65, que el valor en disputa no es la garantía penal de ley previa, en tanto no se trata de juzgar por hechos que no constituían delitos al tiempo de cometerse sino sencillamente de habilitar la acción penal a efectos de que no se diluya el *ius puniendi*. Así, es la prescripción en tanto institución jurídica con reconocimiento constitucional que debe ponderarse junto con los derechos fundamentales potencialmente afectados. Al respecto, el Tribunal arriba a la conclusión de que la prescripción de los delitos de lesa humanidad “no resulta en modo alguno ponderada, pues los beneficios subjetivos que produce en el favorecido, son sensiblemente menores a los graves perjuicios que ocasiona a las víctimas del delito y a la sociedad en su conjunto”.

Además, continúa en el fundamento jurídico 67, la mayoría toma en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Barrios Altos vs. Perú, de 14 de marzo de 2001, y Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, de 22 de noviembre de 2007, ha establecido que son inadmisibles disposiciones como la prescripción que tengan como objetivo impedir la investigación y sanción de los responsables, y que es inaplicable cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional.

La mayoría establece, asimismo, la inconstitucionalidad de la declaración del Decreto Legislativo N° 27998 por contravenir el objeto y fin de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Concluye, por estas razones, también en la inconstitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria que significó una excelente ocasión para pronunciarse sobre este tema.

Vemos nuevamente que los votos singulares en este caso defienden una interpretación más restrictiva de estos instrumentos representando los intereses de los militares y sectores conservadores. Asimismo, este caso recoge en gran medida lo establecido por los votos minoritarios en el caso, revisado *supra*, Teodorico Bernabé o “El Frontón” (Exp. N° 3173-2008-PHC/TC), esclareciendo su influencia en la evolución del derecho y pudiéndole reconocer ahora como auténtico anuncio de jurisprudencia del futuro.

No obstante se observa, al cabo de esta revisión, una corriente minoritaria del Tribunal Constitucional que se decanta por una interpretación más restrictiva de la imprescriptibilidad en esta clase de delitos, predomina, por el momento, una postura que comprende a esta institución de un modo más amplio y, creemos nosotros, de un modo más protector de los derechos humanos como un eficaz instrumento de lucha contra la impunidad. La postura mayoritaria establece, de este modo, su adhesión al consenso doctrinario respecto a la aplicación en el tiempo de la imprescriptibilidad, como lo indica Andreu:

“Es importante destacar que existe un amplio consenso acerca de la vocación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, con lo cual esta se aplica a estos actos ilícitos aun cuando fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención. Como lo señalara el Relator Especial,

Sr. Doudou Tiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de carácter simplemente declarativo (pues) las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se han cometido”³²⁶.

3. La Constitución Económica: el rol del Estado en una Economía Social de Mercado

La Constitución económica aparece como un “subsistema del propio sistema constitucional que establece y consagra las normas fundamentales a las que debe acomodarse la ordenación de la actividad económica, actividad que llevan a cabo tanto los poderes públicos como los particulares”³²⁷, y se entienden comprendidas en ella las “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”³²⁸.

Ello quiere decir que a través de las normas constitucionales se limita pero también se garantiza el funcionamiento de la economía dentro de un Estado con el objetivo de asegurar que la creación de riqueza esté subordinada al interés social y que el ejercicio de cualquier actividad económica no sea lesivo a los derechos fundamentales³²⁹. Debido a estas premisas que salvaguardan la dignidad del hombre, se puede afirmar con Landa que

³²⁶ ANDREU, Federico. Citado por: BAZÁN CHACÓN, Iván. “Los delitos de genocidio y de lesa humanidad. La cuestión de la imprescriptibilidad”, en: Revista Derecho y Sociedad, Año XIV, Nº 21, Lima, 2003, p. 51.

³²⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Citado por: CORREA HENAO, Magdalena. Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 82.

³²⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Citado por: Ídem.

³²⁹ LANDA ARROYO, César. Constitución y... Op. Cit., p. 173.

“la economía está al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía”³³⁰. Por ello, Kresalja y Ochoa indican que:

“Lo que observamos ahora en un mercado es su alto grado de institucionalización, pues existen numerosas autoridades de vigilancia, fiscalización arbitraje, etc. con poderes reguladores y sancionadores; todo ello obliga al ejercicio responsable de la libertad de empresa. Y esa institucionalización tiene que ser “pro-competencia” o “pro mercado”. Esas instituciones existen entonces para garantizar que el mercado funcione para hacer realidad la libertad de empresa, para evitar una acción estatal sobre el mismo al modo antiguo, intervencionista. En síntesis, el mercado es hoy una institución “cuidada, fiscalizada y protegida por los poderes públicos en cuanto se dan cita en tal institución las libertades de todos los agentes que concurren a la misma”³³¹.

Se trata únicamente, vale advertirlo, de un mínimo de garantías que los agentes económicos están obligados a respetar, pero dentro del cual se permiten diferentes variables de política económica que pueden ser muy distintas, dejando a salvo el elemento democrático de la conducción de la economía; es posible hablar por esta razón de una “neutralidad económica” de la Constitución³³².

En el ámbito nacional encontramos el Título III de la Carta Magna consagrado al régimen económico, y en él se establecen, entre otros, sus principios generales destacando la apuesta por una Economía Social de Mercado (artículo 58º). Este tipo de economía “busca integrar razonable y proporcionalmente dos principios aparentemente

³³⁰ *Ibíd.*, p. 174.

³³¹ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 347.

³³² CORREA HENAO, Magdalena. *Op. Cit.*, pp. 89-90.

contradictorios entre sí: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado, y; por otro lado, el principio de igualdad y de solidaridad social”³³³. Decimos, por ello, que su objetivo es garantizar la libertad de los actores económicos para la generación de riqueza a la vez que dotar de condiciones mínimas de igualdad.

En la actualidad, la economía social de mercado suma nuevos objetivos a su causa como la preservación de la ecología para garantizar la justicia intergeneracional, la economía debe poder incorporar en su funcionamiento los límites para la protección del medio ambiente. Como dice Haberle, “la teoría constitucional del mercado socialmente amortiguado y comprometido con la ecología debería convertirse en práctica constitucional vivida en todo el mundo”, se debe, en suma, poder perseguir el “objetivo de la “riqueza de las naciones”, orientada por la justicia y el bien común, sin caer presas del “economicismo””³³⁴.

Debido a su privilegiada posición, el Tribunal Constitucional en cuanto último intérprete de la Constitución tiene sin duda un importante papel por desempeñar en resguardo de los valores de la Constitución económica, entre ellos el de la economía social de mercado, garantizando su supremacía y la defensa de los derechos fundamentales. El Tribunal debe contribuir a través de su jurisprudencia al equilibrio en las relaciones entre el Estado, el mercado y la sociedad civil³³⁵.

Así, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre varios temas de la amplia variedad que abarca la Constitución económica, esclareciendo sus principios fundamentales, desarrollándolos y consolidándolos. Sin que sea exclusividad de años recientes, pero sí con un aumento numérico significativo, el Tribunal también ha

³³³ LANDA ARROYO, César. Constitución y... Op. Cit., p. 178.

³³⁴ HABERLE, Peter. El Estado... Op. Cit., p. 261.

³³⁵ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. Cit., p. 771.

conocido de discrepancias internas de gran envergadura entre los magistrados en relación a este bloque temático, las mismas que se han exteriorizado a través de votos singulares.

Las sentencias que vamos a estudiar pueden dividirse con fines meramente explicativos en los siguientes temas: en primer lugar, jurisdicción constitucional para la defensa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas; en segundo lugar, el derecho a la libertad de empresa y sus límites; en tercer lugar, la protección del medio ambiente como límite a la actividad económica; en cuarto lugar, la potestad tributaria del estado y su relación con las libertades económicas; en quinto lugar, los servicios públicos en relación con los derechos de los usuarios y consumidores; y, por último, otros derechos fundamentales en relación con el funcionamiento de la economía. Cabe precisar, como puede suponerse, que los límites entre estos temas son muy tenues por lo que no será poco común que algunas de las sentencias con votos singulares traten varios de ellos a la vez.

3.1. Jurisdicción constitucional para la defensa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas

a) En el proceso de amparo con Exp. N° 03592-2007-PA/TC, de 24 de noviembre de 2009, la empresa de transportes E.T.C.P. reclama la supuesta vulneración de sus derechos a la libertad de contratar, libertad de empresa e irretroactividad de la ley. Lo que llama nuestra atención no es, sin embargo, su reclamo específico (declarado infundado unánimemente) sino la divergencia de interpretaciones acerca de si los procesos constitucionales son vías idóneas para la protección de los derechos fundamentales de la persona jurídica. Los magistrados del Tribunal, coincidiendo en la parte resolutoria, emiten varios fundamentos de voto.

Todo parte de la opinión del ponente del caso, el magistrado Vergara, quien expresa, en el fundamento jurídico 1, que “el Tribunal Constitucional en su función

pacificadora debe limitarse a los asuntos que resultan de estricto conocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y no de sociedades mercantiles”, agrega que se deben privilegiar los intereses de la persona humana pues éste es el objetivo de los procesos constitucionales y no la defensa del interés de lucro que corresponde a este tipo de sociedades. Al final, modera en alguna medida su postura al expresar que las personas jurídicas no tienen legitimidad para interponer demandas constitucionales salvo “situaciones urgentes que ameriten un pronunciamiento de emergencia”.

En un caso anterior, STC 00245-2006-AA/TC, este magistrado había señalado cuáles son estas situaciones urgentes: a) cuando la persona jurídica no tiene vía alguna para la defensa de sus derechos constitucionales, b) cuando la vulneración de sus derechos constitucionales sea totalmente evidente a partir de la sola lectura del expediente, c) cuando en contravención de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional un órgano judicial o administrativo vulnera los derechos de la persona jurídica, d) cuando por actos arbitrarios de un órgano administrativo o judicial se ponga en peligro la existencia de la persona jurídica (Fundamento jurídico 7).

Vale recordar que se trata de una postura defendida permanentemente por este magistrado a través de diversos votos separados (sean fundamentos de voto o votos singulares), podemos encontrar algunos de ellos en los Exps. N° 03778-2006-PA/TC, N° 00562-2008-PA/TC, N° 03620-2007-PA/TC, N° 04466-2007-AA/TC, entre muchos otros.

Volviendo a la sentencia inicial, el resto de magistrados discrepa de esta posición y emite cinco fundamentos de voto: Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Calligros y Álvarez Miranda (en conjunto), Calle Hayen y Eto Cruz. Debemos adelantar que de la opinión general de estos magistrados es posible observar como un lugar común el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas así como su defensa por vía de los procesos constitucionales; sorprende, por ello, que no

se haya podido expresar esta amplia coincidencia en un solo fundamento de voto. Pasemos ahora a evaluar qué se ha dicho al respecto.

Mesía Ramírez señala brevemente que las personas jurídicas sí son titulares de derechos fundamentales y pueden solicitar su tutela vía el proceso de amparo. Por su parte, el magistrado Landa admite esta misma titularidad sobre la base de que las personas jurídicas sirven como instrumento de realización de los derechos fundamentales de las personas naturales especialmente el derecho de asociación, de que el Estado Democrático promueve la participación de los ciudadanos a través de instituciones como organizaciones sindicales, universidad, etc., y, finalmente, de que ello se deriva de la dimensión colectiva y/o social del principio-derecho de dignidad humana. Agrega, no obstante, dicha titularidad no es predicable de todos los derechos fundamentales sino sólo aquellos que le sean extensibles tomando en cuenta, por un lado, si el derecho es susceptible de ser ejercido por la persona jurídica, y, por otro lado, si se está ante una persona de derecho público o privado.

Los magistrados Beaumont y Álvarez expresan brevemente también su divergencia con la postura de Vergara, y optan a favor del reconocimiento de los derechos y los procesos para defenderlos, pues, de lo contrario, aspectos fundamentales de la vida las personas naturales como la libertad de empresa o de asociación se verían desprotegidas.

De acuerdo al magistrado Calle, existe en la Constitución una larga lista de derechos fundamentales, obligaciones constitucionales y otros reconocidos a personas que no son físicas tales como como la libertad de religión o asociación, los regímenes tributarios especiales, los derechos colectivos de los trabajadores, etc. Y pone como ejemplo de un típico derecho reconocido a las personas jurídicas el derecho al debido proceso y sus derivados. Coincide, asimismo, con la opinión acerca de que se debe evaluar caso por caso qué derechos son aplicables a las personas jurídicas pues por su propia naturaleza existen algunos que no lo son.

El magistrado Eto coincide del mismo modo con el reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales como con sus limitaciones en atención a la naturaleza de la persona jurídica, al sustentar que “el fundamento de la titularidad de ciertos derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, radica en que ellas son un instrumento al cual recurren los seres humanos para conseguir determinados fines lícitos” (Fundamento jurídico 4).

Como puede apreciarse existe una amplia coincidencia respecto a una interpretación amplia de los derechos fundamentales de las personas jurídicas en consonancia con la ya consolidada jurisprudencia constitucional, con la única excepción de la interpretación restrictiva minoritaria, aunque persistente, del magistrado Vergara, de la que podríamos decir que se encuentra completamente aislada. Es posible afirmar que el voto singular cuando menos viene a confirmar la existencia de una confrontación entre ambas posturas al momento de tomar la decisión, lo cual consideramos positivo.

Queda, pese a ello, una tarea pendiente que consiste en esclarecer adecuadamente en cuáles supuestos los derechos de las personas jurídicas no son objeto de tutela de los procesos constitucionales, ya que, pese a la concepción amplia mantenida por la mayoría, se deja un espacio de reserva. No nos queda sino reiterar con preocupación que pudo emitirse un único fundamento de voto de manera conjunta, que no haya ocurrido así revela deficiencias de comunicación al interior del Tribunal.

3.2. El derecho a la libertad de empresa y sus límites

En los casos que vamos a examinar a continuación veremos discrepancias en torno a si medidas adoptadas por el Estado respetan el derecho constitucional a la libertad de empresa, supuestos a analizar en función del test de proporcionalidad pero además, incorporando la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional federal alemán, a si dichas medidas persiguen una finalidad legítima y en qué medida se realizan éstas en

detrimento de los derechos restringidos³³⁶. Esta labor se hace en atención al artículo 59º de la Norma Fundamental que establece: “El Estado [...] garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa [...] El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”.

Como veremos, en ambos casos las diferencias entre los magistrados radicarían sobre todo en el *test* de proporcionalidad, superándolo o no; para examinarlas, entonces, conviene ir directamente a los casos.

a) En relación a los límites constitucionales de los gobiernos locales al intervenir en la actividad económica, se presentó ante el Tribunal Constitucional una demanda de amparo, por parte de la empresa Multiservis Clave 90 EIRL contra la Municipalidad Provincial de Arequipa, en la que se reclamaba, entre otras cosas, la supuesta violación del derecho a la libertad de empresa mediante la Ordenanza Municipal N° 111 que obligaba a las empresas de servicio de taxis al pintado de color amarillo de sus unidades vehiculares. En la sentencia “de mayoría dudosa” recaída en el Exp. N° 00245-2006-AA/TC, de 15 de mayo de 2009, se resolvió declarar infundada la demanda. Se emitieron varios votos singulares en este caso aunque sólo comentaremos cuatro de ellos por ser los que tocan el tema que ahora concita nuestra atención; los votos pertenecen a los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz (en conjunto), Calle Hayen y Álvarez Miranda.

De un lado se ubican Mesía, Calle y Álvarez, quienes sostienen en votos singulares distintos que la medida del pintado obligatorio de los taxis constituye ejercicio legítimo de las competencias municipales asignadas por la Constitución en resguardo de la colectividad, por lo que consideran que la demanda debe ser declarada infundada. Por ejemplo, Calle señala, en el fundamento jurídico 4 de su voto, que “la exigencia de pintado de amarillo de la carrocería del taxi, representa una intervención legítima en la libertad de

³³⁶ *Ibíd.*, p. 460.

empresa” y que se persigue un fin legítimo cual es la seguridad del servicio para los usuarios. Queda pendiente anotar que resulta incomprensible que se haya llegado al punto de emitir tres votos singulares distintos cuando los argumentos y resolución son prácticamente los mismos.

Del otro lado, no obstante, los magistrados Beaumont y Eto discrepan de la postura anterior, ya que consideran que la medida municipal constituye una restricción de la libertad de empresa y, luego de realizar un test de proporcionalidad de la misma, llegan a la conclusión que no supera el examen de necesidad pues existen al menos dos medidas menos lesivas (el uso de casquetes de apariencia claramente visible con la inscripción “taxi”, y el pintado en sectores de apariencia claramente visible de la inscripción “taxi”) que consiguen la misma finalidad de seguridad en la prestación del servicio de taxi.

Creemos que este voto singular consigue presentar argumentos en defensa de los intereses de los empresarios de servicios de taxi, o en definitiva, de la libertad de empresa; sin embargo, creemos que resulta sumamente meritorio que los cuestionamientos alegados en dicha postura minoritaria hayan sido respondidos por la mayoría puesto que de no hacerlo su argumentación habría aparecido debilitada. Es decir, el voto singular promovió en el presente caso una mejor argumentación jurídica de la sentencia.

b) Con ocasión de una acción de inconstitucionalidad, interpuesta por el Colegio de Arquitectos del Perú, contra la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, se originó en el Tribunal una divergencia de interpretaciones en cuanto a una posible afectación de esta norma a los derechos a la seguridad y a una vivienda digna. Por ello, en esta sentencia recaída en el Exp. N° 0009-2008—AI/TC, de 7 de diciembre de 2009, los magistrados Calle Hayen y Eto Cruz emitieron un voto singular en conjunto manifestando los términos de su discrepancia con la mayoría que decidió declarar infundada la demanda.

Si bien en este voto singular se expresan varias razones discrepantes, nos vamos a concentrar en una de ellas que está relacionada al rol del Estado en la economía. Los magistrados en minoría señalan que la Ley en mención busca “establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación, con la finalidad de facilitar y promover la inversión inmobiliaria”, es decir busca convertirlos en más céleres y simples para fomentar la inversión inmobiliaria e incrementarla en el corto plazo, ello en cumplimiento del deber constitucional del artículo 59º de la Constitución, conforme al cual: “[e]l Estado estimula la creación de riqueza y garantiza [...] la libertad de empresa” (Fundamento jurídico 12).

Atendiendo a esta finalidad que reconocen como legítima, optan por realizar un *test* de proporcionalidad con una de las nuevas disposiciones a través de la cual se decide eliminar, en determinados supuestos, los controles preventivos de seguridad pública y viabilidad de los proyectos inmobiliarios antes de conceder las licencias referidas. Al respecto, ambos magistrados consideran que:

“Con la posibilidad de conceder licencias de aprobación automática, permitiendo el inicio de la construcción de obras inmobiliarias sin ningún tipo de pronunciamiento técnico previo, incluyendo nada menos que “edificaciones para fines de vivienda unifamiliar o multifamiliar de hasta 5 pisos, o condominios de vivienda unifamiliar y/o multifamiliar de hasta 5 pisos”, a nuestro juicio, el legislador ha renunciado a su deber constitucional de proteger, a través de medidas y controles preventivos, la seguridad de la población, en aras de optimizar, a toda costa, la inversión inmobiliaria” (Fundamento jurídico 21).

Son de la opinión de declarar fundada parcialmente la demanda, dado que esta medida no superaría el *test* de proporcionalidad por existir otras medidas menos lesivas a los derechos fundamentales que cumplen el mismo fin, y por no superar el control de

proporcionalidad en sentido estricto, pues según el fundamento jurídico 24, a su juicio, “en este caso los bienes constitucionales no serían constitucionalmente comparables, pues mientras en un caso estamos ante beneficios económicos que pueden ser alcanzados a través de medidas alternativas, en el otro estamos ante derechos fundamentales cuya eventual afectación bien podría devenir en irreparable”.

La mayoría se pronunció en relación a este punto limitándose a señalar que “en la demanda no se sustenta suficientemente bien este argumento”, pero que “el Tribunal Constitucional observa, con suma preocupación, que en los últimos años han venido ocurriendo determinados accidentes en obras de construcción civil, en los cuales han fallecido, lamentablemente, trabajadores de la rama de construcción civil”, agrega, no obstante, que “[e]stos accidentes se han producido tanto en el periodo de vigencia de la legislación anterior y también luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 29090”, por lo que considera que no debe declararse inconstitucional la norma (Fundamento jurídico 33). Recomienda al final, sin embargo, que el Congreso de la República someta a debate y aprobación normas sobre las responsabilidades administrativas, civiles y penales, en relación a accidentes o muertes de los trabajadores de la obra, así como por el cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo, y sobre la constitución de un fondo de garantía.

Por último, el magistrado Landa Arroyo, en un breve fundamento de voto, incide en este último aspecto indicando que ésta es una “sentencia de aviso”, es decir, su constitucionalidad está condicionada a que se mantengan los presupuestos actuales como el debate y la aprobación de estas normas por el Congreso de la República, pues si ello no sucediera así el Tribunal podría volver a revisarla.

El voto singular del presente caso tiene el mérito de recoger los persistentes reclamos de la ciudadanía acerca de la escasa seguridad con que se llevan a cabo edificaciones en el territorio nacional (especialmente en ciudades de la Costa como Lima)

y que ponen en peligro no sólo la vida y la integridad física de los trabajadores sino también de cualquier otro ciudadano. Dicha defensa, a nuestro juicio, resulta positiva pues permite corroborar el diálogo previo ocurrido, pero aún mejor resulta conocer que la mayoría toma ciertos recaudos atendiendo a dicha minoría, como es el caso de la “sentencia de aviso”.

3.3. La protección del medio ambiente como límite a la actividad económica

El deber estatal de protección del medio ambiente establecido en el artículo 67º de la Constitución conecta al menos tres conceptos: calidad de vida, medio ambiente y utilización sostenible de los recursos naturales³³⁷. Así, el Tribunal Constitucional ha llegado a hablar, en la STC Nº 03610-2008-PA/TC, de 27 de agosto de 2008, sobre la “Constitución Ecológica” que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (Fundamento jurídico 33).

Al respecto, vamos a analizar tres temas distintos: tratamiento de recursos naturales específicamente especies en peligro de extinción o merecedoras de protección especial (caoba, en un primer caso; anchoveta, en un segundo), e instalación de antenas radioeléctricas en zonas residenciales y contaminación acústica. En estos casos ocurrieron discrepancias que, a nuestro juicio, merecen ser observadas. Como ha venido ocurriendo, existen otros temas que pueden ser tratados en conjunto con ellos por estar expresados en la misma sentencia.

a) El Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la intervención del Estado en la economía para preservar un medio ambiente equilibrado específicamente en cuanto a la conservación de la diversidad biológica, en la sentencia recaída en el Exp.

³³⁷ *Ibíd.*, p. 331.

Nº 05942-2006-PA/TC, de 25 de agosto de 2009, en la que la decisión de declarar improcedente la demanda es adoptada por una “mayoría dudosa” o *plurality opinion*, conformada por los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, sobre la base de argumentos referidos a la sustracción de la materia, así como que el proceso de amparo no es adecuado para evaluar la existencia de fundamentos técnicos de una determinada resolución. Se hace una breve alusión a la legitimidad estatal de intervenir en resguardo del medio ambiente.

La empresa demandante, Forestal Venao S.R.L. y otro, había solicitado la inaplicación de la Resolución Jefatural Nº 105-2005-INRENA, emitido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), a través del cual se le denegaba la salida una cantidad de caoba en razón de que el cupo de exportación ya había sido cubierto, y se vulneraban sus derechos fundamentales. En su voto singular, el magistrado Eto Cruz, opina por declarar fundada la demanda pues existiría una vulneración al principio de seguridad jurídica, ya que la Forestal Venao habría sido autorizada con anterioridad a exportar un volumen de caoba por la misma entidad administrativa para *a posteriori* impedir que la operación comercial sea completada. Agrega, en el fundamento jurídico 7, que “el núcleo duro de este derecho garantizaba a la empresa demandante que la actividad productiva y comercial que realizaba bajo la autorización expresa de la emplazada no fuera posteriormente limitada, tornando inútil la actividad empresarial desplegada”, y, de esta forma, declara no estar en contra de la intervención del Estado en este campo sino sólo en la forma en que se hizo pues el INRENA “debió efectuar una determinación previa de los volúmenes de caoba que había autorizado para su explotación y recién luego de dicha operación calcular el volumen máximo de exportación”.

Por su parte, el magistrado Gonzáles Ojeda emite también un voto singular, al que se adhiere el magistrado Beaumont Callirgos, en el que manifiesta que la protección jurídica que brinda la Constitución al medio ambiente tiene que ver con la relación que

entable el ser humano con éste, y el derecho de toda persona de la presente generación y de las futuras a gozar de un medio ambiente equilibrado. Por ello, considera que la medida adoptada por el INRENA se encuentra dentro del marco constitucional, máxime cuando la especie *swietenia macriphyla* (caoba) se encuentra amenazada.

A diferencia de la sentencia en mayoría, los votos singulares se pronuncian sobre el fondo de la controversia, consiguiendo desarrollar argumentos en defensa, de un lado, de los empresarios o de la libertad de empresa (apelando a seguridad jurídica, límites de la actuación administrativa del estado, etc.), y de otro lado, de las futuras generaciones, es decir atendiendo a la realización de la justicia intergeneracional y de la justicia con respeto por el medio ambiente (apelando a que la caoba es un bien natural en peligro de extinción, por ejemplo). Para no volver sobre los detalles, ambos votos logran desde sus posturas contrarias interrogar a la mayoría sobre la oportunidad para pronunciarse sobre el fondo, es decir critican a la mayoría por no haber llevado la evaluación más allá de las formas.

b) En la sentencia del Exp. N° 4223-2006-PA/TC, de 2 de junio de 2007, caso en que se cuestionaba la instalación de una antena de telecomunicaciones de la empresa Nextel del Perú S.A. en una zona residencial, el magistrado Gonzáles Ojeda emitió un voto singular en discrepancia con la mayoría, señalando que en debida aplicación del principio de precaución este tipo de antenas no deberían ser instaladas en la medida de lo posible en zonas residenciales o cercanas a viviendas, y, dado que ello ha ocurrido en el este caso, debe ordenarse el retiro de dicha antena.

Se trata de una discrepancia en relación a la aplicación del principio precautorio, que la mayoría ha reconocido, en atención al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, “que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades

humanas sobre el ambiente” (Fundamento jurídico 23). Sin embargo, la mayoría consideró que, dado que los informes favorables emitidos por las dependencias pertinentes del Estado (Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y la Dirección Regional de Defensa Civil de Áncash) fueron razonables y dictados en concordancia con sus funciones, debía declararse infundada la demanda que solicita la desinstalación de la antena (Fundamentos jurídicos 31 a 33).

Señala por último, en los fundamentos jurídico 34 y 35, que si bien es cierto que el principio precautorio actúa ante la falta de certeza científica es exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables, dado que no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar una adecuada protección, pues, como sucede en el caso, ésta puede alcanzarse con la reducción de la exposición al riesgo, el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.

Como es de notar rápidamente, en este tipo de casos la los argumentos jurídicos minoritarios suelen apelar a la moral, en referencia a la justicia intergeneracional y a la justicia con respeto por el medio ambiente natural del hombre, y este voto singular no constituye una excepción. El voto singular del magistrado Gonzáles apela al principio precautorio (desarrollado en el derecho ambiental y reconocido con anterioridad por el propio Tribunal) para defender a la población cuyas viviendas se encuentran cerca de las antenas radioeléctricas que podrían perjudicar su salud. Desde nuestro punto de vista, cuando menos, consigue que la sentencia en mayoría establezca claramente los límites dentro de los cuales puede aplicarse el principio precautorio.

Nuevamente, podemos constatar la ocurrencia del diálogo judicial, la mejor representación de intereses a través de argumentos jurídicos, y la mejor argumentación de la mayoría como consecuencia de los cuestionamientos de la minoría.

c) El Tribunal Constitucional dictó sentencia en el proceso de constitucionalidad recaído en el Exp. N° 0007-2006-AI/TC, de 22 de junio de 2007, en que se cuestionaba la constitucionalidad de las Ordenanzas N° 212-2005 y N° 214-2005, emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, por medio de las cuales se restringía el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada como la “Calle de las Pizzas”. En esta oportunidad, el magistrado Mesía Ramírez optó por emitir un voto singular expresando estar a favor de declarar inconstitucional dicha medida por considerar que vulneraba el derecho fundamental a la igualdad.

El mencionado magistrado considera que no existe razón que justifique el trato desigual a esta zona con respecto a otros locales del mismo género ubicados en el mismo distrito, “por el contrario, -señala el mismo- tal trato genera consecuencias diferentes entre los establecimientos comerciales ubicados en el mismo distrito de Miraflores, pero en otras ubicaciones, por lo que, en ese sentido y, como se expone a continuación, es el derecho a la igualdad en la ley, constitucionalmente previsto por el inciso 2) del artículo 2º de la Norma Fundamental, el que ha sido lesionado” (Fundamento jurídico f)).

Explica las características de este trato diferenciado para luego relacionar ello con el derecho a la libertad de empresa cuando dice que: “En efecto, la Municipalidad Distrital de Miraflores, con tal decisión, esto es, la de restringir el horario de atención de determinados locales comerciales a efectos de proteger la salud y la tranquilidad de los vecinos [...] privilegia a un grupo de ellos con respecto a los demás [...] Como consecuencia de ello, además, la comuna emplazada lesiona el derecho a la libertad de empresa”, así “terminan por afectar la libertad de empresa de sólo algunas empresas, por el sólo hecho de estar ubicadas en determinado ámbito su jurisdicción” señalando que una medida de este tipo debería ser adoptada en todo el distrito y no sólo en una parte de él (Fundamento jurídico i) y j)). Anota, asimismo, que la restricción de horarios nocturnos es una medida inidónea para cautelar los derechos a la vida e integridad, al orden y

seguridad personal, por lo que no cabe argüirlas como justificaciones razonables de la restricción de la libertad de empresa.

Sobre la supuesta afectación al derecho a la igualdad, la mayoría estimó, contrariamente al magistrado Mesía, que la cuestionada Ordenanza es una norma de carácter general pues regula un supuesto de hecho abstracto (“cualquier establecimiento que esté ubicado en la “Calle de las Pizzas””), cuyos destinatarios son indeterminados (“todas las personas que desarrollan actividades comerciales en la zona o cualquier que en el futuro pueda desarrollarla”) dejando al margen las cualidades o condiciones personales de los titulares, por lo que, no es contraria a este derecho (Fundamento jurídico 27).

Y, en relación a la idoneidad de la medida, la mayoría compartió el criterio minoritario en cuanto reconocía que la restricción del horario no consigue resguardar la integridad, vida y seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales ni de sus concurrentes (Fundamentos jurídicos 31). No obstante, considera que existen otros valores o razones que sí justifican la intervención en los derechos fundamentales a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento, como son el derecho al medio ambiente (entorno acústicamente sano) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas (Fundamento jurídico 36). Concluye, luego de realizar un *test* de proporcionalidad, que se trata de una medida idónea (consigue un ambiente acústicamente saludable), necesaria (no hay otras medidas menos lesivas) y proporcional, pues se trata de una intervención leve en los derechos restringidos mientras que una satisfacción elevada de los derechos resguardados.

En lo que atañe al valor jurídico-político del voto singular en el caso, pueden encontrarse representadas las empresas que operan en la “Calle de las Pizzas” que apelan a la aplicación del derecho fundamental a la igualdad. El *test* de proporcionalidad realizado por la mayoría para evaluar si existe o no vulneración al derecho a la igualdad da cuenta de la importancia del cuestionamiento del voto singular.

d) Uno de los casos ante el Tribunal Constitucional que más atención pública consiguió en los últimos tiempos es el de los Decretos Legislativos, recaído en el proceso de constitucionalidad de los Exps. Nº 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), de 5 de marzo de 2010, en el que se cuestionaba la constitucionalidad de la delegación de facultades legislativa del Congreso al Poder Ejecutivo en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. La demanda se declaró infundada con una mayoría de cinco votos contra dos votos singulares (Landa Arroyo y Eto Cruz), formulándose además dos fundamentos de voto (Vergara Gotelli y Calle Hayen).

Si bien en el proceso de inconstitucionalidad se trataron otros temas, vamos a concentrarnos en los que están relacionados al rol del Estado en la economía que son tres: 1) la constitucionalidad del D.L. 1027 y D.L. 1084 mediante los cuales se regula el uso de recursos naturales pese a la prescripción del artículo 66º de la Constitución que obliga al uso de una ley orgánica; 2) la posible vulneración del derecho a la libertad de empresa, del derecho a la igualdad y del principio de libre competencia en el mercado por el D.L. 1084 mediante el cual se establece un sistema de cuotas máximas para la actividad pesquera de anchoveta; y 3) si el mismo decreto estaría vulnerando el derecho a la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y estaría incumpliendo el deber estatal de brindar atención prioritaria al trabajo, a través del establecimiento de un Programa de Incentivos a la Reconversión Laboral y Promoción de Mypes.

En cuanto al punto 1), la mayoría reconoce que el artículo 66º de la Constitución reserva a la ley orgánica la fijación de las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales, sin embargo, considera que dicha fijación se ha efectuado en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales Nº 26821 y que sí es posible dentro del marco constitucional que a través de leyes especiales se regulen los aspectos particulares para cada recurso natural como sucede en el caso con los recursos marinos.

Es de opinión contraria el magistrado Eto quien, en los fundamentos jurídicos 18 y 19 de su voto singular, expresa que teniendo en cuenta que ambos decretos legislativos regulan la concesión, autorización, permisos y procedimientos para la explotación de recursos naturales resulta evidente su inconstitucionalidad de cara al artículo 66º de la Constitución que indica que sólo a través de ley orgánica se puede fijar las condiciones de utilización de recursos naturales.

En la sentencia en mayoría, en los fundamentos jurídicos 26 a 43, se dice en relación al punto 2) que la implementación de límites máximos de captura por embarcación y de cuotas individuales de pesca constituyen medidas adecuadas para tutelar el aprovechamiento razonable y sostenible de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca. Consideran que no se infringe la libre competencia pues los límites máximos de captura no constituyen barreras de entrada en el mercado ni suponen una práctica restrictiva, y, desde el punto de vista de los consumidores, éstos mantienen la posibilidad de elegir libremente entre varios proveedores.

Según la mayoría, tampoco se vulnera el derecho a la libertad de empresa en su dimensión de libre competencia pues esta regulación no es sustitutiva del mercado de la industria pesquera, sino complementaria y tuitiva de él, ya que busca que la explotación se haga de un modo eficiente, protegiendo al medio ambiente y prohibiendo la depredación del recurso natural. Y, finalmente, no existe vulneración al derecho a no ser discriminado pues el límite máximo toma en cuenta criterios adecuados para su determinación (participación de la embarcación en las capturas del recurso y capacidad de bodega de la embarcación), se trata pues, según la opinión mayoritaria, de un trato diferenciado justificado en razones objetivas y razonables.

Discrepa de esta opinión el magistrado Landa en su voto singular cuando señala que cuando se establece una cuota máxima tomando como criterio el volumen de la bodega al 40% “se está promoviendo el endeudamiento de las embarcaciones para

aumentar su capacidad de bodega y de esta forma aumentar el tope de cuota. En esta situación, el Estado fija las mismas reglas tanto a las grandes embarcaciones como a las medianas y pequeñas; es decir, acata el principio de igualdad ante la ley, pero, a nivel de la justicia material, se acentuaría las diferencias económicas, lo cual contraviene el real rol del Estado de promover el bienestar general en igualdad de condiciones” (Fundamento jurídico 28).

Más adelante, al analizar la necesidad de esta medida en un test de proporcionalidad, arriba a la conclusión de que los porcentajes asignados podrían ser variados, con la finalidad de reducir la incidencia de este factor a un mínimo que permita el control de la información del ente supervisor pesquero a la vez que viabilice el crecimiento de las pequeñas y medianas embarcaciones así como debería tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales en la pesca artesanal especialmente en países en desarrollo como el nuestro, por lo que la medida, según su criterio, resulta inconstitucional (Fundamentos jurídicos 40 y 41).

En relación al mismo punto, el magistrado Eto coincide con Landa Arroyo al expresar, en el fundamento jurídico 39 de su voto singular, que existe un tratamiento discriminatorio en el establecimiento de un porcentaje de 40% de la cuota máxima a partir de la capacidad de la bodega de las embarcaciones ya que “es evidente que las grandes empresas cuentan con embarcaciones con bodegas de mayores dimensiones con mayor capacidad total de bodega en su flota pesquera”. Pero Eto Cruz va más allá que su otro colega en minoría al señalar que esta medida también es lesiva al principio de libre competencia pues la cantidad de recursos de anchoveta y anchoveta blanca que cada armador podrá capturar no dependerá de su desempeño en el mercado, sino que se encontrará sujeta a un límite máximo establecido al inicio de cada temporada”, ello, concluye el magistrado, “desincentiva la eficiencia, impide crecer a las empresas más eficientes y favorece la posición de quienes reciben una cuota más grande, en función a la mayor dimensión de su flota pesquera y capacidad de bodega” (Fundamento jurídico 32).

A modo de respuesta a esta última parte del voto singular de Eto Cruz, el magistrado Vergara Gotelli señala, en su fundamento de voto, que “de ninguna manera puede primar la libertad de empresa frente al interés general, puesto que debe entenderse que prima éste sobre el interés particular, ya que los derechos pueden ser legítimamente limitados en atención a causas objetivas y razonables” (Fundamento jurídico 9).

En cuanto al problema del punto 3), debemos reconocer, antes de empezar, que es posible que escape a los límites del dilema planteado en el apartado (medio ambiente) pero debido a que es un tema tratado en la misma sentencia y a que cuestiona los límites de la libertad de contratación, así como a los efectos sociales de la intervención económica (derecho al trabajo), nos tomamos la licencia de incluirlo en nuestro análisis.

En los fundamentos jurídicos 44 a 58, la mayoría sostiene que los Programas de beneficios dados a los trabajadores que hayan abandonado la actividad pesquera mediante una renuncia voluntaria o la jubilación anticipada no contravienen los derechos a la libertad de trabajo y al trabajo puesto que se trata de programas voluntarios, no obligatorios ni coaccionados. Tampoco considera que la imposibilidad de contratar por cinco años impuesta por el Programa de Reconversión limite irrazonablemente la libertad de contratar pues es una medida de carácter temporal. Y, por último, indica que tampoco constituye un incumplimiento del deber estatal de atender el trabajo ya que el D.L. N° 1084 “tiene como objetivo favorecer la reinserción de los trabajadores hacia otras actividades dependientes, razón por la cual incluye, entre otros beneficios, el de la capacitación en carreras técnicas para facilitar la reinserción”.

En contra de ello, sostiene Eto Cruz en su voto singular que el D.L. N° 1084 constituye una restricción al atributo de elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar que resulta inconstitucional pues, según el fundamento jurídico 49, “no sólo induce a los trabajadores a acogerse a los

“programas de beneficio” que conllevan al cese en sus actividades, sino que agrega a ello la obligación de acreditar la cancelación de su libreta de embarco”. Indica, así también, que este sistema “desencadenará una ola de cese laboral y desempleo, por la imposibilidad económica de las empresas medianas y pequeñas de soportar las limitaciones que les impone la cuota” y que es irrazonable que el gobierno tolere estas graves consecuencias en el terreno social (Fundamento jurídico 50).

Específicamente en cuanto a la imposibilidad de contar con una nueva tarjeta de embarco que permita laborar en actividades pesqueras durante 5 años estima que “resulta particularmente grave y desproporcionada, pues, en caso que el trabajador renunciante no logre reubicarse en una actividad alternativa, la norma le niega la posibilidad de retornar a un sector en el que probablemente lograría ubicarse” (Fundamento jurídico 52). Concluye finalmente, en el fundamento 55, que se trata de una abdicación al deber estatal de atender el trabajo pues por el contrario se promueve una política de “ceses voluntarios” que en el fondo constituyen despidos indirectos.

En este caso resulta claro que los votos singulares logran incorporar al debate el interés de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en el sector pesquero, apelando al deber estatal, reconocido por la Constitución, de promover este tipo de organización productiva en el país, y al derecho a la igualdad desde una perspectiva material. Además, agrega en particular Eto Cruz, al principio de libre competencia que supuestamente se vería vulnerado por estos decretos legislativos.

Ello sin duda es garantía de diálogo judicial, más aún cuando leemos el fundamento de voto de Vergara Gotelli que escribe a modo de respuesta a los votos minoritarios: “no puede primar el interés de las empresas sobre el interés general”. Todo ello lo consideramos positivo de cara a la democracia deliberativa. Asimismo, ambos votos ponen la semilla de lo que podría constituir en el futuro un cambio jurisprudencial (o de

otra índole) en la regulación de las cuotas pesqueras, que tome mejor en cuenta los intereses de dichos sectores minoritarios.

3.4. La potestad tributaria del Estado y su relación con libertades económicas

a) En el Caso Cementos Lima, con Exp. N° 03116-2009-PA/TC, de 10 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional emitió una importante sentencia en relación a la potestad estatal para establecer la política arancelaria. En este proceso de amparo se decide declarar fundada la demanda, y por tanto, inaplicable la reducción del arancel al cemento del 12% al 0%, dispuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas, y, se restablece la anterior tasa arancelaria del 12%. Ello porque dicha tasa, según la mayoría, había producido la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley de los productores nacionales frente a los extranjeros. Al mismo tiempo, se formularon tres votos singulares por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen.

En su voto singular el magistrado Vergara se limita a señalar que en principio las personas jurídicas no pueden acceder a la jurisdicción constitucional por estar destinada a la protección de los derechos fundamentales de las personas y no al resguardo de las ganancias económicas. Sin embargo, encuentra que, en el caso concreto, se constituye una situación especial para entrar a evaluar el fondo de la controversia pues “no sólo se estaría afectando a la producción nacional, sino también encontraríamos involucradas a otras áreas como son la Vivienda y Construcción que es una necesidad primordial de nuestra sociedad y que involucra el interés de las familias peruanas necesitadas de viviendas” (Fundamento jurídico 9). Al no encontrar urgencia alguna para el pronunciamiento inmediato, dispone que se revoque el rechazo liminar de la demanda y se admita a trámite para su evaluación en primera instancia.

El voto singular emitido por el magistrado Landa es el que mayores cuestionamientos plantea a la mayoría y en el que se pueden apreciar divergencias

importantes en relación al tema de interés. En primer lugar, señala que el Decreto Supremo N° 158-2007-EF, mediante el cual se estableció la reducción de la tasa arancelaria, no es una norma autoaplicativa susceptible de ser reclamada en un proceso de amparo, ya que la incidencia que pueda tener es indirecta, en todo caso para quienes resulta de incidencia directa es para los productores de cemento y no para la empresa demandante (Fundamento jurídico 5). Considera por ello que para cuestionar la constitucionalidad de esta norma correspondería un proceso de control abstracto como la acción popular.

En segundo lugar, responde a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, alegada por la mayoría, al señalar, en su fundamento jurídico 17, que la comparación entre industria nacional y extranjera no es correcta ya que debió centrarse en el examen del tipo de producto que ingresa al país, con independencia del lugar de origen de la inversión. Indica que “La posibilidad de crear un *tertium comparationis* no es tan inmediato ni directo, como está planteado en los votos en mayoría, al no quedar expresado en ninguna parte entre quiénes se estaría realizando la comparación”, agrega que “tan cierta es esta afirmación que ni siquiera se pudo realizar el *test* de igualdad”.

En todo caso, plantea Landa Arroyo, debieron analizarse las funciones constitucionalmente asignadas de los aranceles, y, a tal efecto, debió tomarse en cuenta los Lineamientos de Política Arancelaria como parte del parámetro de constitucionalidad. De este último documento se podría colegir, según el magistrado en minoría, que la política arancelaria del Estado procura una reducción moderada de aranceles lo que debería ser analizado con los postulado en el Decreto Supremo que disminuye drásticamente el arancel aduanero para la importación de cemento de 12% a 0% (Fundamento jurídico 23). Manifiesta su preocupación, en último término, en relación al restablecimiento de la tasa arancelaria anterior (12%) ordenado por el Tribunal, pues vía control difuso en un proceso de amparo se le estaría otorgando mayor amplitud que a un

control abstracto de normas legales, en la medida que *prima facie* las declaratorias de inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivos (Fundamento jurídico 27).

Por último, el magistrado Calle, en su voto singular, coincide con la mayoría en cuanto al carácter autoaplicativo de la norma aunque discrepa de la existencia de vulneración al derecho a la igualdad, al señalar que la potestad tributaria del Estado y la política aduanera se constituyen de manera flexible, por lo que “el Tribunal Constitucional no puede permanecer aislado de los procesos económicos que viva el país y el mundo y uno de ellos es precisamente el de apertura comercial que debe verse como una forma constitucionalmente válida de asignar eficientemente la producción y elevar el nivel de vida de los consumidores y usuarios” (Fundamento jurídico 34).

El voto singular de Landa Arroyo, el que plantea mayores cuestionamientos, no es sin embargo rebatido por la mayoría, lo que deja de alguna forma vulnerable a su argumentación jurídica. Lo mismo sucede con el voto de Calle Hayen cuya alusión a la potestad constitucional del Presidente de establecer la política arancelaria no recibe una respuesta precisa. Podemos identificar, entonces, una carencia que puede atribuírsele a la mayoría.

No obstante, ambos votos logran plantear varias interrogantes (por ejemplo, ¿puede cuestionarse vía un proceso de amparo un arancel establecido por el Poder Ejecutivo o lo adecuado sería un proceso de acción popular?) acerca de los límites del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta potestad presidencial en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Creemos que dotan de argumentos jurídicos importantes a los intérpretes de la Constitución para cuestionar una sentencia altamente controvertida.

b) En la sentencia con *plurality opinion* recaído en el Exp. N° 02210-2007-PA/TC, 21 de octubre de 2008, conocido como el Caso Transportes Flores, se declaró fundada una

demanda de amparo en la que se reclamaba una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, a través de los fraccionamientos arancelarios concedidos por la Intendencia de Aduana de Tacna así como del saldo pendiente por fraccionamiento arancelario ante la Intendencia Marítima del Callao, al haberse establecido regímenes de exoneración tributaria al transporte aéreo y marítimo mas no al transporte terrestre, ocasionando, según la opinión predominante, un tratamiento discriminatorio. Por declararla infundada votan los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos en minoría.

Nos vemos obligados a analizar los votos de la “dudosa mayoría” por separado, estos corresponden a tres magistrados: Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Eto Cruz. El magistrado Vergara Gotelli indica en su voto que en el transporte terrestre de personas el Estado no ha ofrecido exoneraciones tributarias que sí ha otorgado al transporte aéreo y marítimo por lo que coloca al primer sector en desventaja (que además compite con los sectores informales –incide el magistrado) poniendo en riesgo su propia existencia, y que llegaría incluso a ocasionar efectos negativos en el servicio perjudicando a los usuarios (Fundamento jurídico 20).

El magistrado Álvarez Miranda por su parte reflexiona acerca de la grave y peligrosa situación en la que se encuentra el transporte terrestre de personas en el país, la aparente falta de política pública eficiente por parte del Estado y los múltiples accidentes acaecidos, lo que, según su consideración, facultaría al Estado a intervenir en este sector en resguardo del derecho a la salud y a la vida de los usuarios (Fundamento jurídico 6). Señala, en los fundamentos jurídicos 11 y 15, que una de las medidas para revertir esta situación se encuentra en la exoneración tributaria y que éstas deben ser otorgadas en la medida que estas empresas expresen su deseo de cambio, y la búsqueda de un mejor servicio para el usuario ya que ello permitirá la importación de vehículos nuevos en reemplazo de los antiguos con que cuentan en la actualidad y que incluso algunos usan chasis de camión. Concluye, finalmente, en que sí existe un trato discriminatorio y debe declararse fundada la demanda “siempre y cuando estas exoneraciones reflejen una

exigencia de parte del Estado para que la accionante pueda ofrecer un mejor servicio a sus usuarios” (Fundamento jurídico 20).

Dado que el voto del magistrado Eto Cruz responde muchos de los argumentos del voto minoritario de Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, vamos a desarrollar primero este último. En primer lugar, ambos magistrados señalan que lo que se cuestiona en esencia son respectivamente los artículos 7º y 8º, de las leyes Nº 28525, Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, y Nº 28583, Ley de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional, y que debido a su fecha de entrada en vigencia el tratamiento presuntamente discriminatorio de la recurrente tuvo lugar en mayo de 2005 y no antes (Fundamento jurídico 14). Puesto que la recurrente hubo importado sólo 10 de los 59 omnibuses nuevos después de dicha fecha el supuesto trato discriminatorio debe determinarse sólo en función a ellos.

En segundo lugar, anotan que no es posible realizar un *test* de igualdad para determinar si existe vulneración a este derecho pues no existe un parámetro de comparación o *tertium comparationis* válido, ya que ni el transporte marítimo ni el aéreo son equiparables al transporte terrestre, el primero por estar destinado en nuestro país básicamente a transporte de carga, y el segundo por constituir un transporte más rápido, con un número limitado de rutas, con un precio más elevado y por tanto restringido a número limitado de pasajeros; por lo que concluyen que no puede haber vulneración al derecho a la igualdad.

Finalmente, en relación al reclamo de la demandante por la derogación (octubre 2001) de la Ley Nº 27502 mediante la cual asignaban beneficios tributarios al transporte terrestre, estiman que la exoneración es parte de la potestad tributaria estatal establecida por el artículo 44º de la Constitución y que es legítimo que se retiren dichos beneficios para lograr un reordenamiento de la política fiscal y reducir el costo fiscal.

Eto Cruz responde a los argumentos esgrimidos en este último voto. Señala que sí constituye un parámetro de comparación válido para el transporte terrestre tanto el transporte aéreo como el marítimo “si se toma en cuenta los objetivos a los que se encuentra orientadas las actividades de las empresas dedicadas al rubro de transporte de pasajeros” (Fundamento jurídico 8). Indica por ello que:

“[...] el objetivo del transporte en cualquiera de sus manifestaciones, es siempre uno sólo, en tanto su condición esencial de servicio público destinado al desplazamiento a distancia de las personas. De allí que lo que pueda hacer el Estado en materia de beneficios, más que favorecer a los agentes y empresas encargados de suministrarlo, redundará siempre en pro del usuario y de los intereses que le son consustanciales” (Fundamento jurídico 10).

Respecto a partir de cuándo se origina el trato discriminatorio, el magistrado en mención anota que es desde el año 2001, pues no son las normas de exoneración tributaria para el transporte aéreo y el marítimo las que se cuestionan sino el retiro de dicho beneficio para el transporte terrestre lo que sucedió con la derogación de la Ley N° 27502 (Fundamento jurídico 17). De modo que, reflexiona el magistrado, “establecer incentivos tributarios en pro del transporte en general y del transporte terrestre en particular, es una opción que permite no sólo fortalecer y mejorar el servicio sino beneficiar directamente a su destinatario final que no es otro que el usuario, tanto más cuando este se sirve masivamente del mismo, como ocurre en el presente caso” (Fundamento jurídico 20). Concluye entonces que se trata de una exclusión arbitraria el haber privado al transporte terrestre de un tratamiento jurídico similar a de otros rubros sin mayor explicación o discernimiento objetivo.

La discusión entre los votos de Landa y Beaumont, por un lado, y de Eto Cruz, por el otro lado, enriquece la jurisprudencia constitucional pues permite mostrar los términos

jurídico-constitucionales de la discrepancia ocurrida (la existencia o no de un *tertium comparationis*, los límites a las potestades tributarias del estado, específicamente la exoneración tributaria), favorece a la discusión especializada y a la comunidad interesada.

c) En la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N° 004-2004-AI/TC y acumulados, de 21 de setiembre de 2004, el Tribunal Constitucional evaluó la compatibilidad con la Constitución de los Decretos Legislativos N° 947 y N° 947, que regulaban la denominada “bancarización” y creaban el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), así como de la Ley N° 28194, Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía, que subroga los mencionados decretos. En dicha ocasión, la magistrada Revoredo Marsano formularía un voto singular manifestando su divergencia de la opinión mayoritaria.

Como es común por la metodología que venimos empleando, en esta sentencia se tratan varios temas de importancia de algunos de los cuales debemos prescindir para concentrarnos sólo en aquellos relacionados al rol del Estado en la economía.

A través del establecimiento de un impuesto a las transacciones financieras el Estado obliga a la utilización de entidades financieras para cumplir las consecuencias derivadas de un contrato, bajo la amenaza de perder el derecho de deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones, entre otros. Ante el reclamo de que esto constituiría una vulneración del derecho a la libertad de contratar, la mayoría indicaría que el medio de pago no constituye el contenido esencial de este derecho y que la limitación impuesta es legítima pues así es también la finalidad que persigue que es la ayuda a la detección de personas que rehúye a la potestad tributaria del Estado y la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral de la Nación (Fundamento jurídico 9). Sostiene además que se trata de una medida que cumple el principio de proporcionalidad pues existen factores que moderan esta restricción del derecho a la libre contratación como son el establecimiento de un

monto mínimo a partir del cual se deben usar los medios de pago referidos, una amplia variedad de medios de pago dentro del sistema financiero, y supuesto específicos de exoneración (Fundamento jurídico 11). Por ello, concluyó que este aspecto de la norma no resulta inconstitucional.

Según Revoredo Marsano, “[n]o corresponde al Tribunal Constitucional o a ningún otro Tribunal señalar en abstracto cuál es el contenido esencial de la libertad contractual en todos y cada uno de los contratos” (Fundamento jurídico 4), puesto que si algo es esencial o no en un contrato corresponde determinarlo a los contratantes de acuerdo a las circunstancias y propia voluntad, por ejemplo, continúa la magistrada, la forma y la moneda usadas en el pago pueden ser fundamentales en una época de inflación incontrolada, concluye, por ello, que “si bien para muchos ciudadanos la “forma de pago” impuesta por la Ley N° 28194 puede resultar irrelevante, el Tribunal Constitucional no puede afirmar que para otros ciudadanos constituya un elemento esencial”.

Así, la magistrada discrepante apela a argumentos de tipo práctico, como la facultad de definir el contenido de los contratos en los que los ciudadanos se comprometen, e histórico, como la evocación a la excesiva intromisión que algunos gobiernos cometieron o pretendieron cometer en el pasado sobre la esfera individual de los ciudadanos. Es pues la defensa de los contratantes, en suma, del derecho fundamental de libertad contractual, la que motiva este voto singular, lo que resulta a todas luces útil en una deliberación judicial.

3.5. Derechos de los usuarios y consumidores

La cláusula constitucional que es objeto de valoración en este caso es la establecida en el artículo 65º de la Norma Fundamental que indica: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el

mercado”. Al respecto Marcial Rubio dice que la defensa de los consumidores en nuestra Constitución tiene importancia además de como “justicia en sí misma” porque hace crecer al mercado, conjugando de esta forma justicia y eficiencia³³⁸. El caso que vamos a ver resulta interesante porque involucra este derecho en relación a la determinación del precio en la actividad empresarial de agencias de viaje.

a) En la sentencia del proceso de amparo recaído en el Exp. N° 04941-2008-PA/TC, de 1 de febrero de 2010, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la reducción de comisión por venta de boleto de avión (de 10% a 1%) por parte de la aerolínea Lan Perú S.A. en desmedro de las empresas de agencias de viaje. La decisión mayoritaria fue la declaratoria de improcedencia de la demanda por considerar que se trata de la reducción de una comisión de carácter mercantil y, por tanto, pasible de ser evaluada en la vía ordinaria siguiendo la normativa comercial.

Pese a la brevedad de la mayoría se genera una discusión digna de atención para nuestra investigación por intermedio de los votos singulares formulados por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo, y Beaumont Callirgos y Eto Cruz (en conjunto). Vergara Gotelli señala que es posible evaluar la unilateral reducción de comisión por parte de Lan Perú S.A. en atención a que pone en riesgo de cancelación de sus actividades siendo éstas benéficas para los consumidores (Fundamento jurídico 16). Reconoce que el modelo económico consagrado en la Constitución otorga amplias libertades a los actores pero que ello no puede significar que se tomen medidas arbitrarias abusando de una posición dominante en el mercado, más aún cuando dicha drástica reducción de comisión no ha traído como consecuencia la disminución del costo de los pasajes aéreos para los consumidores. Considera, por tanto, que la demanda debe ser declarada fundada y se debe “realizar la fijación y/o negociación de los montos correspondientes al porcentaje de

³³⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Volumen 3. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, pp. 318-319.

la Comisión por venta de pasajes aéreos por las mismas partes y sólo en caso de discrepancia, dejar al Estado la facultad de decidir” (Fundamento jurídico 23).

Por su parte, el magistrado Landa expresa en su voto singular su coincidencia con que se declare fundada la demanda, atendiendo a la incidencia en la esfera jurídica de los usuarios y consumidores, protegida por la constitución en su artículo 65º (Fundamento jurídico 9). Además, en un Estado Social y Democrático de Derecho una pretensión como la planteada, estima Landa Arroyo, debe ser analizada tomando en cuenta, la prohibición de abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), la libre competencia (artículo 61º de la Constitución) y el rol del Estado en materia económica en tanto promotor de las pequeñas empresas (artículo 59º de la Constitución), por ello es que, en el fundamento jurídico 10, pone en consideración la asimetría existente entre las líneas aéreas y las agencias de viaje así como su condición de servicio vinculado a un servicio público (transporte aéreo).

Concluye, por ello, que en una economía social de mercado “el monto del pago de la comisión por venta de pasajes aéreos debe ser un monto razonable y proporcional (evidentemente no podría ser el 1%) a la actividad que realizan las agencias de viaje, dado que quiebra la relación positiva que debe existir entre los costos y el beneficio que la libertad de empresa protege” (Fundamento jurídico 17), y concluye que ello debería redundar en un beneficio para el consumidor, al que llama, en última instancia, “el soberano de una economía libre o social de mercado”.

A diferencia de los anteriores, Eto Cruz y Álvarez Miranda se muestran favorables a declarar infundada la demanda pues, en el fundamento jurídico 2 de su voto singular, indican que no le corresponde al Tribunal Constitucional decidir “en torno a la relación que debe existir entre los costos y el beneficio empresarial, pues ello supone una injerencia desproporcionada en el contenido de la libertad de empresa”. La comisión por concepto de venta por pasajes aéreos no tiene la naturaleza de un servicio público, según

los magistrados, sino que se trata de una comisión mercantil sujeta a condiciones contractuales acordadas entre las aerolíneas y las agencias de viaje (Fundamento jurídico 35).

Asimismo, estiman que la Resolución Directoral N° 021-80-TC/AE, de 18 de abril de 1980, alegada por la demandante como la norma supuestamente modificada de modo unilateral por Lan Perú S.A., es inconstitucional pues no se ajusta a los principios de la Constitución económica vigente tales como la economía social de mercado y la libre competencia pues fija comisiones en una relación privada de naturaleza mercantil. Por último, en relación a lo señalado por los votos singulares sobre la posición dominante de la empresa de transporte aéreo, indica que es competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) evaluar si ello constituye una infracción.

A nuestro juicio, este es uno de los casos más problemáticos en la medida en que influye en la determinación del precio de un servicio pues, lo que sería una manifestación del derecho a la libertad de contratación a primera vista, podría terminar siendo, según la minoría, objeto de limitación a través de la interpretación constitucional cuando se encuentra en relación con un servicio público y/o con los derechos de los usuarios y consumidores. La mayoría, como se ha visto, sostiene que la vía constitucional no es la idónea para su cuestionamiento pues se trataría de una comisión mercantil de carácter privado, mientras que una minoría sostendría que sí es posible evaluar su determinación en atención a los valores constitucionales mencionados.

La discusión gira pues en torno a uno de las instituciones más importantes de la Constitución económica como es la Economía Social de Mercado. De un lado, tanto Vergara Gotelli como Landa Arroyo consideran que los derechos de usuarios y consumidores se ven vulnerados en este caso, representando una minoría, incluso el

primero de ellos utiliza un argumento de tipo moral como es que “la reducción de las tasas para las agencias no ha traído como consecuencia una reducción de los precios”.

Del otro lado, un enfoque más liberal de mercado es defendido por los magistrados Eto y Álvarez cuando sostienen que es el mercado el que debe definir los precios y no el Estado. Basta por el momento para nuestro análisis corroborar con esto la existencia del diálogo entre los jueces.

De esta forma, no podemos ponerle fin ahora a esta discusión sentando una postura, nos atrevemos apenas a subrayar el marco en que se desenvuelve el debate, recordando junto con Correa Henao que el resguardo de los derechos de usuarios y consumidores en relación con el derecho a la libertad de empresa puede ser considerado más que como una restricción, como una garantía que refuerza la libertad empresarial pues “ajusta su contenido, le marca derroteros, y al mismo tiempo asegura su condición de libertad desde la que se construye activamente el mercado libre y competitivo que asegura el bienestar colectivo e incrementa la riqueza, el desarrollo y mejoramiento de las condiciones de vida”³³⁹.

3.6. Otros derechos fundamentales en relación con el funcionamiento de la economía

a) El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la vulneración del derecho a la libertad de empresa en conexión con la tutela procesal efectiva y el debido proceso a través de una medida cautelar, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N° 1209-2006-PA/TC, de 14 de marzo de 2006, donde decidió por mayoría declarar fundada la demanda presentada por la Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. En dicha sentencia decidida los magistrados Landa Arroyo y Alva Orlandini emitieron un voto singular conjunto en discrepancia con los argumentos esgrimidos por la mayoría.

³³⁹ CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit., p. 779.

La empresa demandante solicitaba a través de esta demanda de amparo la anulación de la medida cautelar impuesta por el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado mediante la cual se ordenaba en su perjuicio una serie de limitaciones en el uso de las botellas de cerveza para la comercialización del producto; todo ello en el marco de un proceso ordinario en el que se discutía la propiedad y el uso de dichos envases de vidrio con la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus).

Respecto a ello, la mayoría del Tribunal estimó en el caso concreto que, no obstante tratarse de una medida cautelar, sí es posible revisar la posible falta de congruencia con la pretensión principal en la medida que podría vulnerarse en general el principio de proporcionalidad, y además, en específico, el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3º de la Constitución. “La pregunta pertinente –argumenta la mayoría en el fundamento jurídico 61- en este punto es entonces, ¿pudo el juez dictar una medida cautelar menos lesiva de los derechos sin afectar la finalidad a la que pretende servir la medida cautelar?”, a lo que responde de modo afirmativo al señalar que:

“De este modo, mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de “tomar posesión por cualquier título” de todas las botellas “existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no sólo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por Ambev Perú, y la de los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, “se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ámbar...”. Este último aspecto no sólo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por

anular la libertad contractual de Ambev Perú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión” (Fundamento jurídico 63).

Por lo que declara fundada la demanda por haber observado la vulneración el derecho de propiedad de la empresa recurrente, así como el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, y los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En su voto singular, los magistrados Landa y Alva manifiestan su contrariedad, al estimar que no existen los presupuestos necesarios para que la jurisdicción constitucional ingrese a valorar si hay o no afectación a la libertad de contratación puesto que la titularidad del derecho constitucional como la acreditación de la existencia del acto reclamado se encuentra en debate en la jurisdicción ordinaria y el proceso de amparo carece de etapa probatoria. Respecto a la supuesta incongruencia, refieren que “la sola falta de correspondencia entre lo ordenado a través de una resolución cautelar y la pretensión en el proceso principal, no es mérito suficiente para declarar la nulidad de aquella, puesto que ello supondría una inaceptable intromisión de la jurisdicción constitucional en el marco de las amplias competencias que ejerce la jurisdicción ordinaria” (Fundamento jurídico 10), destacan que para que el Tribunal pueda evaluar este tipo de decisión “es necesario acreditar de modo *fehaciente*, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar”.

De este voto singular podemos reconocer su destacada importancia gracias al cambio jurisprudencial ocurrido recientemente en el caso recaído en el Exp. N° 0142-2011-PA/TC, de 21 de setiembre de 2011, en el que se establecen a modo de precedente vinculante límites bastante estrictos sobre la procedencia del amparo arbitral. De esta forma, creemos que es posible calificar a este voto singular como un auténtico anuncio temprano de cambio de jurisprudencia.

b) Una interesante discrepancia surge en relación a la protección constitucional del derecho fundamental a la propiedad en la sentencia del proceso de amparo Exp. N° 00605-2008-PA/TC, de 28 de enero de 2009, en el que los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos emitieron un voto singular conjunto. En este proceso la empresa demandante, Promotora e Inmobiliaria Town Down House S.A.C., solicita se suspenda el impedimento de tránsito por las vías públicas que conducen a sus propiedades en el distrito de Chaclacayo, realizado por la Asociación de Propietarios Garcilazo de la Vega, por considerar dicho acto como violatorio de su derecho a la propiedad.

La mayoría decidió amparar esta demanda declarándola fundada en el entendido de que el impedimento de desplazamiento hacia dicho terreno representa una afectación a la facultad de “disposición” de la empresa recurrente que ocasiona una perturbación en el derecho de propiedad. Los magistrados en minoría discrepan de dicha decisión pues sostienen que se aprecia de autos que la verdadera pretensión de la demandante se encuentra dirigida a obtener un derecho de servidumbre (o similar) y que, por tanto, tiene una connotación patrimonial que exige que sea evaluada en una vía ordinaria, se trataría pues, a juicio de estos magistrados, de un conflicto intersubjetivo de carácter no constitucional, por lo que, son de la opinión de declarar improcedente la demanda por no formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad. Evitando abundar demasiado en lo dicho, es fácil reconocer nuevamente los beneficios de una discusión jurídica al interior del Tribunal, en este caso en relación a los límites del amparo en controversias de contenido patrimonial.

CONCLUSIONES

- El voto singular puede definirse como el voto minoritario que acompaña a la sentencia en el que se expresan los argumentos de la discrepancia jurídica ocurrida al interior de un colegiado respecto de la interpretación de un caso en concreto. Sus características más importantes son su naturaleza técnico jurídica, su publicidad y el ser nominativo, es decir que está firmado por su autor.
- Las ideologías de la búsqueda de la verdad y del pensamiento de las posibilidades ocupan un lugar central en el paradigma del Estado Constitucional, la primera pues hace posible un pluralismo constitucional capaz de consolidar un pacto social, y la segunda porque promueve la naturaleza dinámica del derecho y su adaptación al cambio social. De esta forma, ambas ideologías preparan el espacio ideal para el desarrollo de las potencialidades jurídicas del voto singular, más aun tratándose de disidencias producidas con ocasión de la interpretación de la Constitución.
- El voto singular formulado en el Tribunal Constitucional es un mecanismo para hacer de este órgano, en la medida de lo posible, un espacio para la deliberación pública. Ello porque, por un lado, consigue incorporar al debate a grupos que han sido excluidos por la sentencia en mayoría, asignándose, de alguna forma, su representación; por otro lado, dota a estos grupos de argumentos jurídicos para sostener su postura en el debate público de un modo más especializado, ejerce, pues, una representación calificada de la minoría. En este punto, se puede observar la contribución del voto singular al modelo de democracia deliberativa.

- Los votos singulares aparecen como un intermedio entre el pensamiento de las posibilidades y la decisión jurídica vinculante, en ese sentido, son una ventana abierta en el derecho. Promueven la evolución del derecho, anuncian la jurisprudencia del futuro y, en el presente, forman una suerte de jurisprudencia alternativa que sirve a los intérpretes constitucionales (a todos, en el sentido más amplio y democrático).
- La dimensión ética del voto singular da cuenta de su capacidad para constituirse en el último recurso de los magistrados constitucionales que se encuentran en minoría frente a una interpretación mayoritaria, que consideran que traiciona a los más altos valores consagrados en la Norma Suprema. Así pues, la convicción constitucional por la defensa de los derechos humanos, el medio ambiente u otros de igual categoría puede ser resguardada en última instancia por el voto singular.
- Desde la perspectiva comparada hemos comprobado que en la mayoría de los tribunales constitucionales u órganos similares examinados la posibilidad de formular *dissenting opinions* está permitida (aunque ciertamente, con diversas denominaciones). Destacan los casos en Estados Unidos, Alemania, España, Portugal, entre otros. Por el contrario, Italia y Francia destacan entre algunas excepciones por no permitir la emisión de este tipo de votos, ello pese al intenso debate ocurrido sobre todo en el primero de ellos. Del lado de los tribunales internacionales revisados se ha arribado a similar conclusión: la mayoría de ellos lo permite y regula, como es el caso de las Cortes de Derechos Humanos en distintos ámbitos

geográficos, salvo la única excepción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- En relación al ámbito latinoamericano examinado también se puede afirmar que la permisibilidad de la figura del voto disidente en la jurisdicción constitucional es generalizada. Destacan los casos de Colombia, Chile, Bolivia, Argentina, Brasil, entre otros; detectándose como caso único de excepción el de Haití.
- En el Tribunal Constitucional del Perú también está permitida su formulación por su Ley Orgánica, y sus aspectos procedimentales están regulados por el Reglamento Normativo. Hemos concluido que el diferente uso de instrumentos legales para regular cada aspecto responde a una técnica legislativa adecuada, pues deja la importante decisión de si permiten o no los votos singulares a la ley, mientras que a una norma más flexible como el Reglamento la regulación de sus elementos más prácticos.
- Sobre los aspectos procedimentales hemos encontrado algunas deficiencias en su regulación: primero, el plazo para formular un voto singular es muy corto (apenas 48 horas) y debería extenderse por lo menos a una semana; segundo, se carece de regulación normativa para evitar los llamados “votos sorpresa”, así como consideramos negativo que se otorgue la potestad al presidente de aceptar o rechazar la petición de un magistrado de incorporar nuevas apreciaciones de un caso ya discutido; y, por último, lo que es más bien una crítica a su práctica, el estilo del voto singular ha sido

con relativa frecuencia poco cortés e inapropiado para el lenguaje de una sentencia judicial.

- En relación a la patología de las *dissenting opinions* que son las denominadas *plurality opinions*, es decir aquellas sentencias en las que no se ha conseguido formar propiamente una mayoría, hemos concluido que se trata de un grave problema generado por el uso abusivo de esta institución que genera incertidumbre en la interpretación de la jurisprudencia constitucional, y que deslegitima al propio Tribunal Constitucional frente a la sociedad. No obstante, debido a su poca frecuencia, todavía no representa una amenaza cierta en el ámbito peruano.
- Del análisis jurisprudencial, en lo que respecta a las sentencias en lucha contra la impunidad en delitos contra los derechos humanos, hemos concluido, que hay dos posturas en constante diálogo: por un lado, una formalista que propone una interpretación amplia de los derechos fundamentales de los procesados y una interpretación más bien restringida de las instituciones jurídicas destinadas a la sanción y prevención de estos delitos (casos Salazar Monroe, Leyes de amnistía y Bernabé Montoya, y en los votos minoritarios de diversos magistrados en los casos de Contreras Matamoros y del Decreto Legislativo N° 1097); y, por otro lado, una interpretación *pro-homine* que propone una mayor protección de los derechos fundamentales de las víctimas en esta clase de delitos y una interpretación amplia de los instrumentos jurídicos de prevención y sanción (casos Salazar Monroe, Leyes de Amnistía y Bernabé Montoya, y en las

sentencias mayoritarias de los casos Contreras Matamoros y del Decreto Legislativo N° 1097).

- En relación al mismo punto, es posible afirmar que los votos minoritarios han logrado representar en diversas ocasiones tanto a las víctimas y sus familiares en esta clase de delitos como a los militares procesados y a un sector más conservador de la sociedad cuya opinión es contraria a la retórica de los derechos humanos. No importa de qué lado, la democracia deliberativa ve satisfecha su propuesta.
- Según las sentencias más recientes en temas de delitos contra los derechos humanos, la interpretación *pro-homine* parece predominar por el momento, lo que si bien resulta alentador no debe hacer olvidar que subsiste la opinión minoritaria, que cuenta con el respaldo de varios de los magistrados que integran el Tribunal en la actualidad. Es pertinente señalar que se trata de una jurisprudencia en pleno debate.
- En lo que respecta a las sentencias en la relación entre Estado y economía, a diferencia del primer bloque temático, resulta muy difícil hacer una evaluación conjunta por breve o general que pretendamos. La razón de ello reside en que se han examinado una mayor cantidad de casos de diversas épocas del Tribunal y que tratan una mayor variedad de temas. Hechas estas precauciones, podemos concluir, como primer punto, que las discrepancias en relación al rol del Estado en una economía social de mercado encuentran su centro de gravedad en la intensidad de la intervención estatal. Es decir, existe consenso en que en una economía

social de mercado se admite la intervención estatal para salvaguardar valores de máxima importancia, así también sobre cuáles serían los fines de dicha intervención (medio ambiente, salud, seguridad pública, etc.), que ello sea así se ve favorecido seguramente por estar estos límites establecidos de modo expreso en la Carta Magna. Creemos que ello sucede así salvo infrecuentes excepciones.

- Por otro lado, si bien puede parecer obvio que se discrepe en la intensidad de esta intervención, preocupa concretamente la coherencia del Tribunal en sus interpretaciones, puesto que en ocasiones resulta ser muy “estatalista”, es decir apoya las intervenciones del Estado en la economía cuando, desde nuestro punto de vista, pecan de excesivas y afectan los derechos fundamentales económicos de las personas (Sentencias de los Exps. 0009-2008-AI/TC, N° 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC).
- Pero aún más preocupante, por la cantidad de veces que sucede y la magnitud de cada uno de ellos, resulta que el Tribunal Constitucional interprete en ocasiones de modo desproporcionado los derechos económicos de las personas, alargándolos al punto de desnaturalizarlos y vaciar de contenido otros valores constitucionales como el medio ambiente, la potestad tributaria del estado y el principio de solidaridad, la protección del trabajo, etc. (Sentencias de los Exps. N° 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, N° 02210-2007-PA/TC y N° 03116-2009-PA/TC). Han sido de vital colaboración los votos singulares formulados en muchos de estos casos para percibir los excesos que se han cometido y para constituirse, en buena cuenta, en parámetro de control de primer orden de los fallos del Tribunal Constitucional.

- Finalmente, los votos minoritarios lograron representar en diversas ocasiones al interés colectivo en la economía (muchas veces representado por el Estado) como a los intereses particulares (normalmente empresas privadas), desarrollando argumentos jurídicos que elevaron el nivel del debate público y generaron un beneficioso diálogo.



BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis.

2010 “Sobre el concepto de la única respuesta correcta”, en: Interpretación y Razonamiento Jurídico. Volumen II. Lima: Ara Editores.

ACKERMAN, Bruce.

1989 “Why dialogue?”. Faculty Scholarship Series, Paper 142. Yale Law School.

1991 “Tres Concepciones de la democracia constitucional”, en: Cuadernos y debates. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, Robert.

1993 Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALVA ORLANDINI, Javier.

2009 “Mesa Redonda sobre el Tribunal Constitucional”, en: Revista Foro Jurídico Año IX, N° 9, Lima.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario.

2011 “El estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio”, en: Teoría y Realidad Constitucional, N° 27.

BAZÁN CHACÓN, Iván.

2003 “Los delitos de genocidio y de lesa humanidad. La cuestión de la imprescriptibilidad”, en: Revista Derecho y Sociedad, Año XIV, N° 21, Lima.

ARJONA SEBASTIÀ, César.

2006 Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes. Madrid: Iustel.

BADER GINGSBURG, Ruth.

2010 Lecture: "The role of dissenting opinions", en: Minnesota Law Review, Vol, 95, N° 1.

1992 "Speaking in a judicial voice", en: New York University Law Review, vol. 67, n° 6.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador).

2009 Manual de Derecho Constitucional. Cuarta edición, España: Tecnos.

BELLEAU, Marie-Claire y JOHNSON, Rebecca.

2008a "Judging gender: difference and dissent at the Supreme Court of Canada", en: International Journal of the legal profession, vol. 15, Ns. 1 y 2.

2008b "I beg to differ: interdisciplinary questions about law, language and dissent", en: Logan Atkinson and Diana Majury editors, Law, Mystery and the Humanities: Collected essays. Toronto: University of Toronto Press.

2004 "Judicial Dissent: early reflections on emotion, reason, and passion in law", en: Marie-Claire Belleau y François Lacasse editors, Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002. Québec: Wilson y Lafleur.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLES GARCÍA, Julio.

2006 Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BICKEL, Alexander.

1962 The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press.

BLOOM, James.

2008 “Plurality and Precedence: Judicial reasoning, lower courts, and the meaning of United States vs. Winstar Corp.”, en: 85 Washington Law Review 1373.

CALAMANDREI, Piero.

1955 “La funzione della giurisprudenza nel tempo presente”, en: Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, Año IX, Nº 2, junio.

CÁMARA VILLAR, Gregorio.

1993 Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional (1981-1991). Madrid: Ministerios de Justicia.

CAMPOS BERNAL, Heber Joel.

2007 Críticas y aproximaciones al control de constitucionalidad de las leyes en el Perú o el tribunal como espacio de deliberación pública. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho. Pando.

CASCAJO CASTRO, José Luis.

1986 “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, Nº 17.

CASSESE, Sabino.

2009 Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente. Página web: www.cortecostituzionale.it, visitada el 30 de mayo de 2011 a las 7:09pm.

CORLEY, Pamela; SOMMER, Udi; STEIGERWALT, Amy y WARD, Artemus.

2010 “Extreme dissensus: Explaining plurality decisions on the United States Supreme Court”. Página web: <http://papers.ssrn.com>, visitada el 16 de junio de 2011 a las 4:44pm.

CORREA HENAO, Magdalena.

2008 Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DAVIS, John y REYNOLDS, William.

1974 “Juridical Cripples: Plurality opinions in the Supreme Court”, en: Duke Law Journal, Vol. Nº 1, marzo.

DE ZAN, Julio.

2004 La ética, los derechos y la justicia. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung.

DOUGLAS, William.

1948 “The dissent: A safeguard of democracy”, en: Journal of American Judicature Society, Vol. 32.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier.

1990 El Voto Particular. Estudio introductorio de Juan Iguartúa. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.

2010 “El Justice Oliver Wendell Holmes: “The Great Dissenter” de la Supreme Court”, en: Teoría y Realidad Constitucional, Nº 25, 1er semestre. España: Universidad Nacional de Educación a distancia.

- 2009a La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado. Tomo I. Madrid: Dykinson.
- 2009b “La recepción del *Sondervotum* en Alemania”, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 9, Julio-Diciembre.
- 2006 “Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional”, en: Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 3.

FERRAJOLI, Luigi.

- 1999 Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta.
- 1995 Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

FISS, Owen.

- 1982 “Objectivity and interpretation”, en: Stanford Law Review, Vol. 34, N° 4.

FLETCHER, William.

- 2009 “Dissent”, en: Golden Gate University Law Review, vol. 39.

FULD, Stanley.

- 1962 “The voices of dissent”, en: Columbia Law Review, Vol. 62, N° 6, junio.

GARGARELLA, Roberto.

- 1996 La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel S.A., primera edición.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J.

- 2003 La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores.

GERKEN, Heather.

2005 “Dissenting by deciding”, en: Stanford Law Review, vol. 57, Nº 6.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro.

2010 Tribunal Constitucional y argumentación jurídica. Lima: Palestra editores.

2007 “Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú”, en: Estudios al precedente constitucional. Lima: Palestra editores.

GRAU, Eros.

2008 Interpretación y aplicación judicial del derecho. España: Dykinson.

GUASTINI, Riccardo.

2010 Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores.

GUINIER, Lani.

2008 “Demosprudence through dissent”, en: Harvard Law Review, Vol. 122, Nº 1, noviembre.

HÄBERLE, Peter.

2006 Verdad y Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

2003 El Estado Constitucional. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Lima: Fondo Editorial PUCP.

2001 “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 5.

1999 “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, en: Revista de Derecho de la Universidad de Granada, 3era época, nº 2.

1996 “La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho”, en: Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 5, Nº 2.

HABERMAS, Jürgen.

1998 Facticidad y validez. Sobre el derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.

HARVARD-NOTE.

2011 “From consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent”, Harvard Law Review, Vol. 124, Nº 5, marzo.

1981 “Plurality decisions and judicial decisionmaking”, en: Harvard Law Review, Vol. 94, Nº 5, marzo.

HAURIOU, Maurice.

1947 La teoría de la institución y de la fundación: ensayo de vitalismo social. Traducción del francés por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Surco.

HENDERSON, Todd.

2008 “From *seriatim* to consensus and back again”, Documento de trabajo Nº 186, Law School University of Chicago: Abril.

HESSE, Konrad.

1983 Escritos de derecho constitucional (selección). Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HUGHES, Charles.

1928 The Supreme Court of the United States: Its foundation, methods and achievements. An interpretation. New York: Columbia University Press.

HUERTA, Luis.

2007 “La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos”, en: Los caminos de la Justicia Penal y los Derecho Humanos. Coord.: Francisco Macedo. Lima: IDEHPUCP.

HUSSAIN, Ijaz.

1994 Dissenting and Separate Opinions at the World Court. Netherlands: Martinlis Nijhoff Publishers.

KIRBY, Michael.

2007 “Judicial dissent – Common law and Civil law traditions”, en: 123 Law Quarterly Review 329. Página web: <http://www.hcourt.gov.au/>, visitada el 13 de mayo de 2011, a las 9:31am

KNIGHT, Thomas.

1917 “The dissenting opinions of Justice Harlan”, en: The American Law Review, vol. LI.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César.

2009 Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP.

LANDA ARROYO, César.

2011 Juez Constitucional y compromisos éticos. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional. Entrevista a César Landa realizada por Pedro Grández, para la Revista Palestra.

- Página web: www.palestraeditores.com, visitada el 15 de agosto de 2011 a las 4:40pm.
- 2009a “Ética y Justicia Constitucional”, en: Revista de Derecho Político, Nº 75-76. Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia.
- 2009b “Los Precedentes Constitucionales”, en: Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: IDEMSA.
- 2007 Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, Tercera edición.
- 2006 Constitución y Fuentes del Derecho. Lima: Palestra.
- LANGFORD, Catherine.
- 2007 “Appealing to the brooding spirit of the law: Argumentation in judicial dissents”, Disertación presentada en la conferencia anual nº 93 de la “National Communication Association”, Chicago, 15 de noviembre, página web: <http://www.allacademic.com/>, visita realizada el 8 de febrero de 2011 a las 8:18 am.
- LEDEBUR, Linas.
- 2009 “Plurality Rule: Concurring opinions and a divided Supreme Court”, en: Penn State Law Review, Vol. 113, Nº 3, invierno.
- L’HEUREUX-DUBÉ, Claire.
- 2000 “La pratique des opinions dissidentes au Canada – L’opinion dissidente : voix de l’avenir?”, en: Cahiers du Conseil Constitutionnel Nº 8, Dossier: Débat sur les opinions dissidentes, julio.
- LUATTI, Lorenzo.
- 1995 Profili costituzionali del voto particolare: L’esperienza del Tribunale Costituzionale spagnolo. Milano: Giuffrè Editore.
- LYNCH, Andrew.

- 2007 “The intelligence of a future day: The vindication of constitutional dissent in the High Court Australia -1981-2003”, en: Sydney Law Review 8, vol. 29.
- 2005 “Does the High Court disagree more often in constitutional cases? A statistical study of judgment delivery 1981-2003”, en: Federal Law Review 485, Vol. 33. Australia.
- 2004 “Is judicial dissent constitutionally protected?”, en: 4 Macquarie Law Journal 81.
- 2003 “Dissent: The rewards and risks of judicial disagreement in the High Court of Australia”, en: Melbourne University Law Review, n° 27.

MALEM SEÑA, Jorge.

- 2001 “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?” en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 24.

MALENOVSKÝ, Jirí.

- 2010 “Les opinions séparées et leurs répercussions sur l’indépendance du juge nternational”, en: Anuario Colombiano de Derecho Internacional: ACDI, Vol. 3.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David.

- 2007 Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid: Marcial Pons.

NADELMANN, Kurt.

- 1959 “The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy”, en: The American Journal of Comparative Law, vol. 8, N° 4.

NINO, Carlos Santiago.

- 1997 La Constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.

2006 Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Lima: Palestra Editores.

NOVAK, Linda.

1980 “The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions”, en: Columbia Law Review, Vol. 80, Nº 4, mayo.

PALMER, Ben.

1948 “Supreme Court of the United States: Analysis of Alleged and Real Causes of Dissents”, en: American Bar Association Journal, vol. 34.

PASTOR, Daniel.

2002 El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.

PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos.

2006 “El control constitucional de la temporalidad de la prisión preventiva”, en: Jurisprudencia y doctrina penal constitucional. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Palestra.

POST, Robert.

2001 The Supreme Court opinion as institutional practice: Dissent, legal scholarship, and decisionmaking in the Taft Court. Faculty Scholarship Series. Paper 186. Berkeley: Universidad de California. Página web: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/186/, visitada el 3 de junio de 2011 a las 10:21am.

PRIETO SANCHÍS, Luis.

2002 Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores.

PRIMUS, Richard.

1998 “Canon, Anti-canon and judicial dissent”, en: Duke Law Journal, Vol. 48: 243.

ROMBOLI, Roberto.

1996 “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteadas en vía incidental”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 48, Madrid.

RUBIO CORREA, Marcial.

2011 El Estado según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP, Segunda edición.

1999 Estudio de la Constitución de 1993. Volumen 3. Lima: Fondo Editorial PUCP.

STACK, Kevin.

1996 “The practice of dissent in the Supreme Court”, en: Yale Law Journal, vol. 105, Nº 8.

RÖRIG, Maria Theresia.

2009 L’opinione dissenzienti nella prassi del *Bundesverfassungsgericht* (1994-2009). Página web: <http://www.cortecostituzionale.it/>, visitada el 3 de junio a las 5:35pm.

SMITH, Hunter.

2009 “Individual and institutional authority: The turn-of-the-century quest to abolish the dissenting opinions”, en: Yale Law School, Student

Prize Papers, Paper 49. Página web: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsspps_papers/49/, visitada el día 3 de junio a las 9:47am.

SMITH, Adam.

2004 "Judicial nationalism" in International law: National identity and judicial autonomy at the ICJ. bepress Legal Series. Working paper 428. Página web: <http://law.bepress.com/expresso/eps/428/>, visitada el 9 de junio de 2011 a las 4:39pm.

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando.

2008 La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur. Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

TRÓCSANYI, Laszlo y HORVATH, Alexandra.

2000 La pratique des opinions dissidentes en Hongrie. Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 8, julio. Página web: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>, visitada el 3 de junio a las 5 :58pm.

WALDRON, Jeremy.

2004 "Deliberación, desacuerdo y votación", en: Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona: Gedisa Editorial.

WHITE, Robin y BOUSSIAKOU, Iris.

2009 "Separate Opinions in the European Court of Human Rights", en: Human Rights Law Review, Vol. 9, Issue 1.

WRÓBLEWSKI, Jerzy.

1992 The Judicial Application of Law. Netherlands: Kluwer Academic Publishers.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

- 2005 Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta.
- 2000 “La pratique des opinions disidentes en Italie” en: Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 8.
- 1995 L’opinionie dissenziente, a cura di Adele Anzon, Giuffrè editore, Milano.

ZOBELL, Karl.

- 1959 “Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration”, en: Cornell Law Review, Vol. 44.

ZOLLER, Elisabeth.

- 2001 “La pratique de l’opinion dissidente aux États-Unis”, en: Mélanges en l’honneur de Pierre Avril. Paris: Montchrestien.

Otros documentos

- Informe Latinobarómetro 2010. Página web: www.latinobarometro.org, visita realizada el 19 de marzo de 2011 a las 12:16pm.
- “Propuesta de Normas de Conducta y Responsabilidad del Profesional en Derecho”, elaborada y publicada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. Página web: www.pucp.edu.pe/facultad/derecho, visitada el 28 de junio de 2011 a las 10:25am.
- Estadísticas de las votaciones en la Corte Suprema de Estados Unidos. Elaborado por Harvard Law Review. Página web: www.harvardlawreview.org, visitada el 3 de junio de 2011 a las 10:46am.