CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 10 Nº 42 AGOSTO 2018

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Aldo Zapata López
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. Aldo Zapata López, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
- Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccia y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL
2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

EL PROCESO DE TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ACUERDOS Y DESACUERDOS
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 7

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y SU PRESENCIA EN EL PERÚ
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE 30

EL JUEZ PERFECTO
MANUEL ATIENZA 41

JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL PERÚ
CÉSAR LANDA 46

LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA PERSONA Y SUS CATEGORIZACIONES JURÍDICAS
VÍCTOR GARCÍA TOMA 63

LA AUTOPERCEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA PROPIA CORTE INTERAMERICANA: BREVES APOSTILLAS CRÍTICAS
GERARDO ETO CRUZ 77

JURISPRUDENCIA VINCULANTE
CEJA: UNA OPCIÓN NECESARIA PARA LA JUSTICIA CIVIL
NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ 106

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO 118

DERECHO AL TRABAJO Y LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO
DR. LUIS CASTILLO CÓRDOVA 138

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RELACIÓN DEL ARBITRAJE CON LA CONSTITUCIÓN, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO DE DERECHO
REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN 157

APUNTES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ
DAVID DUMET DELFÍN 177

LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN IBEROAMERICA
DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU 194

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Las celebraciones por el Día del Juez, programadas para el 04 de agosto de cada año, han sido canceladas para este año 2018, en razón de la coyuntura política que vive el país, a raíz de la difusión de diversos audios que se vinculan a temas de corrupción a nivel de diversas entidades del sistema de justicia.

La medida es extrema pero necesaria y cuanto hemos de poner de relieve al respecto es que es comprensible la indignación ciudadana a propósito de los temas ocurridos, y sin embargo, es importante atender, en ese mismo contexto de problemas, al necesario rescate de la confianza ciudadana en sus autoridades, situación que se expresa en la sanción a quienes infringieron los códigos de ética de la función pública. Esta condición es imprescindible y al mismo tiempo, es fundamental atender a la observancia y respeto por el debido proceso, en salvaguarda de las condiciones materiales que exige todo Estado de derecho. De esa forma, es importante prever cuáles medidas se han de adoptar, cuáles instituciones reestructurar y de qué forma se van a realizar los procedimientos de emergencia, reconfiguración y reorganización del sistema de justicia.

La perspectiva de observancia necesaria de estos requerimientos, reiteramos, representa un elemento angular en todo Estado democrático y social de derecho, y si precisamente nos preciamos de vivir en un Estado constitucional, pues resulta necesario subrayar las líneas de defensa de los derechos fundamentales sin distingos de ninguna naturaleza. De esa forma, si el Poder Judicial es declarado en emergencia y se dispone la reorganización de los estamentos judiciales, pues será necesario no solo atender a que las medidas a disponer sean adoptadas escuchándose al corpus iuris judicial, sino que será cuestión insoslayable sean respetados los principios de autonomía e independencia de los jueces, a fin de que no ocurran los escenarios de arbitrariedad que caracterizaron las reformas judiciales de los años 90.

En esa misma lógica, si se optara por reestructuraciones de los equipos de trabajo-auxiliares jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial- es condición exigible observar los lineamientos de un debido procedimiento administrativo, pues fue justamente la arbitrariedad de las Comisiones de Reforma el elemento que en los mismos años 90 del siglo pasado, durante el régimen de facto instaurado en esos lustros, ocasionó temas de responsabilidad no solo a nivel legal y constitucional del propio Estado, sino incluso a nivel suprnacional, aspectos que no deben ocurrir otra vez.

El ex Presidente del Poder Judicial, Dr. Duberli Rodríguez, ha afirmado que hemos bajado la guardia contra la corrupción, en relación a los problemas ocurridos. La afirmación resulta ser muy ponderada y efectivamente, la corrupción es un problema muy complejo, con aristas muchas veces muy difíciles de detectar. Sin embargo, ello ha de implicar esta vez un reforzamiento de las atribuciones de los órganos de control, premisa con la cual convenimos y que en rigor, prevemos ha de ser una consecuencia necesaria respecto de los hechos ocurridos y ya verificados ampliamente en los medios de comunicación.

Sin perjuicio de lo expresado, corresponde no perder de vista que existe un bolsón importante de jueces honestos y que día a día luchan por una mejor impartición de justicia. A pesar del complejo escenario acotado, nuestra revista pone de relieve la importancia de esta fecha y sale a la luz incluso en estas adversas circunstancias que vive la democracia en nuestro país.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

EL PROCESO DE TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ACUERDOS Y DESACUERDOS[1]

Edwin Figueroa Gutarra[2]

Sumario

Introducción. 1. El problema de la transversalización. 2. La transversalización y sus perspectivas históricas. 2.1. Iusnaturalismo 2.2. Positivismo jurídico. 2.3. Constitucionalismo. 3. Transversalización del Derecho Constitucional y contenidos. 3.1. Efectos de las decisiones de los tribunales en materia constitucional. 3.2. Impregnación sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico. 3.3. Principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica. 3.4. Pluralidad de valores en el Derecho. 3.5. Activismo judicial restringido. 4. Transversalización y disciplinas jurídicas. 4.1. Transversalización y Derecho Civil. 4.2. Transversalización y Derecho Penal. 5. La transversalización y sus horizontes: ¿aún un camino por andar? 6. Neoconstitucionalismo, post positivismo y tendencias comparadas. Conclusiones.

Resumen: Desarrollamos en este estudio el estudio del fenómeno de transversalización, también denominado de constitucionalización del Derecho o de irradiación de los derechos fundamentales, partiendo de la premisa de que todo el ordenamiento jurídico se impregna de los contenidos materiales del Derecho Constitucional.

Abstract: In this study we develop the study of the phenomenon of transversalization, also called constitutionalization of the Law or the irradiation of fundamental rights, based on the premise that the entire legal system is impregnated with the material contents of Constitutional Law.

Palabras: Transversalización, constitucionalización, Derecho Constitucional, activismo judicial, neoconstitucionalismo.

Words: Transversalization, constitutionalization, Constitutional Law, judicial activism, neoconstitutionalism.

Introducción

La propuesta de *transversalización* del Derecho Constitucional, también denominada de constitucionalización del Derecho y de impregnación o de irradiación de los derechos fundamentales, constituye un fenómeno de reciente data, reposicionamiento y configuración, produciendo un reordenamiento en el modo de entender el Derecho. De igual forma, representa cambios sustantivos en la transformación de sus instituciones jurídicas y de nuevas aristas en la forma de interpretar, incluso, el mismo principio de legalidad.

El Derecho durante mucho tiempo, antes de esta denominada *transversalización*, asumió un carácter sustantivamente civil, en vinculación con el Derecho Positivo, elevándose en el firmamento de estas ideas desde el Código de Napoleón en 1804, pieza jurídica que marcó un modo de pensar en todo el Derecho del siglo XX y gran parte del siglo XX.

Unas centurias antes el Derecho fue prevalentemente iusnaturalista, en sujeción a que la voluntad divina determinaba el curso de las decisiones jurídicas, así como también las del Estado. Entre las dos corrientes aludidas- iusnaturalismo y positivismo jurídico- transcurre gran parte de la historia de la humanidad, implicando ello recién un posicionamiento del constitucionalismo desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Esta infausta guerra, es preciso anotarlo, cala en las

1 Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Arequipa, 26 a 28 de abril de 2018.

2 Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL)

raíces más extremas del pensamiento contemporáneo; en un primer orden y principalmente, influye por su significado en cuanto a pérdidas de vidas humanas, y porque, en un segundo lugar, una vez transcurrida, genera una fiebre de Constituciones en todo el mundo a efectos de prever que un escenario como el vivido, no se repita en el orbe otra vez.

El constitucionalismo, entonces, se convierte en una corriente garante de las Cartas Fundamentales, y sobre todo, de una nueva forma de entender los derechos fundamentales como *ratio* pero al mismo tiempo, como *emotio*, es decir, como razón de un derecho que se invoca, pero en forma simultánea, como significado profundamente axiológico de la justicia que trasciende a ese derecho.

Este estudio asume esa nota de actualidad respecto al Derecho Constitucional para asumir que el fenómeno de la *transversalización*, representa una consecuencia necesaria de las tendencias que identificaron el nuevo rol del Derecho Constitucional en la escena contemporánea, dejando de lado la interpretación estática de los derechos subjetivos públicos, para posicionarse en un entendimiento dinámico de los derechos fundamentales.

De otro lado, nos preguntamos cuál debería ser el alcance de esa *transversalización* y cuáles son sus componentes más representativos, así como corresponde un examen de si este fenómeno representa afectaciones de las reservas asignadas a otras áreas del Derecho. Así, a modo de adelanto de una idea trascendente en este estudio, es un debate inacabado si el principio de legalidad en materia penal debe verse mellado o no por la interpretación omnicomprensiva de los crímenes de lesa humanidad, los cuales crean nuevas formas de razonamiento de la sucesión en el tiempo de los hechos materia de persecución penal.

Este breve ejemplo plantea relaciones de conflicto entre el Derecho Constitucional y otras disciplinas, y en adición a ello supone un debate de suyo trascendente: ¿implica la alegada *transversalización* una disminución de las competencias de la justicia ordinaria en favor de la justicia constitucional?

Sustentamos la tesis de que no ocurre esta lesión y por el contrario, tiene lugar un fenómeno de legitimación de la Constitución, cuestión que nos lleva al Federalista 78 de Hamilton, Jay y Madison, para asumir que la justicia constitucional necesita una nueva forma de comprensión de sus efectos contemporáneos.

Desde esa perspectiva, la *transversalización* causa un efecto positivo en el Derecho: ayuda a una mejor comprensión del significado de los derechos fundamentales y por cierto, representa una transformación sustantiva en todas las disciplinas jurídicas. Esta tesis central, sin embargo, no está exenta de acuerdos y desacuerdos, en cuanto la doctrina generada al respecto no es pacífica. Desde esa perspectiva, aportamos elementos de valor para entender la dimensión positiva del fenómeno cuya vigencia alegamos.

1. El problema de la transversalización

La *transversalización* del Derecho Constitucional presenta una disyuntiva de rigor que constituye la razón de su existencia: ¿abarca o no abarca todo el Derecho? Ciertamente no podemos negar hoy que todo el Derecho se ha impregnado, en mayor o menor medida, de los fundamentos del Derecho Constitucional y en el mismo sentido, se trata de un fenómeno cuyo arraigo ha

transformado los estándares de comprensión del Derecho.

Desde esa pauta, es un camino necesario a seguir en estas líneas explicar las causas de esta denominada *transversalización*, de un lado, y de la misma forma, apreciar sus efectos en las demás disciplinas del Derecho. De la misma forma, es importante nos cuestionemos si esta misma tendencia ya logró su punto máximo de consolidación o si la misma ha de revestir nuevas formas, dada su naturaleza omnicomprensiva. En suma, es una inquietud expresada como problema atenernos a cuál es el alcance de este alegado suceso de *transversalización* del Derecho.

En el sentido propuesto, asumiremos la teoría negacionista del mismo proceso de *transversalización*, posición que podemos comprender como una nueva expresión del criterio positivista del Derecho, con grafías de un siglo XXI que se resiste a ceder sus últimos espacios de dominio. De la misma forma, pasaremos rápida revista a las tendencias más recientes que se reconfiguran en diversos fenómenos, entre ellos, el mismo neoconstitucionalismo, e incluso un principialismo post positivista, entre otras corrientes de análisis que podemos reseñar.

En perspectiva para fines de este estudio, hemos de querer examinar el significado, alcances y previsibles efectos de la *transversalización* desde su perspectiva omnicomprensiva del Derecho. Esta cuestión es real, es un tema diario en los estrados de la interpretación constitucional. En esa misma línea, este propósito no puede eximirse de una visión histórica de la evolución del pensamiento jurídico, pues el trípode iusnaturalismo- positivismo- constitucionalismo representa una consideración necesaria de alegar.

En ese propósito abordaremos las relaciones que propone el Derecho Constitucional respecto a otras materias, y hemos de abordar algunas expresiones sustantivas de esta alegada *transversalización* en el propósito de incidir en su consolidación. Aquí corresponde indaguemos cuánto ha avanzado esa *transversalización* y cómo se manifiesta la misma en su contexto actual, no solo local sino advirtiendo una necesaria mirada al Derecho Comparado.

Por otro lado y como cuestión final, nos preguntamos si esta *transversalización* es un suceso acabado, o si aún queda un trecho largo o mediano por recorrer. Esta última noción representa aspectos aún por trabajar en diversas facetas en el ordenamiento. A esta otra idea se opone la tesis de que ese camino ya concluyó y de guardar las alertas necesarias por si nos encontramos ante otro forma de positivismo jurídico pero de nuestros días.

2. La *transversalización* y sus perspectivas históricas

El fenómeno de la *transversalización* se identifica, en forma estrecha, con la formación del pensamiento jurídico, en la medida que en la base de éste, encontramos las raíces de la expresión de constitucionalización del Derecho.

Creemos necesario aludir, a grandes rasgos, al panorama de los derechos subjetivos desde una perspectiva inicialmente iusnaturalista, diseñada a partir del pensamiento cristiano (VARELA, 1997,p. 341) con el cual se afianza la Edad Media, así como constituye base de su escenario inmediato anterior. De allí, concurre la corriente misma de entender una necesidad del positivismo jurídico, tendencia ésta que en buena cuenta es una respuesta a las falencias del iusnaturalismo para responder a la mayor complejidad de las controversias jurídicas.

De la misma forma, avanzado un panorama más complejo de los derechos, aquellas carencias del positivismo jurídico- al no poder dar respuesta a fenómenos de mayor profundidad- igualmente van a generar la aparición de un pensamiento constitucional.

He aquí entonces una necesaria correlación entre las corrientes de iusnaturalismo, positivismo y constitucionalismo pues una dio lugar a la otra. De ahí que la *transversalización* del Derecho Constitucional debe ser asociada necesariamente a una visión histórica de la evolución del Derecho, concepción necesaria para entender cómo se afianza esta imagen omnicomprensiva del Derecho.

2.1. Iusnaturalismo

El iusnaturalismo asume hasta dos facetas diferenciadas en el Derecho: una primera responde al desarrollo de la Edad Media, cuando San Agustín consolida la primera perspectiva de la Iglesia y trasunta con su concepción de la vida y el sentido del orbe, una *ratio* divina para la comprensión del mundo. "Confesiones", su obra principal, es una afirmación de este principio para entender una justificación del iusnaturalismo no solo como corriente filosófica sino como explicación y fundamentación de todas las cosas.

La Edad Media, influenciada por el pensamiento agustiniano, representa este eje del iusnaturalismo como sostenimiento de la sociedad, y el Derecho no podía ser una disciplina exenta de esta noción. Si todo recibía una justificación divina, en ese todo real el Derecho ocupaba un lugar importante en cuanto razón de la sociedad en su ámbito de razones jurídicas.

El Doctor de la Iglesia- Santo Tomás de Aquino- representa en la fase final de la Edad Media, una concreción de la propuesta de la Ciudad de Dios- la *civitas Dei*- y es en las ideas de su "Summa Theologica" donde reafirma la explicación de todo orden existente en el mundo desde el pensamiento tomista.

Si desarrollamos una visión crítica de la corriente iusnaturalista en su primera etapa, resulta meridianamente cierto que es fuerte el sentido de creación del Derecho y de aplicación del Derecho, desde una explicación de Dios como razón de todas las cosas. Esta es una concepción fuerte del Derecho (GARCIA FIGUEROA, 2003, p. 54) para comprender esta influencia divina en el pensamiento jurídico.

Si esta idea es asociada a la monarquía como forma de gobierno existente, la justificación es aún mayor: el Rey ha sido puesto por Dios en su lugar y no hay forma de cuestionar esa voluntad divina, en tanto concepción del orden existente.

Sin embargo, el desarrollo de las ideas políticas no puede desvincularse de la evolución del Derecho, y en ese devenir del pensamiento contemporáneo, surge un iusnaturalismo racionalista cuya concepción sigue ligada al *ethos* divino y sin embargo, aporta un nuevo elemento: la razón como baremo de acompañamiento central del pensamiento humano.

Esta influencia tiene lugar hacia el siglo XVIII y René Descartes es uno de sus pensadores más representativos. Su *cogito ergo sun* - pienso luego existo- (HERNÁNDEZ y SALGADO, 2010. p. 8) es una reafirmación de la percepción del mundo pero solo luego de un ejercicio racional. De

esa forma, el sentido del iusnaturalismo racionalista combina ambos factores- fe y razón- para una justificación, también, del ordenamiento jurídico.

Los pasos que propone Descartes para demostrar la existencia de Dios nos llevan incluso a esta reafirmación tan compleja de la pretensión de la demostración de Dios desde una perspectiva racional, alegato que puede entenderse discutible en varios sentidos pero cuya afirmación sigue la pauta de una razón divina guiada por el Hacedor.

Esta consolidación del iusnaturalismo, sin embargo, no es suficiente. Los tiempos van cambiando progresivamente: las revoluciones por los derechos se producen en el mundo y caen las monarquías, la codificación de las leyes comienza un camino inexorable, y la actividad del ser humano se transforma con el advenimiento de la revolución industrial, entre otros fenómenos relevantes.

En cuanto se refiere al Derecho, la transformación del mundo se vuelve incompatible con el alegato de una fundamentación divina de los sucesos jurídicos. En efecto, la explicación, incluso la pretendida justificación racional del orden natural de todas las cosas en el mundo, acusa una insuficiencia notoria y va denotando espacios difíciles de llenar, los mismos que gestan una corriente de pensamiento jurídico que pretende reafirmarse en un nuevo patrón de ideas: el rigor aplicativo de la ley.

La Iglesia sigue ocupando un lugar preponderante en la escena contemporánea pero su trascendencia jurídica cada vez es menor. La razón divina como justificación es reemplazada por los Códigos y los franceses enarbolan, junto a la bandera de su revolución- matizada por los emblemas de libertad, igualdad y fraternidad- un cuarto símbolo: la ley.

La ley se convierte en el referente jurídico por excelencia y ello transforma el sentido en que hasta entonces se conocía el Derecho. El poder del tirano, muchas veces expresado en las facultades omnímodas del Rey, se debilita notoriamente para dar paso a los Códigos como mecanismos de reemplazo de las justificaciones iusnaturalistas, ideas que resultan desfasadas en relación a lo que es la ebullición de los derechos subjetivos pero siempre matizada, esta concepción, con una nueva tendencia: la del positivismo jurídico, noción que parte de la idea de que los derechos solo nacen en la ley, se expresan en la ley y concluyen en la ley, sin lugar a ideas en contrario.

2.2. Positivismo jurídico

El positivismo jurídico encuentra en las falencias del iusnaturalismo una oportunidad de afianzamiento inusitado pues el siglo XIX, de corte francés y de consagración del rigor aplicativo de la ley, le otorga las herramientas base para hacer prevalecer una suerte de concepción matemática del Derecho (RECASENS SICHES, 1980. p. 190) Y de otro lado, constituye con fuerza un elemento trascendente para la consolidación del pensamiento kelseniano a inicios del siglo XX.

Kelsen representa uno de los pilares del pensamiento positivista y la fundamentación de sus ideas reside en la tesis de observancia de la norma, en la consolidación de la regla como fundamentación del Derecho y en una visión pura del Derecho, excluyendo del mismo todo atisbo de valor, principio o visión axiológica. (KELSEN, 1996. p. 439).

Creemos pertinente no restarle méritos al positivismo. Así, fue meritorio de su parte asumir una tesis de cuestionamiento respecto al iusnaturalismo, tanto en sus vertientes primigenias así como en sus justificaciones luego iusracionalistas. De esa forma, el positivismo jurídico puso en entredicho un argumento iusnaturalista que no se sostenía más desde una perspectiva jurídica: que todo podía tener una explicación divina omnicomprensiva. El positivismo jurídico, de igual modo, fue una respuesta congruente a las cuestiones de su tiempo, pues la enorme transformación del mundo reclamaba nuevos escenarios, otros esquemas de sociedad y una visión de sistematización distinta de las ideas jurídicas.

Desde las perspectivas anotadas *supra* encontramos ángulos de valor en los aportes del positivismo jurídico como ciencia del pensamiento jurídico y no podemos negar que su valor llegó a trascender latitudes.

Es así posible afirmar que las raíces de esta corriente se advierten en ese sentido, afirmado *supra*, de consolidación de la ley, y al respecto, es un punto de partida a considerar el raciocinio de pensadores anteriores a la Revolución Francesa como Montesquieu, quien al afirmar que el juez era la boca de la ley, (CORREA, 2005. p. 117) cuanto afirmaba era una necesidad de sujeción a una forma de determinación del derecho desde una visión vertical.

En adición a ello, su afirmación del Poder Judicial como poder nulo grafica esta noción en cuanto el rol de los jueces, según él, se circunscribía a la aplicación de la ley y a dejar de lado todo otro factor que distorsionara este enunciado.

Los revolucionarios franceses consolidan esta atingencia y se dispone que cualquier juez que violara la ley, lo cual sucedía al no aplicarla, podía ser condenado a prisión. A tal efecto, si el juez no estaba en la capacidad de aplicar la ley, debía recurrir al legislador- vía *referé* legislativo- para que éste pudiera dar solución al conflicto anotado.

Al respecto, el Código de Napoleón de 1804 representa otra perspectiva de consolidación del pensamiento jurídico de entonces, y ciertamente tiene un efecto coadyuvante para entender una regulación omnicomprensiva del Derecho Civil desde todas las áreas del ordenamiento.

Esta noción, antes que una *transversalización*, debe ser antes entendida como una importante sistematización de las ideas jurídicas de entonces, en cuanto todo el Derecho podía ser entendido solo desde el Derecho Civil y no había área del quehacer jurídico que no tuviera una respuesta de rigor desde la perspectiva civilista. Es clásica entonces la afirmación de los educadores en Derecho del siglo XIX, quienes afirmaban que no enseñaban Derecho sino enseñaban el Código de Napoleón. (LOPEZ, 1996, p. 81).

El pensamiento positivista, afianzado con Kelsen en el siglo XX, nos lega entonces una importante enseñanza: la certeza y la seguridad en la aplicación del Derecho y éste constituye su principal valor. En efecto, ya no nos desviamos en el camino de la aplicación de la ley, lo que representa una *pesadilla* para el pensamiento hartiano, sino los jueces se circunscriben a la aplicación de la ley y por ende, tiene lugar el *noble sueño* de Hart, (HART, 2007, P. 9) para quien en este caso los jueces sí ejercen una función correcta al ceñirse a la norma. Y si acaso se generare alguna controversia en la aplicación de la ley, la famosa regla de reconocimiento de Hart debía permitirla aplicación de la ley, en cuanto el juez se elevaba sobre el problema en ciernes, para encontrar un ángulo de concordancia con el Derecho Positivo.

No es de extrañar que el pensamiento positivista alegara como bandera de su posición la aplicación de la ley. Si hacemos un contraste de la corriente iusnaturalista y el positivismo jurídico, aquella subordina su razón a una voluntad divina, matizando razón y fundamento natural en su último estadío de evolución con el iusnaturalismo racionalista. Sin embargo, adolece el iusnaturalismo de las herramientas de análisis que consagra el positivismo kelseniano, el cual desde un razonamiento de subsunción, consolida en dos premisas- una mayor y una menor- además de una conclusión, una forma analítica de resolver los problemas jurídicos.

Debemos anotar aquí, en referencia al mecanismo de subsunción, que esta regla data de la antigua Grecia. Ya Aristóteles aludía a una forma primigenia de raciocinio natural al señalar esta forma de razonamiento y cuanto el positivismo hace al respecto, es darle la consistencia de una metodología de pensamiento.

¿Hay relaciones entre el positivismo y la *transversalización* que alegamos? Ciertamente que sí y así al igual que con el iusnaturalismo, asume una visión y perspectiva omnicomprensiva de abarcar todas las disciplinas jurídicas para dar una respuesta, esta vez sistemática, a todos los problemas en las áreas del ordenamiento jurídico.

Tanto iusnaturalismo como positivismo se distinguen, entonces, por cuanto pretenden entender el Derecho como un todo, además, brindan una respuesta totalizante a las cuestiones jurídicas, desde una sola visión de las bases conceptuales que enuncian.

2.3. Constitucionalismo

El constitucionalismo se configura al ocurrir manifiestas carencias del positivismo jurídico como método de solución de conflictos. En efecto, la respuesta del positivismo a los problemas jurídicos siempre fue vertical, sin asumir esa naturaleza horizontal en la solución de problemas que distingue al constitucionalismo.

La corriente constitucionalista presenta diversos ángulos de origen. Sus raíces pueden ser advertidas en distintos eventos humanos que abarcan las *polis* griegas, también se remontan a la Carta Magna de 1215 que el Rey Juan sin tierra se ve obligado a firmar, y llega en esbozos históricos al caso del Dr. Bonham (REY, 2006, p. 847) en el famoso fallo del Juez Edward Coke, quien le señala al Rey Jacobo I, en 1610, la necesidad de separar las funciones del Rey y las de los jueces.

Igualmente, podemos anotar esbozos de un constitucionalismo en ciernes a inicios del siglo XIX, en el fallo del Juez John Marshall, quien en el año 1803 en el *leading case* Marbury vs Madison, da forma a las reglas del control difuso.

No podemos negar, tampoco, el tránsito histórico que representan las Constituciones de Querétaro, México, de 1917, y la de Weimar, Alemania, de 1919, las cuales consolidan los derechos sociales y la forma del Estado social de Derecho, respectivamente.

Las cuestiones anotadas antes suman para una visión histórica en clave progresiva del constitucionalismo y al mismo tiempo, fijan puntos de partida para entender este nuevo fenómeno en las áreas del pensamiento humano.

En adición a lo señalado, es recién con el advenimiento de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que el pensamiento constitucional comienza a fijar una corriente de ideas cuyas bases aluden a entender los derechos desde las Constituciones y desde la jurisprudencia de los derechos fundamentales.

Tanto la Primera como la Segunda Guerra Mundial representaron así infaustos sucesos para la historia de la humanidad. Las pérdidas de vidas humanas fueron cuantiosas y nunca podrá haber una estadística fidedigna de cuántas personas perdieron la vida tanto en combate, así como a nivel de civiles ajenos al conflicto.

Sin perjuicio de ello, la Segunda Guerra Mundial destaca por su desplazamiento del conflicto a todas las latitudes del planeta, así como porque representó, a diferencia de la Primera Guerra Mundial, un mayor número de vidas perdidas, cuyo cálculo aproximado se estima entre cincuenta y sesenta millones de muertos.

Concluida la Segunda Gran Guerra, la humanidad entera se cuestiona, al hacer una autocrítica de lo sucedido, qué pudo haber sucedido para que acaeciera una guerra tan infausta que arrasó con todos los vestigios legales de un Estado social para dar paso a años de muerte, destrucción y perjuicio.

La respuesta inicial, natural y lógica, fue juzgar a los responsables de esta barbarie. De esa forma, el juicio de Nuremberg se convierte en un primer punto de partida para establecer responsabilidades y determinar penas. De esa forma, se sancionaba desde la ley a quienes condujeron la pesadilla militarista que generó enfrentamientos en todos los continentes con el doloroso saldo ya arriba reseñado.

Sin embargo, es la posición de establecer nuevos marcos de derechos- Cartas, Constituciones, Declaraciones, etc.- lo que constituye una reacción legislativa en muchos países del orbe. El objetivo se puede visualizar desde la perspectiva de establecer un *nuevo mínimo de derechos*, de común acuerdo, para evitar una nueva conflagración mundial.

Alemania, Italia, Japón y sus demás aliados sufren ocupación militar pero ello es solo una arista del problema. Se forma Naciones Unidas, se emite la Declaración Universal de los Derechos Humanos y empieza lo que podemos denominar una *fiebre de Constituciones*, fenómeno que podemos entender desde la idea de fijar un conjunto de acuerdos base para que no ocurra nuevamente aquello que jamás debió ocurrir, en relación a la magnitud de la Guerra Mundial que había concluido.

Sobre esta previsión, Italia adopta una nueva Constitución en 1948 y Alemania una Ley Fundamental en 1949. A su turno, Francia adopta una nueva Constitución en 1958, la que denominaría de la Quinta República francesa, y España adopta su Constitución de 1978, la misma que da partida a su Tribunal Constitucional.

Nuestro país se suma a esta corriente con su Constitución de 1979, por cierto nuestra más amplia Carta en materia de derechos sociales y punto de partida de un rol activo del Estado en la vida de la nación.

No solo ello ocurría en los ordenamientos nacionales: en el plano supranacional nacían el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunales regionales cuya función era la determinación de derechos respecto a controversias con sus ciudadanos en los Estados parte.

Al respecto, es de anotarse la influencia que implicaron las decisiones de estas altas Cortes para el fenómeno de la *transversalización*, en cuanto significaron puntos de partida de contenido relevante para entender una visión más unificada de los derechos humanos sometidos a su conocimiento.

He aquí pues una nota relevante para asumir una perspectiva de los derechos humanos como un fenómeno vigente y válido en todos los ordenamientos sometidos a sus decisiones, vía el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. La influencia en conjunto de estas Constituciones y estas Cartas de Derechos regionales, consolidan los postulados del constitucionalismo y en rigor, significan la superación del pensamiento positivista por las carencias propias del mismo para entender las controversias relacionadas con los derechos fundamentales.

Entonces, al igual que sucedió con las insuficiencias del iusnaturalismo frente al positivismo, ocurre el fenómeno del constitucionalismo, cuya consolidación se da tras la Segunda Guerra Mundial, frente a las carencias del positivismo como mecanismo de explicación de la realidad jurídica.

3. *Transversalización* del Derecho Constitucional y contenidos

Anotadas *supra* las corrientes del pensamiento jurídico más trascendentes en la historia de la humanidad, importa observar, a grandes rasgos, cómo ocurre el fenómeno de *transversalización* y es pertinente fijar su punto de partida en la noción de comprensión del Derecho Constitucional como una disciplina necesaria cuyos elementos base- la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución- constituyen una pauta para entender todo el Derecho, y no solo el Derecho Constitucional, desde una perspectiva de impregnación e irradiación de contenidos.

Ya la impronta del Código de Napoleón de 1804 marcó la influencia del Derecho Civil para el siglo XIX y gran parte del siglo XX. El Derecho, entonces, solo podía ser explicado desde los fundamentos del Derecho Civil, en tanto esta disciplina resumía el Derecho desde todas sus perspectivas. Así, los procesos civiles podían incluir todas las materias del Derecho y su naturaleza ser discutida bajo la innegable influencia del Derecho Civil.

El Derecho Constitucional marca nuevos patrones de entendimiento. El Derecho en conjunto se ve influenciado por la prevalencia de las Constituciones y su proyección hacia los demás derechos, aspecto que implica una de las bases conceptuales de la *transversalización* en la medida que el Derecho comienza a ser conceptuado desde la Constitución, y no desde una disciplina en particular.

De la misma forma, las decisiones de los Tribunales supranacionales fijan una perspectiva de amplitud hasta entonces no conocida. La noción de convencionalidad nos induce a determinar que los estándares de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a Chile,

por ejemplo, en materia de discriminación sexual, se deben entender válidos y de aplicación respecto a los demás países parte del sistema regional de derechos humanos.

Desde este ámbito, ya no pueden entonces los Estados invocar autonomía de sus ordenamientos nacionales y los *márgenes de apreciación* resultan mecanismos de interpretación restringidos pues la naturaleza de los derechos humanos se entiende omnicomprensiva y no parcializada.

3.1. Efectos de las decisiones de los tribunales en materia constitucional

Visto lo anotado, un elemento base a notar en la transversalización es el *efecto de las decisiones de los tribunales en materia constitucional*, nacionales y regionales, aspecto que denota una nueva forma de comprender el Derecho, ya no desde una perspectiva civilista, sino desde una visión de irradiación de los derechos fundamentales hacia todo el ordenamiento jurídico.

Aquí es importante anotar que los Tribunales supranacionales importan mecanismos de sujeción de los Estados parte en mérito a una Convención o Convenio. Se trata de una faceta superlativa en la discusión de derechos pues agotada la vía interna de controversia en los Estados, sus ciudadanos tienen la oportunidad de acudir a una instancia que desde una perspectiva supranacional, va a implicar un efecto vinculante para el Estado emplazado, y va a significar la necesidad de acatamiento de esa decisión.

Ese efecto de vinculatoriedad de un Tribunal supranacional representa un carácter angular de la *transversalización*. Los Estados, al ser condenados internacionalmente en el ámbito regional, por grave afectación a un derecho humano reconocido normativamente, o entendido como incorporado, ya no podrán alegar autonomía en el marco de su legislación interna, salvo que renuncien a la Convención o Convenio, vía los mecanismos que estos instrumentos prevén.

De esa manera, la *transversalización* adquiere carta de ciudadanía internacional y se difumina no solo por todas las áreas de un ordenamiento jurídico nacional, sino extiende, con creces, su ámbito de influencia, a los demás países conformantes del sistema regional de derechos humanos. El fundamento de ello reside en que los fallos de estos organismos representan un mecanismo de convencionalización del Derecho, es decir, no pueden eximirse los Estados de su estándar, aun así el hecho denunciado no hubiere ocurrido en el ámbito de su territorio.

3.2. Impregnación sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico

Un segundo elemento a anotar es el *efecto de impregnación sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico*, premisa con la cual anotamos los esbozos de una nueva controversia: ¿implica la *transversalización* invadir los espacios de la justicia ordinaria por parte de la justicia constitucional? Creemos pertinente contestar tanto *ex ante* como *ex post* que no.

Ex ante la respuesta es negativa porque uno de los fundamentos de partida del Derecho Constitucional es su perspectiva de vigencia de los derechos fundamentales. De este modo, si los derechos fundamentales se expresan en todas las áreas del ordenamiento jurídico, el campo de acción del Derecho Constitucional no puede reducirse a que alguna área se considere estar exenta de control constitucional.

En efecto, no puede haber zonas exentas del control constitucional, figura que debe diferenciarse,

con énfasis, de la revisabilidad de los actos jurídicos por parte de la justicia constitucional. Lo primero equivaldría a autarquía, es decir, a exención de control constitucional, premisa que se contradice con el fenómeno de *transversalización*. Lo segundo- la revisabilidad- es más una noción de reglas de juego de la democracia. Nos explicamos. Un proceso civil puede concluir pero si el mismo ha sido respetuoso de las reglas del debido proceso y el juez se ha circunscrito a respetar el derecho a ser oído, a contradecir, a impugnar, entre otros derechos, entonces el fallo sometido a control es revisable pero no modificable.

Esta no modificabilidad reside en el respeto por las reglas del debido proceso, premisa que implica la no exención de control y por tanto, de revisabilidad. Aquí se configura una respuesta *ex post*, en tanto examinada la decisión de la justicia ordinaria por parte de la justicia constitucional, solo corresponderá declarar una afectación si se produce una constatación de un derecho ostensiblemente afectado.

3.3. Principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica

Adicionalmente, *los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica* explican conceptualmente la expresión procedimental del fenómeno de *transversalización*. Ponemos énfasis aquí en el término procedimental por cuanto los procesos constitucionales y los de la justicia ordinaria representan, finalmente, la medida de extensión del suceso de *transversalización*.

Lo arriba acotado se manifiesta precisamente en la forma de entender nuestra propuesta de *transversalización* y si nos referimos a una fórmula en negativo de lo afirmado, habría necesidad de admitir la tesis de zonas exentas de control constitucional, lo cual representaría un contrasentido de esa amplitud de constitucionalización del Derecho. En propiedad, entonces, el Derecho en su conjunto se impregna del Derecho Constitucional y ello se expresa en que los fallos de los jueces entienden, por el principio de *unidad de la Constitución*, que no puede existir una interpretación aislada del Derecho.

De esta forma, si aludimos al Derecho Electoral, no puede entenderse una tesis de irrevisabilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones JNE, en tanto no puede efectuarse una interpretación aislada del artículo 142 de nuestra Carta Fundamental, el cual precisamente hace referencia a que las decisiones del JNE efectivamente son irrevisables.

Aquí es necesario, recurriendo al principio de *unidad de la Constitución*, asumir que la legislación electoral en conjunto, así como los principios constitucionales que la enuncian, deben entenderse en un todo de interpretación, que deje de lado la corriente de literalidad que fluye matemáticamente del concepto de disposición. De esa forma, es una exigencia abandonar la forma del enunciado lingüístico para asumir, con prevalencia, que debe recurrirse a un sentido interpretativo que nos asegure una interpretación unitaria de la Constitución y de las leyes y normas que se subordinan a la misma.

¿Puede llevarnos esta noción de *unidad de la Constitución* a entender una manifestación positivista del Derecho en el sentido de que éste es uno solo y que existe una única respuesta correcta? Es conveniente precisar aquí que no nos referimos a la verticalidad de la interpretación que demanda el positivismo jurídico pues el mismo traduce solo una noción aplicativa.

En la idea que formulamos, la perspectiva ha de entenderse como un sentido interpretativo

de naturaleza integradora y omnicomprensiva del Derecho, debiéndose advertir que en una orilla opuesta la interpretación es estática, como sucede en el positivismo jurídico, corriente que reclama una condición aplicativa. Por el contrario, el principio de *unidad de la Constitución*, nos reconduce a la idea de que la interpretación es dinámica- hablaríamos de una *living Constitution*- (STRAUSS, 2010, p. 4) y el resultado sería remover las bases de literalidad de la norma a analizar, para asumir que ésta juega un rol dinámico permitiendo una interpretación conforme con la Constitución.

En esa misma ruta se expresa el dinamismo interpretativo del *principio de concordancia práctica*, en tanto traduce una noción de sistematización del ordenamiento jurídico, el cual exige ser concordado desde las diversas fuentes que concurren para la solución de una controversia. La *concordancia práctica* que a este respecto se manifiesta, constituye una expresión reformulada del principio de interpretación sistemática que a su turno expresaba la Escuela Histórica del Derecho a través de von Savigny (PÉREZ LUÑO, 1999. p. 15) y con creces recoge la idea de que el Derecho debe ser entendido desde una posición de vinculación de las diversas fuentes que el Derecho informa.

En ese sentido, la dilucidación de un problema con relevancia jurídica atiende a cuanto enuncia la regla específica- una ley o varias leyes determinadas- en relación sistemática de concordancia con los principios varios que informa nuestra *Lex Legum*.

3.4. Pluralidad de valores en el Derecho

El fenómeno de *transversalización* recoge, de igual modo, la tesis de una *pluralidad de valores en el Derecho*, esto es, no puede asimilarse la idea de que el Derecho es expresión de un solo contenido - la regla específica que enuncia el positivismo jurídico- sino de distintas posibles soluciones frente a un problema, aspecto que nos lleva a consideraciones de una ponderación de intereses, lo cual se refleja en la expresión procedimental del principio de proporcionalidad.

De esta forma, el Derecho ya no es solo esa expresión monolítica del Derecho Positivo, sino que admite diversos rostros de expresión. Bajo esta pauta, la ponderación puede expresar manifestaciones diversas de un mismo derecho, el cual se ve enfrentado a un esquema en el cual la ponderación lleva a dos posibles contenidos, uno de los cuales- aquel que se acerque más a la mejor solución posible en términos jurídicos y fácticos - ha de prevalecer.

3.5. Activismo judicial restringido

Finalmente, es otra manifestación relevante de la *transversalización*, un matiz que hemos de denominar *activismo judicial restringido*, esto es, de un lado, una adecuación del activismo judicial clásico- entendido como un propósito de una defensa más que activa de los derechos fundamentales, y de otro lado, una expresión de *self restraint*, (CARPIZO, 2009, p. 57) es decir de autolimitación o autocontención.

No podemos negar el efecto de amplitud que representa el fenómeno de la *transversalización*. Diríamos que el Derecho Constitucional crece exponencialmente y se eleva sobre otras disciplinas del ordenamiento jurídico. Es un efecto a considerar necesario de la *transversalización* pues todo el ordenamiento jurídico se tiñe de fundamentos constitucionales y ya no resulta admisible una interpretación aislada de los derechos que tutela le ley en los Códigos sustantivos y adjetivos,

esto es, los Códigos matrices y sus respectivos Códigos Procesales.

Y sin embargo, la *transversalización* también implica una necesaria llamada de atención y prudencia, pues los efectos de esta institución no ponen a los jueces constitucionales por encima del legislador, ni tampoco implican un *Ulises desatado* (ELSTER, 2002, p. 111) del Derecho Constitucional respecto a los jueces de la justicia ordinaria. Menos aún la *transversalización* trasunta un mecanismo *ex macchina* respecto de los reglamentos de la Administración.

Por el contrario, el crecimiento expresivo de la *transversalización* del Derecho Constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico, reclama un efecto de prudencia para no reclamar un fin de la historia desde la perspectiva jurídica, y esa mesura resulta un elemento importante para la consolidación de la *transversalización*.

En consecuencia, reclama la *transversalización* que los jueces expresen moderación y prudencia si se trata de fallos que representan la revisión de las decisiones de la justicia ordinaria, y en ese margen que solo atiendan lesiones de suma gravedad respecto a un derecho fundamental. Así, desde la escala triádica de Alexy, solo serán atendibles con una razón estimatoria en materia constitucional, los casos que impliquen grave afectación de derechos fundamentales. Esto es puntual: lesiones de orden medio o leve a un derecho fundamental, no serán objeto de decisiones favorables en la justicia constitucional.

De igual modo, solo una ley manifiestamente irrazonable en sus contenidos formal y material, será objeto de una decisión estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad, debiendo optar antes el juez constitucional por agotar un examen de compatibilidad de la norma con la Constitución, lo cual implica examinar todas las formas posibles de compatibilidad con la Ley de Leyes. Así, solo un análisis que no satisfaga estas posibilidades previas, podrá involucrar se declare la inconstitucionalidad de una norma y no antes.

¿Por qué este procedimiento? Por la presunción de legalidad y constitucionalidad en el ejercicio de la actividad legislativa y porque es necesario, de igual forma, reconocer las prerrogativas que le asisten al legislador. En ese sentido, presumimos que la ley ha sido adoptada en compatibilidad con la Ley de Leyes y solo después de un riguroso examen de constitucionalidad, y como opción de último rango, puede declararse su inconstitucionalidad.

4. *Transversalización* y disciplinas jurídicas

El efecto de *transversalización* tiene lugar respecto a todas las áreas del ordenamiento jurídico y comprende todas las actividades reguladoras del Estado, desde la dación de leyes, actividad propia del legislador, transitando por la actividad administrativa, a cargo del Estado prevalentemente, para anclar en la actividad jurisdiccional, comprendiendo todos los espacios de la justicia ordinaria.

De otro lado, la *transversalización* comprende la actividad privada cuando se trata de mecanismos de Derecho Administrativo sancionador, quedando exentas las actividades regulares de orden regular en las actividades privadas.

Sin embargo, este ámbito de exclusión no puede dejar de lado aquello que Lucas Verdú llama *sentimiento constitucional* (LUCAS, 1985, 243 pp.) en tanto todo el ordenamiento jurídico así

como todas aquellas actividades ajenas al quehacer jurídico, admiten una también denominada *cultura de la Constitución*.

De esa forma, la *transversalización* no solo implica un efecto estrictamente jurídico, sino que facetas tan especiales como la costumbre, van adaptando su contenido a los fundamentos de la Constitución. Es así que una simple corrida de toros, ya no es solamente una expresión histórica legada por los españoles, sino adquiere un contenido cultural que corresponde regular a entes del Estado, como el Instituto Nacional de Cultura, a fin de calificarla como actividad no cultural y por tanto, sujeta al pago de impuestos.

De igual forma, el simple hecho de colocar una Biblia y un crucifijo en una audiencia, ya no es en estricto una manifestación de creencia en la Iglesia y sus símbolos, sino por interpretación constitucional, se convierte en una expresión cultural, que data de siglos atrás y que por tanto, no traduce un mensaje estrictamente religioso.

De esa manera, múltiples expresiones del ordenamiento se van impregnando de este matiz constitucional, y se presenta un efecto de irradiación que se expresa en todo el ordenamiento jurídico.

Dada esta amplitud de expresiones, hemos seleccionado, bajo los patrones del análisis basado en problemas, dos disciplinas relevantes en el Derecho- Derecho Civil y Derecho Penal - para acusar el fenómeno de configuración de la *transversalización* del Derecho Constitucional.

4.1. Transversalización y Derecho Civil

Por antonomasia, el Derecho Civil ha mantenido el rango de disciplina matriz en el Derecho. Su predominio ha sido producto de la tradición francesa de asignar al Código de Napoleón de 1804 un punto de partida para la comprensión del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el propio desarrollo del Derecho Constitucional ha replanteado esta noción y la influencia de fallos de la justicia constitucional no se expresa sino en la necesaria idea de subordinación del Derecho Civil a los postulados del Derecho Constitucional, pretendiendo esta última disciplina asumir, ante todo, un efecto básicamente integrador antes que un reemplazo de los principios propios del Derecho Civil.

Sustentadas esas ideas, nos corresponde revisar un caso que representa, en una buena medida, una expresión de cuanto afirmamos respecto a la *transversalización*, y que nos pone de manifiesto repensar las fronteras entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional.

El caso que nos ocupa- decisión de una Sala Civil en Perú, voto parcial dada una situación de discordia - se refiere a una resolución que declaró improcedente una demanda, al considerar que respecto de un proceso de adopción, la persona interesada no obstante cumplir la mayoría de edad- 18 años- en el año 2012, no ejerció su derecho de cese de adopción hasta el año posterior- 2013- razón por la cual su derecho a impugnar la adopción caducó.

En rigor, no se cumplió el artículo 385 del Código Civil, el cual prevé que el pedido de cese de adopción fenece al año de cumplida la mayoría de edad por parte del adoptado. La demanda recién se interpone en el año 2015, es decir, a los 20 años de edad por parte de la solicitante,

extemporáneamente y por consiguiente, fuera de plazo.

La apelación formulada por la parte afectada contra la decisión denegatoria del juez, al no admitir a trámite la demanda, señala que esta decisión no le permite recobrar su verdadera identidad filiatoria, pues al momento de ser adoptada, tenía la condición de menor de edad.

Es necesario anotar que ya el Tribunal Constitucional ha asumido la posición de que el derecho a la identidad, como derecho fundamental, involucra un proyecto de vida, y de la misma forma, constituye un sentido de reconocimiento a ser individualizado. Así señala la STC 5829-2009-PA/TC, caso Delia Ibáñez, lo siguiente:

"2. El derecho a la identidad (...) entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)."

De otro lado, es pertinente considerar que si aludimos a la *transversalización*, no es oponible asumir la calidad de *disposición* que asume, restrictivamente, el artículo 385 del Código Civil, el cual prevé, sobre el cese de adopción a pedido del adoptado, lo siguiente:

"El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite.

En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial."

Para el caso a examinar es necesario asumir el criterio de *norma*, o de sentido interpretativo que reviste el derecho a la identidad. Desde esa atingencia, constituye *deber especial de protección* de los jueces de familia determinar si el derecho a la identidad constituye o no, elemento determinante para una decisión estimatoria, aspecto que se debe establecer satisfaciendo los estándares mínimos de un debido proceso en concordancia con los derechos fundamentales.
En el orden de ideas expuesto, la Sala partió de la necesidad de someter a test de proporcionalidad el artículo 385del Código Civil, en la medida que implicaba para la parte demandante una restricción ilegítima de su pretensión de declaración judicial sobre el derecho a la identidad, elemento intrínseco que forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Efectuado el sub examen de *idoneidad*, en cuanto a la exigencia de que haya un fin de relevancia constitucional o un fin constitucional en la intervención, la Sala consideró *prima facie* que sí se justifica la idoneidad de la norma sometida a control.

De ese modo, la exigencia de ordenar los alcances de la adopción representa un fin constitucional en sí mismo, pues es necesario que los actores del ordenamiento jurídico- las partes en un proceso- puedan guiarse por las reglas de determinación del Código Civil sobre la materia.

En relación al examen de *necesidad*, la norma bajo control- artículo 385 del Código Civil- consideraría que el no ejercicio del plazo previsto, dentro del año de cese de la adopción, implicará materializar un estado de cosas a favor de la seguridad jurídica. Al respecto, no encontramos una solución menos gravosa pues si se persigue seguridad jurídica, podrá haber otros medios de satisfacción pero no necesariamente menos gravosos que aquellos que la norma prevé.

Finalmente, en el sub examen de *proporcionalidad* en sentido estricto, entre dos derechos fundamentales concernidos, a propósito del examen de este test, la Sala advierte dos principios en colisión: la accionante reclamaba el derecho a la identidad y de otro lado, el legislador invocaba una facultad regulatoria que aspira a una seguridad jurídica de suyo siempre necesaria pero no siempre legítima.

Advertimos aquí un escenario de contrastación entre dos derechos fundamentales y de conformidad con la escala triádica de Alexy y la ley de ponderación, la Sala asignó un valor medio de afectación a la potestad reguladora del Estado y su derecho sucedáneo a la seguridad jurídica, en tanto declaró un alto nivel de satisfacción del derecho a la identidad.

La decisión se fundó en que no constituía una justificación ni racional ni razonable por parte del Código que la recurrente no pudiera acceder a su identidad de origen y en especial, por qué habría de impedírsele, bajo el argumento de la restricción en el plazo, ejercitar un derecho que la Constitución y la jurisprudencia constitucional, *prima facie*, le reconocen, desde el momento en que se cumplen los supuestos materiales, y no formales, de acceso.

Desde otro ángulo del problema, hasta cierto rango la norma era discriminatoria en relación al derecho a la igualdad, pues en tanto distintos tipos de procesos pueden alcanzar un fin determinado, materializando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el caso de autos, el no ejercicio oportuno de la acción, impedía la concreción de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la identidad.

En rigor, en este caso solo existía la sola justificación del transcurso del tiempo, sin abundar en ningún otro detalle salvo el vencimiento del plazo. En adición a ello, la Sala declaró no haber lesividad en ese ejercicio no oportuno del derecho, ni que devenía en lesión al derecho de terceros la falta de acción en el plazo respectivo.
Precisadas estas atingencias, la Sala concluyó en la necesaria inaplicación, vía test de proporcionalidad, de la norma sometida a control, pues optar por la aplicación de la misma, en el modo restrictivo que ella prevé, implicaba una lesión manifiesta del ejercicio del derecho a la identidad, y por tanto, restringía severamente el derecho de la afectada a que el órgano jurisdiccional defina los alcances legales y constitucionales de la pretensión planteada.

El Derecho Civil, en el caso que nos ocupa, se ve impregnado de fundamentos constitucionales. La *transversalización* ocurre en cuanto la interpretación civil, de orden legalista, cede ante la interpretación constitucional. La Sala invoca derechos fundamentales y ése es el giro del problema.

4.2. Transversalización y Derecho Penal

En las relaciones entre *transversalización* y Derecho Penal es importante anotar el redimensionamiento del principio de legalidad desde el Derecho Constitucional. Ciertamente el

principio de legalidad en materia penal traduce tres supuestos: *lex certa, lex scripta* y *lex previa*, los cuales nos conducen a la idea de una regulación debidamente establecida desde una arista material.

Así, la *lex certa* o regla cierta nos lleva a la noción de existencia objetiva de la norma y de ese modo, el intérprete tiene noción de su verificabilidad material. La *lex scripta* o norma escrita nos refiere una constatación sustantiva o adjetiva de la regla, debiendo a este efecto cumplir el requisito de vigencia, es decir, debe haber seguido los procedimientos regulares para su discusión, aprobación y respectiva publicación.

Adicionalmente, la idea de *lex previa* constituye uno de los elementos más relevantes del principio de legalidad, en cuanto exige que la regla exista con anterioridad a la ocurrencia del supuesto fáctico que prefija la norma. Esta condición resulta indispensable, con más énfasis, en el Derecho Penal, pues solo son sancionables las conductas que previamente hayan sido establecidas respecto del tipo penal.

El razonamiento que anotamos *supra* es importante para la sanción penal respectiva y sin embargo, un tipo penal, vinculado a los derechos humanos, como los crímenes de lesa humanidad rompe los parámetros clásicos del principio de legalidad en materia penal, en cuanto admite, desde la jurisprudencia generada a partir del artículo 7 del Estatuto de Roma, que se persigan hechos ocurridos con anterioridad a la dación de la ley penal.

Lo afirmado requiere una explicación mejor fundamentada y nos podemos valer de un caso que en Perú aún genera honda controversia: el caso El Frontón. Los hechos se remontan al año 1986, cuando tuvo lugar la represión contra un motín de presos por terrorismo en el Penal El Frontón, frente a las costas de la Provincia Constitucional del Callao.

La Marina de Guerra logró sofocar el motín y 118 presos perdieron la vida en esta intervención militar. Sin embargo, producidas las necropsias de rigor, una gran mayoría de ellas revelaron disparos a corta distancia, lo cual no puede ser asimilado a un combate abierto, más aún si partimos de la disparidad manifiesta de los medios de combate entre la Marina de guerra y los amotinados.

La investigación penal tuvo lugar en su oportunidad y el Poder Judicial debió examinar procesos de habeas corpus contra los juicios penales de entonces, uno de ellos el caso Teodorico Bernabé Montoya, el cual fue interpuesto para que no prosiguieran las investigaciones en materia penal. Si bien es cierto que finalmente un primer habeas corpus prosperó en su momento, en un segundo habeas corpus se ratificó que el caso no constituía crimen de lesa humanidad. Frente a ello, una declaración de nulidad del segundo fallo pone nuevamente en debate si esta intervención de la Marina de Guerra constituyó o no un crimen de lesa humanidad.

Esta situación aún debe dilucidarse y sin embargo, diversos elementos de este caso nos sirven para asumir un efecto de *transversalización* del Derecho Constitucional respecto al caso penal que examinamos.

En efecto, el Perú recién adopta la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad en el año 2003, entendiéndose una precisión en la resolución legislativa que la adopta, a efectos de que la tipificación de estos crímenes tenga lugar en el ordenamiento jurídico

peruano solo desde 2003 en adelante.

Si bien un proceso de inconstitucionalidad posterior a la dación de la resolución legislativa que acotamos, tuvo lugar después de expedida esta norma y declaró inconstitucional la exención de crímenes de lesa humanidad solo desde 2003, los elementos fácticos y jurídicos del caso, nos sirven con creces para reinterpretar el principio de legalidad en materia penal.

De esta manera, si los hechos referidos en el caso ocurrieron en el año 1986 y la tipificación de la conducta reseñada tiene lugar desde el año 2003, se pondría en evidencia la infracción del principio de legalidad penal en el ámbito de *lex previa*.

En efecto, desde el Derecho Penal es de suyo exigible que el tipo penal exista en el momento en que sucede la conducta cuya persecución se pone a prueba. Este es el sentido pleno de la noción de *lex previa*, y sin embargo, dada la gravedad de los crímenes de lesa humanidad, la tipificación penal de la conducta no constituye un requisito taxativo e imprescindible.

Lo anotado *supra* es de singular importancia. Si aludimos a delitos contra la vida, el homicidio simple representaría un primer peldaño en la persecución penal de delitos contra la vida. A su vez, en el asesinato, observamos caracteres aún más graves pues esa es la naturaleza de ese delito, reflexión que nos permite ponernos en un segundo peldaño de análisis de delitos contra la vida.

Tanto en el homicidio como en el asesinato, la variable de la prescripción de la acción penal es una condición *sine qua non* del análisis del tipo. Esto no ocurre en el tercer peldaño de examen de delitos contra la vida, pues los crímenes de lesa humanidad no admiten la prescripción de la acción penal, en tanto representan graves afectaciones al bien jurídico vida, característica que los exime de estas exigencias de temporalidad que prevén los tipos penales comunes.

La reflexión que presentamos acusa en apariencia graves contradicciones. Una de ellas es que no debe existir conducta punible cuya persecución sea indeterminada en el tiempo. De otro lado, resulta contrario al razonamiento del criterio de *lex previa,* que se pueda admitir la persecución de una conducta que al momento de ocurrir, no se encontrare debidamente tipificada. Si aplicamos un razonamiento lineal del principio de legalidad, con certeza no nos queda alternativa que declarar esas conductas no punibles.

Sin embargo, como anotamos, el principio de legalidad en materia penal, se ve obligado a admitir restricciones si estamos frente a crímenes de lesa humanidad, en razón de que el planteamiento conceptual de estos delitos asume una naturaleza de suyo distinta.

Las particularidades de los crímenes de lesa humanidad de implicar ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil han propiciado, en la jurisprudencia generada respecto a estos delitos, que sean dispensadas determinadas exigencias en la configuración de estas conductas penales, una de cuyas manifestaciones, desde el Derecho Penal común, es la exigencia de la tipificación previa.

¿Lesiona este razonamiento los fundamentos del Derecho Penal desde la exigencia de tipificación? Creemos pertinente inferir nuestra respuesta desde la *transversalización*. No se afecta o vulnera el Derecho Penal. Lo que sucede es que el Derecho Penal se impregna de

Derecho Constitucional.

De otro lado, la jurisprudencia en materia de derechos humanos, desde la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, irradia el Derecho Penal con sus contenidos iusfundamentales.

5. La transversalización y sus horizontes: ¿aún un camino por andar?

Es un acuerdo antes que un desacuerdo llegar a la conclusión de la importancia de la *transversalización* del Derecho Constitucional. El Derecho ya no puede ser entendido como islas que forman espacios de autarquía sino como un todo unificado en el cual los derechos fundamentales juegan un rol de primer orden, al igual que el principio de primacía de la Constitución. La *transversalización* es entonces punto de referencia necesario en este siglo XXI para entender las nuevas dinámicas interpretativas del Derecho.

La *transversalización* es una expresión de la realidad jurídica contemporánea y como tal, es resultado de una evolución del pensamiento jurídico. Su influencia sobre las demás áreas del ordenamiento jurídico pone de relieve una proyección del Derecho Constitucional hacia las demás disciplinas del Derecho, a las cuales impregna en conjunto, irradiándolas de sus contenidos.

Sin embargo, como hemos anotado *supra*, este fenómeno demanda igualmente un ejercicio de prudencia en su aplicación, pues asumir que la *transversalización* signifique el fin de la historia de las ideas jurídicas puede sonar a más que pretensión. Más aún, el riesgo de una postura *in extremis* al respecto, podría conducirnos a pensar que se trataría del positivismo jurídico de nuestros días, expresión acabada que trasunta más una posición de arrogancia, visible como tal y en verificable desmedro de las demás concepciones del ordenamiento.

Una cuestión debe resultar meridianamente clara: estamos ante un fenómeno de prevalencia del Derecho Constitucional, el cual a través de la *transversalización* determina la prevalencia de las decisiones de la justicia constitucional. Pero esto no representa afectar competencias de la justicia ordinaria ni tampoco invadir los espacios del legislador, cuyas atribuciones implican una reserva de competencia que contempla el mismo ordenamiento jurídico.

Por más amplitud que proyecte en fenómeno de *transversalización*, los jueces constitucionales no podrán ser, en modo alguno, legislador positivo, en tanto esta atribución es del Parlamento, único ente autorizado y facultado para crear, modificar o derogar la norma. Bajo ese razonamiento, el Tribunal Constitucional solo podrá constituirse en legislador negativo para expulsar una norma del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el fenómeno de *transversalización* debe buscar la mayor concordancia posible con el principio de función integradora, en tanto es uno de los propósitos del conflicto, también, crear paz social. En efecto, el Derecho Constitucional no busca imponerse sobre las demás disciplinas con una posición omnicomprensiva del Derecho. Nada alejaría más al juez constitucional de su labor y de los imperativos categóricos que rodean su función, que irrogarse el pretendido propósito de que el Derecho no Constitucional se subordina, *sine die*, al Derecho Constitucional. Por el contrario, la función de integración expresa más un deber de llenar vacíos en el Derecho, mas no para evidenciar, en forma alguna, una eventual y mal pretendida superioridad del

ordenamiento constitucional sobre otras disciplinas del quehacer jurídico.

Desde esos conceptos, así como fue arrogante que Fukuyama (FUKUYAMA,1992, 463 pp.) pretendiera un denominado fin de la historia, por la caída de los regímenes comunistas y la consolidación de un aparente único futuro capitalismo, será igualmente arrogante que los jueces constitucionales pudieran pretender que la interpretación constitucional pudiera acaso ser la única y definitiva, en tanto y en cuanto efectivamente ejerce una función correctora.

Lo antes expresado pudiera acaso conducirnos a otro escenario: ¿y quién controla al controlador? En efecto, si acaso la justicia constitucional se irrogara la atribución simplemente *per se,* de que representa la última interpretación porque sí, estaríamos ante una cuestión realmente compleja: será necesario que el ordenamiento jurídico prevea medios de control formal y material.

En nuestro ordenamiento, un procedimiento formal de control está representado por el mecanismo de acusación constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución. Ya ha habido en nuestra experiencia constitucional experiencias aciagas en relación a lo expresado(caso 3 magistrados del Tribunal Constitucional. vs Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, fondo, reparaciones y costas), mas finalmente ha prevalecido la regla de que es improcedente la destitución de magistrados de un Tribunal Constitucional simplemente por su interpretación de la Constitución.

Un camino más complejo en esta faceta de control es el mecanismo de autocontrol, también denominado *self restraint*, en la medida que es de más compleja delimitación. El principio *self restraint,* en buena cuenta, insta al juez constitucional a adecuar sus funciones respecto a la Constitución desde una posición de equilibrio, mesura y prudencia, más en perspectiva de autocontrol antes que de activismo. Finalmente constituye una exhortación a cumplir su deber constitucional dentro de los parámetros de la Carta Fundamental y como tal, tiene una función de moderada autocontención.

6. Neoconstitucionalismo, post positivismo y tendencias comparadas

¿Es la *transversalización* un fenómeno local? Ciertamente que no. La tendencia a que aludimos en una expresión de todo el Derecho contemporáneo, tanto continental como anglosajón, con algunas restricciones desde las posiciones negacionistas del originalismo (STRAUSS, 2010, p. 9) y ciertas tendencias aún legalistas.

El neoconstitucionalismo es una expresión contemporánea que alude a una reexpresión del constitucionalismo. Es un constitucionalismo reforzado en cuanto alude a caracteres base como más principios que reglas, más ponderación que subsunción, prevalencia de la interpretación constitucional sobre la ordinaria, zonas no exentas del control constitucional y existencia de una constelación plural de valores en lugar de la homogeneidad ideológica de las reglas.

Se trata de las reglas clásicas del constitucionalismo pero expresadas nuevamente con rasgos que identifican un constitucionalismo reforzado. El prefijo “neo” no es un acompañamiento fuera de sentido, en la medida que alude a entender el constitucionalismo clásico con caracteres adicionales que expresan un activismo judicial moderado.

Desde esta posición, neoconstitucionalismo no es un concepto incompatible con post positivismo.

Esta última corriente grafica una fase superior a la del positivismo jurídico, y así el prefijo "post", al igual que en el neoconstitucionalismo, indica un estadío superior a su expresión base. No aludimos con estos conceptos, valga así reiterarlo, a fórmulas meramente teóricas, a construcciones conceptuales que recalan en abstracciones lejanas de la realidad. Definir una controversia en función de las ideas inspiradoras del neoconstitucionalismo y el post positivismo, significa también materializar los fundamentos prácticos de la *transversalización*, así como entender la faceta en clave de progresividad del fenómeno que este estudio desarrolla.

En oposición a lo reseñado, la propuesta originalista es una tendencia de solo una parte de la Corte Suprema de EE.UU., defendida por los jueces Scalia y Thomas, (SEGALL, 2014. p.1663) para asumir un sentido de interpretación fidedigna de la regla, tal cual, rescatando un sentido histórico de su significado. Así, la noción originalista recoge la voluntad primigenia de los padres de la patria norteamericana, aquellos que dieron la primera Constitución, y cuya naturaleza de *framers*, reconduce a la noción de respetar la voluntad de esos primeros sujetos que diseñaron el marco de la voluntad de la Constitución primigenia. En esa misma lógica, ¿por qué cambiar aquello que fue el origen de la patria?

La anotación señalada, sin embargo, y ello no es recogido por el originalismo, no considera la evolución histórica de los derechos ni tampoco que la realidad es una dinámica constante. Hace 200 años y un poco más, el contexto histórico alrededor de la primera Constitución norteamericana justificaba la esclavitud, así como restringía ostensiblemente los derechos de las mujeres. El originalismo parte de la necesidad de un *statu quo* que no cambie las condiciones históricamente primigenias de una realidad. Sin embargo, ello es una propuesta difícilmente atendible. Los derechos evolucionan incesantemente y fijan después de lustros, nuevas dimensiones que si el legislador no recoge, sí lo hacen los jueces constitucionales a través de sus fallos.

De la misma forma, la propuesta de un *Ius constitutionale commune* (VON BOGDANDY, FIX FIERRO, MORALES ANTONIAZZI, 2014, p. 3) no deja de ser un planteamiento de suyo interesante, en cuanto al referir un Derecho Constitucional común, finalmente para América Latina, cuanto afirma es una expresión final del fenómeno de *transversalización.* Este fenómeno ancla, en una etapa de término, en una identificación del ordenamiento jurídico con normas comunes, esto es, partimos de un instrumento que sintetiza criterios comunes en las ordenamientos jurídicos.

De esa forma, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos expresa normas comunes que identifican a los países signatarios y cuyos estándares obligan por igual a todos los Estados, sin que sea posible argüir cuestiones de Derecho Interno o autonomía para evadir el cumplimiento de los Tratados. Esta obligación fluye así con nitidez del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esta convencionalización del Derecho, entonces, es una dimensión de la *transversalización* del Derecho Constitucional, cuyos postulados son recogidos en normas supranacionales- articulado y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- para materializar que estos estándares representan una *homogenización del Derecho*, acepción que debe ser entendida como una concretización, en último término, del suceso de *transversalización*.

Conclusiones

Aludir a la *transversalización* del Derecho Constitucional implica aludir a un fenómeno de reciente data en cuanto es desde la segunda mitad del siglo XX que se aprecia una evolución firme, constante y progresiva de los derechos fundamentales.

De igual forma, la comprensión del fenómeno de *transversalización* necesita aludir a un contexto histórico en el cual el trinomio iusnaturalismo- positivismo- constitucionalismo denota una evolución progresiva del pensamiento jurídico en clave de progresividad. De esta forma, podemos apreciar un fenómeno de sucesión histórica, surgiendo cambios de una corriente de pensamiento a otras, por las carencias e insuficiencias de la tesis que se abandonaba.

En ese mismo orden de ideas, la *transversalización* se caracteriza por distintos contenidos, entre ellos los efectos de las decisiones de los tribunales en materia constitucional, la impregnación del Derecho Constitucional sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico, el ámbito de los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, la pluralidad de valores en el Derecho, así como un activismo judicial restringido, todos ellos coadyuvantes de una efectiva *transversalización*. Ellos nos permiten entender mejor este fenómeno omnicomprensivo de irradiación e impregnación de los derechos fundamentales.

En otro orden de rangos, se impone una llamada de prudencia para que el fenómeno de *transversalización* sea aplicado dentro de las reglas de equilibrio que el Derecho demanda. Entender ese fenómeno de *transversalización* exigirá una conjunción de activismo judicial y *self restraint* para que sea expresada una actitud de equilibrio en los jueces cuando se trate de atender este tipo de manifestaciones del Derecho.

La *transversalización* del Derecho Constitucional es, finalmente, una expresión manifiesta del Estado Democrático y Social de Derecho, fórmula que traduce un comportamiento del actual tipo de Estado desde las bases conceptuales de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución. Desde ese contexto, la *transversalización* se convierte en una valiosa herramienta para que se observe el principio de interdicción de la arbitrariedad, ángulo base de la democracia que permite entender un respeto necesario en este tiempo de los derechos en clave de progresividad y no de regresividad.

Finalmente, la *transversalización* condensa más acuerdos que desacuerdos. Representa mucho más los contenidos de un Derecho en dinámica antes que un Derecho estático, involucra con énfasis una posición evolutiva antes que una fase de retroceso, y por último, trasciende mucho más como una perspectiva de consolidación de una tendencia superlativa del Derecho contemporáneo antes que una mirada hacia atrás.

BIBLIOGRAFIA

CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, 2009. p. 57.
CORREA, Rodrigo. *"El gobierno judicial ante la Constitución"* . En *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 6. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005. p. 117.
ELSTER, Jon. *"Ulises desatado: las constituciones como restricciones",* en *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 111 y ss.

FUKUYAMA, Francis. *The end of History and the !ast man*. The Free Press. Nueva York, 1992.
GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003.
HART, Herbert. *Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño*. En AA.VV. El ámbito de lo jurídico. Barcelona. Crítica, 1994. En *Los precedentes constitucionales*. LANDA ARROYO, César. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. En *Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año IIII. No. 5, enero- junio. Lima, 2007.
HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier y SALGADO GONZÁLEZ, Sebastián. El racionalismo de Descartes. La preocupación por el Método. DUERERÍAS. Cuadernos de Filosofía. 2010-2011.
KELSEN, Hans. *"Positivismo jurídico y doctrina del Derecho Natural"*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Debates Políticos. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.1996.
LOPEZ MONROY, José. *"El Código Civil de Napoleón y los derechos humanos"*. En *Revista de Derecho Privado*. Año 5. No. 13-14. enero-agosto 1996. UNAM.
LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, REUS, 1985, 243 pp.
PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *"Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho"*. En *Boletín de la Facultad de Derecho* .núm. 14. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1999. p. 15.
RECASENS SICHES, Luis. *"La concepción mecánica de la función jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países latinos durante el siglo XIX". En Nueva Filosofía de la interpretación del derecho.* México, Ed. Porrúa S.A., 1980.
REY MARTINEZ, Fernando. *"Una relectura del Dr. Bonham case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial review"*. En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. México, 2006.
SEGALL, Eric. *"The Constitution According to Justices Scalia and Thomas: Alive and Kickin'"*. En *Washington University Law Review*. Volume 91 , Issue 6. Washington D.C., 2014.
STRAUSS, David. *The Living Constitution*. Oxford University Press. Londres, 2010.
VÁRELA SUANZES, Joaquín. *"Política y Derecho en la Edad Media"*. En *Revista Española de Derecho Constitucional.* Año 17. Núm. 49. Enero-Abril 1997.
VON BOGDANDY, Armin; FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariella. Coordinadores. *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie Doctrina jurídica No. 688. México, 2014.

La Constitución mexicana de 1917 y su presencia en el Perú

Domingo García Belaunde

<u>Sumario</u>: 1. Advertencia previa. 2. Preliminares 3. El constitucionalismo peruano en el siglo XX.4. La elaboración de la Constitución de 1920. 5. Posición de la doctrina. 6. Algunas amistades con personalidades mexicanas. 7. El "Amparo agrario" en 1974. 8. Inviolabilidad de la Constitución. 9. A manera de conclusión.

Abstract: Uno de los frutos más importantes de la Revolución Mexicana es la Constitución de 1917, discutida y aprobada en febrero de 1917 y pronto a cumplir un siglo de existencia. Fue la primera constitución en el mundo en consagrar a nivel normativo determinados derechos sociales, que en cierto sentido venían del pensamiento y del movimiento político americano y europeo de fines del siglo XIX. La pregunta que se hace es en qué medida ese texto tuvo influencia en el resto de los países de América Latina. En el caso concreto del Perú esto se canalizó de manera especial y de forma directa, en la Constitución de 1920, que duro un total de trece años. En las que la siguieron, la influencia fue más bien indirecta. El autor señala que más que influencia, que fue mínima, es mejor hablar de presencia. Se destaca la introducción mediante ley expresa, del amparo agrario en 1974, dentro del proceso de reforma agraria que se inicio en el Perú en esa década, así como una cláusula de inviolabilidad de la Constitución en la carta peruana de 1979.Se concluye destacando pues, sobretodo, la presencia del texto mexicano de 1974, más que de influencia propiamente dicha.

Palabras claves: Influencia y presencia. Desarrollo constitucional peruano. Constitución peruana de 1920. Amistades peruanas con figuras mexicanas. Amparo agrario. Inviolabilidad de la Constitución.

1. Advertencia previa

A diferencia de otros países de nuestra América, nuestra historia constitucional ha sido poco cultivada y se reduce a unos cuantos artículos en revistas culturales o especializadas y a referencias breves en libros de carácter general. Tampoco ha sido materia de interés el derecho comparado o si se quiere la comparación jurídica. Esto dicho a nivel general, pues existen algunos estudios sectoriales o por áreas, pero son pocos. De ahí que escribir sobre la influencia de la constitución mexicana de 1917 en el Perú, es sumamente difícil. No he encontrado un solo trabajo sobre el tema ni menos de que haya sido investigado. De ahí que me he tenido que limitar a determinadas fuentes (debates parlamentarios y algunos periódicos), testimonios de la época y manuales universitarios de circulación en aquellos años o poco después. En esta tarea me fue de grande ayuda la proporcionada por José Miguel Rojas Bernal, joven profesor universitario pero ya con destacada trayectoria académica, así como el recuerdo de lo que alguna vez me comentaron mis maestros, ya fallecidos.

De ahí que más que de “influencia” - que la veo discutible y en todo caso vaga y muy diluida – prefiero el concepto de “presencia”, pues ésta existió sin lugar a dudas. Es bueno deslindar entre “presencia” e “influencia”. Esta última ha sido mínima. Pero su presencia ha sido evidente: estaba ahí, se sabía que existía, se conocía su texto, si bien para efectos prácticos a la Constitución de Querétaro se le ve – en aquella época – como muy vinculada a la revolución mexicana, memorable, por cierto, pero que nació y se desarrolló al impulso de fuerzas e intereses que no eran necesariamente los que existían en el Perú en aquel entonces. O en todo caso, no los que interesaban en forma prevalente (el problema agrario que atravesó los varios años que duró el movimiento iniciado por Madero en 1911, apareció mucho después en el Perú; más importante fue, si se quiere, el problema del indio que dio lugar a un amplio movimiento indigenista en el Derecho y en la cultura en general, pero a partir de 1920)

Y por tanto, lo que aquí se presenta no es exhaustivo. Y sus conclusiones, son provisionales, limitadas a la década del 20 del siglo pasado, que es donde más se sintió su presencia.

2. Preliminares

La Constitución mexicana sancionada en 1917 y en vigor hasta ahora – con más de 600 modificaciones – y cercana al siglo de existencia, no solo es una de las más antiguas de nuestra América – con la excepción de la Argentina de 1853-1860 – sino quizá la más paradigmática por lo que ella representa.

Es por demás conocido que el siglo XX propiamente dicho se inicia en 1918 o quizá en 1914, cuando estalla lo que se conoció entonces como la Gran Guerra y que dio el puntillazo final al estilo de vida social y política calificada como “belle époque”. Se acostumbra decir en forma casi pacífica, que precisamente a propósito de esta guerra es que aparece el “constitucionalismo social” que en parte estaba ya anunciado desde mediados del siglo XIX, concomitantemente con lo que se denominó la “cuestión social”. Esto es, mientras que las constituciones clásicas de fines del XVIII y sobre todo del siglo XIX se esmeraban en destacar y precisar los aspectos de organización y en materia dogmática los derechos clásicos provenientes de los postulados de la Revolución Francesa, el siglo XX lo hizo con los problemas sociales como eran los relativos a la salud, el bienestar, la protección laboral, las jornadas máximas de trabajo, las limitaciones y responsabilidades de la propiedad, la educación, entre otros. Y todo esto queda reflejado en tres instrumentos emblemáticos: la Constitución de Querétaro de 1917(por haber sido discutida y aprobada en esa ciudad), la Constitución de la naciente República Socialista Federativa Soviética Rusa de 1918(que alcanzó solo a la Rusia central) y la Constitución alemana de 1919, sancionada y puesta en vigor en la ciudad de Weimar. Estas tres tuvieron una extraña vida. La mexicana ha tenido una duración de casi un siglo o próximo a cumplirlo, pero a costa de haber cambiado el 80% de su articulado y muchas veces de su contenido. La alemana sucumbió con la llegada de Hitler al poder en 1933, si bien formalmente duró hasta 1949 y solo en

el papel. Y la soviética implantó una dictadura comunista con una ideología que no tuvieron las dos anteriores y que en continuidad ascendente fue reemplazada en 1924 a la que siguió la que sería emblemática del proceso sancionada en 1936, de la mano de Stalin, que fue un típico dictador de maneras rudas y mal fondo, como se demostró décadas más tarde en 1956, cuando desde el mismo Kremlin y a través del secretario general del Partido Comunista, Nikita S. Kruschov, fue denunciado en forma pública por todas las tropelías y crímenes por él cometidos. De estas tres, por razones cronológicas, la primera es la mexicana, a la cual se califica y no sin razón, como la primera en el mundo de contenido social. Y que a la larga, ha tenido mejor vida y quizá una mayor justificación como tal y con una impresionante capacidad de adaptación. Las otras dos han desaparecido.

Este dato o primacía señalada es algo que es indiscutible. Pero veamos en forma sucinta como surgió y cuáles fueron sus ideas motores. Lo primero es que la revolución mexicana en cierto sentido se inicia en 1910, con motivo de la reelección de Porfirio Díaz quien estaba en el poder, directamente o por interpósita persona, por más de treinticinco años. Díaz cometió el desliz o tuvo un mal cálculo, y anunció su retiro de la arena política. Esto se lo tomó en serio Francisco I. Madero, que es el que da inicio a este período y que llega a la presidencia, luego de lograr un exilio pacífico de Porfirio Díaz en 1911.Es importante, sin embargo, señalar que todo este movimiento surge básicamente con un criterio político: la no reelección y elecciones libres. Yasí se mantuvo durante mucho tiempo. Luego se añadió el problema de la tierra y su concentración en un mínimo de personas y empresas que hizo estallar el problema agrario que, quizá, es lo que caracterizó el movimiento en los años siguientes. Lo que siguió luego fue una guerra civil de todos contra todos, que en cierto sentido acaba con el asesinato, debidamente planeado, de Doroteo Arango, más conocido como “Pancho Villa” y en 1923.Si bien las convulsiones políticas duraron algo más.

Ahora bien, quien convoca la constituyente en 1916 y pone el punto final a la nueva carta en febrero de 1917, es Venustiano Carranza, personaje discutido y discutible que terminaría siendo asesinado en 1920. La nueva Constitución trae no solamente un fuerte tono nacionalista, sino cosas nuevas en materia social y de distinto alcance: limita la libertad de enseñanza; prohíbe la propiedad de tierras a extranjeros dentro de los 50 kilómetros de las fronteras –que será imitado por el Perú, entre otros países – señala que el Estado es propietario del subsuelo - que otras constituciones, entre ellas la del Perú confirma, pero que viene de la legislación colonial española – establece la rectoría del Estado en el desarrollo nacional, es decir, un Estado intervencionista –el Estado pasa a ser propietario de tierras, aguas y recursos naturales(que pasará a la Constitución peruana y otras latinoamericanas, si bien esto se ha flexibilizado en las últimas décadas con figuras tales como la copropiedad, el arrendamiento o las concesiones) se confirma al Estado como Federación, si bien viene esto de atrás; se establece una separación férrea de Iglesia y Estado, convirtiéndose en Estado laico con tendencia al enfrentamiento y al anti -clericalismo, como lo demuestra el fenómeno conocido como de “los cristeros”, prohibición de monopolios, entre otros temas.

En términos genéricos, una constitución protectora de la población vulnerable, un Estado fuerte y además intervencionista, con tendencia a la laicidad y a las

nacionalizaciones sobre todo de los recursos naturales, todo lo cual se acentúa durante las décadas enque México estuvo regido por un solo partido, el PRI (y esto desde 1929).

Ahora bien, esto es a grandes líneas lo que presenta u ofrece la constitución mexicana de 1917 y lo que significó en su época. Lo que cabe preguntarse es, en forma adicional, si esto influyó en el resto de América Latina o no y en qué términos. Adelanto la hipótesis de que su influencia fue pequeña e indirecta, ya que, respetando sus avances sociales, cada país en el fondo se orientó por sus propios intereses o demandas. Y esto se ve claramente en el desarrollo constitucional del Perú.

3. El constitucionalismo peruano en el siglo XX

En forma parecida a lo sucedido en otros países de nuestro entorno, el Perú ha tenido varias constituciones en su devenir histórico. Para solo referirnos al siglo XX, hemos tenido cuatro que son las siguientes: 1920, 1933,1979y 1993, esta última actualmente en vigor. ¿Cómo se desarrollaron?

Cuando el siglo XX se inicia, lo hace en el tramo final de lo que en Europa se conocía como la "belle époque" y que aquí el historiador Jorge Basadre calificó como "república aristocrática", que según él termina en 1919.Pues bien en esos años hubo diversos movimientos de carácter social, como fueron la fundación de la Asociación Pro-Indígena en 1908,la huelga de sindicatos obreros generalizada(1905 en adelante),las luchas por la jornada de las ocho horas que se formaliza en 1918;la reforma universitaria en 1918 alentada por el célebre movimiento de Córdoba y apoyada con las visitas de Gabriel del Mazo y Alfredo L. Palacios a Lima y que finalmente se impone en el medio peruano en 1919; los ecos de la revolución mexicana, agrandados por la presencia en ella de un gran poeta de enorme prestigio entonces, José Santos Chocano, que entre otros cargos fue secretario de Pancho Villa. Y por cierto, la revolución rusa que fue, como reza el título del famoso libro de John Reed "Los diez días que estremecieron al mundo". Del resto, o sea, del fin de la Gran Guerra, del reparto del mundo efectuado por los aliados en París en 1919; del derrumbe de los Imperios centrales, se sabía únicamente lo que decían los cables de entonces. El texto de la Constitución mexicana fue conocido, pero no existen comentarios de ella y de la época(de excepción es el artículo de Alberto Arca Parró titulado "Tendencias constitucionales en la América Latina", en *Mercurio Peruano*, noviembre de 1923, núm. 65).Pero sí se conoce de comentarios de algunas constituciones europeas publicados en revistas contemporáneas (de países nuevos como Austria y Checoslovaquia, fruto del desmembramiento del Imperio Austro-húngaro).De hecho, las constituciones nuevas fueron conocidas poco después. Así, por ejemplo en el conocido libro de Boris Mirkine-Guetzévitch, "Les Constitutions de l'Europe nouvelle", Delagrave, Paris 1929 figuran todas ellas, pero al ser traducidas al castellano con el título "Las nuevas constituciones del mundo", Edit. España, 2da edición, Madrid 1931 se agregan dos constituciones en calidad de apéndices: la del Uruguay de 1917, seguramente por su modelo colegiado, y la de México del mismo año.

Ahora bien, esta primera constitución peruana de 1920 ¿qué influencias tuvo? Dice el acreditado historiador Jorge Basadre, que en ella influyó "desteñidamente la Constitución mexicana de 1917" (Cf. *Historia de la república del Perú*, Ediciones El Comercio, Lima 2005,tomo 14, pp.40) en lo cual acierta. Agrega además que en ella tuvo influencia la Constitución alemana de 1919, más conocida como Constitución de Weimar, criterio bastante generalizado pero esto no ha sido comprobado. Más bien, un estudioso de la cultura alemana y de su influencia en el Derecho peruano sostiene todo lo contrario. Esto por cuanto la casi coetaneidad de ambas hacía imposible la influencia de la alemana en la peruana y porque además, los textos de la alemana se conocerían solo a partir de 1920 - primero en francés y luego en castellano - y los trabajos sobre ella por estudiosos extranjeros serán solo a partir de la década de 1920(cf. Estuardo Núñez, *La influencia alemana en el derecho peruano*, Lib.e Imp.Gil,Lima 1937).Por cierto nada existe sobre la influencia soviética a nivel constitucional, pese a la vasta divulgación que sobre la revolución rusa hicieron algunos teóricos de la época (en especial José Carlos Mariátegui y Víctor Raúl Haya de la Torre, y las posteriores crónicas de César Vallejo en 1931, pero con otro enfoque. Si bien los dos primeros divulgaron también el fenómeno mexicano, pero desde una óptica política).

Podemos pues decir que la influencia mexicana se da en la Constitución peruana de 1920 en forma discreta, pues el modelo y el contexto mexicano son muy distintos al peruano. Pero esto lo veremos con calma.

Después de la Constitución de 1920, que contiene valiosos rescates de orden social pero que sirvió para una larga dictadura reeleccionista, es que se aprueba la Constitución de 1933, que curiosamente tiene larga vida. En ella lo que se hace es recoger los aspectos sociales de la de 1920,prohibir tajantemente la reelección presidencial y crear como cosa nueva el Senado Funcional, de acuerdo a las tendencias corporativas de la época, pero que nunca llegó a instalarse. En estos debates estuvieron presentes algunas de las constituciones de posguerra y sobre todo la española de 1931, fruto de la Segunda República. No hay, pues, presencia directa mexicana, salvo la que viene tomada de la carta de 1920.

La Constitución de 1979 marca una nueva etapa del constitucionalismo peruano. Así como la de 1920 representóla incorporación al mundo constitucional de la problemática social, aquélla lo fue sobre todo en el campo de los derechos humanos, las nuevas instituciones políticas y la apertura al campo internacional, con cierto eclecticismo en la parte económica, en un apartado amplio, muy concesivo y que no existió en anteriores constituciones. Estuvo presente el constitucionalismo de posguerra que en realidad es una nueva navegación del mundo constitucional, que algunos en ánimo festivo y por cierto nada riguroso califican como "neo constitucionalismo", que por sus años ha dejado de ser "neo".

La Constitución de 1993 representa o recoge como eco los vientos liberales que iniciaron los gobiernos de la Thatcher y de Reagan emparentados con el llamado Consenso de Washington. Es en el fondo una precisión de orden liberal, adelgazando en esta parte lo que venía de atrás en materia social, y con algunas precisiones

importantes, con ciertos tonos autoritarios propios del momento. Siendo como el anterior fruto de un golpe de Estado y del talante vertical de Fujimori, se quiso cambiarla en todo y en parte cuando cayó éste, pero no se ha podido, salvo en pequeños aspectos, por falta de voluntad política.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la influencia mexicana en el constitucionalismo peruano solo pudo darse en la Constitución peruana de 1920, si bien en forma bastante limitada.

4. **La elaboración de la Constitución de 1920**

Como lo he señalado, la Constitución de 1920 es fruto de un movimiento golpista que se da en 1919, bajo el pretexto de garantizar la pureza de las elecciones. El gobernante depuesto estaba en los días finales de su período presidencial, así es que no hubo en general demasiadas protestas contra este hecho. Por el contrario, hubo expectativa y como de costumbre una de las modalidades para justificar lo sucedido era reformar la Constitución de 1860, vigente entonces. Para ello se rodearon de gente de muy alto nivel, empezando por el presidente de la Asamblea Nacional, que fue Mariano H. Cornejo, político de vieja data y además prominente académico autor de una "Sociología General" publicada en España en 1908 y que luego de ser manual en muchas de nuestras universidades del continente, fue traducido al francés. Miembro de la Asamblea Nacional y presidente de la Comisión de Constitución, era Javier Prado, político, financista con ribetes de mecenas y académico ilustre que había sido Rector de la Universidad de San Marcos. En la exposición de motivos de la reforma propuesta- que terminó cambiando íntegramente el texto constitucional – señala que sus fuentes han sido por un lado la tradición constitucional del país; además el resultado del plebiscito realizado semanas atrás en donde se privilegió 19 puntos clave de la reforma, y cita solamente las constituciones de los Estados Unidos, la Argentina y el Brasil (Cf. *Proyecto de reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución*, Imp. La Opinión Nacional, Lima 1919). Enlos debates se nota igual tesitura, si bien con algunas excepciones. Así en el *Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919* (Imp. Torres Aguirre, 2 volúmenes, Lima 1922) las intervenciones de Prado van en esa misma línea. Y entre otros puntos señala:

"….la reforma de nuestra Constitución… y en ella ha ampliado considerablemente las garantías nacionales e individuales y ha consagrado muy importantes derechos sociales, pero sin espíritu autárquico y disociador…a la barbarie siniestra de las luchas de clases, opone la bandera paternal de la armonía, la solidaridad y de la cooperación social" (cit.vol. I, pp. 482-483).

Otro de los miembros de la Asamblea y que sería hombre importante del régimen, Pedro José Rada y Gamio, hace referencias a México, pero muy al pasar y sin vinculación directa al aspecto social (vol. I, pp.pp-713-714)

Sin embargo, al instalarse la Asamblea Nacional, su presidente Mariano H.Cornejo el

24 de septiembre de 1919, y casi en calidad de recomendación, decía expresamente:

“La ignorancia y la malicia han pretendido oponer el derecho de huelga al arbitraje obligatorio, que es su protección. En la moderna constitución mexicana constan ambos principios, inseparables porque se completan e integran” (A. Belaunde y J. Bromley, *La Asamblea Nacional de 1919.Historia de la Asamblea y galería de sus miembros*, Lima 1920).

En los medios se recogen algunas referencias, en especial en el diario “El Comercio” que inserta el discurso del presidente Leguía al referirse a la nueva Constitución que describe en términos generales y más bien centrados en la necesidad de su cambio, pues la anterior, según decía, era anticuada y estaba desfasada (*El Comercio*, 19 de enero de 1920).

De ello se desprende que sin lugar a dudas la constitución mexicana de 1917 era conocida, pero su influencia fue mínima, alcanzando algunos tópicos como los de la propiedad del subsuelo y la no propiedad para extranjeros dentro de los 50 kilómetros de la frontera (que aparecen en los artículos 39 y 42 de la Constitución de 1920).

5. Posición de la doctrina

Los manuales que se publican durante la década del 20,son muy pocos. Un notable profesor de la época, Manuel Vicente Villarán hace referencia a los aspectos sociales de la nueva carta pero no hace mención alguna a México, si bien es cierto que se trató de una exposición básicamente para alumnos (Cf. *Programa detallado de Derecho Constitucional. Segunda parte. Derecho Constitucional peruano*, Lib.e Imp. Gil, 1920). Toribio Alayza Paz-Soldán publica dos manuales importantes, el primero vinculado a la Constitución de 1920*(Derecho Constitucional General y del Perú*, Emp. Edit. Cervantes, Lima 1928) que toca los aspectos sociales pero no hace referencia alguna a la constitución mexicana. Años después, será también importante comentarista de la posterior constitución peruana de 1933.

Lizardo Alzamora Silva, durante años profesor de la materia en la Universidad de San Marcos hace también una referencia tangencial a la influencia de la constitución mexicana (Cf. *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú. Historia constitucional del Perú*, Lib. E Imp. Gil, Lima1944).

Interesante es el caso de Graham H. Stuart, profesor de la Universidad de Stanford, que pasó unos meses en Lima a mediados de los años veinte, haciendo investigaciones en la Universidad de San Marcos, en donde tuvo acceso a fuentes y a personalidades del medio que habían vivido ese momento político y constitucional, del que salió un importante libro (Cf. *The governmental system of Peru*, Carnegie Institution, Washington 1925).Y si bien presenta un panorama histórico y de análisis, no deja de mencionar la influencia de la Constitución de México (pág.26).

José Pareja Paz-Soldán en sus *Comentarios a la Constitución nacional*(s/e., Lima

1939) si bien referida a la Carta de 1933, comenta entre los antecedentes la influencia que en la de 1920 tuvieron, entre otras, la constitución mexicana de 1917(pág.12) y remite al artículo de Alberto Arca Parró ya mencionado.

6. **Algunas amistades con personalidades mexicanas**

Existen varias entre las que mencionamos, de manera especial a José Vasconcelos, importante pensador que estuvo cerca de los tumultuosos años de la revolución mexicana e intervino luego activamente en la política y en actividades académicas vinculadas con la Universidad Nacional Autónoma de México a la que dotó del escudo y lema que hasta ahora se usa ("Por mi raza hablará el espíritu"). Tuvo amistad con intelectuales peruanos que luego serían figuras importantes en la vida política y cultural del país, como es el caso de Luis Fernán Cisneros, Víctor Andrés Belaunde y José de la Riva Agüero. Al morir éste y a pedido de Belaunde, escribió un hermoso ensayo no recogido en sus "Obras Completas" y que empieza así:

"En un período extraño de mi vida, suerte de sonambulismo, cargado de amarguras y alegrías en contraste violento, tuve la fortuna de encontrarme con José de la Riva-Agüero y Osma. Corría el año de mil novecientos diez y seis, en la vieja Lima de los virreyes, todavía sin modernizar. En el aire, brumas que hacen muelle: voluptuoso el ambiente; en los rostros luz y sonrisa. Y mucha juventud en las almas, pese al marco antiguo de la ciudad. Entre todos, ya desde entonces, sobresalía Riva Agüero…."

Y al final agregaba:

"…la Academia Mexicana de la Lengua, rinde homenaje al colega que ya es entre nosotros una memoria esclarecida; para mí, el recuerdo de un consuelo que me dio la vida, cuando me era más necesario" (Cf. *Homenaje a Riva-Agüero* en" Mercurio Peruano", diciembre de 1944, núm. 213).

E igual podemos decir de Víctor Andrés Belaunde, que lo reencontró y fue su invitado especial en las fiestas del centenario de México en 1921, tal como lo cuenta en sus memorias (*Trayectoria y Destino. Memorias completas*, Ediventas, 2vols., Lima 1967).

De la generación posterior destaca la presencia en México de Víctor Raúl Haya de la Torre, que deportado del Perú radicó en ese país en 1923 y fue secretario personal de Vasconcelos. Haya de la Torre señala que en un acto llevado a cabo en el local de la Federación de Estudiantes de México el 7 de mayo de 1924,se fundó el APRA, o sea, la Alianza Popular Revolucionaria Americana, que tanta importancia tuvo a nivel latinoamericano, y en especial en el Perú a nivel político, donde quedó formalizada su fundación en 1930 y que existe hasta ahora (partido político que, curiosamente, ha sobrevivido a su fundador fallecido en 1979).

Y en el plano humano y aventurero mencionar al gran poeta José Santos Chocano, que participó activamente en la revolución mexicana a la que se adhirió desde la

época de Madero, llegando al extremo de que en marzo de 1916, siendo secretario de Pancho Villa, fue apresado y Carranza ordenó su fusilamiento, lo que no se concretó (Chocano murió años más tarde en 1934, en condiciones trágicas y en Santiago de Chile; su mejor biografía es la de Luis Alberto Sánchez: *Aladino o vida y obra de José Santos Chocano*, Lib. Mex Editores, México 1960,hay ediciones posteriores)

7. El "amparo agrario" en 1974

Como se sabe, el Amparo como instrumento protector de la Constitución nace en México a mediados del siglo XIX, en concreto en la Constitución yucateca de 1841 que luego se extiende a nivel federal, consagrada en la subsiguiente Constitución de 1857 y por cierto en la vigente de 1917.La institución como tal tuvo influencia en la América Latina, empezando por los países centroamericanos a fines del siglo XIX y luego iniciada ya la década de 1920 en algunas provincias argentinas, desde donde tuvo un despegue lento, con modalidades diversas. Lo cierto del caso es que el Amparo mexicano, en cuanto elemento omnicomprensivo, o sea, como instrumento único de protección, no tuvo ninguna influencia como totalidad, sino solo parcialmente. Esto se debe en parte a la presencia del Habeas Corpus desde 1830 en Centroamérica y casi en paralelo en el Imperio del Brasil. En el caso del Perú, lo que hubo desde un inicio fue Habeas Corpus, pero deformado en cuanto a sus alcances y con una amplitud desmedida. Y así durante mucho tiempo.

El problema de la tierra, que no solo era agudo sino que era uno de los pilares de la revolución mexicana, aparece en el Perú a mediados de 1950 y se vuelve una necesidad política una década más tarde. Iniciada formalmente en 1964 el proceso de reforma agraria, se radicaliza con la llegada de los militares al poder (1968-1980) quienes para garantizar un rápido cumplimiento de la reforma agraria crean un fuero agrario especial (jueces agrarios en todo el país y un Tribunal Agrario en Lima) al margen del Poder Judicial e independiente de éste y solo para tratar problemas de aplicación de la legislación agraria y en especial de las expropiaciones que se hacían. El asunto es que como siempre sucede en un gobierno militar que actúa sin frenos, no solo expropiaron lo expropiable, sino lo que no podía hacerse: es decir, empezaron a suceder los abusos y cada vez en mayor escala, lo que motivó la aparición de focos de resistencia a nivel campesino y de pequeños propietarios. Frente a esto y consciente de los excesos cometidos – expropiación de parceleros pequeños o aéreas muy reducidas o fundos que cumplían los requisitos de ley - se creó en 1974 por ley expresa el "recurso de amparo" que era una demanda directa en instancia única presentada ante el Tribunal Agrario – y no antes los jueces agrarios – en los cuales el peticionario pedía la derogación del decreto supremo expropiatorio expedido por el sector agricultura del Gobierno, alegando que no se encontraba en los supuestos para que dicha propiedad agraria sea expropiable. Esto es, era un recurso de amparo a favor de los propietarios y en contra del Estado. Lamentablemente, como dicho dispositivo legal fue fruto de un gobierno militar – el Congreso estaba cerrado – no se cuentan con antecedentes que expliquen como así se llegó a ello – pero por información personal que me proporcionó Guillermo Figallo Adrianzén, jurista asesor del gobierno militar de entonces, maestro universitario

experto en materias agrarias y que presidió durante años el Tribunal Agrario, este modelo fue tomado del “amparo mexicano” en la vertiente surgida de la reforma de 1963(cf. mi artículo “Amparo mexicano y Habeas Corpus peruano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, septiembre-diciembre de 1980,núm. 39).

Este dispositivo fue útil y evitó algunos desmanes. Pero cuando vino el debate constituyente posterior en 1978-1979, se optó por la versión platense o argentina del Amparo, que fue incorporado en la Constitución de 1979 al lado del Habeas Corpus, como defensa procesal de los derechos fundamentales distintos al de la libertad individual. Es decir, el Habeas Corpus quedó limitado a la defensa de la libertad ambulatoria y el Amparo a los demás derechos. Y así ha quedado hasta ahora.

8. Inviolabilidad de la Constitución

El artículo 136 de la Constitución mexicana en su versión original y no reformado dice lo siguiente:

“Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recupere su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a ésta”.

Este artículo pasó, con ligeras variantes, a la Constitución de Venezuela de 1961 en su artículo 250, pero con un agregado que no estaba antes y que es el siguiente:

“El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado”

Y esta versión -originada en el texto mexicano de 1917 y completado por el venezolano de 1961 - se incorporó a la Constitución peruana de 1979 en su artículo 307, si bien con algunos ajustes (así lo ha destacado Alberto Borea Odría en su *Manual de la Constitución. Para qué* sirve y cómo *defenderte*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 2016).La influencia mexicana fue indirecta, pues lo que se tuvo a mano en los debates fue la Constitución venezolana.

Este artículo no se ha reiterado en la vigente Constitución de 1993 y jamás fue aplicado. A nivel jurisdiccional se intentaron algunos procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional reinstalado democráticamente en el 2001 para “derogar” la Constitución de 1993 y restablecer la de 1979 invocándose precisamente el artículo 307 mencionado. El Tribunal Constitucional no acogió las demandas y más bien

endosó dicha responsabilidad al Poder Legislativo, que al final se desentendió del problema.

9. A manera de conclusión

La importancia de la revolución mexicana en la historia de nuestra América es indudable. Y también los frutos – no todos - que de ella derivaron. Uno de ellos es la constitución sancionada en Querétaro en 1917 y que sin lugar a dudas, contando alzas y bajas, ha sido beneficiosa para el país. Pero su influencia en sentido estricto se ha sentido poco, y de ello hemos querido dejar constancia en lo referente al Perú.

Lima, abril de 2016

EL JUEZ PERFECTO

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

1.
En el portal de internet *Definición.De* puede leerse la siguiente definición de "perfecto": "Con origen en el latín *perfectus*, la palabra **perfecto** describe a la cosa, organismo o individuo que reúne el *más alto nivel posible* de excelencia en relación a los demás elementos de su misma especie o naturaleza".

Hace muchos años que conozco a Perfecto Andrés Ibáñez y desde entonces he tenido la impresión –que el paso del tiempo no ha hecho más que confirmar- de que él reúne efectivamente, en la mayor medida concebible, las características del modelo ideal de juez, del juez excelente. Sé muy bien que no soy el único en pensar así, que no hay ninguna originalidad en lo que acabo de decir, pero precisamente esa coincidencia de criterio supone también un fuerte indicio a favor de considerar como un hecho probado que el juez Perfecto es justamente eso (o – seamos escrupulosamente cautos y sigamos el criterio de prudencia en el que él tanto ha insistido en materia de prueba- algo muy parecido a eso): un juez perfecto.

No voy a entrar aquí en un análisis de cuáles son las cualidades –las virtudes- que caracterizan al ideal de juez. Pero sí quiero hacer una breve mención a una de ellas. Un buen juez (o, si se quiere, un juez excelente) no se preocupa simplemente por hacer bien su trabajo, sino que asume también una responsabilidad institucional en lo que hace: no le importa únicamente su conducta individual, sino que se esfuerza para que la institución a la que pertenece sea la mejor posible. Una elocuente muestra de ello es esta espléndida revista que tanto debe a quien hasta ahora ha sido su director[1]. Pero también el exitoso esfuerzo de Perfecto Andrés Ibáñez durante muchas décadas para transformar la práctica judicial (española y, en buena medida, latinoamericana) en dos aspectos que tienen una extraordinaria importancia: uno se refiere a la asunción de los valores del garantismo penal, y el otro (si se quiere, una consecuencia del anterior) a la obligación de llevar a cabo una argumentación exigente en materia probatoria. A propósito de esto último, me parece de justicia recordar que a él se debe, seguramente en mayor medida que a ningún otro, el florecimiento durante los últimos años en nuestro país de los estudios doctrinales sobre argumentación en relación con los hechos y –lo que es más importante- un cambio en la práctica jurisdiccional que, dicho de manera un poco tajante (pero creo que no inexacta), consiste en que ahora los enunciados de carácter fáctico (y no sólo los normativos) tienen que ser motivados en serio.

2.
Perfecto Andrés Ibáñez es autor de un buen número de libros, artículos y traducciones que caen dentro del ámbito de diversas disciplinas jurídicas: el Derecho penal, el Derecho procesal o la teoría del Derecho; otra prueba de su pertenencia a la (reducida) clase de los jueces excelentes: individuos que, entre otras cosas, poseen una amplia cultura –no sólo jurídica- y que son muy conscientes de que la práctica (la buena práctica) del Derecho no puede desligarse de su estudio teórico. No voy a referirme aquí, sin embargo, en el breve espacio que me ofrece la revista,

1 Aprovecho para expresar aquí el deseo de que la revista no siga la, en mi opinión, errática decisión de la Asociación, y siga llamándose, haciendo oídos sordos a los cantos de sirena de lo políticamente correcto, "Jueces para la Democracia", y no "Juezas y jueces para la democracia".

a ningún aspecto de su obra doctrinal, sino que me limitaré a hacer algunos comentarios sobre una de sus últimas fundamentaciones como magistrado de la sala segunda del Tribunal Supremo. Exactamente, a un voto disidente que él formuló en enero pasado en el contexto de una sentencia (4/2017) que tuvo una considerable repercusión pública y en la que el Supremo aceptó el recurso de casación contra una sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y condenó a la pena de un año de prisión a una persona (un cantante y artista) que había publicado en su cuenta de twitter una serie de comentarios que el Tribunal Supremo (en contra del criterio de la Audiencia) entendió constituían un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas (del art. 578 del Código penal).

La argumentación de la sentencia (la opinión de la mayoría; el ponente fue Manuel Marchena) obedece a un esquema que bien puede calificarse de retórico (en un sentido no muy laudatorio de la expresión). Comienza con algunas afirmaciones muy enfáticas y de sabor claramente garantista: el Derecho penal tiene un "carácter fragmentario", constituye la "última ratio" del ordenamiento, ha de quedar reservado para "las acciones más graves" (no basta con que se trate de un atentado contra la libertad de expresión de la Constitución), y "no puede prohibir el odio". No duda tampoco en calificar como "brillante defensa" la que hace el abogado defensor al sostener que "no se ha acreditado que [el acusado]…con estos mensajes buscase defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a las víctimas"; mensajes que eran del siguiente tenor: "el fascismo sin complejos de Victoria me hace añorar hasta los GRAPO", "a Florián [Ortega Lara]habría que secuestrarle ahora", " cuántos deberían seguir el vuelo de Máximo [Carrero Blanco]"[1]. Pero, a pesar de todo ello (quizás –parecería sugerir la sentencia- en contra incluso de lo que hubiese sido el deseo de los magistrados), la Sala se ve obligada a estimar el recurso de casación y considerar que sí se produjo el delito del art. 578, pues el mismo "no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación" (fundamento 3). El argumento exoneratorio de la Audiencia Nacional (también este "expresado con elocuente lucidez") "toma como punto de partida la carencia probatoria de la intención del acusado", pero el mismo no sería válido, según el Tribunal Supremo, dada la intrascendencia de la intención. "[L]a libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. No se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos(…) En el caso, de lo que se trata es [de] comprobar si las expresiones que se difunden por la [parte] acusada pueden ser constitutivas de una ofensa, o una burla, en suma, de una humillación". "Este [el mensaje de burla] llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red…alimentan el *discurso del odio,* legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante

1 En total eran seis mensajes. Y, por cierto, la modificación, en la publicación de las sentencias, de los nombres de las personas concernidas en el caso (en aplicación de la ley de protección de datos), lleva, en ocasiones como esta, a resultados verdaderamente absurdos, por no decir ridículos. Una expresión como esta última ("cuántos deberían seguir el vuelo de Máximo") resulta literalmente incomprensible para el lector que no sepa que el nombre "Máximo" se ha puesto en el lugar de "Carrero Blanco". ¡De nuevo lo políticamente correcto!

vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano" (fundamento 6).

El voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez es más sobrio. Comienza por aclarar que en los mencionados mensajes él no ve otra cosa que "torpeza y grosería intelectual e incluso moral", pero considera que "ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo"; de manera que, cuando "las propias disposiciones legales acusan este grave defecto", lo que el juez debe hacer es "contener tal recusable desbordamiento", para que el Derecho penal no deje de ser "la última o extrema ratio".

A partir de aquí, pasa a ocuparse de la cuestión de cómo entender las expresiones que el tipo penal (el art. 578) utiliza[1] y que son, por un lado, "enaltecimiento o justificación pública" y, por otro lado, realizar "actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares"; todos ellos, naturalmente, son nombres de acciones conectadas con las conductas que en los artículos anteriores se describen como "delitos de terrorismo". Pues bien, según Perfecto Andrés Ibáñez, en ambos casos debe hacerse una interpretación restrictiva. En relación con las dos primeras expresiones, porque "justificar" es un tipo de actividad que reclama como vehículo un cierto discurso mínimamente articulado. Y comoquiera que este verbo figura unido al de 'enaltecer' por la conjunción disyuntiva 'o' (expresiva de una idea de equivalencia), es obvio que la acción susceptible de ser de este segundo modo denotada con fines incriminatorios, habrá de ser equiparable a la primera, en lo relativo a la aptitud para producir efectos y a la calidad de estos". Y a propósito del segundo conjunto de expresiones, el voto particular defiende que las mismas deben ser interpretadas de manera que su significado sea equiparable al atribuido a los anteriores verbos (enaltecer o justificar), "dada la identidad de la pena". Y ello quiere decir que, para considerarse delictivas, esas acciones tendrían que estar dotadas de "un mínimo de textura argumental, de elaboración discursiva y de alguna capacidad de convencer"; de manera que, referidas a las víctimas, "debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas". Y nada de ello ocurre en relación con los mensajes de twitter antes mencionados: "Las frases recogidas en los hechos no tienen la mínima consistencia discursiva y, según se ha dicho, no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos; desde luego, francamente inaceptables, pero esto solo. Pues carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas. En cualquier caso, pero más en el momento de nuestro país en que fueron escritas y difundidas".

3.

A mí me parece claro, por lo que ahora voy a decir, que la respuesta correcta al caso en cuestión es la de Perfecto Andrés Ibáñez y no la de la mayoría del Tribunal. Una vez más, conviene tener muy presente que "respuesta correcta" no es (necesariamente) lo mismo que "respuesta última", jurídicamente vinculante; y que, precisamente, uno de los fundamentos de la institución del voto disidente es contribuir a que, a medio o largo plazo, las respuestas

1 El apartado 1 de este artículo dice: "El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57."

correctas logren ser también las respuestas últimas, las asumidas por el tribunal. La razón fundamental para que yo considere que, en este caso, la opinión disidente es la jurídicamente correcta estriba en la obligación de efectuar una interpretación restrictiva de las disposiciones penales, al menos cuando se dan estas dos circunstancias: 1) existen dudas razonables sobre la justificación constitucional de castigar penalmente el tipo de conducta de que se trate; y 2) la interpretación de carácter restrictivo que se defiende es compatible con el tenor de la norma. Sobre la existencia de la primera circunstancia no hace falta decir mucho; basta con mencionar que esa duda razonable resulta aceptada también por la mayoría del Tribunal, al recordarnos (sin emitir ninguna objeción al respecto) que una buena parte de la doctrina penal es contraria a tipificar como delito ese tipo de conducta (los delitos de odio)[1] . Y en relación con la segunda, lo que me parece que cabría decir es que, así como la sentencia (la opinión mayoritaria) parece haber considerado únicamente el nivel locucionario e ilocucionario del acto lingüístico, el voto particular defiende la necesidad (o, si se quiere, la legitimidad) de referirse también al nivel perlocucionario a la hora de determinar el significado de las palabras. Trataré de explicar esto último de manera muy breve.

La noción de acto de habla o acto lingüístico es una pieza fundamental de la filosofía analítica de las últimas décadas. Se trata de un concepto sumamente complejo, por no decir intrincado, pero a los efectos que aquí nos interesan, me parece que es suficiente con recordar unas pocas distinciones que pueden encontrarse en la obra del filósofo John Austin, precisamente quien introdujo, en 1962, ese término (*speech act*) en un libro que tituló: *How to do things with words* (literalmente: "Cómo hacer cosas con palabras"[2]). La idea central es que por medio del lenguaje (escrito o hablado) también realizamos actos; por ejemplo, podemos ordenar, agradecer, prometer, sentenciar, insultar, etc. Austin hablaba al respecto de tres tipos de actos: el acto locucionario, esto es, el acto *de decir* algo; el acto ilocucionario, o sea, el acto que se efectúa *al decir* algo; y el acto perlocucionario, entendiendo por esto último los efectos o las consecuencias que se producen *por decir* algo. Un importante iusfilósofo argentino, Genaro Carrió, que fue presidente de la Corte Suprema de su país al restaurarse la democracia después de la época de las Juntas Militares (y uno de los traductores de Austin), utilizó esa teoría de los actos de habla (en 1967) para clarificar la noción de "sentencia arbitraria". A tal efecto, se basó en esa teoría e insistió en la necesidad de distinguir entre el significado que cabe atribuir a las palabras que utilizamos al emitir un acto lingüístico (por ejemplo, S dijo "miserable" a B); la fuerza o la función con la que usamos el lenguaje (S insultó a B –al decir lo anterior-); y los efectos o consecuencias del acto lingüístico (S ofendió o agravió a B). Y lo que aquí interesa resaltar es que, así como el significado y la fuerza de las expresiones tienen un carácter convencional, esto es, dependen de ciertas reglas convencionales, no ocurre lo mismo con el efecto o las consecuencias que el uso de tales palabras puede tener en un determinado contexto lingüístico y social: "este efecto o estas consecuencias ya no dependen de reglas sino que ejemplifican ciertas relaciones de tipo *causal* (social)"[3] , que son contingentes, esto es, pueden darse o no según cuáles sean las circunstancias del caso.

1 En el fundamento 2 de la sentencia puede leerse: "[N]o faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal".

2 Pero los traductores, Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, titularon la versión española Palabras y acciones (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971). A Carrió, que tenía un agudo sentido del humor, recuerdo haberle oído alguna vez comentar con sorna que uno de los posibles títulos que habían barajado era el de "Cómo hacer cosas con la lengua".

3 Genaro R. Carrió, El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967,p. 325.

Pues bien, si volvemos a nuestra sentencia, yo creo que es muy claro que en la opinión mayoritaria tiende a confundirse lo que hemos llamado el aspecto ilocucionario del lenguaje (la fuerza con la que se dice algo) con el efecto perlocucionario: y de ahí que, en uno de los párrafos antes transcrito, el tribunal considere que la burla es una de las facetas de la humillación o de la ofensa cuando, de acuerdo con lo anterior, parece que habría que decir más bien que burlarse de alguien es (o puede ser) un acto lingüístico (lo que hacemos al decir o al escribir ciertas palabras), del que puede resultar o no (las relaciones causales –insistamos en ello- son contingentes) el efecto de humillar u ofender a alguien. En el fondo, se trata de algo casi banal y que se halla recogido en el dicho: "no ofende quien quiere, sino quien puede". Dicho de otra manera, los verbos a los que se recurre en el tipo penal del art. 578 (enaltecer, justificar, desacreditar, menospreciar o humillar) parecen ser más bien ejemplos de perlocuciones que de ilocuciones: no se refieren a lo que se hace al decir o escribir algo, sino a lo que resulta de lo dicho o lo escrito. De manera que es posible que el Tribunal Supremo tuviera algo de razón al señalar que la intención del acusado no era un dato tan relevante (tan relevante –se recordará- como habían supuesto el abogado defensor y la Audiencia Nacional), pero no porque enaltecer, justificar, humillar…no exijan la intención por parte de quien emite tales y cuales expresiones (actos locucionarios), sino porque la intención no basta para producir esos efectos, sino que tiene que ir acompañada de una serie de relaciones causales que dependen del contexto lingüístico y social.

Y si ahora pasamos al voto particular del magistrado disidente, con lo que nos encontramos, aunque no expresado en ese lenguaje, es precisamente con la tesis de que los verbos utilizados en el art. 578 son ejemplos de perlocuciones. Perfecto Andrés Ibáñez se refiere a dos expresiones, a dos verbos, que nos permiten clarificar bien este punto: argumentar y convencer. En los últimos tiempos es bastante frecuente caracterizar la argumentación como un acto ilocucionario (complejo) que se lleva a cabo cuando se utiliza el lenguaje con el propósito de defender o de criticar una tesis y se cumplen también una serie de requisitos (una serie de reglas, en las que aquí no entro). Pero argumentar no es lo mismo que convencer o que persuadir (a veces se traza una distinción, que dejo aquí de lado, entre estas dos últimas expresiones), y de ahí que se pueda argumentar (incluso argumentar muy bien) sin lograr el efecto perlocucionario de la convicción; y que se pueda convencer habiendo argumentado muy mal o incluso sin ni siquiera haber argumentado. De manera que una cosa es argumentar, otra cosa, argumentar bien (ambos, ejemplos de actos ilocucionarios), y una tercera, convencer como consecuencia de haber argumentado (acto perlocucionario). Sin entrar en muchos detalles: El juez que no da un mínimo de razones (o de razones pertinentes, relevantes) cuando toma una decisión, no motiva (no argumenta) el fallo, e incumple por lo tanto una obligación constitucional.

Pero eso es algo muy distinto a cuando se admite un recurso de apelación o de casación y se anula o se revoca la sentencia no porque el juez *a quo* no haya argumentado (motivado), sino porque se entiende que esa argumentación ha incurrido en algún tipo de error (no es una buena argumentación, o no es la mejor posible). Y, en fin, para mostrar que no es lo mismo argumentar que convencer, no hace falta más que recordar la sentencia del Tribunal Supremo (de la mayoría de la Sala) en el caso que estoy aquí tratando: nadie duda de que el Supremo motivó esa decisión (presentó una serie de argumentos en favor de su decisión), pero muchos (no sé si la mayoría, pero sí una buena parte de la opinión pública y de la comunidad jurídica) han entendido que no fue una buena argumentación y no han sido, en consecuencia, convencidos por la misma…sino que les ha resultado más convincente, más persuasiva, la argumentación del juez disidente (o sea, del juez Perfecto).

JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL PERÚ

César Landa[1*]

I. Contexto explicativo de la relación entre justicia y política

La crítica sobre el rol de los jueces tiende a intensificarse en épocas de profundos y rápidos cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos. Ello apunta, por un lado, al alejamiento de las demandas de la realidad social, y; por otro, incide en su obsecuencia judicial frente a los cambios políticos del gobierno. Lo cual se hace evidente en momentos de crisis nacionales o de guerras, cuando la justicia se ha convertido en una defensora del status quo o ha asumido el programa político del poder, en sus decisiones.

En efecto, la experiencia histórica enseña que frente a las decisiones políticas económicas, en épocas de crisis o de guerra, el control de la justicia, en algunos casos, ha salido debilitado cuando se ha enfrentado con el poder, muchas veces pegada al texto literal de la Norma Suprema. Y, en otros, también se ha resquebrajado interpretándola más allá de lo previsible. Ahora es cierto que, en algunas circunstancias, los jueces han sabido adaptar un criterio jurisprudencial prudente frente a las cuestiones políticas.

En el actual proceso democrático, el control constitucional que han ejercido nuestros jueces muestra la necesidad jurisprudencial de contar con un test destinado a evaluar casos difíciles o decisiones judiciales límite; manteniendo el equilibro y la unidad entre el Derecho y la política. Esto puesto que la línea interpretativa que han trazado los operadores de justicia entre el control jurídico y el control político, no es lo suficientemente clara. Lo que puede llevar al supremo intérprete a la orilla del debate político, antes que jurídico.

No obstante, como ya se mencionó, en épocas de crisis y cambio social, se han dejado oír radicales opiniones que expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, sustentado en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica directamente con la política; y, por otro, el positivismo judicial que usualmente fosiliza al Derecho alejándolo de la realidad y cerrando puertas a soluciones sensatas frente a los conflictos sociales.

Así, frente a estas dos formas de mentalidad judicial, contrarias en sus fundamentos, pero convergentes en la instrumentalización de la Constitución, debemos oponer una teoría del control judicial que busca acercarse a la verdad progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban prudencia y que, contemporáneamente, se denomina razonabilidad.

Ella se hace imprescindible ante la insuficiencia normativa del texto constitucional y la responsabilidad de la justicia de controlar la constitucionalidad de los actos de poderes públicos y privados, unas veces más sutiles y otras veces más groseros. Para tales fines, se requiere considerar no solo el carácter normativo de la Constitución, sino también el sistema de valores que le dan validez. Esto lleva a crear parámetros constitucionales de interpretación, partiendo de construir el marco valorativo que fundamenta a la Constitución. Lo cual permitiría a los magistrados aplicar razonablemente la norma constitucional.

1 * Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

Ahora bien, esta interpretación podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos. Claro está que esa función pacificadora, únicamente, se logrará cuando las resoluciones de nuestros jueces sean acatadas por el legislador y la opinión pública asiente sus decisiones. Ello es factible, siempre que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional ejerzan un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable.

Conviene mencionar ahora la necesidad de dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, puesto que entre ambas existe un baremo de posibilidades de actuación judicial. Precisamente, son estas últimas las que otorgan sentido real a la posición de nuestra Corte Suprema y, en específico, de Tribunal Constitucional, frente a su rol de control constitucional.

Con ello se plantea que, dada la constante renuencia del Poder Judicial de analizar y resolver de forma clara cuestiones políticas, el Tribunal Constitucional se erige como un órgano final de control de los excesos del poder público —legislativo, judicial y ejecutivo- y los poderes privados y por ende, el control constitucional limita el poder político y tutela los derechos fundamentales, no existiendo zonas exentas de su control; por cuanto si se acepta que la Constitución contiene lagunas jurídicas excluidas al control de la jurisdicción constitucional se estaría aceptando que, junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional a libre arbitrio del poder mayoritario de turno.

En relación a esto, resulta pertinente traer a colación la ley N.° 28642, dictada por el Congreso el 8 de diciembre de 2005, donde se establecía que "*No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva*".

Dado que los partidos políticos representados en el Congreso consideraron que el proceso electoral debía mantenerse ajeno al control constitucional, a través de la modificación del ART. 5° 8) por medio de la mencionada ley, se le otorgó la responsabilidad al JNE de resolver en definitiva instancia las controversias electorales.

Los supuestos por los cuales ni el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional podrían revisar las decisiones del JNE se ampararon en los artículos 142 y 181 de la Constitución. Según esto, se afirmaba que toda revisión a las resoluciones emitidas por dicha institución afectaría la seguridad jurídica y atentaría contra la autonomía que le ha sido constitucionalmente atribuida.

El artículo 142 de la Constitución, establece: "*No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...)*". Mientras que su artículo 181°, dispone: "*El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia loshechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.*"

Una interpretación literal de dichos preceptos, propia del primer positivismo jurídico, permitiría sostener que, en ningún caso, una resolución del JNE sea susceptible de ser revisada en sede jurisdiccional, ordinaria ni constitucional. Ni siquiera en aquellos supuestos en los que resulte manifiestamente contraria a los derechos fundamentales de la persona; es decir, aún en los casos en que contravenga abiertamente los derechos fundamentales.

Sin embargo, el tránsito producido del Estado Legal al Estado Constitucional, conlleva, fundamentalmente, al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, a reconocer su capacidad de vincular jurídicamente a todos los poderes públicos, determinando la invalidez de todo acto o norma contrario a ella, en base al principio de supremacía jurídica de la Constitución. Sin embargo, este tránsito no es pacífico, sino muchas veces con avances y retrocesos.

La Constitución en tanto norma jurídica suprema preside todo el ordenamiento jurídico y exige la actuación de todos los poderes públicos de conformidad con ella, según los artículos 51 y 43 de la Constitución. En consecuencia:

a) Ninguna disposición constitucional puede ser interpretada de modo aislado, sino de acuerdo con el principio de unidad de la Constitución, a efectos de asegurar el principio lógico de no contradicción entre las disposiciones de mayor y menor jerarquía; y,
b) Todo conflicto entre las disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos. Este es un mandato que emana del principio de interpretación constitucional de concordancia práctica y de interpretación de la ley conforme a la Constitución.

De esta manera, no cabe sacrificar los derechos fundamentales, convirtiendo en absoluto el principio de seguridad jurídica que subyace en la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE en materia electoral. Pues, en el Estado constitucional no existen órganos exentos de control constitucional, como tampoco en mérito de ello se puede desconocer la seguridad jurídica electoral, pilar de la democracia representativa; sino, mediante el control constitucional permitir excepcionalmente revisar afectaciones de los derechos fundamentales.

Entonces, es necesario que el Tribunal Constitucional como última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias de los derechos fundamentales, asegure una revisión jurisdiccional de las resoluciones del JNE en caso de que éstas resulten violatorias de los derechos fundamentales, pero sin que ello signifique vaciar de contenido al principio de seguridad jurídica electoral.

La reforma introducida al artículo 5° inciso 8 del Código Procesal Constitucional no propiciaba esta interpretación optimizadora, sino que pretendía desconocer la vinculación del JNE a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral; lo cual, consagra potencialmente la impunidad a las violaciones constitucionales en las que éstas puedan incurrir.

De este modo, nadie duda que sea vital en un Estado de Derecho preservar la seguridad jurídica del proceso electoral, pero no es constitucionalmente válido pretender ello a costa de la desprotección de los derechos fundamentales. De igual forma, con respecto a la

autonomía del JNE, basta decir que, por ejemplo, de conformidad con el artículo 139° 2 de la Constitución, el Poder Judicial también goza de independencia y autonomía y, sin embargo, a nadie se le ocurriría negar que sus resoluciones, incluso las de su máxima instancia la Corte Suprema, sean susceptibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional mediante el proceso de amparo o el habeas corpus, claro está, salvo que resulten contrarias a los derechos fundamentales.

Dicho esto, resulta claro que la reforma introducida al artículo 5° inciso 8 del Código Procesal Constitucional pretendió desconocer la vinculación del JNE a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral.

No está de más decir que toda institución o poder del Estado debe, en su actuación, respeto a la Constitución y a los derechos y valores fundamentales que en ella se consagran. Por esto mismo, en el año 2007, mediante el expedienteN° 00007-2007-PI-TC, nuestro Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo en cuestión y señala:

> "(…) *es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, "debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación", ha establecido que "dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral"*[1].

Este caso evidencia la posición del Tribunal Constitucional como el órgano supremo de la interpretación y del control no solo de la Constitución, sino también de la Convención Americana de Derechos Humanos y aclara que no hay institución pública que pueda ser inmune al control constitucional, y por ende, no hay decisión que pudiera quedar exenta de revisión en caso se presuma la existencia de una vulneración de derechos fundamentales.
La justicia constitucional entonces aparece como una de las posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política.

Frente a esto, se plantean una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al gobierno de los jueces[2]. Sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones, ante ningún poder público. Sin embargo, una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional, en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

---

1 Tribunal Constitucional. *Exp. N.° 00007-2007-PI/TC.*

2 Lambert, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux État-Unis. L´ experiénce américane du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois,* pp 220-236.

II. Mecanismos de selección para el nombramiento de juecesy su relación con el poder político.

Con respecto al proceso de selección de jueces y en referencia a las facultades electorales para el nombramiento de los mismos, existen en el Perú dos mecanismos para su elección según se trate de la administración de justicia ordinaria del Poder Judicial o de la administración de justicia especializada del TC. Estos procesos se encuentran a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura y del Congreso de la república respectivamente.

1. Nombramiento de jueces y fiscales

En el caso de la función de selección y nombramiento de jueces y fiscales, el actual modelo constitucional y su desarrollo legal respectivo, ha permitido establecer un procedimiento reglado compuesto por etapas que se resumen en la evaluación de habilidades, destrezas y conocimientos, mediante la rendición de una prueba escrita; la calificación del desarrollo profesional del postulante mediante la evaluación de su curriculum vitae ; una evaluación psicológica por medio de la aplicación de un test y una evaluación personal mediante la realización de una entrevista.

Nuestra Constitución en los artículos 150 y 154.1 señala que, con relación a la administración de justicia ordinaria, la selección y nombramiento de jueces y fiscales recae en el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), con lo cual se toma distancia del modelo anterior, basado en el congreso, al despolitizar formalmente esta función y al designar a un ente diferente del Poder Judicial y del Ministerio Público para llevar a cabo la misma.

El actual diseño constitucional encarga las funciones de selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución a un órgano constitucional autónomo, el Consejo Nacional de la Magistratura, compuesto por siete consejeros, designados por la Sala Plena de la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos y cinco representantes de organizaciones de sociedad civil: universidades públicas y privadas, colegio de abogados y otros colegios profesionales. El CNM no cuenta con consejeros designados por el Ejecutivo ni el Legislativo.

Si bien se ha avanzado en establecer protocolos y criterios objetivos para la selección y nombramiento de jueces y fiscales, aún se producen filtraciones en dichos concursos. En la Carta de 1993 se optó por la participación de la sociedad civil, como alternativa para desterrar la ilícita injerencia político-partidaria en la designación de jueces y fiscales; sin embargo, esta fórmula constitucional no sólo no ha alejado la ilícita injerencia partidaria, sino que le ha sumado otra distorsión igual de grave: la ilícita influencia de "redes de corrupción"[1].

Según la información recibida, estas redes de corrupción inclusive han extendido su influencia a algunas Facultades de Derecho y colegios profesionales[2]. Muestra de ello es el mercado de títulos profesionales y grados académicos que se ha formado alrededor de los concursos de selección y nombramiento y los procedimientos de evaluación y ratificación. Gracias a dicho mercado, a ciertos candidatos(as) o magistrados(as) les resulta demasiado sencillo obtener títulos y grados que los favorecen al momento de la evaluación curricular.

---

1 Término que utiliza, en su exposición de motivos, el Proyecto de ley N° 424/2011-PJ presentado el 11 de Octubre del 2011 al Parlamento por parte del Poder Judicial.

2 Ver: http://elcomercio.pe/politica/gobierno/rector-alas-peruanas-dijo-que-volveria-pagar-viaje-algun-magistrado-noticia-371790?ref=flujo_tags_514807&ft=nota_10&e=titulo.

A lo anterior se suma también un mercado ilegal de publicaciones que se ha formado alrededor de los concursos y procedimientos que convoca el CNM. De esta manera, algunos candidatos(as) o magistrados(as) pueden mostrar como suyas algunas publicaciones de dudosa calidad y procedencia, a fin de elevar su calificación curricular[1].

Todo esto denota que, a pesar del distanciamiento del modelo político y de los avances en cuanto a la especialización y establecimiento de parámetros objetivos, el procedimiento de selección y nombramiento aún adolece de cuestionamientos y falencias. Estos problemas parecerían no responder tanto a fallas en el actual diseño institucional –aunque existan aspectos a mejorar-, sino a ilícitas injerencias políticas o redes de corrupción que operan sobre el CNM y a la cuestionable actuación de algunos consejeros.

Sobre lo último, mencionar que como consecuencia del empañado concurso desarrollado entre el 2009 y 2010 para nombrar fiscales supremos, fue destituido por el Congreso de la República un consejero, habida cuenta que se descubrió una reunión entre él y un postulante; luego se habría acreditado un incremento patrimonial considerable del consejero durante los años que estuvo en el cargo[2]. Finalmente, dicho concurso tuvo que ser anulado por el propio CNM.

Otro de los sucesos que puso en evidencia dificultades en torno a los procesos de selección en la judicatura ordinaria, es el caso del fiscal Mateo Castañeda; el mismo que, luego de renunciar al Ministerio Público, postuló al concurso de fiscales supremos convocado por el CNM. Este ex magistrado se voceaba como el candidato preferido del gobierno, ello por su vinculación directa con el APRA –partido de gobierno de entonces- y por el tratamiento que dio a casos que involucraban a personajes del partido con sucesos de interceptación telefónica y en los que, según testimonio de uno de los procesados por este caso, habría intervenido para evitar que se involucre en el espionaje a figuras políticas en ese entonces en ejercicio[3] participando directamente en las investigaciones policiales cuando su cargo de superior no se lo permitía.

Pese a su fuerte nexo político, el Instituto de Defensa Legal (IDL) presentó una tacha contra su admisión como candidato, argumentando que no habría cumplido los requisitos necesarios para participar en el concurso por un cargo a fiscal supremo; puesto que no cumplía con los 15 años exigidos por la Constitución Política, en la condición de abogado con la que postulaba[4].

Al respecto, el artículo 147.4 de la Constitución señala: "*Para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere:… Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.*"; sin embargo, el CNM se pronunció declarando infundada la tacha y aceptando como válida la interpretación en virtud de la cual, los candidatos a juez o fiscal supremo pueden considerar como años de ejercicio de la abogacía, el tiempo de servicios como juez

1 Una investigación periodística difundida por IDL-reporteros reveló que el candidato César José Hinostroza Pariachi habría plagiado gran parte de la tesis de otra persona. Ver:https://idl-reporteros.pe/tres-por-uno/.

2 Ver: http://blog.pucp.edu.pe/item/92474/efrain-anaya-incremento-patrimonio-durante-cinco-anos-en-el-cnm.

3 Ver: http://diario16.pe/noticia/6591-alan-podraia-ser-citado-en-caso-btr.

4 Ver: http://larepublica.pe/24-10-2010/presentan-tacha-contra-el-ex-fiscal-mateo-castaneda.

o fiscal, burlando así los requisitos claramente alternativos y no acumulativos establecidos en la Constitución. Admitida su candidatura al cargo, el CNM decidió finalmente, pese a la controversia generada en torno al caso, no nombrar como fiscal supremo a Mateo Castañeda.

La interpretación del CNM apuntaba a eliminar las diferencias en el ejercicio como juez y el de la práctica privada, para permitir que el abogado que ha sido magistrado superior no tenga que ejercer quince años consecutivos para poder aspirar al cargo de magistrado (juez o fiscal) supremo, o, que el magistrado que no cumple los diez años de ejercicio de la judicatura se le sume los años que le falta por los años que tiene de abogado, con lo cual el contenido del artículo 147 pierde totalmente su fundamento.

Las Cortes Supremas y la Fiscalía Suprema son actores que poseen importantes funciones como la de acusación y juzgamiento de jefes de Estado y altas autoridades políticas por delitos de corrupción cometidos durante su periodo de mando, por violaciones de derechos humanos cometidas en periodos de interrupción de la democracia, entre otras[1]. En ese sentido, el CNM representa a la sociedad en general cuando nombra, ratifica o destituye jueces. El modelo de selección y nombramiento de jueces pretende, por lo tanto, mantener a la judicatura y los fiscales alejados de las injerencias políticas que determinan investigaciones y sentencias parciales y poco transparentes.

Por todo lo mencionado, más allá del nombramiento o no del ex fiscal y de toda la problemática girada en torno a su no nombramiento como fiscal supremo, no sólo es necesario introducir mejoras en el diseño institucional del CNM y sus funciones, sino que es fundamental que lleguen a dicho órgano constitucional consejeros(as) de destacada trayectoria no solo profesional, sino también ética y democrática, que realicen una adecuada interpretación de nuestra Constitución, de acuerdo a los estándares y principios que se promueven en el ordenamiento; y que representen la reserva moral de nuestro país y estén a la altura de las tan importantes funciones que la Carta de 1993 les ha encomendado.

Es así que, no sólo es necesario introducir mejoras en el diseño institucional del CNM y sus funciones, sino que es fundamental que lleguen a dicho órgano constitucional consejeros(as) de destacada trayectoria ética, profesional y democrática, que representen la reserva moral de nuestro país y que estén a la altura de las tan importantes funciones que la Carta de 1993 les ha encomendado.

Es importante destacar también como un avance positivo en el procedimiento de evaluación y ratificación, la investigación que ahora hace el CNM en relación al patrimonio del magistrado y su cónyuge –cruzando varias fuentes de información-, con la finalidad de detectar serios desbalances patrimoniales que no puedan ser justificados por la persona sometida a ratificación.

Asimismo, es un logro que ahora la decisión del CNM de ratificar o no a un juez o fiscal, esté debidamente sustentada en argumentos objetivos como: serias deficiencias en la producción jurisdiccional, gruesos errores en la calidad de sus sentencias o dictámenes, desbalance

1 De hecho, a nivel comparado, el sistema de elección de los jueces supremos es objeto de constante estudio, dado el importante papel que cumplen como tercer poder del Estado. Con relación al papel del Ministerio Público, la reforma procesal penal a nivel nacional y comparado ha involucrado que dicha entidad asuma con mayor protagonismo el rol que le corresponde en la persecución del delito.

patrimonial no justificado, denuncias de violencia familiar, acoso sexual, incumplimiento de obligaciones alimentarias o que afecten el interés superior del niño, entre otros; pues esto denota el esfuerzo de establecer criterios claves para la evaluación del desempeño de nuestros jueces y fiscales durante el ejercicio de sus cargos.

2. Nombramiento de magistrados del TC

Con relación al proceso de selección para la administración de justicia especializada, el artículo 201° de la Constitución señala que corresponde al Congreso de la república el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral integrado por ciento treinta representantes.

Es comprensible que en la designación de las magistraturas constitucionales, los partidos políticos con representación parlamentaria tengan interés de influir en la nominación y designación de los magistrados; ello es ineludible, dado que existe un alto grado de interrelación entre la Constitución y la política. Pero, ese proceso político debe justificarse a través del requisito de los dos tercios del número de miembros del Congreso, lo que supone mínima y obligatoriamente el diálogo, la negociación y la concertación y, a su vez, sirve como un mecanismo de control de las minorías a fin de evitar que la mayoría pueda excederse. Así, el número de votos requerido para ser designado miembro del Tribunal Constitucional es ochentaisiete, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 52° literal a) del Reglamento del Congreso, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 90° de la Constitución, el número legal de congresistas es de ciento treinta.

Sin embargo, la práctica de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional ha puesto en evidencia un doble déficit para el sistema democrático de control constitucional.

Debido a que su desarrollo se ha caracterizado, por la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección y el maltrato de los candidatos; y por el fortalecimiento del sistema de cuotas y negociación política partidaria que finalmente permite transar, entre la mayoría y las minorías parlamentarias, las nominaciones de los candidatos; por ejemplo, de los años 2006 y 2007. Pero que hicieron del Tribunal Constitucional un prisionero de los favores o los intereses políticos parlamentarios del gobierno del Partido Aprista Peruano y sus aliados fujimoristas.

Así, en el año 2007 fueron elegidos como nuevos magistrados del TC Luis Alarcón, Vladimir Paz de la Barra, Gerardo Eto y Javier Ríos Castillo. Fue este último quien provocaría los cuestionamientos a la mencionada elección tras la difusión de la instantánea gráfica de su reunión sostenida con oscuros personajes del gobierno de Fujimori y el APRA, luego de que fuesen sorprendidos por la prensa. En dicha reunión, se encontraban nada menos que el ex ministro del Interior aprista y condenado por corrupción, Agustín Mantilla; el sentenciado por compra de equipos de intervenciones telefónicas y allegado de Vladimiro Montesinos -ex asesor presidencial de Fujimori y condenado a prisión-, Oscar López Meneses; los militares en actividad, general EP Roberto Vértiz Cabrejos y comandante EP Germán Cuadra; y el hasta entonces candidato al TC y abogado de pasado proceloso, Javier Jesús Ríos Castillo.

Dado este dantesco cuadro, el Pleno del Congreso optó por anular súbitamente la elección de los cuatro Magistrados debido a la bochornosa imagen del recién electo magistrado del TC Javier Castillo.

Ese cuadro, sin embargo, no fue óbice para que el Congreso volviera a elegir a cuatro nuevos magistrados que se integraron al TC (Álvarez Miranda, Eto Cruz, Calle Hayén yBeaumont Callirgos), bajo la batuta de dicha alianza; articulándose los jueces apristas (Mesía Ramírez) con los conservadores (Vergara Gotelli), abanderados incluso de un discurso distante a los valores de la lucha contra la corrupción y la impunidad en la violación de los derechos humano que propiciaban los primeros magistrados que integraron el Tribunal al inicio de la transición democrática.

Esto produjo una jurisprudencia contraria, en diferentes grados de intensidad, a la lucha contra la corrupción e incluso de tolerancia pasiva enalgún caso con el narcotráfico, favoreciendo la impunidad de la violación de los derechos humanos. Este escenario de los últimos años llevó al desprestigio del Tribunal Constitucional frente a la opinión pública general y especializada y profundizó la desconfianza de la opinión pública ciudadana sobre el Congreso.

De este modo, las fuerzas democráticas del Estado y la sociedad deben llevar a cabo un examen del Tribunal y de la actuación de sus nuevos integrantes, en la cual se busque fortalecer al TC para que institucionalmente asuma un compromiso militante con los valores y principios del Estado Constitucional, manteniendo la neutralidad, incorruptibilidad y sabiduría en el quehacer jurisdiccional, a través de sentencias que vuelvan a ser dignificantes por el fondo y por la forma para todos los ciudadanos; y de esa forma, evitar decisiones de la autoridad jurisdiccional que se tornen subjetivas y parcializadas y que respondan a los criterios políticos que estuvieron detrás de la elección de sus miembros.

Vencido el mandato del ex presidente aprista Alan García, en el marco del nuevo gobierno del todavía Presidente, Ollanta Humala (2011-2016), se llevó a cabo otro proceso de elección de magistrados que también se vio manchado por la injerencia de intereses políticos. Así, tras haberse vencido el mandato de dos magistrados el 2011 y al vencerse el de cuatro el 2012, para el año 2013, se produjo un cambio de seis magistrados que pese a la expectativa no sólo de la renovación de los jueces, sino también de su jurisprudencia, no se llevó realizó con independencia del poder político que ostentaba la mayoría parlamentaria en el Congreso.

Ese año, el Congreso eligió como nuevos magistrados del TC a juristas como Francisco Eguiguren, José Luis Sardón y Ernesto Blume. Pero, también se nombró a los cuestionados ex legisladores nacionalistas Cayo Galindo, Víctor Mayorga y al ex parlamentario miembro del partido fujimorista y defensor del ex presidente Alberto Fujimori -condenado por delitos de lesa humanidad-, Rolando Sousa.

Dicha elección generó protestas por parte de ciudadanos e instituciones vinculadas con la defensa de derechos humanos, materializadas en marchas que mostraban la inconformidad de la sociedad civil con la manera en la que se hacía peligrar la democracia. Fue la forma de elección de magistrados en base a la proporción de las fuerzas políticas del Congreso –partido nacionalista peruano y partido fujimorista-, la que provocó el rechazo a lo que el colectivo de ciudadanos denominó "repartija"[1]

1 Término empleado en redes sociales para convocar a las marchas contra la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo y BCR. Ver: http://elcomercio.pe/politica/gobierno/minuto-minuto-congreso-elije-integrantes-tc-bcr-defensor-pueblo-noticia-1605038.

Esta elección de miembros vinculados a partidos políticos representados en el Congreso mostraba una clara intención del poder político de "politizar" una institución tan importante como lo es el TC y que, en principio, debería ser autónoma, independiente e imparcial. La cercanía de estos personajes y su afinidad con grupos de gobierno y de la oposición hacían carecer de objetividad la elección llevada a cabo y mermaba la credibilidad de nuestros parlamentarios en relación a su compromiso con la justicia y la democracia.

Dadas las protestas motivadas por el descontento de la población, el Congreso se vio presionado a anular la elección de todos los miembros nominados para el TC.

La consecuencia inevitable de estos procesos de selección de magistrados ha generado un deterioro no sólo del Tribunal Constitucional, debido a la falta de independencia de la mayoría de los magistrados en el ejercicio del control de la actuación gubernamental, sino también del modelo democrático del consenso, ahondando la desconfianza de la opinión pública ciudadana sobre el Congreso. La falta de transparencia en los procesos de selección por parte de este último, tornan evidentes los deseos de controlar al Tribunal, primero mediante la elección de sus magistrados y, luego sometiéndolos al poder público y privado a través de los procesos y sentencias emitidas *ad-hoc.*

Finalmente, el año 2014, el Congreso eligió a los nuevos 6 magistrados del TC[1] en virtud a un acuerdo multipartidario que recogía por un lado el consenso entre candidatos de trayectoria profesional y democrática en principio no discutible, y por otro, atendía lo demandado por la opinión pública.

3. Perfil del magistrado

En relación al perfil del magistrado, este está referido al denominado requisito de legitimidad, o conforme a Derecho; esto quiere decir que el electo debe ser, ante todo, un jurista que a través de la ciencia constitucional y sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del Derecho y su experiencia frente a las causas; así como que, sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil o legitimidad del magistrado.[2]

El magistrado debe asimismo, contar con valores de justicia, eficacia, sabiduría, valor, moderación y humildad intelectual; con estos principios y valores, se pretende poder asumir correctamente asuntos complicados que a menudo se presentan como intereses contrapuestos, donde se debe estar abierto y dispuesto a incorporar las distintas opiniones y puntos de vista.

Los magistrados deben ser independientes en la toma de sus decisiones judiciales del poder político y de los poderes privados; puesto que determinar el grado de independencia personal que los futuros magistrados deben mostrar es un factor esencial en el procedimiento de

1 Ernesto Blume Fortini, Marianela Ledesma Narváez, Manuel Miranda Canales, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón y Eloy Espinoza-Saldaña se convirtieron en los nuevos miembros del TC. El Congreso de la República realizó esta elección luego de haber superado las diferencias entre los partidos políticos, que en algún momento fueron acusados de negociar las candidaturas.

2 Frowein/Meyer/Schneider, Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt, Metzner Verlag, Frankfurt, 1973, pp.73 y ss.; asimismo, Kirchheimer, Otto. Politische Justiz, Europäische Verlagsanstalt, Germany, 1981, pp.37 y ss.

selección de los mismos. Una garantía de esto es evaluar su historial profesional, su actuación pública en defensa de la democracia y los derechos humanos, su nivel de vinculación con la realidad social, antes que con los poderes políticos o grupos de interés privados.

Por ello, se debe cuidar que una determinada fuerza política o económica no esté solapadamente detrás de la candidatura de los magistrados porque, posteriormente, se dejará sentir en sus votos o ponencias una suerte de deuda de los magistrados no con la Constitución sino con los poderes de iure o de facto.

Resulta necesario, pues, saber cuál es el compromiso de los candidatos a jueces, con las principales manifestaciones y distintas formas de pensamiento de la sociedad; a fin de que las diversas fuerzas mayoritarias y minoritarias de la sociedad, así como el gobierno y la oposición, tengan confianza y se sientan representados dentro de nuestro Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, con magistrados defensores de la Constitución y no de partidos o grupos de interés.

III. Decisiones constitucionales relevantes

A continuación se da cuenta de dos casos difíciles por su impacto político en el Estado costitucional del Derecho, en las últimas dos décadas.

1. Caso "Tribunal Constitucional" (EXP. N.° 340-98-AA/TC, EXP. N.° 358-98-AA/TC, Exp. 002-96-I/TC)

En el año 1995, dentro del marco del gobierno del ex presidente, Alberto Fujimori, el Congreso emitió una ley que interpretaba retroactivamente el Art. 112 de nuestra Constitución pretendiendo desconocer el período presidencial de Fujimori, iniciado con la Constitución de 1979, a efectos de permitirle una segunda reelección en el año 2000, a pesar de que la Constitución rechazaba esta posibilidad[1].

Siendo así, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada ley, puesto que consideraban que esta carecía de generalidad y, más bien, fue aprobada y promulgada para favorecer al todavía presidente.

Luego de aceptada la demanda de inconstitucionalidad y de conocerse el fallo que implicaba que el Presidente no podría acudir a una segunda reelección, el Congreso inició un proceso de investigación contra los magistrados Manuel Aguirre Roca, Delia Revoredo Marsano y Guillermo Rey Terry, por cuestionar una decisión política fundamental del gobierno, al votar a favor de la inaplicabilidad de la reelección presidencial para quien ocupaba el cargo de presidente de la República, Alberto Fujimori[2].

La controversia de este caso gira en torno a la destitución de los magistrados mencionados, luego de que las investigaciones del Congreso culminaran con la publicación de resoluciones legislativas que ordenaban la destitución de los mismos.

1 Pese a que La Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata y la Constitución de 1993 le facultó solo a una reelección inmediata, se buscaba habilitar al Presidente Fujimori para que pudiera ser reelecto en las elecciones políticas generales del año 2000. Con lo cual su gobierno, que empezó en 1990 y se renovó en 1995 por cinco años más, se extendería del 2000 al 2005.

2 Tribunal Constitucional. Exp. N.º 002-96-I/TC.

Frente a esto, los tres magistrados constitucionales, destituidos por el Congreso, interpusieron un recurso de amparo solicitando su reincorporación al cargo y enfatizando que dicha se destitución se dio a consecuencia del voto que emitieron los mismos y por lo cuales empezaron a ser presionados por políticos y medios de comunicación. Claro está que, en esta oportunidad, el accionar del gobierno en contra de la jurisdicción constitucional se debió intrínsecamente a causas políticas.

Ahora bien, en la sentencia sobre el recurso extraordinario interpuesto por los magistrados contra la sentencia de la Corte Suprema, que denegó la acción de amparo interpuesta por ellos contra la decisión del Congreso, el Tribunal pudo establecer jurisprudencia sobre las *political questions*. Así, el Tribunal Constitucional señaló en dicha sentencia lo siguiente:

> *Si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como "political questions" o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional*[1].

Al respecto, fue destacable que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca de un tema altamente sensible, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia comparada de la *political question*. Asimismo, es importante subrayar el argumento de la sentencia que sostuvo que es justiciable, en sede constitucional, un acto privado del Congreso que violase la razonabilidad, el Estado democrático de Derecho o el debido proceso material; en la medida que el fallo estableció un parámetro incipiente, pero importante, de control de los actos parlamentarios particulares. Sin embargo, fue igualmente criticable que dicho criterio de control constitucional no fuera aplicado para evaluar si la decisión del Congreso se ajustó, o no, al referido principio de razonabilidad, al Estado de Derecho o al debido proceso.

Así, el Tribunal Constitucional optó por declarar infundada la Acción de Amparo interpuesta, dejando a traslucir una defensa jurídica formal de la decisión política del Congreso, basándose, como argumento concluyente, en la ley, antes que en una interpretación material y concreta de los principios constitucionales que se aluden.

El dilema constitucional, se profundiza cuando, a raíz de la sentencia expedida por dichos magistrados, en febrero de 1997, la congresista Martha Chávez, integrante de la

1 Tribunal Constitucional. Expediente N.º 340-98-AA/TC y, Exp. N.º 358-98-AA/TC.

bancada fujimorista, interpuso contra dicho fallo constitucional una acción de amparo, ante el Poder Judicial, bajo el manto protector del gobierno de Fujimori.

Este proceso judicial contra una sentencia del Tribunal Constitucional abrió una grave fisura en la articulación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, puesto que si un juez o corte judicial ordinaria podía corregir las sentencias constitucionales, entonces no había garantías ni seguridad sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional y, por ende, sobre la supremacía constitucional.

Por ello, resulta pertinente aclarar que si bien existen entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial relaciones de coordinación e interdependencia, también se establece una relación de jerarquía funcional en la medida que el Tribunal es instancia final de fallo, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial.

Lo cual es una consecuencia lógico-funcional en aquellos sistemas donde los procesos constitucionales son de competencia tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, lo que conlleva a una supremacía funcional del primero sobre el segundo. No es aceptable, por ello, aquella posición que reduce las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial a una relación de competencia, en el sentido de afirmar que el Tribunal tiene competencia material sobre lo constitucional, mientras que el Poder Judicial ostenta competencia en el ámbito estrictamente legal.

Si bien los dos sistemas de justicia son independientes orgánicamente no lo son jurisprudencialmente. Por ello, es lícito pretender incardinar las cuestiones constitucionales que resuelva, en vía incidental, el Poder Judicial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, esta presunción está establecida, expresamente, en el artículo 201 de la Constitución, el cual señala que el Tribunal Constitucional no solo es el órgano encargado de controlar la Constitución, sino también su supremo intérprete; por tanto, no cabe recurso alguno ante ningún órgano judicial nacional contra las resoluciones del Tribunal Constitucional, en la medida que constituye cosa juzgada constitucional.

2. Caso Alfredo Jalilie (EXP. N.° 4053-2007-PHC/TC)

En diciembre de 2007 una mayoríadel Tribunal Constitucional emitió una sentencia a favor de la libertad de Alfredo Jalilie –procesado por avalar el pago de 15 millones de soles por concepto de compensación a Vladimiro Montesinos, ex asesor presidencial condenado por la justicia peruana-, en virtud de la gracia presidencial concedida en su beneficio.

Este polémico caso debatía la constitucionalidad de la inaplicación del indulto presidencial concedido, y que permitía la continuación del proceso penal que se seguía contra el ex viceministro de Alberto Fujimori, sin tener en cuenta la extinción de la acción penal que comporta el otorgamiento de la gracia presidencial. En palabras del propio Tribunal, al margen de los derechos invocados por la parte demandante, la materia constitucionalmente relevante en el presente caso versa sobre el conflicto que puede suscitar la institución de la gracia presidencial (reconocida en el artículo 118 de la Constitución) frente a otros bienes de relevancia constitucional que se ven protegidos a través de la persecución penal[1].

1 Tribunal Constitucional. EXP. N.° 4053-2007-PHC/TC, sentencia del tribunal constitucional.

En relación a la inexistencia de zonas exentas de control constitucional, el Tribunal manifiesta que todo acto se encuentra predispuesto al control jurisdiccional de su constitucionalidad, por lo que la potestad presidencial de conceder la gracia no impide ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla. Estableciéndose así que la gracia presidencial no es absoluta, sino que posee límites.

Esto es así puesto que en los actuales Estados constitucionales y democráticos, aquellas cuestiones que antaño se consideraban "cuestiones políticas no justiciables" vienen cediendo paulatinamente a las exigencias propias de limitación y racionalización del ejercicio del poder público. Entonces, un acto es o no susceptible de ser controlado jurisdiccionalmente no por la autoridad o el poder que lo dicta ni tampoco la materia que regula, sino más bien si dicho acto afecta los derechos fundamentales de las personas aun cuando no sean absolutos u otros bienes constitucionales, cuya protección es trascendental para el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Sin embargo, pese al análisis llevado a cabo, el voto en mayoría se queda en el desarrollo de ciertos parámetros de la gracia presidencial y no vislumbra como límites a "delitos constitucionalizados", entre los cuales encontramos el narcotráfico, la corrupción, el terrorismo, delitos de lesa humanidad, entre otros.

Así, el voto en mayoría suscribe que la gracia presidencial debe ser concedida por motivos humanitarios, en casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial y que, por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger[1].

Ya que en el caso concreto el procesado padecía de cáncer en uno de sus ojos, se consideró justificada la extinción de la acción penal que conlleva la gracia presidencial, agregando que con ello no se sacrificaban fines de la pena constitucionalmente reconocidos. En consecuencia, se estimó que la gracia concedida no resultaba inconstitucional.

Se debe destacar, en el presente caso, que si bien la protección de los derechos humanos constituye una obligación nacional, la lucha contra la corrupción y la impunidad frente a cualquier tipo de delito se erige también como un límite constitucionalmente válido frente al otorgamiento de este tipo de garantías para quienes han infringido la ley.

Esto es de relevancia, puesto que el voto en mayoría debió ajustarse al principio de razonabilidad, fundamentando y motivando su decisión de tal forma que no se genera dudas ni incertidumbres en relación a la cuestión planteada en la sentencia; pues se dejó entrever el vicio argumentativo entre su respuesta y la cuestión política analizada.

1 Tribunal Constitucional. EXP. N.° 4053-2007-PHC/TC.

IV. Balance y análisis

El estado actual de nuestro Sistema de justicia requiere del fortalecimiento democrático de los mecanismos de selección de los magistrados, la reorganización funcional de su labor judicial, debido a la crisis de legitimidad de sus resoluciones jurisdiccionales y su extrañamiento social. Todo lo cual hace necesario que el órgano de control constitucional sea objeto de estudio y crítica.

En tal sentido, la legitimidad del Tribunal Constitucional se gana o se pierde en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos y de tutela de los derechos fundamentales; pero, es evidente, que el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial, así como los poderes privados, no constituyen organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional. Por el contrario, a menudo presentan conflictos de diferente envergadura.

Sin embargo, no se puede negar que el actual Tribunal ocupa un lugar en el sistema de división de poderes. Es del caso recordar que, si bien la división del poder como garantía de la libertad es constitutivo del Estado democrático moderno[1], no se puede afirmar que el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial.

En la medida que han sido razones históricas y políticas las que originaron este sistema de división tripartita del poder, es que se puede afirmar que, en la actualidad, hay poderosas razones que han creado la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los hombres de las propias autoridades de los tres clásicos poderes del Estado, creando nuevos órganos de naturaleza constitucional[2]. De ahí que, el control de las normas legales y judiciales que afectan los derechos fundamentales sean materia de impugnación y anulación ante el Tribunal Constitucional, quien al ejercer la función de control constitucional, ha llevado a replantear la clásica idea tripartita de la división de poderes.

Pero, no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos, la que crea conflictos institucionales; sino que, son los peligros fundados contra la libertad por parte de autoridades, las que dan lugar a dicho conflicto, llegando a veces a tener profundas repercusiones políticas. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de las normas, no busca sustituir la forma de gobierno; pero, sí procura, mediante el control jurisdiccional, asegurar el balance y la cooperación entre los poderes, en función de la tutela de los derechos fundamentales, realizando así el principio de la supremacía constitucional.

Ello es posible, a partir de entender que, en primer lugar, el Parlamento no es más el poder absoluto y no justiciable y, en segundo lugar, que la justicia, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no pone en cuestión el balance de poderes, sino que lo afirma. Lo cual no es óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces[3]; sin embargo, aun cuando, siempre existe el peligro de hacer política con la justicia, lo que supone terminar

1 Carl Schmitt, Verfassungslehre, Duncker&Humblot, München und Leipzig, 1928, p. 126.

2 Mauro Capelletti, Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. En Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos, CEC, Madrid, 1984, pp. 604-614.

3 Edouard Lambert, Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L´ experiénce américane du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Giard & C. Paris, 1921, pp. 8-29.

politizando la justicia, no existen conflictos extra sistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, en las sociedades democráticas avanzadas.

Por el contrario, la actuación judicial unas veces moderada y otras *normativista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos, que hacen en todo caso discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad[1]. Logrando así, afirmar su legitimidad constitucional gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública.

V. Conclusiones

La naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado, por un lado, porque sus decisiones pueden tener efectos políticos; y, de otro, porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas.

Por eso se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada e inestable donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que el mismo ha de juzgar, salvo que las técnicas de la interpretación constitucional abran nuevas vías que, al final, generen consensos.

Se puede decir que la experiencia del funcionamiento de la justicia en el Perú demuestra que el Tribunal Constitucional no ha logrado ocupar una posición definida en el régimen político, no obstante que el sistema constitucional haya establecido sus fines y competencias. Lo cual refleja que además, es necesario que el Tribunal Constitucional reconstruya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino del modelo de control y balance de poderes; lo que requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos.

La posición del Tribunal Constitucional en el régimen político, no puede ser analizada, por lo tanto, desde una perspectiva dogmática o neutral con la democracia, sino desde la defensa y desarrollo de las relaciones integradora del gobierno y la oposición.
La legitimidad constitucional se convierte, entonces, en el concepto clave. Esto en tanto permite entender el rol de la jurisdicción constitucional, en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites del presidencialismo; así como de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial.

Esta legitimidad judicial del Tribunal Constitucional es posible de obtener en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos y privados. Ello implica recomponer el viejo constitucionalismo, a partir de ciertos principios y realidades evidentes: la necesidad de asumir el carácter abierto y dinámico de la Constitución, reconociendo los diferentes intereses de la sociedad y no el de unos pocos; lo cual se expresa en la tolerancia social, el consenso político y finalmente el pluralismo jurídico.

Sin embargo, la ciudadanía no debería sobrecargarse de expectativas en la justicia constitucional; en la medida que el exceso de judicialización de muchas cuestiones denominadas "políticas", sólo termina en la politización de la justicia.

1 Pedro de Vega, Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución, Revista de Estudios Políticos, N° 7, Madrid, 1979, p. 417.

Por otro lado, la falta de legitimidad del Poder Judicial es uno de los efectos más constantes de la crisis de la justicia en el Perú, lo que refleja, a su vez, la crisis del Estado de Derecho; pues dicho Poder carece episódicamente de independencia frente al poder político y los grupos económicos, así como de la legitimidad ciudadana.

Esta situación de falta de legitimidad es explicable, en cierta medida, por la existencia de serios déficits o mínima formación profesional de gran parte de los magistrados, y no solo de la falta de independencia judicial, quienes a menudo dan muestras de ejercer su función jurisdiccional con razonamientos paradójicos. Por un lado, cumplen su función jurisdiccional sin apartarse de los tradicionales vicios formalistas del proceso judicial. Por otro lado, ejercen su tarea con una informalidad propia de un lego, pero destinada al servicio de los poderes públicos y privados. Por estas razones, el saber popular ha llegado a ironizar la imagen del juez, como aquel que aplica la ley severamente para el enemigo y da todo para el amigo.

En consecuencia, se puede afirmar que la justicia peruana está inmersa, mayoritariamente, en un concepto positivista-normativista. En virtud del cual los magistrados son solo la boca que pronuncia las palabras de la ley, disociando cuando menos la norma de la realidad.

En otras palabras, la mayoría de los magistrados no incorporan, en su razonamiento judicial, fenómenos de la realidad social concreta y de la doctrina, sino de manera excepcional. Lo que no obsta que existan jueces y magistrados que realizan una labor jurisprudencial en armonía con la defensa de la Constitución y los derechos humanos. Lo que explicaría la existencia de su función de administrar justicia, de manera más cercana a los ciudadanos y en el marco del ordenamiento constitucional y los tratados internacionales. Planteamiento que en la práctica judicial pasa por verificar la forma de su articulación con la justicia constitucional.

Resulta necesario, por lo tanto, contar con operadores de justicia y magistrados poseedores de vocación democrática, lo cual implica tanto su independencia en la toma de decisiones judiciales del poder político y de los poderes privados, como dotar de contenido a la norma, según la realidad que se presenta de acuerdo a la normatividad internacional y a criterios jurisprudenciales que hacen que esos derechos que están en juegos se materialicen de manera concreta en cada caso. De esta forma, el magistrado actual debería ser el magistrado comprometido con los cambios que la sociedad demanda y en ese sentido, es muy importante que la interpretación de las normas se realice de acuerdo a la realidad que se plantea en cada caso concreto, según el criterio de razonabilidad.

Lima, junio de 2016.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA PERSONA Y SUS CATEGORIZACIONES JURÍDICAS

Víctor García Toma

La doctrina ha formulado una serie de distinciones teóricas en relación a los derechos fundamentales. Ello no obsta para señalar que más allá de las definiciones académicas todos los derechos fundamentales son interdependientes y complementarios; ello en razón a que están destinados a asegurar un mismo objetivo: la defensa y promoción de la dignidad humana.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Primera clasificación: Por el orden cronológico de reconocimiento
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser de primera, segunda y tercera generación.

Dicha distinción resguarda la interconexión de las distintas generaciones en cuanto al presupuesto y efectividad del goce de los distintos derechos fundamentales.

- Derechos de primera generación
Reciben tal denominación por ser históricamente los que iniciaron el proceso de reconocimiento y protección formal a través de la legislación constitucional.

Su aparición se encuentra vinculada con el auge del denominado constitucionalismo liberal. Por ende, responden al plexo ideológico de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX.

Dicho bagaje ideológico se sustenta en la persona como un fin en sí mismo y en la antinomia Estado-sociedad. Mediante esta última se promueve la separación tajante y clara entre vida pública y vida privada. De allí la aspiración de garantizar el ejercicio cabal de la libertad, al margen y sin necesidad de que a la persona le sea exigida el cumplimiento de determinados fines u objetivos políticos.

En ese marco aparecen los denominados derechos civiles y políticos.
Los derechos civiles son aquellos que garantizan el disfrute de la libertad personal y la plena autonomía de la voluntad en tanto no afecten el orden público, la moral social o los derechos de terceros. Aluden a la exigencia de respeto a la autodeterminación personal frente al Estado y en consecuencia, reconocen la capacidad de obrar o abstenerse de obrar por parte de las personas.
En puridad se les concibe como facultades o atribuciones de defensa contra la injerencia estatal en la vida de las personas. Por ende, sus titulares –que son todos los seres humanos– pueden desenvolverse libre y autónomamente, sin que sus actividades puedan ser objeto

de intromisión o interferencia por parte del cuerpo estadual.

Francisco J. Bastida Freijedo [ob. cit.] señala que donde existe un derecho civil se acredita la ausencia de poder público. Ergo, el Estado se encuentra vedado de interferir en la vida privada de sus miembros.

Los derechos políticos son aquellos que permiten la participación activa en la formación de la voluntad del Estado en los distintos órganos y niveles de este.

Se les concibe como las facultades o atribuciones reconocidas a sus titulares (los ciudadanos) de intervención en los asuntos públicos de la comunidad. Por ende, implican la participación legitimante en la estructuración y desarrollo de la sociedad política.

Francisco J. Bastida Freijedo [ob. cit.] señala que filosóficamente los derechos civiles serían aquellas facultades o atribuciones que los hombres "conservan" del estado de naturaleza al contrato social; en tanto que los derechos políticos son una creación ex novo derivada de la institucionalización de la sociedad política; de allí que solo esté destinada a resguardar los derechos de los ciudadanos.

En puridad, los derechos de primera generación importan el afianzamiento de la libertad, la igualdad ante la ley, la propiedad y la participación política. Los derechos civiles son oponibles al Estado; en tanto que los derechos políticos son concesiones de este en aras de legitimar sus manifestaciones de poder.

Su reconocimiento formal puede encontrarse en la Declaración de Derechos del Gran Pueblo de Virginia (1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789). Cabe señalar que estos textos heredaron los reconocimientos estamentales consagrados por el pueblo inglés a través de la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1689) y la Declaración de Derechos (1789).

- Derechos de segunda generación

Reciben tal denominación por ser cronológicamente sucedáneos a los anteriormente señalados.

Su aparición se encuentra vinculada con el auge del denominado constitucionalismo social. Por ende, responde al plexo ideológico de comienzos del siglo XX.

Se sustentan en la necesidad de expandir los principios y valores democráticos a la esfera social y económica, a efectos de resolver el tema del denominado "problema comunitario"; es decir, responde a la inquietud de remover los obstáculos que castran el pleno desarrollo de la personalidad y hasta erosionan las bases mismas de la dignidad. Por ende, aspiran a que el hombre sea realmente lo que quiera y puede ser, retirando las

barreras económicas y sociales que interrumpen su paso hacia una real vivencia humana. Así, en aras que el decoro "sobreviva" en el hombre, se hace imperativo asegurarle un conjunto de condiciones materiales.

Ernst Turgendhat [Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997] expone que estos se sustentan en la necesidad de satisfacer condiciones básicas de existencia. Así, apunta a asegurar mediante el acceso a determinados bienes y servicios de una calidad de vida, pues ella es expresión cabal de dignidad.

En esa perspectiva María José Añon Roig [Necesidades y derechos. Madrid: CEC, 1994] ha señalado que existen "situaciones o estados que se constituyen en una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos coloca directamente con la noción de daño, privación, sufrimiento grave [...] estas repercuten directamente en la calidad de vida humana".

María del Carmen Barranco Avilés [Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos humanos. Madrid: Dykinson, 2010] consigna que se refiere al conjunto de "expectativas o pretensiones sobre recursos o bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas; en consecuencia, su reivindicación e intereses alcanzan a todas las personas, pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo e inexistente".

Estos plantean un conjunto de prestaciones exigibles ante el Estado y los grupos económico-sociales, en aras de obtener de estos determinados comportamientos positivos. Implican la promoción del bienestar y el desarrollo máximo de las facultades físicas, espirituales e intelectuales de las personas; amén de la búsqueda del aseguramiento de una existencia y coexistencia acorde con su calidad y condiciones de "seres humanos".

En ese contexto, el Estado interviene activamente como tutor, promotor, regulador y hasta como gestor del bienestar general y la procura de la igualdad real en favor de sus miembros, en aras de resolver la "cuestión social".

En ese marco aparecen los derechos sociales, los derechos económicos y los derechos culturales.

Los derechos sociales son aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas en relación a otros, por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, o sea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida no acordes con la dignidad humana.

Asimismo, incide en el despliegue de políticas públicas para el acceso general a la

educación, salud, trabajo, etc.

En puridad, asumen una función equilibradora ante la existencia de exclusión, desigualdad e inequidad social y económica.

Los derechos económicos son aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos insertos en las relaciones de producción como prestadores de trabajo. Ello con el objeto de dotarlos de un status económico acorde con el esfuerzo físico o intelectual desplegado en la relación laboral.

Adicionalmente, se incluyen como tales los vinculados con el ejercicio de las actividades económicas y los adscritos a las personas que actúan en el mercado como consumidores o usuarios.

Los derechos culturales son aquellas facultades que permiten a la persona acceder a los aspectos cualitativos del mundo reflejados en los bienes de la educación, el arte y la cosmovisión cultural en un Estado pluriétnico y pluricultural.

Fomenta el respeto al conjunto de ideas, comportamientos y cosmovisiones sociales establecidas y transmitidas generacionalmente.

Como expone Antonio E. Pérez Luño [Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1993] estos permiten "a cada uno de los ciudadanos hacer suyo el ideal fáustico de que [...] todo lo que sea dado por la humanidad lo quiere gustar dentro de sí mismo, captando con su espíritu lo más alto y lo más profundo".

En ese contexto, se trata también de otorgar tuitividad a aquellos grupos humanos que vivencian un comportamiento comunitario disímil como consecuencia de una peculiar identidad étnica y cultural. Ello, en aras de preservar la "personalidad histórica" y los conocimientos, experiencias y percepciones heredadas por las distintas generaciones de los pueblos que integran un Estado.

Esta "identidad" se sustenta en la capacidad de desarrollo de las potencialidades comunitarias en un espacio-tiempo determinado.

Así, lo cultural comprende los valores, las creencias y el patrimonio científico, artístico e institucional que redundan en un estilo de vida, por el cual una comunidad se expresa, desarrolla, define, identifica y diferencia de los restantes.

En puridad, los derechos de segunda generación importan el afianzamiento de la solidaridad, el principio-derecho a la igualdad y el derecho al desarrollo de la personalidad Su reconocimiento se manifiesta primigeniamente en la Constitución mejicana (1917), la

Constitución alemana (1919) y la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (1918).

Cabe señalar que estos textos heredan los reconocimientos consagrados en la Constitución francesa de 1791, la Declaración francesa de Montagnarde de 1793 y el preámbulo de la Constitución francesa de 1848.

- Los derechos humanos de tercera generación
Reciben tal denominación por ser cronológicamente los últimos en alcanzar reconocimiento y protección formal a través de la legislación positiva.

Su aparición se encuentra vinculada con el auge del denominado solidarismo jurídico. Por ende, responden al avocamiento de la comunidad internacional por la creación de un orden mundial sustentado en la protección extranacional y colectiva de ciertos derechos cuya titularidad recae en la humanidad en su conjunto.

Dicho bagaje ideológico se sustenta en el reconocimiento de la entera comunidad de intereses y responsabilidades en torno a determinados derechos que rebasan con largueza la esfera estatal; amén de trasladar el respeto de la autodeterminación de la voluntad política al ámbito transnacional. Por ende, promueve el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, etc.

Los derechos humanos de tercera generación se inspiran en una «cierta» concepción de la vida humana en una comunidad global. En esa perspectiva solo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos los individuos, los estados y hasta las entidades y órganos internacionales públicos y privados.

La naturaleza jurídica de estos se enmarca dentro de los derechos de la personalidad; habida cuenta que tienen como fin la satisfacción de necesidades de tutela que presentan determinadas situaciones de gran relevancia, por afectar directamente a la persona. Por lo tanto, provocan un movimiento de sensibilidad jurídica, y son, por la misma esencia de la vida en sociedad, mutables según el contexto histórico al que se hagan referencia.

Su reconocimiento formal se manifiesta primicialmente en la Declaración de los Derechos de los Pueblos (Argel, 1974), la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río, 1992), etc.

b) Segunda clasificación: Por el status del titular del derecho
De acuerdo con dicha distinción los derechos fundamentales pueden ser de personalidad y de ciudadanía.

Los derechos de personalidad son aquellos que se reconocen por el acto de nacimiento. Así, desde ese momento se acredita la titularidad en el titular de una pluralidad de facultades. Tal el caso del derecho a la libertad personal, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la salud, etc.

Los derechos de ciudadanía son aquellos que se reconocen a los nacionales que por mandato de la Constitución se encuentran aptos para establecer una relación jurídica con el Estado, a efectos de participar políticamente en los asuntos de interés público. Tal el caso del derecho a ser elegido, el derecho al uso de los mecanismos de democracia directa, etc.

c) Tercera clasificación: Por su categoría jurídica
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser identitarios o materiales.
Los derechos identitarios son aquellos que reconocen un conjunto de facultades vinculadas con la identificación, diferenciación y personificación singular en la vida social y en la vivencia interior. Así, aparecen de un lado el derecho al nombre, a la imagen, a la voz, etc.; y del otro, aquellos que hacen hincapié en la experiencia moral y ética del hombre como ser autodeterminativo; tal el caso de la libertad de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de opinión, etc.

Los derechos materiales son aquellos que reconocen un conjunto de facultades vinculadas con el goce o disfrute de bienes tangibles. Tal el caso del derecho a la propiedad, el derecho a la herencia, el derecho de los consumidores y usuarios, etc.

d) Cuarta clasificación: Por su naturaleza jurídica
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser de libertad, de prestación y concurrentes.

Los derechos de libertad son aquellos que comprenden un conjunto de facultades vinculadas con el albedrío y la autodeterminación de las actividades de la persona en pleno de la vida existencial y coexistencial. Ergo, implican correlativamente el deber estatal de no hacer. Tal el caso de la libertad de tránsito, la libertad de residencia.

Los derechos de prestación son aquellos que comprenden un conjunto de facultades vinculadas con la exigencia de obtener o alcanzar algo de la comunidad política. Ergo, implican correlativamente el deber estatal de hacer. Tal el caso del derecho a la salud, el derecho a la educación, etc.

Los derechos concurrentes son aquellos que a pesar de encontrarse estructurados e insertos dentro de otros, por decisión del legislador aparecen con una configuración

autónoma. Tal el caso del derecho a no ser torturado.

e) Quinta clasificación: Por su forma de enunciación
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser expresos, implícitos y asimilados.

Los derechos expresos son aquellos que se encuentran, específica y literalmente mencionados en un texto constitucional. Tal el caso del derecho al trabajo, al debido proceso, etc.

Los derechos implícitos son aquellos que se encuentran "insertos" dentro de alguna de las categorías, principios o instituciones recogidas en un texto constitucional o un tratado. Se trata de facultades deducidas por la vía de la interpretación.

Al respecto, el artículo 3 de la Constitución señala que "la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo –referidos a los derechos fundamentales de la persona– no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Cabe señalar que en el caso Genaro Villegas Namuche (Expediente N° 02488-2002-HC/TC) el Tribunal Constitucional estableció como derecho implícito el denominado derecho a la verdad. Asimismo, en el caso Fernando Zevallos González (Expediente N° 04124-2004-HC/TC) se reconoció el derecho al plazo razonable, etc.

Los derechos asimilados son aquellos que si bien se encuentran previstos en los tratados sobre derechos humanos, empero, no aparecen insertos en la Constitución; tal el caso del derecho de respuesta contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su inserción aparece como consecuencia de la interpretación concordada entre el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final de nuestro texto básico.

f) Sexta clasificación: Por su inserción legislativa
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser arraigados o instituidos.

Los derechos arraigados son aquellos reconocidos comúnmente en todos los textos constitucionales. Tal el caso del derecho a la libertad, el derecho a la integridad, etc.

Los derechos instituidos son aquellos que en función a una circunstancia específica suscitada en un Estado, generan un reconocimiento singular. Tal el caso nuestro en relación al derecho al pasaporte. Este ha sido objeto de inserción en la Constitución, tras la lamentable experiencia sufrida por los exiliados durante los períodos de dictadura.

g) Sétima clasificación: Por las circunstancias políticas
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser ordinarios y extraordinarios.
Los derechos ordinarios son aquellos que se ejercen plena y regularmente en el marco de una situación constitucional.
Los derechos extraordinarios son aquellos que pueden ser ejercidos en el contexto de una situación de anormalidad política que pone en peligro el Estado de Derecho. Tal el caso del derecho a la insurgencia y el derecho a la insumisión.

h) Octava clasificación: Por el grado de goce
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser regulables o no regulables.
Los derechos regulables son aquellos que en la generalidad pueden ser objeto de una configuración legal que los hace limitables en su goce. Tal el caso de la libertad de reunión, la libertad de tránsito, el derecho a la propiedad.
Los derechos no regulables son aquellos que excepcionalmente tienen el carácter de absolutos; por ende, no admiten ningún tipo de limitación. Tal el caso de la libertad de conciencia y la proscripción de la tortura.

i) Novena clasificación: Por su ubicación estructural
De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden encontrarse concentrados o dispersos.

Los derechos fundamentales concentrados son aquellos que se encuentran insertos estructuralmente en la parte dogmática de la Constitución.

Los derechos fundamentales dispersos son aquellos que se encuentran diseminados indistintamente en las diferentes partes de la Constitución (parte dogmática, parte orgánica, fórmula económica, fórmula de revisión, etc.).

LA PERSONA Y SUS CATEGORIZACIONES JURÍDICAS

El derecho ha distinguido el rol y facultades de la persona en relación a su actuación en la sociedad política y sociedad civil; tales los casos de lo establecido en su condición de nacional, ciudadano, contribuyente y consumidor o usuario, entre otros aspectos.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El nacional es aquella persona con vínculo jurídico-político con un Estado, en razón de la aplicación de reglas del ius soli, ius sanguini o la naturalización.

La nacionalidad es la calidad jurídica atribuida a una persona en razón de su entroncamiento con la Nación jurídicamente organizada a la que pertenece.

Eduardo Jiménez de Arechaga [El derecho internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos, 1980] la define como "una relación jurídica entre una persona y el Estado, que se caracteriza por la existencia de derechos y deberes recíprocos".

En puridad, es el atributo adjudicable a los integrantes de un Estado; como tal, es el signo de "identificación" de los miembros adscritos a un cuerpo político.

La nacionalidad se manifiesta de una doble manera:

- Es social porque representa un nexo con los usos y costumbres de una Nación determinada.
- Es jurídico-política porque crea derechos y obligaciones entre las personas, amén de manifestar implícitamente un sometimiento al poder político establecido en el respectivo Estado.

La historia del derecho permite señalar que la nacionalidad entendida como un atributo que se extendía al individuo por gracia del Estado, ha pasado a convertirse en un derecho fundamental de la persona; ello aun cuando le corresponde a cada uno en particular el ejercicio pleno de su soberanía, los requisitos jurídicos exigibles para determinar la condición de nacionales, al extremo de adjudicarla de manera imperativa e inconsulta.

José Pareja Paz Soldán [Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1981] señala que los nacionales son los individuos que conforman el Estado; identificándose por ello con una colectividad determinada, por lo que se distinguen al mismo tiempo de los extranjeros.

Debe dejarse constancia de que el nacional debe lealtad al Estado; a cambio de ello tiene el derecho de ser protegido por la organización política.

En relación a la nacionalidad, la doctrina ha señalado los principios siguientes:

- Toda persona tiene el derecho a una nacionalidad
Con este principio se busca evitar que se produzca la condición del apátrida, que es asignable aquella persona que carece de una nacionalidad o ha sido despojada de ella.

Es constatable casuísticamente que dicha condición emerge ya sea porque una persona no tiene una nacionalidad de origen o ha perdido esta sin posibilidad de adquirir otra por la vía de la naturalización, etc.

- Ninguna persona puede ser despojada arbitrariamente de su nacionalidad
Con este principio se busca evitar que por razones inicuas se le prive del derecho a su nacionalidad.

No debe olvidarse que durante el gobierno militar del general Manuel A. Odría se despojó la nacionalidad a Víctor Raúl Haya de la Torre y durante el gobierno del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) se procedió a similar arbitrariedad contra los periodistas Manuel D'Ornellas y Eudocio Ravines.

En nuestro caso, a tenor de lo establecido en el artículo 53 de la Constitución no existe forma alguna de legitimar la pérdida no voluntaria de la nacionalidad.

- Ninguna persona puede ejercer simultáneamente dos o más nacionalidades
Con este principio se busca evitar que una persona ejerza en un mismo lugar y momento, de los beneficios y derechos emanados de diferentes nacionalidades.

- Toda persona tiene el derecho expectaticio a cambiar de nacionalidad
Con este principio se reconoce la libertad de la persona, así como la verificación del fundamento básico de la nacionalidad; la cual descansa en la aspiración de querer compartir un destino y una vida en común en una determinada nación.

La aceptación de incorporación está sujeta a la discrecionalidad de cada Estado.

En lo que se refiere a los tipos o modos de adquirir la nacionalidad, la doctrina reconoce como tales al originario y al derivado:

a) Modo originario
Dicha adquisición se sustenta en el nacimiento de una persona. Este modo admite tres posturas jurídicas:

- El sistema de ius sanguini. Radica en la aplicación del "derecho de sangre", que consiste en otorgar al infante la nacionalidad que tienen los padres en el momento que se produce su nacimiento (sistema auspiciado con el auge de la Roma antigua). La filiación determina la vinculación con un Estado. En este caso es irrelevante, el lugar donde se produjo el nacimiento. Este sistema es el de mayor antigüedad y es un rezago del derecho personalista de los romanos. Es aplicado preferentemente por los estados de Europa y Asia, inspirados en el propósito de conservar el vínculo con aquella parte de su población que reside en el extranjero.
- El sistema de ius soli. Radica en la aplicación del denominado "derecho a la tierra", haciendo abstracción de la filiación (sistema auspiciado con el auge del feudalismo). Consiste en el otorgamiento de la nacionalidad del Estado en

cuyo territorio se produjo el nacimiento. En este caso resulta irrelevante, para la adquisición de la nacionalidad, la que tengan los padres en el momento en que se produjo el nacimiento.

- El sistema dual. Radica en la aplicación simultánea y paralela de los anteriores sistemas dentro de un mismo Estado; empero dicha aplicación sucede en casos específicamente establecidos y diferenciados. Este es el sistema que se aplica en nuestro país.

b) Modo derivado

Dicha adquisición se sustenta en hechos o circunstancias posteriores al nacimiento de una persona. Este modo admite las posturas siguientes:

- La adquisición de la nacionalidad por adopción. En esta modalidad se produce por la manifestación de voluntad de una persona de asumir una nueva nacionalidad. Es el caso de la naturalización. Esta requiere también la emisión de un acto estatal de avenencia a admitir a un extranjero como nacional; ergo, plantea un concurso de voluntades: así, debe existir la voluntad de un residente extranjero de convertirse en nacional de otro Estado, y la concesión graciosa de dicho cuerpo político de acceder a la petición. Esta modalidad implica el acceso a la nacionalidad en razón de haberse acreditado la radicación en el territorio de un Estado, con ánimo de permanencia física y realización personal dentro de él. Su gestación se inicia con una manifestación de voluntad por parte de la persona interesada, y se consuma por una expresa decisión estatal de admitirla en su seno. En este caso no existe per se un derecho a alcanzar necesaria e irremisiblemente la nacionalidad por la vía de la naturalización, ya que el Estado tiene reservada la prerrogativa de admitir o desestimar la solicitud del peticionante. El cuerpo político emite un acto de libre arbitrio; por ende, su determinación de desestimación no requiere ser motivada, así como tampoco puede discutirse su razonabilidad por la vía judicial. Usualmente la naturalización no lleva necesariamente a equiparar la situación jurídico-política del naturalizado con la del nacional de origen: es el caso del Estado peruano, en donde existe reserva en favor del último para acceder a los más importantes cargos públicos (presidente de la República, congresistas, ministros, etc.). La excepción a esta regla puede encontrarse en los Estados Unidos.
- La adquisición de la nacionalidad por opción. En esta modalidad una persona adquiere una nueva nacionalidad en un acto de elección autorizado por la ley. Tal el caso de una persona nacida fuera del territorio, hijo de padres extranjeros que reside en el Perú desde los cinco años y que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según la legislación interna, manifiesta su voluntad de serlo ante la autoridad competente. Asimismo, la persona extranjera residente por dos años y unida en matrimonio con un nacional o las personas con mayoría de edad nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos.

En cuanto al problema de la doble nacionalidad, Guillermo Cabanellas de Torres [Diccionario de derecho usual. Buenos Aires: Heliasta, 1979] señala que hace referencia a aquella posesión –por parte de una persona– de derechos políticos y civiles de dos estados. Sin embargo, estas facultades no pueden ser ejercidas simultáneamente dentro del territorio de un mismo Estado.

La doble nacionalidad puede presentarse desde las perspectivas siguientes:

- La situación concordada. La doble nacionalidad es el producto de la situación en que dos legislaciones estatales coordinadas entre sí, consideran simultáneamente a una persona con derecho a la doble nacionalidad.

- La situación no concordada. La doble nacionalidad es el producto de la situación en que dos legislaciones estatales sin coordinación alguna entre sí, consideran simultáneamente a una misma persona como nacional.

La ciudadanía es la calidad asignable a aquellos nacionales que por mandato de la Constitución se encuentran dotados de la capacidad para ejercer los derechos políticos. Se trata de un status jurídico que permite el goce de determinados derechos y atribuciones vinculadas con relación al Estado y a la participación en los asuntos de interés público.

José Pareja Paz Soldán [Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1981] refiere que la nacionalidad es el género y la ciudadanía la especie. La primera de las citadas es una categoría jurídica que contiene, entre otras, la noción de la segunda. En tal sentido, la nacionalidad es un requisito indispensable para el ejercicio de la ciudadanía.

Domingo García Belaunde [Esquema de la Constitución peruana. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1992] señala que para ser ciudadano de un Estado se requiere previamente ser nacional de este.

Dicho concepto hace referencia a un derecho derivado de la nacionalidad; se trata, en esencia, de una consecuencia de ser nacional de un Estado.

Se rige por la existencia de las reglas siguientes:

- La persona tiene derecho a una nacionalidad.
- El nacional, en caso de cumplir con todas las exigencias que señala la legislación de su Estado puede convertirse en ciudadano.
- La persona que pierde la condición de nacional, ipso facto deja de ser ciudadano.
- La persona que es suspendida en su condición de ciudadano, no necesariamente sufre similar consecuencia en su condición de nacional.

En consecuencia todo ciudadano es siempre un nacional, pero no todo nacional es siempre ciudadano.

El artículo 30 de la Constitución señala como requisitos para alcanzar la ciudadanía, el ser peruano, mayor de dieciocho años e inscribirse en el registro electoral.

El contribuyente es aquella persona natural o jurídica a quien la ley impone una carga pecuniaria derivada de un hecho imponible.

El referido hecho se asume como un presupuesto de naturaleza jurídica o económica, cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria.

El contribuyente es quien se encuentra obligado a "soportar" patrimonialmente el pago de los tributos señalados por el Estado (impuestos, tasas, contribuciones), con el fin de financiar las obligaciones del ente estatal, en pro de la satisfacción de las necesidades generales de la población.

Cabe recordar que la potestad tributaria es aquel atributo que tiene el Estado para imponer el pago de los tributos.

El Tribunal Constitucional en el caso Roberto Nesta Brero (Expediente N° 00008-2003-AI/TC) ha señalado que dicha potestad se encuentra sujeta a los límites impuestos por la Constitución y la ley.

En beneficio del contribuyente opera el principio de capacidad contributiva; esta pauta basilar consiste en la determinación de la base imponible para la estimación de la erogación individual, con que cada sujeto debe contribuir a financiar el gasto público.

Jorge Bravo Cucco [Fundamentos de derecho tributario. Lima: Palestra, 2006] señala que dicho principio se exterioriza a través de tres indicadores de riqueza: la renta, el consumo y el patrimonio.

Alejandro Menéndez Moreno [Derecho financiero y tributario. Lecciones de Cátedra. s.l.: Lex Nova, 2002] expone que el índice más significativo es la renta.

Dicha capacidad contributiva expone la posibilidad económica de una persona para pagar impuestos.

Héctor Villegas [Manual de finanzas públicas. Buenos Aires: Depalma, 2000] consigna que "la capacidad contributiva, llamada también capacidad de pago [...] puede ser entendida como la aptitud económica de los miembros de la comunidad para contribuir a

la cobertura de los gastos públicos".

En puridad, dicha pauta basilar apunta a resguardar al contribuyente de los excesos impositivos del Estado.

El Tribunal Constitucional en el caso Roberto Nesta Brero (Expediente N° 00033-2004-AI/TC) ha hecho referencia sobre la aptitud económica del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligación tributaria. Esta se sustenta en la presencia de hechos reveladores de riqueza (capacidad económica) que luego de ser sometidos a la valorización del legislador y conciliados con los fines de naturaleza política, social y económica, son elevados al rango de categoría imponible.

El consumidor es aquella persona que celebra un contrato que le permite el acceso a bienes en el marco de una economía de mercado; en tanto que el usuario es aquel que requiere el acceso a servicios públicos a cargo del Estado o entidades privadas (agua, luz, telecomunicaciones, transporte, etc.).

Dicho acuerdo de voluntades celebrado con el productor o prestador del servicio, crea derechos y obligaciones cuyo cumplimiento puede ser exigido ante una autoridad administrativa o jurisdiccional según sea el caso.

Estos gozan de una facultad especial de protección, en razón a que los consumidores y usuarios devienen en el fin de toda actividad económica, es decir, con ellos se cierra el círculo económico satisfaciendo su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios.

El artículo 65 de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresada en el caso Roberto Nesta Brero (Expediente N° 00008-2003-AC/TC) reconocen la existencia de las facultades siguientes: el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado; el derecho a su salud y seguridad relacionado con situaciones derivadas de su condición; el derecho de acceso al mercado; el derecho a la protección de sus intereses económicos (menor costo y mayor calidad); el derecho a la indemnización por daños y perjuicios; y el derecho a la defensa corporativa.

La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana: Breves Apostillas Críticas[1]

Por: Gerardo Eto Cruz[2*]

SUMARIO:

1. Las primeras aproximaciones teóricas del control de convencionalidad. 2. El modus operandi del control de convencionalidad en el ámbito interno. 3. Elementos y características en la evolución del control de convencionalidad. 3.1. Características del control de convencionalidad. 3.2. El control de convencionalidad debe ser realizado ex oficio bajo los marcos de competencias y de sus regulaciones procesales. 3.3. La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la impartición de justicia en todos los niveles. 3.4. El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública. 3.5. El parámetro del control de convencionalidad se extiende a diversos tratados de derechos humanos. 3.6. El control de convencionalidad tiene igualmente como parámetro las opiniones consultivas. 4. La obligación de los Estados de adecuar su legislación interna a los parámetros del control de convencionalidad. 5. La eficacia interpretativa del control de convencionalidad. 6. El valor de los fallos de la Corte IDH: breve deslinde entre la cosa juzgada ordinaria, la cosa juzgada constitucional y la cosa juzgada convencional. 7. El control difuso de convencionalidad. 7.1. La subsidiaredad del control convencional. 7.2. Jurisprudencia de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales de América Latina: el diálogo interjurisdiccional. 8. La posición del Tribunal Constitucional peruano. Epílogo.

1. Las primeras aproximaciones teóricas del control de convencionalidad

Lo que hoy ha tomado cuerpo en el marco de la jurisdicción supranacional en América Latina, bajo el *nomen iuris* de ***"Control de Convencionalidad"*** no ha surgido de un momento a otro[3]. Ha significado un proceso evolutivo[4] en la que si bien, subyacente en la Corte IDH, su rol de garante y guardián de la Convención Americana, tuvo que existir un punto de quiebre en la que este órgano jurisdiccional internacional delineara o esbozara los primeros elementos constitutivos de los que es el hoy denominado Control Convencional[5].

Si hoy empieza a analizarse en perspectiva histórica, lo más probable es que aún resulta prematuro establecer el rol de la Corte IDH en la Región. Dado que a la fecha, diera la impresión que, en el afán

---

1 Lo que a continuación viene, constituye la transcripción oficial de los fallos que la propia Corte IDH ha divulgado a través del "*Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*", cuya presentación lo suscribe el entonces Presidente de la citada Corte, Humberto A. Sierra Porto y la edición estuvo a cargo del profesor Claudio Nash. De nuestra parte, a dichos fallos o sentencias convencionales le hemos hecho un comentario previo y breve que corresponde a nuestra autoría y absoluta responsabilidad. El afán es incorporar a la jurisprudencia constitucional nuestra, un contraste mínimo bajo el paradigma contemporáneo del Control Convencional. Sobre todo, dirigido a los magistrados y fiscales a fin de que exista la posibilidad de que se llegue a impulsar progresivamente el control difuso de convencionalidad.

2 Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Teoría Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Teoría General de los Derechos Humanos en las Universidades Nacional de Trujillo, Universidad de San Martín de Porres y la Academia de la Magistratura. Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y Ex Director del Centro de Estudios Constitucionales.

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

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

5 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel: El control de convencionalidad, Temis, Bogotá, 2014.

de tutelar el derecho internacional de los Derechos Humanos se produce una intromisión que afecta a ese espacio hoy cada vez más reducido de soberanía y discrecionalidad gubernamental[1]. En ese rol, potentes órganos de poder fáctico que se producen en la dinámica política y constitucional como son hoy las ONG convertidas en grupos de presión, sumado a un rol mediático e ideológico de la prensa[2], generan un rol que surca los horizontes de los árboles y los bosques de los sistemas políticos que ven en los tribunales internacionales una suerte de invasión a sus soberanías.

Pero si observamos el rol igualmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional[3], la era de la posmodernidad ha desencadenado un nuevo orden mundial bajo complejos crecimientos por un lado y asimetrías por otro[4].

EL siglo XXI ha llegado con una población planetaria de, aproximadamente, 7350 millones de habitantes. Todo ello genera una revolución tecnológica en los transportes y las comunicaciones, las redes de la globalización posicionan el comercio internacional, las migraciones, las grandes transnacionales, impulsan una integración de la economía mundial[5]. A ello se suma el dominio de metrópolis que posesionan el manejo de las políticas comerciales y las finanzas[6].

Estos escenarios han generado una globalización cultural en el mundo occidental[7]. Surgen así las nuevas concepciones de entendimiento de la realidad, con nuevos paradigmas que hoy se imponen: multiculturalismo, pluralismo jurídico, concepciones de género, etc.[8].

En este contexto, el fenómeno que pobló las ideas y las concepciones de los Estados contemporáneos como la soberanía, la libre autodeterminación de los pueblos, hoy si bien se mantiene[9], la evolución

1 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "El control de convencionalidad y sus problemas" en Pensamiento Constitucional N° 20 Lima, 2015. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 135-160; del mismo autor y al alimón con PALOMINO MANCHEGO, José: El control de convencionalidad en el Perú en Pensamiento Constitucional N° 18 Lima, 2013. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 223-241.

2 Al respecto puede consultarse como una breve muestra la bibliografía existente sobre el poder mediático de la prensa, entre otros tenemos: CASTELLS, Manuel: Comunicación y Poder, Siglo XXI Editores, México, 2011; RODRÍGUEZ, Esteban: Justicia mediática: la administración de la justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; BASTERRA, Marcela y ESPINOZA SALDAÑA BARRERA, Eloy: El Derecho de Acceso a la Información Pública, Editorial Adrus, Lima, 2009; NESPRAL, Bernardo: Manual de Periodismo Judicial, Edit. García Alonso, Buenos Aires, 2005; SCHULIAQUER, Ivan: EL Poder de los Medios: seis intelectuales en busca de definiciones, Edit. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2014; M. FISS, Owen: Democracia y Diseño. Una Teoría de la Libertad de Expresión, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010; DE MORAES, Dênis, RAMONET, Ignacio, SERRANO, Pascual: Medios, Poder y Contrapoder, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2013; VILLARRUEL, Darío: Injusticia mediática: Cuando el periodismo quiere ser juez, Sudamericana, Buenos Aires, 2014; DE VEGA RUIZ, José Augusto: Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación, Edit. Universitas, Madrid, 1998.

3 HERNÁNDEZ HOYOS, Diana: Derecho Internacional Humanitario. La Corte Penal Internacional (CPI), Estructura y sus funciones. Edit. Nueva Jurídica, Bogotá, 2017.

4 CANOSA USERA, Raúl: El control de convencionalidad, Edit. Civitas, 2015; p. 45 y ss.

5 FERRER, Aldo: Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial, FCE, México 1998. Igualmente, puede verse en BAUMAN, Zygmunt: La globalización. Consecuencias humanas, FCE, Traducción de Daniel Zadunnisky, 2017, p. 63 y ss.

6 CHOMSKY, Noam: Hegemonía o supervivencia: la estrategia imperialista de Estados Unidos. Traducción de Miguel Izquierdo, Edit. B, Barcelona, 2016, p.195 y ss.

7 LIPOVETSKY, Gilles y JUVIN, Hervé: El Occidente globalizado Un debate sobre la cultura planetaria, Anagrama Edit., Trad. de Antonio-Prometeo Moya, Barcelona, p. 105 y ss.; igualmente a EAGLETON, Terry: Cultura, Trad. De Belén Urrutia, Taurus, Barcelona, 2017, p. 13 y ss.

8 MACRIDIS, Roy C. y HULLIUNE, Mark: Las ideologías políticas contemporáneas. Alianza Editorial; p. 345 y ss.

9 GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio: Constitución y ordenamientos supranacionales Prólogo de Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 103 y ss; igualmente puede consultarse PASTOR RIDRUEJO, José A.: Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales,

de estas ideas-fuerza se encuentran relativizadas, con estos factores externos, pero condicionantes, que generó y desencadenó la Segunda Guerra Mundial, creando una serie de Instituciones del Derecho Internacional Público[1]. Corolario de esta evolución quedaron impregnados las grandes Declaraciones, Pactos o Tratados, en donde se afirma y respeta la vida, la libertad y la dignidad de los seres humanos.

Tuvo que pasar una amarga, dolorosa, y cruenta experiencia en los genocidios de los sistemas totalitarios que banalizaron el mal[2], a pesar que, en las últimas décadas del S. XX se afirmaron sendas declaraciones de lo que hoy se conoce como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, nuevas formas de refinamiento del mal y de la maldad humana surgen y resurgen en la era contemporánea a nivel real[3] y virtual[4].

El rol que se le ha asignado a la Corte, en el marco del Sistema de protección internacional de los Derechos Humanos, es determinante en los Estados latinoamericanos. Este rol no siempre es bien recibido por los Estados emplazados por un Control Convencional. Así, mientras voces levantísticas de determinados gobiernos cuestionan y amenazan con salir y denunciar los tratados convencionales, otros simplemente recepcionan y acatan los fallos de la Corte IDH[5].

Como ya se verá en su momento, la propia Corte ha creado un *margen de apreciación nacional*[6] que deben tener las jurisdicciones supranacionales a fin de que el control no sea de un absolutismo impositivo. En este juego de control entre el orden interno y el orden jurídico internacional, los escenarios contemporáneos tienen un desarrollo progresivo, paulatino y relativamente equilibrado[7].

El primer punto de inicio que marca históricamente el Control Convencional se gesta con el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Allí la Corte IDH establece los lineamientos de los conflictos que se presentan dentro del ordenamiento interno.

En el Caso Almonacid Arellano, la Corte IDH hace una interpretación determinante frente a la disyuntiva que se le presenta a los jueces nacionales entre aplicar el orden interno o el orden convencional. Lo que a continuación se transcribe, ya se delinea la potestad convencional del que se encuentra investido el juez nacional: si bien ellos están sujetos a aplicar el imperio de la ley y las disposiciones del orden jurídico interno, si dichas normas son contrarias a la Convención, se debe aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

> "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella,

Tecnos, Decimoquinta Edición, Madrid, 2011.

1 HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L.: Derecho Internacional de los Derechos Humanos Ediar Edit, 2da Edic. 2007, 4 Volumen, Buenos Aires.

2 ARENDT, Hannah: Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal.Traducción de Carlos Ribalta Edit. Lumen, Buenos Aires, 2012.

3 WOLFE, Allan: La maldad política. Qué es y cómo combatirla?, Trad. de Ana Herrera, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2013.

4 CASAS HERRER, Eduardo: La Red Oscura, Edit. La Esfera de los Libros, Madrid, 2017.

5 Puede revisarse dos trabajos puntuales: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coordinadores): Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos, Edit. Tirant Lo Blanch, México, 2013; y SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: Control de Convencionalidad, Interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencial, Edit. Porrúa, México, 2014.

6 GARCÍA ROCA, Javier: "Margen de apreciación nacional", en: Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 2da Edición, FERRER MAC GREGOR, (Coordinadores), UNAM IIJ México. 2014, p. 915-917.

7 GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio: Op. Cit., p. 287 y ss.

lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: **Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173."**

2. El modus operandi del control de convencionalidad en el ámbito interno

Al año siguiente de que la Corte IDH emite el fallo Almonacid Arellano (2006), en el 2007 a través del Caso Boyce y otros vs. Barbados, precisa cómo es que deben los jueces nacionales ejercer el control convencional.

En rigor, también debe advertirse que, en los hechos este control tampoco resulta una revolución copernicana en el Derecho Internacional. Y es que la misma Corte IDH advierte a los tribunales locales que frente a un conflicto entre las normas internas (incluyendo la constitucional) y el Tratado Internacional, prima este último en virtud al mandato expreso de la Convención de Viena que regula el régimen de los Tratados en los actuales escenarios contemporáneos.[1]

La metodología que precisa la Corte en este Fallo radica en que los jueces nacionales no sólo deben ejercer el clásico control constitucional de sus normas; sino que también la interpretación debe consistir en ver si tal norma infraconstitucional, digamos una ley, resulta "convencional". Veamos las partes pertinentes:

Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

> "La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.
>
> El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era "convencional". Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que[:]
>
> "[E]l Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas […] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."
>
> En concordancia con lo expuesto, la Corte ha expresado en otras oportunidades que una

1 MOTANO BONILLA, César: La interpretación de los tratados, Edit. MBA, Montevideo, 1985.

"cláusula de exclusión" que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida.

En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento."

3. Elementos y características en la evolución del control de convencionalidad

Como se ha señalado en líneas precedentes, a partir del caso Almonacid, la Corte IDH sienta el precedente doctrinario de control en sede interna, habilitando a las autoridades judiciales a realizar un examen interpretativo de cualquier norma interna (Constitución, Leyes, normas infralegales, jurisprudencia, etc.) a fin de verificar si entre estos productos normativos internos de un país compatibilizan o no con el *corpus iuris interamericano*. En caso no exista incompatibilidad, dichas autoridades judiciales tienen por imperio de los tratados internacionales, la obligación de inaplicar o de abstenerse de aplicar las normas cuya interpretación desde el canon del bloque de convencionalidad, resultan ser inconvencionales.

El caso Almonacid, como recuerda el actual Presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer, ha sido reiterado en más de 20 sentencias posteriores, si bien con matices y siempre en el marco evolutivo de afirmar y consolidar dicho control, y entre estos fallos destacan: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008), Radilla Pacheco vs. México (2009), Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), Gelman vs. Uruguay (2011).[1]

3.1. Características del control de convencionalidad

El Control de Convencionalidad ostenta determinadas características que son las siguientes:

3.2. El control de convencionalidad debe ser realizado *ex oficio* bajo los marcos de competencias y de sus regulaciones procesales

Esta característica ha sido diseñada en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, fallo que corresponde al 24 de noviembre del 2006, en este caso señala la Corte IDH que los órganos jurisdiccionales no solo están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad. Se trata de la *intensidad* con la que la autoridad debe efectuar el control del bloque convencional. Por esta característica, la Corte IDH le otorga a los jueces nacionales la potestad de *inaplicar* de oficio cualquier norma que contraviene al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en los hechos lo que ha desarrollado el Sistema Interamericano es utilizar el control difuso de constitucionalidad en el control difuso de convencionalidad. Apreciamos lo que oficialmente ha dispuesto la Corte IDH:

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus

1 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: "Control de Convencionalidad (sede interna)", en: *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Op. Cit., p. 236-240.

disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el mismo sentido: **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151."**

3.3. La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la impartición de justicia en todos los niveles

Esta segunda característica es la que debe identificar que órgano o autoridad es la que debe ejercer el control. Aunque en este tema la Corte IDH ha tenido una oscilante postura y que ha llegado a sostener que cualquier autoridad estatal se encontraría investida de ejercer dicho control convencional; este aspecto si resulta ser muy opinable, pese a que lo diga la misma Corte. De nuestra parte somos de la opinión que las autoridades investidas deben ser de naturaleza jurisdiccional y no cualquier tipo de autoridad porque ello puede resultar contraproducente. Con todo, el decantamiento y los derroteros aún no logran definirse en la estructura interna del pensamiento convencional de este tribunal interamericano. Y esperamos que la Corte IDH en algún momento defina con su actual presidente una postura uniforme y determinante en el sentido de que el control difuso de convencionalidad solo debe reposar en las pregorrativas de los jueces en los países de la región, extender el control a cualquier autoridad no le hace bien al modelo y a la filosofía de la jurisdicción convencional en sede interna.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.
De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competen-

cia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar […], en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.

3.4. El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública

La Corte IDH a partir del caso que a continuación se transcribe (Gelman vs. Uruguay) ha llegado a ampliar el radio de tutela en torno a quienes son las entidades legitimadas para ejercer el control difuso de convencionalidad. En un primer momento sostuvo que eran los jueces, hoy sostiene que es el propio Estado a través de "todos sus órganos". No obstante, luego enfatiza que son "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia". Reiteramos nuestra crítica de que el control de convencionalidad constituye una atribución técnico – jurisdiccional y no puede ni debe extenderse a cualquier acto administrativo o gubernamental del Estado.

En este aspecto, existe una postura oscilante en la Corte IDH que en algún momento se tiene que decantar, si el control de convencionalidad se habilita a todas las autoridades, sin que éstas sean de naturaleza jurisdiccional.

Esta postura, en la práctica llegó en conjunto con los ordenamientos constitucionales de la región, dado que son sólo las autoridades judiciales las que, por imperio de la Constitución, se encuentran investidas para ejercer el control difuso de constitucionalidad y que, por ello mismo, se le habilita a ejercer en el mismo sentido y naturaleza el control difuso de convencionalidad. Este extremo que aquí afirmamos encuentra su peso y sustento en la propia doctrina de la Corte a través del llamado "*margen de apreciación nacional*".

Con todo, nos parece sumamente peligroso que la Corte IDH auspicie la tesis de extender prerrogativas y competencias a "cualquier autoridad" del Estado. Esta postura puede, paradójicamente, resultar no sólo contraproducente, sino que puede significar una anarquía en los ordenamientos internos de cada Estado, y el remedio, a la postre, puede resultar peor que la enfermedad.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

> "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.
>
> **239.** La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos

humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" […], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley". […]"

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

"Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia "todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad'"."

Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

"Además, ha dispuesto en el *Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños* que el Estado debe asegurar que la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. […]

Por otra parte, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad."

3.5. El parámetro del control de convencionalidad se extiende a diversos tratados de derechos humanos

El Control de Convencionalidad no sólo gira su *corpus iuris* en la Convención Americana de Derechos Humanos, si bien ella es su núcleo principal; en realidad se trata de un conjunto de Tratados que a lo largo de los años se han venido incorporando y por tanto, todos estos documentos, llámense Tratados, Convenios o Convenciones, constituyen el llamado bloque de convencionalidad; razón por la cual el

control gira desde el orden internacional de los Derechos Humanos hacia el orden interno.

Quiere esto significar que si existe algún derecho fundamental previsto en un tratado específico, ésta será la norma fundamental que se ve vulnerada por el orden jurídico interno de un Estado. A la postre, los escenarios de la posmodernidad giran en torno al conflicto que se puede confrontar entre dos grandes bloques: el regional de derechos humanos frente al bloque convencional, debiendo esas normas internas, en lo posible, ser interpretadas desde una perspectiva convencional.

Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

> "Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. En el mismo sentido: **Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262."**

3.6. El control de convencionalidad tiene igualmente como parámetro las opiniones consultivas

En este caso, la Corte Interamericana ha puesto de relieve que el parámetro para que pueda ejercerse el Control de Convencionalidad no sólo es su "bloque"; esto es el *corpus iuris interamericano* más su jurisprudencia; sino que este "bloque" se puede ampliar su espectro omnicomprensivo a otros ámbitos de la competencia no contenciosa o consultiva. A la postre, estima la Corte que la protección de los Derechos Humanos no sólo se manifiesta en los procesos contenciosos, sino también vía opiniones consultivas que pueden surgir desde su propio seno.

De nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta postura porque la esencia del control de convencionalidad radica en ser un proceso judicial de orden internacional; esto es, la Corte debe pronunciarse sobre conflictos concretos y, a partir de dichas resoluciones, crear precisamente su doctrina jurisprudencial. Con todo, cierto es que las opiniones consultivas, adelantan ya el criterio del pensamiento que va a tomar la Corte y se eliminan o generan expectativas y no se ven frustradas las posibilidades de entablar ya un contencioso convencional.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

> "[E]n relación con los argumentos del representante y de la Comisión […] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no

impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles."

4. La obligación de los Estados de adecuar su legislación interna a los parámetros del control de convencionalidad

Normalmente la filosofía que subyace en el paradigma contemporáneo del control de convencionalidad es que si se ha declarado fundado un proceso contencioso contra un Estado, este tiene que expulsar de su respectivo ordenamiento interno el "producto normativo" bien sea una norma, una sentencia o un acto de gobierno.

Pero también el control bien puede expresarse en que la norma objeto de cuestionamiento sea interpretada desde el bloque de convencionalidad. Si ello ocurre así, estamos ante una suerte de *sentencia interpretativa convencional*, en donde no se expulsa la norma en cuestión –o el "producto normativo"-, sino que se mantiene, pero su vigencia y aplicación tiene ya otra connotación hermenéutica: que se trata de una interpretación en conformidad ya no con la lealtad al bloque de constitucionalidad; sino al bloque de convencionalidad.

Cuando el control ha significado la expulsión de una norma por ser inconvencional, el Estado emplazado tiene que adecuar su legislación acorde a la filosofía convencional. Veamos:

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

> "El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente. (NdelE: Destacado no está en el texto original)"

Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

> "Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención

Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

El Tribunal valora positivamente el fallo Casal mencionado por el Estado en cuanto a los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana. El Tribunal también destaca que este fallo fue invocado por los tribunales al resolver los recursos de revisión interpuestos por Saúl Cristian Roldán Cajal, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, y que se hizo un control de convencionalidad sobre el alcance del derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Sobre el fallo Casal, el Estado explicó la manera en que funciona el sistema de control constitucional con base al cual los criterios que se desprenden del mismo en materia del derecho de recurrir del fallo deben ser aplicados por los jueces argentinos en todas las instancias.

La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana […] y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia."

5. La eficacia interpretativa del control de convencionalidad

Como se tiene dicho, dos son los derroteros en donde se desenvuelve el control convencional: expulsar las normas que resulten ser inconvencionales; y que sus normas sean objeto de interpretación en conformidad con la Convención. En este último caso, ha dicho la Corte que cualquier tipo de interpretación que se imponga por los órganos jurisdiccionales, estas deben realizarlo sobre todo en función a la interpretación que ha formulado la Corte y no lo que haya impuesto el intérprete supremo de cada país.

Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

"Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. En el mismo sentido: **Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218.**

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso […].

Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante lo anterior, la Corte declaró en el Capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana […]. En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia."

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fon**do, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.**

"En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana. En el mismo sentido: **Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 305."**

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

"La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia […]. Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar

dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte en ejercicio del control de convencionalidad.

Debido a que concluyó que en el presente caso no fue acreditada una violación del artículo 2 de la Convención, sino que la violación al derecho a recurrir del fallo penal condenatorio derivó de la actuación de los tribunales judiciales en los casos concretos […], la Corte no estima necesario ordenar a Chile la adecuación de su ordenamiento jurídico interno en esta materia. No obstante, la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar dicho derecho […].

Al pronunciarse sobre las violaciones constatadas en el presente caso en relación con las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las víctimas, la Corte tomó en cuenta que la causal de peligro para "la seguridad de la sociedad" estipulada en el artículo 363 del antiguo Código de Procedimiento Penal y en el artículo 140.c del Código Procesal Penal de 2000, que tiene un sentido abierto, fue aplicada a las ocho víctimas sin un análisis de la necesidad que justificara la medida con base en un riesgo procesal en el caso concreto […]. En consecuencia, la Corte no encuentra pertinente ordenar a Chile la adecuación de su derecho interno ya que las violaciones al derecho a la libertad personal constatadas en la presente Sentencia se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte […] en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo a esos parámetros."

6. El valor de los fallos de la Corte IDH: breve deslinde entre la cosa juzgada ordinaria, la cosa juzgada constitucional y la cosa juzgada convencional

En el marco de la evolución de los nuevos paradigmas que surcan el actual horizonte contemporáneo del pluralismo jurídico y la globalización de la cultura y del derecho[1], encontramos un nuevo concepto que ha empezado a tomar cuerpo a nivel de la doctrina convencional como es el que aquí nos atañe: *la cosa juzgada convencional*. No cabe duda que de la cosa juzgada clásica, ésta ha evolucionado en el marco de la doctrina y de la experiencia y hoy podemos distinguir hasta tres clases de cosa juzgada: a) la cosa juzgada ordinaria o clásica; b) la cosa juzgada constitucional y c) la cosa juzgada convencional.

En el caso de la cosa juzgada clásica, a su vez se puede distinguir dos variantes o dimensiones: la formal y material: la doctrina procesal ha llegado a sostener que, mientras la cosa juzgada formal alude al proceso mismo del cual emana la resolución judicial (efecto interno de la cosa juzgada), la dimensión material quiere hacer referencia a la relación entre dicho proceso y aquellos otros que se encuentran en curso (efecto externo de la cosa juzgada). Dicho en otras palabras: si el sentido formal no es algo distinto de la firmeza o irrevocabilidad de la decisión judicial, el sentido material es la vinculación de lo decidido hacia otros procesos distintos al originario[2]. Ello hace, a su vez, que si la cosa juzgada formal

1 LIPOVETSKY, Guilles y SERROY, Jean: *La cultura mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*, Traducción de Antonio – Prometeo Moya Anagrama, Barcelona, 2010.

2 Con todo, Andrés de la Oliva Santos considera que la cosa juzgada "formal" significa algo distinto de (o algo más que) la inimpugnabilidad o la firmeza, al afirmar que se trata, primordialmente, de que esa decisión tiene que ser respetada, es decir, de que tiene que ser efectiva, de que se ha de partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso y en la instancia en que se ha dictado, para los sucesivos actos de ese mismo proceso; vale decir, que además de un aspecto de carácter negativo, hay también en ella un aspecto

es predicable de los tres tipos de resoluciones judiciales civiles (providencias, autos y sentencias), la cosa juzgada material es predicable, de ordinario, solo de las sentencias, pues este tipo de resolución es el que ha de dictarse para resolver el fondo, sobre el objeto u objetos, de un proceso civil[1]. En este concreto sentido, pues, la cosa juzgada material presupone la formal[2].

En un sentido diverso, aunque convergente, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto proponen, recogiendo la doctrina de Enrico Allorio, que la cosa juzgada en sentido sustancial es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional: la regla concreta, la ley de la situación definida, el caso juzgado; en cambio, la cosa juzgada formal, prosiguen estos autores, es la inmutabilidad de la sentencia, que comprende tanto la irrevocabilidad por parte del juez como su inimpugnabilidad por obra de las partes[3]. No obstante, agregan, si bien es justo reconocer que en doctrina apareció primero la concepción sustancial de la cosa juzgada (siendo este un aporte fundamental de la academia alemana), hoy la postura dominante es la concepción procesal, variación que no deja de tener importantes implicancias teóricas y prácticas[4].

A pesar de lo dicho, autores como Montero Aroca, entre otros, sostienen que, bien entendidas las cosas, no existiría distinción alguna entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, pues la única cosa juzgada es la llamada material, mientras que la así denominada "formal" no guardaría relación con la anterior al tratarse simplemente de la firmeza[5]. Más aún, a decir de Nieva Fenoll, no existiría diferencia alguna entre ambas categorías, con excepción del proceso al cual afectan, pues dicha nomenclatura no sería más que una desvirtuación de las ideas de Savigny: así pues, la cosa juzgada formal tendría la misma finalidad que la material, pues implica la inatacabilidad o inimpugnabilidad de la sentencia, así como la inmutabilidad o imposibilidad de que sea modificada por el mismo juez que la ha dictado; en suma, la cosa juzgada formal sería intraprocesal, mientras que la material sería extraprocesal[6].

Finalmente, la doctrina contemporánea, en la persona de Devis Echeandía, ha optado por postular una tesis que podríamos denominar ecléctica, pues afirma que la cosa juzgada tiene una naturaleza tanto procesal (porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifestada en la ley procesal) así como sustancial (pues sus efectos jurídicos se extienden también indirectamente fuera del proceso y sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como una consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, produciendo así la definitividad de la certeza jurídica de aquella)[7].

---

positivo de vinculación, que es el de la efectividad u obligado respeto del tribunal a lo dispuesto en la resolución con fuerza de cosa juzgado, con la consiguiente necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer diversa o contrariamente a ello [DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, Thomson-Civitas, Navarra, 2005 pp. 99-100].

1 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., pp. 97-98

2 Ibídem, p. 103.

3 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio: Teoría General del Derecho Procesal, 4ta edición, Temis, Bogotá, 2008, pp. 581-583. La obra de Enrico Allorio que es citada por los autores es Problemas de derecho procesal. Tomo II, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pp. 581-582.

4 Ibídem, p. 582.

5 MONTERO AROCA, Juan. "Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial". En: Derecho privado y Constitución. Nº 8, enero-abril de 1996, p. 255 y ss. Así, este autor entiende que "el fundamento de la firmeza es, pues, distinto según se trate de las resoluciones de ordenación y de la sentencia que pone fin al proceso. En el primer caso, ese fundamento se encuentra en una decisión del legislador ordinario que ha podido conformar el desarrollo del proceso como ha estimado pertinente, bien entendido que nada impide constitucionalmente que esa conformación sea diferente. En el segundo, el fundamento de la firmeza debe buscarse en la tutela judicial efectiva, por cuanto esta no existiría si el proceso no tuviera fin, en el sentido de que las partes pudieran ir recurriendo las sentencias sin límite siempre dentro del mismo proceso" [Ibídem, p. 267].

6 NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada. Atelier, Barcelona, 2011, p. 85.

7 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo II, Editorial Universidad, Bue-

En el caso de la *cosa juzgada constitucional*, este concepto ha surgido a partir de la evolución de la jurisdicción constitucional a nivel planetario; en el caso nuestro el Tribunal Constitucional ha lanzado una aproximación conceptual señalando que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aún cuando se pronuncie sobre el fondo pero desconociendo la intepretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar constitucionalmente cosa juzgada. En tal sentido, solo cabe reputar como cosa juzgada constitucional aquellas resoluciones firmes que resuelven alguna controversia constitucional, bien sea de tutela de derechos fundamentales, de conflicto de competencias o atribuciones y de proceso de inconstitucionalidad que ha pronunciado el Tribunal Constitucional y que va a vincular a todo el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico. Destáquese aquí que el carácter vinculante de la cosa juzgada constitucional va más allá de los efectos de una cosa juzgada ordinaria, en tanto esta última, por lo general, vincula solo a las partes del proceso; en el caso de la cosa juzgada constitucional va a vincular a las partes de un proceso constitucional pero también a todos los poderes y órganos constitucionales. Subyace en esta cosa juzgada no solo la interpretación de la Constitución sino de la afirmación de un conjunto de valores superiores que rodean la interpretación del bloque de constitucionalidad[1]. Contra esta resolución que tiene dicha naturaleza, no puede ser controvertida por ninguna otra vía procesal. Sin embargo, somos de la opinión que esta postura es relativa, pues en materia de control constitucional, una fallo por la forma del TC, bien puede ser objeto de un nuevo emplazamiento por el fondo; y, habiendo igualmente un primer fallo de control de constitucionalidad sobre el fondo, desestimativa, la regla sería "prohibir la repetición" de un nuevo proceso (art. 82 del C.P.Cons), con todo, si habiéndose pronunciado en fallo de fondo desestimativa, puede realizarse una nueva demanda, apelando a nuevos fundamentos, es lo que aún no ha sido enfáticamente señalado; y en parte hay ya un avance con la RTC 0025-2005-PI/TC (FFJJ. 9). Aparte de ello, la cosa juzgada constitucional en materia de tutela de derechos fundamentales, bien puede hoy presentar dos escenarios: que la parte afectada con el fallo del TC, recurra al control de convencionalidad (lo que significa un largo via crucis en años); o, plantear un proceso de amparo contra la sentencia del TC –pese a que formalmente ya no puede revisarse- si es que dicho fallo (cosa juzgada "constitucional"), viola al bloque de convencionalidad. En buena cuenta, hoy el paradigma del control difuso de convencionalidad habilita a relativizar la cosa juzgada constitucional.

En lo que atañe a la *cosa juzgada convencional*, por principio la propia Corte IDH no lo califica así, y algunos autores a los fallos simplemente los califican como "cosa juzgada internacional". No obstante, bien somos de la opinión que la resolución o fallo emitido por el Tribunal Interamericano aplicando el *corpus iuris convencional* constituye ciertamente una cosa juzgada convencional y que bien puede describirse como aquella resolución emanada por un tribunal internacional o de jurisdicción supranacional que resuelve una controversia de un Estado a la cual se le imputa la violación de algún derecho sustentado en el bloque de convencionalidad; esto es, en la Convención Americana más sus tratados adicionales y la propia jurisprudencia convencional. Lo característico de esta cosa juzgada es que constituye a la vez una *cosa juzgada interpretada* no de las normas de un ordenamiento jurídico sino de los tratados que regulan el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de verificar si dicho bloque convencional se ha visto menoscabado por las normas internas del Estado emplazado. Adicional a ello, el fallo expedido por la Corte IDH vincula prima facie al Estado emplazado o condenado a realizar las reparaciones respectivas; pero a la vez los efectos de esta cosa juzgada se extiende a todos los países signatarios integrantes del sistema regional de derechos humanos. Es cierto, por otro lado, que la cosa juzgada convencional no puede en modo alguno compararse análogamente con la cosa juzgada clásica o la constitucional, pues en ambas el objeto radica en el pedido y la causa de pedir, "donde el primero es representado tanto por el pronunciamiento requerido como por el derecho por el cual se busca la tutela, mientra que el segundo elemento es representado por el hecho o el derecho pre-

nos Aires, 1985, p. 561. Citado por LANDONI SOSA, Ángel: "La cosa juzgada: valor absoluto o relativo". En: Derecho PUCP. Nº 56, 2003, p. 300.

1 Vid. la STC 006-2006-CC, Fj. 39-54, igualmente puede apreciarse a Centro de Estudios Constitucionales del TC: *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Cosa Juzgada Constitucional.* Lima, 2016.

sentado como fundamento del pedido"[1]. En suma, el objeto de la cosa juzgada será siempre el *petitum* y de la *causa petendi*, donde se reconoce el pedido de la afectación de un derecho iusfundamental y la causa de pedir mediante la existencia de un agravio constitucional o un acto lesivo. En la cosa juzgada convencional estamos ante la verificación si una norma o una sentencia se contrapone y viola a otra externa, heterónoma que es el bloque de convencionalidad. Desde luego el *petitum* del afectado que recurre al control de convencionalidad, precisará en términos claros cuál norma internacional se ha visto afectada por la norma o el fallo nacional. Aunque la construcción doctrinaria aun es muy incipiente, lo importante aquí es que el Estado emplazado se encuentra vinculado con el fallo expedido por la Corte Interamericana, tanto como por los demás países de la región. Subyace en la cosa juzgada convencional una interpretación supraconstitucional, por ende, una interpretación convencional llevada a cabo por un Tribunal Internacional. Veamos aquí los delineamientos que ha emitido la Corte IDH:

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

> "**65.** Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del "control de convencionalidad", concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.
> **66.** Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.
> **67.** De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.
> **68.** En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en

1 MACHADO MARTINS, Priscila: La cosa juzgada constitucional, antecede prólogo de Raúl Nuñez Ojeda, Editoral Ubijus, México, 2017, pp. 216 y ss.

el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente […]
69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias."

7. El control difuso de convencionalidad

Si bien históricamente el control difuso surge a partir del emblemático caso emitido por el juez John Marshall en la celebérrima sentencia Marbury vs Madison hoy podemos destacar que este control es típico de todos los países que siguen el *modelo americano*[1] en virtud del cual el juez no declara en abstracto la inconstitucionalidad de una norma sino simplemente la declara inaplicable y por lo general con efectos entre las partes en conflicto. En lo que respecta al control difuso de convencionalidad, así como la revisión judicial comprende el control que ejercen los jueces frente a una norma infraconstitucional; lo propio se puede homologar el control difuso de convencionalidad cuando un juez desaplica algún "producto normativo" como puede ser una norma o una resolución judicial si estas violan ya no, en este caso, el bloque de constitucionalidad sino el bloque de convencionalidad. Estamos en consecuencia, ante un nuevo paradigma que forma parte de la posmodernidad.

Siguiendo aquí muy de cerca al actual presidente de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer se pueden observar en mérito a lo que ha venido desarrollando la jurisdicción convencional las siguientes características del control difuso de convencionalidad:

a) Es de carácter "difuso", es decir todos los jueces nacionales deben ejercerlo.
b) Intensidad del "control difuso de convencionalidad": de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general, como también de una sentencia.
c) Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las partes.
d) Parámetro del "control difuso de convencionalidad": "El bloque de convencionalidad".
e) Efectos del "control difuso de convencionalidad": retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectivad del derecho o libertad[2].

7.1. La subsidiaredad del control convencional

Lo que caracteriza al control de convencionalidad no es que las controversias en torno a las afectaciones de los derechos fundamentales tengan que ir directamente a ser puestos en conocimiento a la Corte IDH. Ello, de por sí es utópico, dada la carga procesal que tendrían que resolver, aun cuando medie la Comisión Interamericana que define qué casos son judicializados ante la citada Corte. La nota o característica

1 CUEVA FERNANDEZ, Rircardo: *De los niveladores de Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
2 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en El Amparo del siglo XXI. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coordinadores), Edit. Porrúa, México 2014, p. 46-70

de la subsidiariedad identifica al control, en tanto debe *prima facie* resolver el Estado internamente, a través de sus autoridades judiciales respectivas. En tal situación, el control convencional resulta ser más bien complementario, puesto que son los Estados signatarios los obligados y garantes a respetar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos. Esto significa que, la subsidiariedad, básicamente va dirigida a las autoridades judiciales las que deben ejercer un estricto control de los procesos constitucionales que deben resolver. Deja de ser subsidiario si un Tribunal Constitucional, en lugar de ser garantista, emite fallos que en lugar de interpretar de acuerdo a los cánones de la teoría general de los derechos fundamentales y de la copiosa jurisprudencia convencional es más bien una judicatura pusilánime que no engancha ni con la lealtad a la Constitución, ni mucho menos con el control convencional, esto es el bloque de convencionalidad que no ha cobijado una tutela de algún derecho fundamental ni ha hecho eco en sus reclamos o controversias de orden constitucional. El fallo que viene a continuación, destaca nítidamente esta característica que venimos en esta breve nota señalando. Veamos.

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012..

> **"142.** La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos". Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad".
> **143.** Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.
> **144.** Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención"[29], la Corte solo puede "conocer un caso" cuando se han "agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del

Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto "sistema", las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento."

7.2. Jurisprudencia de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales de América Latina: el diálogo interjurisdiccional

Hoy se habla intensamente de la presencia de un diálogo jurisdiccional que se expresa entre los propios Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales; como también de la que proviene heterónomamente de la Corte IDH hacia las cortes o tribunales nacionales[1]. Este diálogo ha generado un ius constitucional común latinoamericano y que representa una evolución propia de la mundialización y globalización en los diversos sectores que hoy identifican la posmodernidad[2]. En este contexto, no está exento el paradigma del pluralismo jurídico. En el presente caso, la Corte repasa cómo las jurisdicciones domésticas de los diversos países latinoamericanos, invocan y hace suyo la jurisprudencia convencional, produciéndose de esta manera un diálogo interjurisdiccional.

---

1 Al respecto existe ya una aplastante bibliografía mínima sobre la materia: Sagüés, Nestor Pedro: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, 107 pp.; Nogueira Alcalá, Humberto: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, 303 pp.; Fix-Zamudio, Hector y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 161 pp.; Figueroa Mejía, Giovvani A.: *Las sentencias atípicas en el derecho comparado y en la jurisdicción constitucional mexicana,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010, 469 pp.; Díaz Revorio, Francisco Javier: *Las sentencias atípicas del tribunal constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010, 376 pp.; Bustillos, Julio: *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011, 594 pp.; Bustos Gisbert, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, 227pp.; Ayala Corao, Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, 302pp.; García Ramírez, Sergio: *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, 611pp.; Caballero Ochoa, José Luis: *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, 273pp.; Fernández Rodríguez, José Julio: *La jurisdicción constitucional iberoamericana. El reto competencial,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, 185pp.; Alonso García, Ricardo: *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2015, 152pp.; Bagni, Silvia (coordinadora): *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, 408pp.; Ydalia Pérez Fernández Ceja: *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2017, 230pp.

2 Von Bogdandy, Armin, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores): *Ius constitutionales commune en Derechos Humanos en América Latina,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, 273pp.; Arp, Björn: *Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Una guía práctica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, 381pp.; Fernández Liesa, Carlos R.: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, 575pp.; Flores Saldaña, Antonio: *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, 383pp.; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2016, 743pp.; Ydalia Pérez Fernández Ceja: *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2017, 230pp.; Armin von Bogdandy et. al.: *La justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitucionales Commune en América Latina?*. 2 volúmenes, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

"226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

[D]ebe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

228. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

[E]n consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

229. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal[33].

230. Dicho Tribunal también ha establecido que:

[S]e desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional". Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".
232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"."

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

"239. […] Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales."

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

"283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia[40], la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana[41], el Tribunal Constitucional del Perú[42], la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina[43], la Corte Constitucional de Colombia[44], la Suprema Corte de la Nación de México[45] y la Corte Suprema de Panamá[46] se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. En el mismo sentido: **Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 304."**

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

"75. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"[47]. Igualmente, dicha Corte Suprema manifestó "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".
76. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha indicado que:
[E]n efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de

constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

77. Además, en la sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, la Corte Constitucional de Colombia apuntó que "la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la [Convención Americana], instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad". Asimismo, en la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, al analizar distintas disposiciones de la ley n.° 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia señaló respecto de la jurisprudencia de la Corte que son decisiones "que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos […]". Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales".

78. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que: [D]ebe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

79. Además, en el *caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana ordenó al Estado la realización de un nuevo juicio al que debía ser sometido el peticionario. La Corte observó y valoró positivamente los términos del Acuerdo No. 96-2006 tomado por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, el cual constituía un precedente de importante trascendencia en el ámbito del sistema interamericano en lo concerniente a la ejecución de sentencias de este Tribunal, al designar un tribunal para que realizara un nuevo juicio en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana.

80. Por otra parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió diversas resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los *casos De la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, *De los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *Bámaca Velásquez*, y *Carpio Nicolle y otros*, todos contra el Estado de Guatemala. En estos fallos, la Corte Interamericana encontró que el proceso penal referido a cada uno de los casos mencionados había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró la nulidad de las sentencias nacionales correspondientes así como de todo lo actuado con posterioridad y, en consecuencia, ordenó un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del

proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

81. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que "las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos. Por tanto [en los casos en que México haya sido parte del caso], para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio".

82. Asimismo, el 12 de mayo de 2010, mediante el Acuerdo Número 240, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá indicó que "la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y resolvió remitir el Fallo de este Tribunal en relación con el caso Tristán Donoso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia en la que se indicó que "en atención a lo dispuesto en la sentencia de 27 de enero de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera[ba] esta Superioridad necesaria la absolución del señor Santander Tristán Donoso de los cargos como autor del delito de Calumnia […] y en consecuencia, dejar sin efecto, la pena".

83. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

[L]a vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

84. Dicho Tribunal también ha establecido que:

[S]e desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

85. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

[E]n consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes.

86. De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones."

8. La posición del Tribunal Constitucional peruano.

Ha bastado este amplio excurso introductorio en torno a la teoría del Control Convencional para poder sostener hoy que en toda América Latina se viene impulsando un *diálogo jurisdiccional* en dos niveles que ya hemos aludido en otros trabajos. Hoy se puede apreciar que son diversos los Tribunales, Salas o Cortes Contitucionales que han venido impulsando de oficio una postura hermenéutica, ya no solo teniendo como baremo el parámetro del *bloque de constitucionalidad*; sino del hoy llamado *bloque de convencionalidad* cuyo *corpus iuris* comprende los tratados de Derechos Humanos de la región, más las sentencias de la Corte IDH y que, al ser cosa juzgada convencional, es la fuente dinámica y jurisprudencial del control convencional. En el caso peruano es bueno reivindicar a nuestro colegiado constitucional que ya antes de que la Corte Interamericana emitiera en el 2006 la Doctrina del Control de Convencionalidad, ya nuestro Tribunal Constitucional sostenía *in extensu* lo siguiente:

> "b) Con relación a los derechos humanos, cabe señalar que el artículo 8. o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley". Asimismo, el inciso 3) del artículo 2.0 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, (...) decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recuso judicial(...)". Igualmente, el artículo 25. 0 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: " l. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo al de los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de su función oficial. 2. Los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (...)". -Dentro de ese contexto es necesario recordar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señala taxativamente que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En ese sentido, es pertinente recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de lo establecido en el artículo 29. 0 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que no es admisible que ningún Estado Parte suprima o limite el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la referida Convención. A mayor abundamiento, es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten" zonas de indefensión", menos aún de los denominados estados de excepción previstos en el artículo 137.° de la Constitución, y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicho material. Finalmente, cabe consignar que en atención a que el artículo 44.° de la Constitución establece como deber fundamental del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, con la actuación eficaz del Tribunal Constitucional dentro del marco de sus competencias en pro de la defensa de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades esenciales, éste contribuye de manera decisiva a la legitimación de la razón y sentido de la existencia del cuerpo político."

Esta posición corresponde a la STC 2409-2002-AA/TC, caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos, y que fue publicada el 10 de diciembre de 2002. Inclusive, el magistrado Sergio García Ramírez ya había

emitido su voto concurrente como padre y gestor del Control de Convencionalidad en el caso Myrna Mack Chang en el 2003, y recién la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros contra el Estado de Chile, lo institucionaliza el 26 de diciembre de 2006.

El TC peruano tiene una serie de fallos en donde ya alude al control de convencionalidad como es en la STC 05854-2005-PA, en donde afirmó lo siguiente:

"22. Tal como lo dispone el artículo 55º de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.
23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).
En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.
24. De ahí que el derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, no sólo se reduce al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, tal como se tiene previsto en el artículo 205º de la Constitución:
"Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte."
Es también en base a estas consideraciones que debe ser analizada la aplicación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, según la cual las resoluciones del JNE en materia electoral no pueden ser objeto de control constitucional, incluso en los supuestos en los que resulten contrarias a los derechos fundamentales.
25. En criterio de este Tribunal, resulta manifiesto que dicha aplicación se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.).
En efecto, el artículo 8º 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone:
"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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole."
Mientras que los incisos 1) y 2) de su artículo 25º, refieren:
"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso."
26. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido:
"(...) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley."
Para posteriormente afirmar que:
"los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción."
27. Asimismo, en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte ha referido:
"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...).
De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un `juez o tribunal competente´ para la `determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana."[1]

Mucho más reciente, el Tribunal Constitucional ha asumido en términos más orgánicos la concepción jurídica y procesal del Control de Convencionalidad que aquí insertamos en sus partes pertinentes. Veamos:

> "5. Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH.
> 6. La terminología de "control de convencionalidad" fue utilizada, en el ámbito regional, por vez primera, en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez contenido en la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala del 25 de noviembre de 2003. Lo expresado no quiere decir que recién a partir de la resolución del citado asunto la Corte

1 STC 05854-2005-PA, FJ. 22-27

IDH haya ejercido el control de convencionalidad; sino que siempre lo ejerció. Lo que sucede es que a partir del referido caso se comienza a utilizar la terminología de "control de convencionalidad".

7. Siguiendo su misma postura el juez Sergio García Ramírez vuelve a incidir sobre el control de convencionalidad en otros casos resueltos por la Corte IDH. Así, en el caso Tibi Vs. Ecuador, del 7 de diciembre de 2004, en su voto concurrente razonado, párrafos 3 y 4 expresa que:

"En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales—al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende—traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento". (Subrayado nuestro).

Como se observa, el juez Sergio García Ramírez considera que, en el ámbito regional, los países deben tener en cuenta la jurisprudencia emitida por la Corte IDH y aplicar tales criterios en las controversias constitucionales de su jurisdicción interna. De la misma manera, el referido juez sentó su posición particular sobre el control de convencionalidad en otras ocasiones como en el caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia del 1 de febrero de 2006, voto concurrente razonado, párrafo 30; caso Vargas Areco Vs. Paraguay, sentencia del 26 de septiembre de 2006, voto concurrente razonado, párrafo 7; caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 16 y 17.

8. La Corte IDH, como ente colegiado, hizo referencia al control de convencionalidad, por primera vez, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, expresando en su párrafo 124 que:

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

9. Sin restarle importancia a la sentencia anterior, es en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, del 24 de noviembre del 2006, donde todos los jueces de la Corte IDH hicieron un análisis más sesudo de la temática del control de convencionalidad

expresando, por ejemplo, en su párrafo 128 que:
"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (…)". (Subrayado nuestro)
10. Posteriormente, la Corte IDH habría de ocuparse nuevamente del control de convencionalidad. Así, en la sentencia del caso Boyce y otros Vs. Barbados, del 20 de noviembre de 2007, expresó que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. De acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, "(…) y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales (…)". La jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe, debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención. (Véase párrafos 77 y 78). De la misma forma, en la sentencia del caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, del 12 de agosto de 2008, se expresó que a través del control de convencionalidad cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico debe adecuar sus normas al Pacto de San José. La 'adecuación' de los preceptos locales "(…) implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías". (Véase párrafos 180 y 181).
11. La Corte IDH no se ocupa de las cuestiones internas sino que su función es la de inspeccionar si los países han vulnerado o no las convenciones sujetas a su competencia. No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (GERMÁN, Albar y CANÇADO TRINDADE, Antonio, "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", en El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p. 584).
12. Conforme lo expresado en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Véase fundamento 8 de la presente sentencia), no sólo la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad, sino que dicha facultad debe ser ejercida por los jueces locales para evitar que la controversia llegue a la instancia supranacional, cuya intervención es subsidiaria, es decir, que para llegar a esta instancia, previamente se debe agotar "los recursos de jurisdicción interna" (artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos).
13. Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales resulta necesario adecuar el derecho interno a los tratados. Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estaduales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales. No estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No está demás expresar que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones de derecho supranacional, sino también el Legislativo y el Ejecutivo, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado.

14. Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un "margen de apreciación nacional" que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, ius cogens o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna"[1].

Epílogo

Hoy el pluralismo jurídico permite vislumbrar un mundo globalizado y complejo en donde ordenamientos jurídicos distintos se yuxtaponen y la teoría de la soberanía y los principios de la libre autodeterminación de los pueblos cada vez ven más su ocaso. Con todo, el desarrollo del control convencional debe manejarse con mucho tino por sus integrantes, debiendo respetar el margen de apreciación nacional sin que esto, por cierto, pueda significar el no respeto a los Tratados Internacionales de derechos humanos, cuyo Estado emplazado no puede, en absoluto, anteponer su ordenamiento interno por encima del internacional. Tino, prudencia y un fino juicio jurídico y político no hace daño en los integrantes de la Corte Interamericana a fin de que el control de convencionalidad, ícono de la posmodernidad contemporánea, no devenga a futuro, en una politización de la justicia cuyas violaciones de los derechos humanos precisamente son por las garras políticas de los ordenamientos internos y cuya sublime esperanza, radica en sus tribunales y en la Corte Interamericana.

1 STC 04617-2012-AA, FJ 5-14.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE CEJA: UNA OPCIÓN NECESARIA PARA LA JUSTICIA CIVIL

Nelson Ramírez Jiménez. Perú

"Tradicionalmente (pensamos en los siglos XVIII y XIX) el legislador fue el auténtico protagonista del Derecho, el operador jurídico por excelencia. En torno a él se construyó un armazónjustificatorio que reivindicaba la racionalidad del legislador, elevaba a dogma a la ley y reducía la función del juez a una exégesis de la norma y a una subsunción lógica al aplicarla. En este contexto, el juez ocupaba una posición secundaria, resultado también de una cierta desconfianza política. No parece que pueda extrañar que como consecuencia de todo lo anterior se afirme que la jurisprudencia no es fuente de Derecho y que lo que están haciendo los jueces cuando dictan sentencias es interpretar y aplicar el Derecho, pero no crearlo. No creo que nadie se asombre si reconocemos que este modelo es en el que se ha formado tradicionalmente a los juristas en las facultades de Derecho, al menos en el marco de la tradición jurídica continental."

Javier Ansuátegui

I. PRESENTACIÓN

La globalización ha influido en la administración de justicia de manera notablecomo, por ejemplo, en la forma de resolver los conflictos de la comunidad, tanto a nivel nacional como internacional. La defensa de los derechos humanos ha pasado a ser actividad central en toda la actividad jurisdiccional, al punto que podemos reconocer un lenguaje universal y una actitud pro libertatis como signos comunes de este nuevo derecho de gentes. En ese contexto, la defensa de la igualdad ante la ley constituye la base para exigir predictibilidad en los sistemas de justicia. No es aceptable que casos similares reciban respuestas jurisdiccionales distintas, basadas en las diferentes interpretaciones que hacen los jueces de la ley, lo cual podría generar tantas interpretaciones como jueces existan. La unidad de la jurisprudencia, como objetivo central de casi todas las regulaciones sobre la función de las Cortes Supremas, no podrá ser alcanzada si no se adoptan medidas destinadas a reconocer la importancia que los fallos de dichas cortes deben merecer en sus respectivas jurisdicciones. Por algo son Cortes Supremas.

Por otro lado, hoy se puede comprobarque diferentes sistemas jurídicos han comenzado a acercarse, mezclándose sus diferentes metodologías. Por ejemplo, hoy se admite en el sistema Romano-Germánico, que la jurisprudencia tenga efecto vinculante, sin que ello signifique necesariamente un trastocamiento de las fuentes del derecho. Al respecto es muy valiosa la opinión de Ahumada Ruiz, citado por Rodríguez (2007)[1] quien sostiene que "el contraste entre los sistemas de civil law y common law no resulta de contraposiciones tales como el papel preponderante del legislador en uno y de los jueces en otro, o la posición

asignada en un ordenamiento al derecho legislado frente al de creación judicial. En cierto modo, estas diferencias visibles, a menudo exageradas para resaltar el contraste, no son más que la consecuencia de lo que realmente hace la diferencia, algo más esencial y menos visible: la actitud frente al derecho, o si se quiere, la forma de concebirlo. Cuando el derecho se concibe como un sistema de normas cerrado y autorregulado, el papel del legislador en su edificación, y de los teóricos de derecho en su racionalización, es central. Por el contrario, concebido como una herramienta, como un instrumento para resolver conflictos de intereses, tanto mas perfecto cuanto mejor se adapta a esa finalidad práctica, el derecho no se entiende desconectado de la realidad sobre la que actúa, sobre la que pretende influir y que permanentemente lo pone a prueba. El laboratorio del derecho entonces está en los tribunales: el derecho se pone a prueba, se desarrolla y se transforma a impulso de concretos conflictos reales que reclaman solución. La obsesión por la certeza del derecho y el afán de sistematización, tan evidentes en la construcción del civil law, son perfectamente comparables a la obsesión por la eficacia y la permanente preocupación por adecuar el derecho a la cambiante realidad social (bridying the gap between law and society) característico de los sistemas del common law".

En tal sentido es de particular importancia que una organización internacional, como lo es el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), que es un organismo creado por los países integrantes de la O.E.A. el año 1999, cuyo objeto es dar impulso a la modernización de los sistemas de justicia en el continente, desarrollando planeamientos innovadores para las reformas nacionales, le haya puesto atención a este específico tema. En efecto, dicha entidad ha investigado la realidad judicial en Latinoamérica, llegando a la conclusión que un serio problema en nuestra justicia regional, es el bajo nivel de predictibilidad de las decisiones judiciales, lo que a su vez genera un bajo nivel de seguridad jurídica. En mérito de ello, el CEJA propone la regulación del precedente vinculante como una de las soluciones posibles a este estado de cosas. No podemos menos que estar de acuerdo con dicha postura, por lo que nos permitimos expresar algunas ideas que avalan la misma.

II. TRATAMIENTOS LEGISLATIVOS SOBRE LA MATERIA

Previamente, se hace necesario realizar una breve revisión de las recientes reformas procesales que se han producido en nuestra comunidad, lo que nos demuestra que el tema no ha sido tratado de manera uniforme.

(1) **Por ejemplo, en Brasil (art. 1027 y ss.),ha sido adoptado con mucha precisión, pudiéndose decir que ha pasado a ser la llave maestra de su nuevo proceso civil. Por su parte, en contraste, en Costa Rica no se ha considerado darle ese efecto.**

(2) **En medio de ambas posiciones, es interesante analizar el caso colombiano, pues su legislación y su jurisprudencia regulan tan importante materiaen sentido contradictorio. Veamos:**

(a) El art. 7 del código General del Proceso (CGP) señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley, y subsidiariamente deberán tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, en ese orden. Es decir, la jurisprudencia es una fuente subsidiaria. Más adelante, al regular los deberes del juez (art. 42.6) establece que, ante la deficiencia de la ley, el juez debe asistirse de la analogía o, en su defecto, la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal. Cierra este círculo regulatorio con el art. 333, que versa sobre la casación, indicando que su finalidad es "defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico ... unificar la jurisprudencia nacional ..."; pese a ello, no le da a la jurisprudencia un papel relevante.

(b) Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, no sin marchas y contramarchas, ha dejado establecido que su jurisprudencia tiene carácter vinculante, aun cuando la carta fundamental colombiana no lo reconoce así, pues,por el contrario, el art. 230 le asigna un mero "criterio auxiliar". La Corte Constitucional en sus sentencias C-113 y C-131 del año 1993 deja entrever que "la vinculación de su jurisprudencia a todos los jueces es una parte del efecto de cosa juzgada que ellas tienen.", para luego en su sentencia T-123 de 1995 aseverar que "la negativa a sujetarse a la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional puede convertirse en una vía de hecho por la violación del derecho fundamental a la igualdad". (Bernal, 2012)[2]. Podría decirse entonces que, en Colombia, mientras la jurisprudencia constitucional tiene carácter vinculante, la jurisprudencia civil no la tiene.

(3) **(3) En nuestro país, Perú, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, debiendo precisarse el extremo de su efecto normativo, según lo dispone el artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional. A partir de ello, el Tribunal Constitucional ha ejercido dicha facultad de manera constante habiendo publicado a la fecha 46 precedentes3, los que versan sobre diferentes especialidades: penal, procesal penal, ejecución penal, laboral, previsional, administrativo, parlamentario, procesal civil, arbitraje y derechos fundamentales.**

Sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo o no con el sentido de todos los precedentes adoptados por el Tribunal Constitucional, es evidente que estamos ante una institución importante. El precedente normativo, ejercido con ponderación y visión de futuro, es un instrumento noble que amerita ser reconocido y defendido. Es bastante conocida la tendencia que cuestiona que los Jueces puedan "crear" derecho, ya que se estima que su único papel es interpretar "correctamente" la ley para aplicarla al caso concreto. Ciertamente, no compartimos la misma. Es claro que los jueces trabajan con dispositivos que contienen conceptos abiertos, cuya porosidad amerita esfuerzos interpretativos, así como con antinomias, lagunas, debiendo ejercer control difuso par hacer respetar la jerarquía constitucional, sin que en ningún caso puedan dejar de decidir en justicia por defecto o deficiencia de la ley.

En consonancia con esa autorización legal, el Tribunal Constitucional peruano ha fijado los requisitos que deben presentarse para poder fijar un precedente, parámetros que brindan seguridad, a la vez que garantizan que no se deban establecer los mismos en base a meras inspiraciones. Tales parámetros son los siguientes:

(a) Se aprecian contradicciones en la manera de concebirse o interpretarse los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional;

(b) Se constata la presencia de interpretaciones erróneas de una disposición constitucional o integrante del bloque de constitucionalidad, lo que a su vez genera una indebida aplicación de la misma;

(c) Se comprueba la existencia de un vacío normativo;

(d) Se acredita que una norma jurídica admite varias posibilidades interpretativas;

(e) Tras el conocimiento de un proceso de tutela de derechos se aprecia que la conducta reclamada se apoya en una norma jurídica que no solo afecta al reclamante, sino que por sus efectos generales incide sobre una pluralidad de personas;

(f) Se hace necesario el cambio del precedente vinculante.

Visto este corto panorama legal y jurisprudencial, es posible concluir, preliminarmente, que se hace necesario acentuar una sola tendencia regulatoria sobre la materia. Presento las siguientes consideraciones a ese efecto.

III. CONSIDERACIONES QUE AVALAN SU ADOPCIÓN

(1) **No es plenamente cierto el argumento que suele utilizarse, en el sentido que los jueces se deben solo a la ley, única fuente de sus decisiones. Este argumento, en todo caso, es fácil de superar, pues si una nueva ley ordena dar efecto vinculante a la jurisprudencia, tendrán que aceptarlo. El problema, sin embargo, es de otra connotación. Hoy en día es aceptada la doctrina que diferencia entre "dispositivo" y "norma". El primero es el solo texto legal publicado en la gaceta oficial, a efectos de su entrada en vigencia. El segundo, es ese mismo dispositivo, pero ya interpretado a propósito de su aplicación para resolver un conflicto. Cuando esa interpretación la hace la Corte Suprema, se perfila con claridad la diferencia. Coincidimos en tal sentido con la idea de que el derecho se construye, valga el término, en etapas y con la colaboración de los diferentes agentes del sistema. Primero lo hace el legislador con alcance general, y luego el juzgador precisa su aplicación en el caso.**

Siendo así, cabría especular con la siguiente idea. Si prescindimos de la categoría "jurisprudencia" por un lado, y hablamos ya no de la ley, sino de la norma como fuente de derecho, es claro que no estamos variando ni trastocando las fuentes.De Otto (1989)[4] nos recuerda que Robespierre, en la Asamblea Francesa de 18 de noviembre de 1790, decía que "el término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley". Sea como fuere, me parece que es una discusión bizantina la idea de que la jurisprudencia tiene valor de mero apoyo auxiliar.

(2) **Otro factor de particular interés es el papel que desarrolla el juez en la justicia actual. En efecto, la labor del juez hoy es mucho más complicada, lo que explica que la argumentación y el discernimiento han pasado a ser sus principales instrumentos de acción, pues la tarea de interpretar el dispositivo legal y extraer de él la o las normas que su inteligencia y entendimiento consideran las adecuadas para mejor resolver, no es una tarea que se pueda hacer de manera mecánica y simétrica en todos los casos que le son puestos en conocimiento. Por otro lado, las lagunas del derecho existen y no son la excepción (Kantorowicz diría que hay tantas lagunas como palabras). Pretender sostener que la interpretación consiste en encontrar el "significado" de la ley, lo que el legislador quiso, es una ingenuidad, pues el instrumento utilizado por la ley es la palabra, y bien se sabe que ella es esquiva, pues las palabras nunca pueden abarcar la realidad; si lo lograran, las decisiones judiciales serían indiscutibles y, por tanto, no tendría sentido el sistema recursivo para la revisión de las mismas. Por ello mismo, pretender que la letra de la ley es un mandato claro y preciso, que no necesita**

de interpretaciones, es una obsolescencia conceptual. Ernest Fuchs expresa esa idea a través de un ejemplo clarificador: "El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado."

Este discernimiento es tanto más exigente en tanto la Constitución descansa sobre principios, que, por esencia, son normas abiertas, permeables al desarrollo en el futuro. Haberle tipificaba esa característica al hablar de la "Sociedad abierta de los intérpretes constitucionales". Más no solo eso. Mientras que el derecho procesal descansa en un componente estrictamente técnico-jurídico, el derecho constitucional tiene una marcada inclinación a lo político más que a lo técnico, lo que indudablemente afecta la labor de interpretación. Un juez constitucional debe hacer una inevitable valoración del impacto político, social y económico de su decisión, por lo que bien puede decirse que "la jurisdicción constitucional participa en la dirección del estado". La importancia social que puede llegar a tener una sentencia constitucional no puede ser ignorada.

Todo ello es fácilmente trasladable como argumento para reconocer el valor social de la sentencia civil, pues la jurisdicción ordinaria hoy se enfrenta también a retos muy serios. Se debe tener en cuenta que los jueces conocen tanto de procesos difíciles, como de procesos fáciles. En estos casos, la clásica subsunción como método de trabajo es suficiente para decidir el conflicto; baste el ejemplo de un proceso ejecutivo que se sustenta en un título valor. En aquellos, los difíciles, por el contrario, el juez tiene que valerse de inferencias, de interpretación de principios, de la aplicación de los tratados internacionales, de la valoración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizar la ponderación y preservar la universalidad de sus decisiones, entre otros, para poder resolverlos. En tales circunstancias se puede apreciar la enorme importancia de la jurisprudencia.

(3) En otro orden de ideas, hacer que la jurisprudencia sea vinculante, obliga a las Cortes Supremas a cambiar la clásica estructura de sus actuales sentencias, pues en más, tienen que dejar claramente establecida la regla de aplicación general. A tal efecto, la "ratio decidendi" asume un especial valor, así como la fijación de los elementos esenciales que caracterizan el caso. A partir de ello, los jueces inferiores pueden hacer uso de la "distinción" para apartarse del precedente cuando las circunstancias del caso así lo requieran, lo cual permite a su

vez, que la jurisprudencia se mantenga viva y no estancada. Ello exige una tarea explicativa y razonamientos más profundos para justificar lo que se decide, lo que suma al mejoramiento de la respuesta jurisdiccional.

(4) Se logra la economicidad del proceso, pues respetando el precedente se simplifica considerablemente el deber de argumentación. Edgardo Villamil Portilla nos dice al respecto que "La seguridad jurídica no es solo sujeción a la norma positiva, es también, solo a título de ejemplo, el respeto por el precedente, de modo que la carga de la argumentación está en hombros de quien quiere combatir el precedente, bien sea el propio o el construido colectivamente. Además, en un sistema jurídico que haya consagrado el derecho a la igualdad, el valor del precedente toma una dimensión descomunal por el derecho de los ciudadanos a ser juzgados de la misma manera. Por ello el comportamiento del juez no puede ser insular, tiene ataduras. La coherencia le impone decidir igual que lo hizo ayer, igual que lo hicieron sus colegas; no puede ser un tiranuelo confinado en su torre de marfil. En ese sentido, el derecho es más conservador de lo que se piensa y así debe ser, en tanto el juez que quiera quebrar el paradigma vigente debe demostrar la necesidad y justicia del cambio. No es la consagración de la esclerosis del derecho, es la exigencia de estabilidad y seguridad que justifican la existencia del Derecho como forma de regulación social."

Es evidente que no se puede menos que reconocer que la Jurisprudencia vinculante ha adquirido carta de ciudadanía.Las contradicciones entre las diferentes decisiones judiciales no favorecen al prestigio de los tribunales, pero, sobre todo, afectan el principio de igualdad, a la vez que generan incertidumbre en los justiciables. Ese estado de cosas es inconstitucional y no puede seguir subsistiendo.

(5) El tema de las jerarquías judiciales es también un aspecto relevante. Al respecto, el profesor argentino O. Gozaini (2009)[5] sostiene que "...allí donde existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia

de interpretación constitucional." En efecto, no tiene ningún sentido dejar al garete esta inevitable dualidad interpretativa, ya que órganos de distinto nivel tienen competencia en materia constitucional. Este desnivel ha sido discutido y la doctrina autorizada reconoce en los Tribunales Constitucionales deben ostentar el status de máximo intérprete de la Constitución, lo que supone necesariamente, que los órganos inferiores deban asumir como propias las interpretaciones del Tribunal Constitucional.

Esta visión es igualmente aplicable a los problemas de la sentencia civil respecto a la diversidad de criterios que se presentan entre sus diferentes grados de decisión. Si existe una Corte Suprema, debe, cuando menos, hacer respetar esa máxima jerarquía.

(6) **La unificación de la jurisprudencia es un caro anhelo, tanto ciudadano como de la Justicia, tanto ordinaria como constitucional. Ya hemos dicho que la labor interpretativa de los jueces puede generar varias "normas" a partir de un solo dispositivo, atendiendo a una serie de criterios interpretativos. Si eso es crear derecho, pues hay que llamar a las cosas por su nombre. La jurisprudencia que contiene ese "derecho nuevo" debe tener una virtualidad jurídica sobre los órganos inferiores, sin que se le pueda negar esa eficacia bajo el argumento de que los jueces no son legisladores y, por ende, no pueden generar normas de alcance general. Comanducci (2010)[6]expresa una brillante justificación de la legitimidad del efecto vinculante. "Desde un punto de vista teórico diría que es de sentido común constatar que la discrecionalidad judicial es, en alguna medida, inevitable y que eso depende, a la vez, de factores objetivos y subjetivos. Factores que están fuera del alcance del juez y factores que, en cambio, podrían ser modificados por los mismos jueces. Los factores objetivos son aquellos- bien conocidos – de tipo semántico, es decir, que dependen de la open texture, de la textura abierta del lenguaje natural, que no permite al legislador formular normas tan precisas que puedan siempre ser interpretadas de una única forma. Los factores subjetivos son igualmente conocidos: están constituidos por la interacción de ideologías e intereses en la decisión ... ¿Es compatible esta constatación, según la cual los jueces producen normas jurídicas –bastante compartida a nivel teórico-, con el valor de la separación de poderes, al que todos parecen tener mucho aprecio? Yo diría que sí, si nos damos cuenta que aquel concepto de la separación de poderes según el cual el juez se limita a aplicar, mientras que el legislador es el único productor de normas, es fruto de las ideologías jurídicas del inicio del siglo XIX, y poco tiene que ver con la ideología de la separación de los poderes de Montesquieu, que –ésta sí – se encuentra en**

la base de la idea liberal del Estado "limitado". La separación de poderes de Montesquieu sólo significa que los poderes no deben estar todos en las manos de un único sujeto. Deben estar divididos. No significa, sin embargo, que un poder deba ser ejercido exclusiva y necesariamente por un solo órgano, y otro poder por otro órgano. La constatación que puede hacerse en el nivel teórico es que el poder normativo – es decir, el poder de producir normas que vinculan a la colectividad –, que es el poder más importante y "peligroso", en los países modernos está dividido o fraccionado. No lo ejerce sólo el legislador, sino que lo ejercen también otros órganos: el tribunal constitucional (si existe), los jueces en alguna medida y, en parte también, el gobierno y la administración pública ... Se trata entonces de encontrar formas para asegurar la coherencia en el tiempo de las decisiones interpretativas de los jueces, porque sólo así ellas serán de alguna forma previsibles y previsible también resultará, en alguna medida, la decisión final del caso."

Esta visión antigua sobre lo que significa la división de poderes suele ser la razón de la persistente voluntad impeditiva para asumir el efecto vinculante de la jurisprudencia.

(7) **El deber de motivación y coherencia constituyen baluartes de la nueva justicia. Cuál sería la finalidad de la exigencia de motivación en las resoluciones judiciales que la Constitución exige como garantía del debido proceso, si luego de ello, la decisión pasa a ser una pieza de biblioteca. Ferreres y Xiol (2010)[7] sostienen, con la mayor rigurosidad lógica, que "Si las decisiones de los Tribunales han de cumplir con el requisito de ser motivadas, de no ser arbitrarias y de tratar igualmente a los ciudadanos, entonces, el que en un caso se tome cierta decisión tiene que determinar que la misma decisión haya de tomarse para un caso igual a él en los rasgos relevantes ... en dos casos iguales hacen pronunciamientos distintos órganos judiciales de diferentes jerarquías, parece lógico que se tenga una deferencia por el órgano superior; de lo contrario, no sólo se ponen también en peligro valores como la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, sino seguramente un valor quizás más profundo y que sustenta a ambos, el valor de la racionalidad misma del proceso de toma de decisiones".**

La independencia del Juez no es argumento idóneo para contrarrestar esta verdad. Es una auténtica falacia como lo hemos explicado líneas atrás.

(8) **Adicionalmente, un sistema de precedentes obliga a los jueces a pensar en el impacto del caso presente respecto de los casos futuros sustancialmente iguales. Al resolver se obliga a hacer una abstracción de las**

partes litigantes, acentuando con ello el sentido de imparcialidad. Esta sola posibilidad amerita darle valor al efecto erga omnes, pues al actuar de esa manera lo hace en analogía a los fines del Art. 1 del Código Civil Suizo, que le reconoce al Juez el papel de legislador cuando dice que "En defecto de ley o costumbre el juez decidirá según la regla que él mismo establecería como legislador".

(9) **La conformación de los colegiados que integran las Cortes Supremas, imprime, prima facie, un sentido de autoridad que debe respetarse. La seguridad jurídica no debe ser vista solo como sujeción al dispositivo legal. Debe comprender también al precedente, que está integrado por decisiones de órganos colegiados de rango superior, cuyos integrantes deben tener, por regla universal, más experiencia, lo que le da mayor valor a las mismas. En todo caso, se trata de que el juez no se aparte del precedente sin más, ignorando su existencia. El precedente genera cuando menos la carga de una argumentación específica y más elaborada, esto es, una argumentación puntual que explique los motivos por el que el Juez considera necesario apartarse del precedente.**

(10) **En otro orden de ideas, si una ley dispone que la jurisprudencia tiene efecto vinculante, estaremos ante un mandato imperativo de carácter legal. César Landa (2010)[8] señala al respecto que existen tres grados de vinculación respecto de la eficacia de las sentencias: como "tener que acatar" (para las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes); como "deber de cumplir" (para los precedentes vinculantes) y como "poder/deber de seguir" (para la doctrina jurisprudencial). El grado de fuerza creadora constituye una opción del legislador, quien podría decidir por un efecto meramente persuasivo, a título de recomendación, por ejemplo, o, como lo establece el Art. VII del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, un efecto normativo pleno, sin limitaciones".**

El mismo efecto se podría considerar aplicable a la jurisprudencia civil. Actualmente se ha propuesto una reforma al Código Procesal Civil sobre esta materia, la misma que presento al final del presente trabajo, a manera de conclusión.

(11) **Cabe preguntarse: ¿Se viola la independencia judicial imponiendo efecto vinculante a la jurisprudencia?**

Creemos que no. Baste observar que el Juez sigue siendo director del proceso, y lo es con mayor énfasis en el análisis y valoración de la prueba, eje central de su decisión. A partir de ello, el Juez puede considerar que existen elementos que diferencian el caso del precedente que correspondería aplicar y, por tanto, considerar que está ante un caso distinto. Ferreres y Xiol agregan un elemento de juicio realmente incontestable: "¿Hasta qué punto es coherente la conexión que se traza habitualmente en nuestra cultura entre el principio de independencia judicial, por un lado, y la negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por el otro? Tengamos en cuenta que, en la práctica, nadie cuestiona la legitimidad de que las sentencias judiciales sean recurridas ante los tribunales supremos, y que éstos hagan prevalecer sus opiniones frente a las de los jueces que las han dictado. Tampoco se duda de la legitimidad de que, en algunos supuestos, los tribunales supremos retrotraigan las actuaciones para que los jueces de instancia dicten nueva sentencia, ajustada al criterio que se les impone desde arriba. No se estima que haya aquí lesión alguna de la independencia judicial. Si ello es así, ¿no resulta sorprendente que se rechace la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en nombre de la independencia judicial? ¿Por qué se considera que no hay lesión de la independencia cuando el tribunal superior obliga al inferior a dictar nueva sentencia en un caso concreto, y se estima que sí la hay cuando esa obligación reviste carácter más general? A fin de cuentas, en ambos supuestos el juez se ve obligado a dejar de lado su opinión jurídica, ajustándose a la ordenada por el tribunal superior".

Evidentemente, no hay justificación a este enfoque dispar. La independencia judicial no debe significar libertad para apartarse de pronunciamientos que puedan contener argumentos de autoridad, o razonables interpretaciones, o que sencillamente han resuelto de manera justa el caso similar al que el juez tiene entre manos. Hay una cuota de respeto en todo ello, que los jueces inferiores no pueden desconocer bajo el argumento de su independencia.Además, cabríareflexionar respecto del valor de los precedentes en el sistema del Common Law. No podría sostenerse seriamente que los jueces de ese sistema carecen de independencia en la medida que no puede dejar de aplicar los precedentes de la Suprema Corte. ¿El "Stare Decisis" los convierte en jueces menos independientes que los del sistema continental del Civil Law?

IV. PROPUESTA LEGISLATIVA DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

Atendiendo principalmente a estas razones, en el Perú, se está proponiendo una estructura más eficiente para la jurisprudencia vinculante en lo que respecta a la justicia

civil. Recientemente ha culminado sus labores la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil, la que ha propuesto un severo cambio de régimen en el recurso de casación, buscando uniformar la jurisprudencia nacional y, de esa manera, cumplir con la defensa de uno de los derechos fundamentales: la igualdad ante la ley.

Esta es una de las principales propuestas, y en ella se traduce, a manera de conclusión, lo que se tiene expuesto en el presente trabajo académico.

Artículo 392.- Precedente judicial y reglas procedimentales jurisprudenciales.

Para formar sentencia solo se requieren tres votos conformes.

En los casos en donde existan cuatro votos conformes o unanimidad, la Sala Suprema puede otorgarle efecto vinculante a su decisión atendiendo a la especial relevancia del tema decidido. Dicha calificación se realiza expresamente en la parte resolutiva de la sentencia.

Cuando el caso resuelto se pronuncie respecto de interpretaciones contradictorias desarrolladas en las Salas Superiores la emisión de precedente vinculante tiene carácter obligatorio, siempre que exista el número de votos a los que se refiere el párrafo anterior.

La vinculación alcanza a la propia Sala Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 398, y también a todos los jueces y tribunales de la República, la Administración Pública y a los particulares. Están obligados a resolver respetando el criterio de la Sala Suprema en casos análogos.

Para generar el efecto vinculante a que se refiere este artículo, la Sala Suprema delimita el precedente contenido en su sentencia que deberá ser replicado en el futuro.

1 Citado por Roger Rodríguez, obra colectiva Estudios al Precedente Constitucional, Palestra Editores, 2007.

2 Bernal Pulido, Carlos; El Derecho de los Derechos. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012.

3 http://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista. Revisión verificada el 25/5/18

4 De Otto, I. Estudios sobre el Poder Judicial. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

5 Gozaini, Osvaldo; Proceso y Constitución; EDIAR, Buenos Aires, 2009.

6 Comanducci, Paolo; Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica, Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2010, Pág. 149 y ss.

7 Víctor Ferreres - Juan Antonio Xiol; El carácter vinculante de la Jurisprudencia, FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO – MADRID. 2010

8 Landa Arroyo, César; Los precedentes constitucionales; Edit. Grijley, Lima, 2010.

El Tribunal Constitucional de Austria

José F. Palomino Manchego[1]

SUMARIO: I. Consideración general. II. Viena y el Imperio Austro-Húngaro. III. El Tribunal Constitucional austríaco. 1. Preliminares. 2. Composición, número y elección. 3. Naturaleza de las atribuciones. IV. Puntualizaciones conclusivas.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Es de observar, en primer lugar, que entre los proyectos editoriales a publicar más acariciados que ha tenido Domingo García Belaunde están los trabajos que redactó Hans Kelsen (Praga, 1881-Berkeley, 1973) de ascendencia judía, concernientes al tema de la Jurisdicción Constitucional —segmento importantísimo de su amplia obra maciza y caudalosa—, y que ahora los atentos leyentes podrán juzgarla y apreciarla en todo su real y positivo valor. De este modo, se trata, por cierto, de aportes sólidos producto de su pujante actividad, redactados con su incomparable y proverbial honestidad intelectual, con lo cual se llevó a sostener que fue Kelsen el mentor del Tribunal Constitucional, del que más tarde se hablará, y como tal, del Control Constitucional Concentrado. Indudablemente, el contexto fértil de la época —período weimariano (1919-1933)—, en lo que atañe a la Jurisdicción Constitucional, fue decisivo y es importante conocerlo e interpretarlo para desentrañar el mensaje del pensamiento kelseniano, reafirmándose así la plenitud científica de su obra[2].

Hemos de añadir algo más. La honra que se nos otorga, pluma en ristre, y la deuda científica que de antaño hemos contraído con García Belaunde, junto a su inestimable amistad desde hace 35 años, permite traer a colación gratos recuerdos y circunstancias en que ambos hemos coincidido para platicar temas comunes, en perspectiva académica, como es el que ahora damos a la estampa, y que tuvo su coronamiento —¡por fin!— encontrándonos en fecha reciente en la capital y centro cultural y político de Austria, Viena (*Wien*). Dentro de esta tesitura, es perfectamente legítimo afirmar que el sello de la autoridad y de la ponderación de García Belaunde se reafirma con singular brillo en el presente libro que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, obra venerable y digna del respeto de los ávidos lectores contemporáneos, escrito por Hans Kelsen, con su bien cimentado nombre. Y por cierto también, por el hecho de haber estado ambos *in situ* en la sede del edificio del Tribunal Constitucional austríaco, ubicado en Freyung 8,1010, Viena.

En efecto, fue a propósito de un viaje que los dos realizamos, entre otras ciudades europeas

1 (*) Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (*e*) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

2 Como puntualiza Sandrine Baume: "Kelsen es considerado el padre de la Corte Constitucional austríaca. Su defensa de una Jurisdicción Constitucional se elabora frente a numerosas resistencias que ponen en cuestión la legitimidad de una Corte Constitucional". *Cfr. Kelsen. Un alegato por la democracia*, traducción del francés por Julia Tomasini y Ariel Dilon, Editorial Jusbaires, Buenos Aires, 2015, págs. 81-82. Antecede Presentación de Horacio Corti y Juan Manuel Olmos.

(Amsterdan, Praga, Budapest, Bologna, Roma...), a la Viena imperial, meca de la Filosofía del siglo XX, donde finiquitamos la publicación de la obra, de gran envergadura, que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, libro que recoge y ajusta diversos trabajos de Kelsen redactados entre 1928 y 1941 —al calor del período del Derecho Constitucional de entreguerras— y que constituyen los fundamentos teóricos de lo que posteriormente desembocará en una disciplina jurídica que ya tomó cuerpo en las mallas curriculares universitarias, denominada Derecho Procesal Constitucional[1].

Llegado a este punto, signifiquemos que el tema es atrayente y la empresa intelectual cada día adquiere actualidad y una honda corriente de simpatía académica. ¡Qué mejor ejemplo podemos traer a colación con la reciente materialización del libro de excepcional valía, que tiene como autores a Hans Kelsen y Carl Smitt (1888-1985): *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (traducción del alemán de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2009. Antecede Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi), y en el cual encontramos otro ensayo de Kelsen de heterogénea índole, aparecido en 1931, que lleva por título "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (*Hünter der Verfassung*)! Renglón aparte ocupa el libro recopilatorio de Hans Kelsen, en versión italiana, denominado *La Giustizia Costituzionale* (A cura di Carmelo Geraci, Giuffrè Editore, Milano, 1981. Antecede Premessa di Antonio La Pergola). En dicha obra se recogen, entre otros, los tres ensayos de Kelsen que se publican ahora en el presente libro.

Lo expuesto anteriormente demuestra que la lozanía intelectual que conservó el nonagenario Kelsen hasta el final de su vida, que desempeñó en ella con inusitada autoridad, sigue en pie de forma relevante, y que trasunta en una doctrina dotada de un formidable poder de difusión y de perseverancia. Por tanto, viene a punto la presente publicación, la cual servirá como un material valioso, tal como se ha puesto en evidencia en líneas anteriores, redactado por Hans Kelsen, Jefe de la *Wiener Schule,* buen sembrador y creador de un fruto sazonado saliente de su inteligencia privilegiada, que le sirve de pórtico: la *Teoría Pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre*)[2], a la que consagró largos años de meditación y estudio[3].

Visto de esta forma, es indudable que los actuales sistemas de Justicia (o mejor dicho, Jurisdicción) Constitucional deben a Kelsen más de una virtud…, no se puede comprender la Ju-

1 Vid. entre varios, García Belaunde, Domingo: De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional, 4a. edición, revisada, corregida y aumentada, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, in toto. Antecede Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego. Además, consúltese Melo e Silva, Nanci: Da Juridição Constitucional, Livraria del Rey Editora Ltda., Belo Horizonte, 2002. Antecede Prefácio de José Alfredo de Oliveira Baracho.

2 Ya salieron a la estampa las Obras Completas (Hans Kelsen Werke), tal y conforme se anunció en el Parlamento de Viena, el 11 de octubre de 2006, a propósito del 125 Aniversario del nacimiento de Hans Kelsen. Empezaron a circular en el año 2007, y la edición está a cargo de la prestigiosa Editorial MohrSiebeck (Tübingen, Alemania). El editor y coordinador es el profesor MatthiasJestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, cuya sede se encuentra en Gymnasiumstraße 79, 1190, Viena. A la fecha se han publicado pulcramente 5 volúmenes, faltando todavía otros tomos.

3 Cfr. Ermacora, Felix: "Hans Kelsen e il Diritto Costituzionale austriaco", en Roehrssen, Carlo (A cura di): Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento, Istituto della Enciclopedia Italiana, Firenze, 1983, págs. 27-38.

risdicción Constitucional contemporánea sin los significativos aportes de Kelsen a la materia. De hecho, la Jurisdicción Constitucional es el elemento que permitió al Estado moderno transitar de la fase ideológica del constitucionalismo a la plena realización de sus postulados[1]. Sin pretensión de respuestas agotadoras, y de un modo semejante a lo anterior, es el punto de referencia y de irradiación del Derecho Procesal Constitucional.

En definitiva, el gran paso que da Kelsen, como arquetipo, y que merece un capítulo destacado en la historia del fenómeno denominado constitucionalismo —en plenas conmociones políticas— es el lúcido planteamiento relativo a la necesidad de una jurisdicción especial y autónoma para ejercer la defensa de la Constitución. Que este sea el mecanismo para la garantía de los derechos fundamentales es un corolario lógicamente necesario, aunque no expresamente propuesto por Kelsen. Pero muy poco habría avanzado la jurisdicción tutelar de los derechos fundamentales de no contar con un modelo de Justicia [Jurisdicción] Constitucional [concentrado] como el formulado inicialmente por "el sabio austríaco" ("*theAustrianScholar*") Hans Kelsen con su sólido impacto hasta su áurea madurez[2].

II. VIENA Y EL IMPERIO AUSTRO-HÚNGARO

Con una perspectiva general, puede sostenerse que, a nuestra llegada a Viena lo primero que se nos vino a la memoria fue el Imperio Austro-Húngaro, antiguo territorio de la dinastía de los Habsburgo[3]. Para ello, el día viernes 7 de marzo de 2014, siendo las 08:08 horas salimos con Domingo García Belaunde de la estación ferroviaria de Salzburgo ("ciudad barroca" o "Roma del Norte") en el tren Railjet 265 con destino a Viena, habiendo llegado a las 10:30 horas. El recorrido fue un viaje corto y placentero, habiéndonos recibido un tiempo magnífico, no sin antes haber gozado del deleitoso paraje de los valles.

Como quiera que sea, habría que inquirir antes de seguir adelante: ¿Viena es diferente? ¿Es Viena solamente diferente? En el suceder histórico, ninguna otra ciudad de Europa vivió un enfrentamiento de contradicciones sociales y culturales similar al que se produjo en la que fuera

1 Cfr., al respecto, Piccato, Antonio: "Algunas aportaciones de Hans Kelsen al constitucionalismo contemporáneo", en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): Ciencia Jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán, Editorial Porrúa, S.A. de CV-Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., 2008, pág. 407. Antecede Presentación de Ulises Schmill Ordóñez.

2 Cfr.Piccato, Antonio: "Algunas aportaciones de Hans Kelsen al constitucionalismo contemporáneo", ob. cit., pág. 412. "Desde estas coordenadas —acota Javier Pérez Royo— la Justicia Constitucional no fue un indicador de buena salud democrática, sino todo lo contrario. Detrás de ella se presentó, en un primer momento, la crisis inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, en la que son rechazadas de forma generalizada las formas políticas autoritarias de la época anterior". Cfr. Tribunal Constitucional y división de poderes, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, pág. 40.

3 Vid., la excelente y completa obra de Johnston, William M.: El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938), traducción del inglés de Agustín Coletes Blanco (Coordinador), Rocío ColetesLaspra, Ángel Huerga García y Teresa Jove Sánchez, KRK Ediciones, Oviedo, 2009. Antecede Nota Previa de Agustín Coletes Blanco. También, Gulick, Charles A.: Austria fromhabsburgto Hitler, II ts., University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1948. Foreword de WaltherFerdern. Y el libro Austria aeterna, publição do "Comite de proteção dos Interêsses Austriacos no Brasil", Rio de Janeiro, 1944. Preface de Rudolf AladárMétall.

la capital de la monarquía del Danubio. No existe otro lugar en el mundo donde la relevancia del *Geniusloci*fuera y sea todavía tan preponderante como en Viena, meca tradicional de la vida intelectual y artística. De la capacidad de la sociedad vienesa de reconocer y admitir sus virtudes y defectos surgió la filosofía moderadamente pesimista del "vivir y dejar vivir": esta atmósfera favoreció un caldo de cultivo muy próspero del que surgieron las obras maestras del arte y la arquitectura. Corroboran esta afirmación los célebres artistas, científicos y arquitectos que desarrollaron alguna parte de su obra en esta ciudad[1]. Por todo ello, los jugos de su cultura constituyen un legado histórico firme que irradian hasta nuestros días, sin disputa alguna. No obstante ello, las consecuencias de la Primera Gran Guerra (1914-1918) fueron contundentes, en especial, cuando el 28 de junio de 1919 se firma el Tratado de Versalles y se decide desaparecer la última Gran Potencia católica europea: la doble monarquía danubiana[2]. Y así: *FinisAustriae*.

Con la fragmentación del Imperio de los Habsburgo y el establecimiento en su lugar de pequeñas repúblicas y reinos independientes, los aliados vencedores perseguían una doble estrategia: *a)* por un lado, prevenir el renacimiento de una Alemania fuerte con un importante aliado en el centro de Europa (Austria-Hungría había demostrado durante la guerra una dependencia cada vez mayor respecto de Berlín que hacía tener su incorporación a Alemania); y, por otra parte, aislar el aún indescifrable (pero a todas luces preocupante a los ojos de los líderes de la Europa Occidental) experimento bolchevique en Rusia[3].

Es muy de notar también que, el arte y la arquitectura vieneses guardan un rico legado histórico que data desde la Antigüedad hasta el Renacimiento. La huella incomparable proveniente del Imperio romano aún trasunta, tal como se puede apreciar en las diversas joyas arquitectónicas incólumes —verdadero patrimonio cultural y artístico— hasta el día de hoy. Recuérdese que en el año 15 a.C. los romanos habían conquistado el reino de Noricum y levantado su campamento militar a orillas del Danubio, para lo cual uno de los césares romanos, a saber, Marco Aurelio (26 de abril de 121-17 de marzo de 180) destaca entre los principales artífices.

A la vista de lo dicho, se puede comprender bien que Viena, Capital del Imperio absbúrgico, debe mucho a los romanos, si no posee los espectaculares momentos que se encuentran en otras partes, como en Arles o en Tréveris, su subsuelo testimonia perfectamente la amplitud de los establecimientos romanos. Fue construida sobre los restos de casas, de templos, de palacios y, como Roma, tiene sus catacumbas. Tal vez su propio destino de capital imperial fuese presentido por los generales que, de un simple campamento fortificado para cerrar el paso de la impetuosidad salvaje

1 Cfr. Peichl, Gustav: "Impresiones sobre la arquitectura vienesa", en Toman, Rolf (Editor): Viena. Arte y arquitectura, traducción del alemán de Susana Andrés Trauschke y Pablo Álvarez Ellacuría, KönemanVerlagsgesellschaftmbH, Barcelona, 2000, pág. 7.

2 Cfr. Población Bernardo, Ignacio: Agonía Imperial (La caída del Imperio Austro-Húngaro), Editorial Fragua, Madrid, MMXII. Sobre la Gran Guerra, vid. Jagow, G. von: Le origini della Guerra Mondiale, traduzione italiana di Roberto Fava, Casa Editrice "Triber", Roma, 1919. Y, Hart, Peter: La Gran Guerra (1914-1918) Historia militar de la Primera Guerra Mundial, traducción del inglés de Juan Rabasseda-Gascón y Teófilo de Lozoya, Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2014. Incluye mapas ilustrativos. Desde una perspectiva evolutiva, vid. Fejtö, François: Réquiem por un imperio difunto. Historia de la destrucción de Austria-Hungría, traducción del francés de Jorge Segovia, Ediciones Encuentro, S.A., Madrid, 2015.

3 Cfr. Moreno Mínguez, Carmen: Breve historia del Imperio Austrohúngaro, Ediciones Nowtilus, S.L., Madrid, 2015, págs. 287-288.

de los cuadros y de los marcomanos, hicieron un gran centro político, económico, un *emporium*en que vertían los productos de una región fértil como ninguna, y predestinado por ello a transformarse pronto en un importantísimo centro de población[1].

Llegados aquí es necesario apostillar que en Viena existen dos palacios que le dan una majestuosidad indescriptible a su patrimonio cultural (*bene culturale*). Uno es el Palacio Imperial (*Hofburg*), que fue por setecientos años residencia de la dinastía de los Habsburgo —desde el siglo XIII hasta 1918— y tiene su origen en un castillo medieval del siglo XIII en donde desde 1498, cada domingo el coro de los afamados Niños Cantores de Viena participan en la misa con sus cánticos. El otro es el bellísimo Palacio Imperial de Schönbrunn, construido a las afueras de la ciudad, y que constituye uno de los monumentos arquitectónicos y culturales más importantes que hay en Austria, conformado por fuentes, pinturas, obras de arte, figuras y un jardín zoológico, considerado éste último el más antiguo del mundo. No en vano, desde 1996 esta apreciada joya arquitectónica barroca es patrimonio cultural de la Unesco.

También saltan a la vista del visitante las iglesias medievales de San Miguel, de San Ruperto (*Ruprechtskirche*), de María de la Ribera, de los Minoristas, y por cierto, la Catedral de San Esteban ("*Stefff*", como cariñosamente la llaman los vieneses), símbolo y paradigma emblemático de Viena y testigo presencial de muchos hechos episódicos, principalmente religiosos. Fue en este bellísimo patrimonio histórico, empezado a construir en 1130 sobre la base de los estilos romano y gótico, en punto de perfección, donde contrajo matrimonio el niño genio de Salzburgo, Wolfang Amadeus Mozart (Salzburgo, 27 de enero de 1756-Viena, 5 de diciembre de 1791) con María Constanze Caecilia Josepha Johanna Aloisa (1762-1842), el 4 de agosto de 1782[2].

¿Y qué decir de la música? De resultas de todo lo expuesto, no ha de extrañar, sin duda alguna, que las melodías musicales están enraizadas en el corazón de la urbe vienesa. En efecto, la música está indisolublemente unida a Viena, *capitale autrichienne*, porque penetra todas las clases de la sociedad, porque ocupa un lugar en cada familia, porque es elemento indispensable de la vida del hogar y de la vida de la calle, y por ello su acción se manifiesta en el comportamiento íntimo y familiar de todos los vieneses, y ese fenómeno se repite con tal insistencia, a través de los siglos, que forzosamente hemos de considerarlo como una constante del temperamento nacional. Desde esta perspectiva, otras ciudades han conocido épocas brillantes y fecundas, floraciones deslumbrantes, pero estas eran breves, como todas las floraciones. Hubo asimismo, un periodo en que la ópera napolitana daba el tono a Europa entera, y todo virtuoso tenía que ir allí a consagrarse si deseaba hacer carrera en su propio país. Las técnicas orquestales que poseyó la Escuela de Mannheim, en tiempos de Mozart, no tenía rival en ningún país, y el periodo mannheimiano del autor de *La flauta mágica* (*Die Zauberflöte*) estrenada el 30 de septiembre de 1791 en el Theateran der Wien, fue también uno de los grandes momentos de la expansión de su genio incomparable, especialmente por el simbolismo masónico[3].

1 Cfr. Brion, Marcel: La vida cotidiana en Viena en tiempos de Mozart y de Schubert, traducción del francés de Juan José Utrilla, F.C.E., México, D.F., 1990, pág. 8.

2 Vid.Gruber, Reinhard H.: La Catedral de San Esteban de Viena, traducción del alemán de Carles Batlle, Alpina Druck, Wien, s/f.

3 Cfr. Brion, Marcel: La vida cotidiana en Viena en tiempos de Mozart y de Schubert, op. cit., págs. 78-79. También, Berenger, Jean: La République Autrichienne de 1919 a nos jours, Librairie Didier, Paris, 1971, págs. 170-175 y 178. Preface de Jacques Droz.

¿Y dónde dejamos a la Universidad de Viena (*Universität Wien*, en latín *Alma Mater RudolphinaVindobonensis*)? Una hojeada de conjunto nos permite afirmar lo siguiente: Viena es una de las capitales europeas indiscutibles en el mundo de la cultura. Y en gran parte se debe a la tradición histórico-cultural que dimana de su ciudadela académica. La Universidad fue fundada por Rodolfo IV de Austria (1339-1365) en 1365. El actual edificio, ubicado al lado del Ayuntamiento y no lejos del Parlamento, de extraordinaria belleza, es de estilo neorenacentista italiano, y fue construida por el arquitecto Heinrich von Ferstel (1828-1883), quien por esas ironías del destino murió de tuberculosis un año antes de su inauguración en 1884. En ese transitado lugar, cargado de cultura y sabiduría, sobresalen la Fuente de Castalia, el Aula Magna, la Biblioteca, los bustos de los docentes, entre otros, Kelsen, Verdross, Freud, que en su día irradiaron sus fértiles conocimientos. Agréguese lo siguiente: en el frontis se aprecia notoriamente la representación del nacimiento de Palas Atenea[1].

Además, varios Premios Nobel que han prestado señalados servicios al desarrollo de la ciencia, egresaron de sus aulas: Robert Bárány (1876-1936), Julius Wagner-Jauregg (1857-1940), Hans Fischer (1881-1945), Karl Landsteiner (1868-1943), Erwin Schrödinger (1887-1961), Victor Franz Hess (1883-1964), Otto Loewi (1873-1961), Konrad Lorenz (1903-1989), Friedrich A. von Hayek (1899-1992) y Sigmund Freud (1856-1939). Ahí también se gestó en 1871 la Escuela Austríaca de Economía, cuyos fundadores estudiaron en dicha casa de estudios superiores: Carl Menger (1840-1921), Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914), Friedrich von Wieser (1851-1926), Joseph Schumpeter (1883-1950), Ludwig von Mises (1881-1973), amigo personal de Hans Kelsen[2], el ya citado Friedrich A. von Hayek y Christian Andreas Doppler (1803-1853). De igual forma, destaca la presencia del Círculo de Viena —que continúa en pleno ejercicio filosófico— fundado por Moritz Schlick (1882-1936), mentor del *Empirismo Lógico*, a partir de 1929 y dispersado *manu militari* a raíz de la anexión de Austria a la Alemania totalitaria.

---

1 A propósito, en la óptica de Josef L. Kunz, tesis que compartimos plenamente, trasunta lo siguiente: "Si se toman las obras de Kelsen como obras separadas, creo que de todas ellas, la de 1911 [Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)] es aún hoy la más genial. Como Pallas Athenea de la cabeza de Zeus, así apareció en esta obra la Teoría Pura del Derecho con rasgos geniales y en su aspecto fundamental. Ya está allí claramente delineada, en verdad, la Teoría Pura del Derecho. Hallamos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre Ciencia del Derecho y Sociología, entre ley causal y norma. Vemos la concentración de la teoría en el concepto de la norma jurídica". Cfr.La Teoría Pura del Derecho (Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia), Imprenta Universitaria, México, D.F., 1948, pág. 18. Antecede Prólogo de Luis Recaséns Siches.

2 Cfr. Mises, Ludwig von: Autobiografía de un liberal (La gran Viena contra el estatalismo), Unión Editorial, S.A., Madrid, 2001. Antecede Prólogo de Lorenzo Infantino. Por lo demás, la Escuela Austríaca de Economía fue una verdadera revolución en el campo de la Economía, principalmente, en el de la Filosofía, en el de las Ciencias Sociales y en la Filosofía Política. Por ello, debe señalarse que la Escuela en mención es, en esencia, una teoría del conocimiento, mejor dicho, una Escuela compuesta por presupuestos gnoseológicos en donde empezarán a reelaborarse las grandes líneas tendenciales del liberalismo como modelo de convivencia social y política y como crítica tajante a toda forma de constructivismo y transpersonalismo, expresado principalmente en el totalitarismo. También, vid.: Cubeddy, Raimondo: La Filosofía de la Escuela Austríaca, traducción del italiano, teniendo siempre presente la versión inglesa, de Juan Marcos de la Fuente, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1997. Y, Ravier, Adrián O. (Coordinador): La Escuela Austríaca desde adentro, 4a. reimpresión, 3 vols., Unión Editorial, S.A., Madrid, 2011-2013. Antecede Prólogo de Richard M. Ebeling, Prefacio de Gabriel J. Zanotti, e Introducción de Adrián O. Ravier.

Y, desde luego, en la Universidad germinó la afamada Escuela de Viena, creada por Hans Kelsen, despuntando entre otros representantes, desde sus primeros discípulos que le rodearon: Franz [František] Weyr (1879-1951), Alfred von Verdross (1890-1980), Josef L. Kunz (1890-1970) y Adolf Julius Merkl (1890-1970). Luego vinieron, generacionalmente, otros seguidores: Julius [Gyula] Moór (1888-1950), Fritz Sander (1889-1939), Leonidas Pitamic (1885-1971), Eric Voegelin (1901-1985), Rudolf Aladár Métall (1903-1975),Josef Dobretsberger (1903-1970), Luis Recaséns Siches (1903-1978), Luis Legaz Lacambra (1906-1980), Fritz Schreier (1897-1981), Félix Kaufmann (1895-1949), Charles Eisenmann (1903-1980), JuliusKraft (1898-1960), Marinus Maurits von Praag (1896-1965), Wiktor Sukiennicki (1901-1983), Alf Ross (1899-1979), TomooOtaka (1899-1956), Hans Klinghoffer (1905-1990) y Felix Somló (1871-1920)[1].

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AUSTRÍACO[2]

1. PRELIMINARES

Ahora bien, conforme se ha expuesto en la doctrina procesal constitucional, el modelo austríaco o kelseniano es el punto de arranque para la configuración y expansión mundial de los Tribunales Constitucionales, plasmado en la Constitución Federal de Austria del 1º de octubre de 1920, en actual vigencia, con las reformas correspondientes [Capítulo VI, arts. 137-148 y Ley Federal del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofsgesetz,* abreviado *VergGG*) de 1953 y posteriores reformas (BGBI, 1953-1985) que desarrollan la organización y funciones del Tribunal Constitucional][3]. Todo ello, sin obviar al Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) que se

1 Cfr.Métall, Rudolf A.: "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho", en Revista de Ciencias Sociales, Nº 6, Diciembre, Valparaíso, 1974, págs. 21-28. Publicado también en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, con el siguiente título: "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de Teoría Jurídica", Año VII, Nº 19, Enero-Abril, México, D.F., 1974, págs. 3-9, traducción del alemán de Jorge Sánchez Cordero Dávila. Se trata del número especial: Estudios en memoria de Hans Kelsen, compilado y dirigido por Rolando Tamayo y Salmorán. Vid., del mismo autor: Hans Kelsen. Vida y Obra, traducción del alemán de Javier Esquivel, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1976, págs. 36-53. También, Schreier, Fritz: "Die Wiener rechtsphilosophischeSchule", en Métall, Rudolf Aladár: 33 Beiträgezur Reinen Rechtslehre, Hans Kelsen-Institut, Wien, 1974, págs. 419-436. Vorwort des Bruno Kreisky. Más de pronto, vid. Robles Morchón, Gregorio: Hans Kelsen. Vida y Obra, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, en especial, Capítulo V: La Escuela de Viena, págs. 71-103. No han faltado las críticas, aun cuando sin fundamento, a la Escuela de Viena. En vía de ejemplo, vid. Bruera, José Juan: "La Lógica, el Derecho y la Escuela de Viena", en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. XLIII, Octubre, Buenos Aires, 1945, págs. 289-293.

2 Acerca del nacimiento del Tribunal Constitucional, vid.Lagi, Sara: El pensamiento político Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la 'Esencia y valor de la democracia', Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2007, págs. 168-187. También, vid. Caravita, Beniamino: Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1985, págs. 39-67.

3 La Constitución en referencia fue revisada por Ley Constitucional de 30 de julio de 1925, así como por Ley Constitucional Federal de 7 de diciembre de 1929. Las huestes de Adolfo Hitler (1889-1945) invaden Austria el 4 de marzo de 1933 y se produce un golpe de Estado, la Constitución se encuentra en vía crucis y es suspendida. En consecuencia, al abolir el gobierno el Canciller Engelbert Dollfus (1892-1934), el sistema parlamentario austríaco quedó prácticamente anulado y las atribuciones de la Corte Constitucional y del Tribunal Supremo Administrativo se transfirieron a una Corte de Justicia Federal con acento "dictatorial". Años más tarde fue restablecida la Constitución por Ley Constitucional de 1° de mayo de 1945, poco antes de que el III Reich

estableció en la Constitución de 1867 —producto del *Ausgleich* o *Compromiso*—, y que era competente para controlar los actos administrativos con base en recursos individuales que alegaban la violación de los derechos políticos[1].

Añádase aún lo que sigue: el Tribunal o Corte Constitucional de Austria (*Verfassungsgerichtshof,* abreviado *VfGH*) —que goza de prestigio indiscutible en el mundo jurídico— conforme iba adquiriendo experiencia, ampliaba su ámbito competencial, de manera tal que hoy en día tiene facultades para dirimir varios asuntos, tal como veremos a continuación[2]. Debe señalarse que los tribunales ordinarios austríacos no tienen competencia para dirimir la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales promulgados conforme a ley (Const., art. 89,1). Más bien, están facultados para interponer la súplica ante el Tribunal Constitucional cuando existan objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de un decreto. De igual forma, estatuye la Constitución que si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional "recurso de anulación" de dicha ley (art. 89,2). Si el decreto que el Tribunal Supremo (Corte Suprema) tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, en el recurso que interpusiera ante el Tribunal Constitucional debía solicitar que este dictara resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o inconstitucional (art. 89,3). Se infiere, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional era el único órgano encargado de ver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes[3].

alemán —del cual dependía Austria hasta ese entonces— capitulara incondicionalmente. Hasta la fecha, la Constitución ha sido enmendada por un aproximado de 31 leyes constitucionales que no han variado in integrum el contenido que le dio Hans Kelsen en 1920. El texto completo con las reformas de 1925 y 1929 puede consultarse en el Boletín de Legislación y Documentación Parlamentaria Extranjera, Madrid, 1930, pág. 3 y sgts. Kelsen, aparte de ser el creador de la Corte Constitucional, conforme se ha señalado, fue también magistrado y ponente (Juge Rapporteur), así como consejero permanente; cargo que desempeñó con elocuente brillantez desde 1920 hasta el año 1929 cuando renunció presagiando el holocausto de la raza judía residente en Austria, por parte de las tropas alemanas. Kelsen, como es sabido, era de origen judío por sus padres, pero había nacido en Praga, Checoslovaquia, cuando pertenecía al Imperio Austro-Húngaro, pero en rigor de verdad, el Jefe de la Escuela de Viena renunció a raíz de un incidente entre los tribunales ordinarios y la Corte Constitucional relativo al derecho de familia austríaco. No está por demás recordar el incidente que determinó la renuncia de Kelsen.
Albert ArminEhrenzweig (1906-1974), citando a Rudolf AladárMétall —discípulo y biógrafo de Kelsen— expone en un elocuente Testimonio el controvertido caso: "Las agencias administrativas habían otorgado dispensa del impedimento de un matrimonio existente, que impedía a los cónyuges católicos separados volver a casarse. Los tribunales ordinarios llegaron hasta invalidar matrimonios basados en tales dispensas, las que se sostenía violaban la integridad de los matrimonios católicos. El Tribunal Constitucional… revocó tales juicios, sobre la base de que sólo el Tribunal Administrativo Supremo podía pasar sobre la validez de las dispensas administrativas". Cfr. Revista de Ciencias Sociales, Nº. 6, Diciembre, Valparaíso, 1974, pág. 375, nota 3.

1 Acerca del proceso de formación de la Constitución de Austria de 1920, vid.Bongiovanni, Giorgio: Reine Rechtslehree dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920, Dott. A. GiuffrèEditore, Milano, 1998, págs. 140-174. Del mismo autor, vid. "Estado de Direito e Justiça Constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920", en Costa, Pietro e Zolo, Danilo (Orgs.): O Estado de Direito. História, teoria, critica, tradução de Carlos Alberto Datolli, Martins Fontes, São Paulo, 2006, págs. 379-414. El texto de la Constitución de Austria, entre varias ediciones, se puede consultar en Mirkine-Guetzévitch, Boris: Les constitutions de L'Europenouville, deuxiéme édition revue et augmentée, Librairie Delagrave, Paris, 1930, págs. 126-162.

2 Vid.Pegoraro, Lucio: Lineamenti di Giustizia Costituzionale Comparata, G. GiappichelliEditore, Torino, 1998, págs. 22-26. Pegoraro denomina a la Verfassungsgerichtsbarkeitkelseniana "modelloeuristico".

3 Una visión panorámica del fundamento del Tribunal Constitucional de Austria se puede con-

De ahí su notoria diferencia con lo que sucede en el mundo cultural anglosajón a través del Sistema o Modelo Americano (*Judicial Review*) en donde la función de control constitucional recae en los tribunales ordinarios (Poder Judicial), y las consecuencias, por tanto, tienen efectos *inter partes*[1]. Para nuestros propósitos es válido significar, siguiendo a Roberto Blanco Valdés que, con independencia de la corrección jurídica de algunas de las afirmaciones de Marshall y de la coherencia de su pronunciamiento con otros previos de la Corte [Suprema Federal], lo relevante es que ... su forma de razonar va a situarlo ante la necesidad inaplazable de *justificar* constitucionalmente la exigencia de inaplicar aquellas normas que fuesen incompatibles con la Constitución y, lo que es más importante, la paralela obligación de los tribunales para optar por tal inaplicación en los casos en que apreciasen aquella incompatibilidad[2].

2. COMPOSICIÓN, NÚMERO Y ELECCIÓN

Bástanos consignar aquí, que en el cuadro del ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional con sede en Viena, estará compuesto por un Presidente (*Präsident*), un Vicepresidente (*Vizepräsident*), de otros doce miembros y de seis suplentes (*Ersatzmitglieder*), así lo establece el artículo 147, 1 de la Constitución. Todos ellos magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las facultades de Derecho y Ciencia Política (art. 147,2)[3]. Una parte son elegidos por el Gobierno Federal (Presidente, Vicepresidente y seis miembros más) y la otra es elegida por el Parlamento Federal, de forma paritaria entre cada una de las Cámaras (tres miembros de cada

sultar en Acosta Sánchez, José: Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, págs. 246-263. Antecede Prólogo de Manuel Jiménez de Parga. Acerca del contenido y estructura de la Constitución de 1920, vid., MirkineGuetzévitch, Boris y Tibal, André: L'Autriche, Librairie Delagrave, Paris, 1932, págs. 12-17. Cfr., también, Giovannelli, Adriano: "AlcuneconsiderazionidulmodellodellaVerfassungsgerichtsbarkeitkelseniana, del contesto del dibattito sulla funzione 'politica' della Corte Costituzionale", en AA.VV., Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di VezioCrisafulli, t. I, Cedam-Casa EditriceDott., Padova, 1985, págs. 381-444. Publicado también como Apéndice en el libro del mismo autor, que lleva por título Dottrina Pura e Teoria della Costituzione in Kelsen, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983, págs. 235-317. De igual forma, vid. FrischPhilipp, Walter: "La forma en que se plasmó la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en la Jurisdicción Constitucional austríaca creada por él", en Jurídica, Nº. 2, México, D.F., 1970, pág. 125 y sgts. También, vid. Alonso García, Enrique: "El Tribunal Constitucional austríaco", en AA.VV.: El Tribunal Constitucional, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 411-459. Incluye bibliografía especializada.

1 Vid., por todos, Fernández Segado, Francisco: "Los inicios de la judicial review", en su libro La evolución de la Justicia Constitucional, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2013, págs. 35-922. Del mismo autor: "Los modelos de Justicia Constitucional", en la referida obra, págs. 923-1014. Ambos ensayos incluyen bibliografía especializada, y son de útil consulta. También, vid. Cárdenas, Raúl de: La inconstitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos, Jesús Montero Editor, La Habana, 1943.

2 Cfr. Blanco Valdés, Roberto L.: El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2006, págs. 180-181. Antecede Prólogo de José Antonio Portero Molina y Prólogo a la nueva edición de Miguel Artola. Vid.,también, Law Review Duquesne, Volume 45, Number 3, Spring, 2007, dedicado a la Judicial Review in the Americas. Sobre la experiencia del modelo austríaco, vid. Caravita, Beniamino: Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca, ob. cit., págs. 181-200.

3 Sobre ello, vid., por todos, Troper, Michel: "Kelsen et la Court Constitutionnelle", en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): Ciencia Jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán, ob. cit., págs. 445-461.

Cámara). Los miembros del Tribunal Constitucional jurarán (*geloben*), antes de tomar posesión del cargo, observar inquebrantablemente la Constitución y las demás leyes de la República, así como el cumplimiento escrupuloso de su deber (Ley del Tribunal Constitucional, art. 8)[1]. El *status* de los magistrados constitucionales se expresa en su independencia funcional, orgánica y reglamentaria.

3. NATURALEZA DE LAS ATRIBUCIONES[2]

Entre las vías operativas de la Jurisdicción Constitucional se atribuye y confía competencia al Tribunal Constitucional para conocer:

A) Acciones (pretensiones) de carácter patrimonial[3]

En efecto, el Tribunal Constitucional tiene legitimación para conocer de las acciones de carácter patrimonial (*VermögenrechtlicheAnsprüche*) contra la Federación, los Estados, los distritos, los municipios y las agrupaciones de municipios que no puedan sustanciarse mediante el procedimiento judicial ordinario (*imordentlichenRechtsweg*) ni por resolución de una autoridad administrativa (Const., art. 137). Quiere ello decir que las acciones de carácter patrimonial —excepcional— tienen que sustanciarse necesariamente mediante el procedimiento constitucional. Su contenido tiene que ser de Derecho Público y no de Derecho Privado, siendo en el fondo una jurisdicción contenciosa-administrativa.

B) Tribunal de Conflictos de competencia administrativa[4]

1 La Ley del Tribunal Constitucional se puede consultar en el Boletín de Legislación Extranjera, Nº 155-156, Setiembre-Octubre, Madrid, 1994, págs. 23-44, traducción del alemán de Mariano Daranas Peláez. Además, aparece publicada en el libro de González Rivas, Juan José: Análisis de los sistemas de Jurisdicción Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 235-270. De igual forma, hemos tenido a la vista la versión italiana que incluye el Reglamento Interno, edición a cargo del ex magistrado constitucional Öhlinger, Theo: Leggesulla Corte Costituzionale austriaca, Centro Editoriale Europeo, Firenze, 1982.

2 Vid.Moraes, Alexandre de: Jurisdição Constitucionale Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição, 3a. edição, Editora Atlas, S.A., São Paulo, 2013, págs. 99-120. Antecede Apresentação de Dalmo de Abreu Dallari. Entre varios, vid.Öhlinger, Theo: "L'evoluzione della Giurisdizione Costituzionale in Austria", en Lombardi, Giorgio (A cura di): Costituzione e Giustizia Costituzionale nel DirittoComparato, Maggioli Editore, Italy, 1985, págs. 37-59.

3 Cfr.Eisenmann, Charles: La Justice Constitutionnelle et la Haute CourConstitutionnelleD'A utriche, Economica Paris, 1986, pág. 287. Avant-propos par Georges Vedel y Annexe par Louis Favoren: "La modernite des vues de Charles Eisenmann sur la Justice Constitutionnelle". (Édition de 1928). No le falta razón a Eisenmann cuando sostiene que: "La Haute Cour Costitutionnelle de la République d'Autriche est le premier exemple que l'onconnaisse d'une juridiction constitutionnell espéciale" (pág. 289). Del mismo autor, vid. "Dix ans d'Histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)", en Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger, Janvier-Février-Mars, Paris, 1928, págs. 5-27. Al final, incluye el texto de la Constitución Federal de 1920.

4 Cfr.Eisenmann, Charles: La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour ConstitutionnelleD'Autriche, ob. cit., págs. 273-276. También, vid. Hinterauer, Werner: "Tribunal Constitucional de Austria", en AA.VV., Tribunales constitucionales europeos y autonomías territoriales, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 1985, págs. 102-106.

En rigor, la figura del Tribunal de Conflictos lo encontramos en el *Proyecto Kremsier* de 1848, que no llegó a entrar en vigor, y que daba nacimiento a un Tribunal Supremo del Imperio (*obersteReichsgericht*)[1]. Este recordado órgano tenía competencia para resolver los conflictos de atribución entre la administración y los tribunales de justicia. Por su parte, tras las reformas constitucionales de 1925 y 1974, la Constitución austríaca de 1920, otorga al Tribunal Constitucional facultad de actuar como Tribunal de Conflictos, inspirándose en cierto grado al modelo francés, en las cuestiones de competencia (*Kompetenzkonflikte*)[2]:

a) Entre los tribunales y autoridades administrativas.

b) Entre el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) y los demás tribunales, en especial entre el Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional mismo (¿Juez y parte?), así como entre los tribunales ordinarios y otros tribunales.

c) Entre los Estados, o entre un Estado (*Länder*) y la Federación (*Bundeslander*), conforme lo establece el artículo 138,1 de la Constitución. Tales atribuciones son propias en un Estado Federal como lo es Austria (Const., art. 2,1).

De lo dicho se infiere claramente que al Tribunal Constitucional no solo le alcanza competencia de índole administrativa sino también judicial. Es más todavía, el Tribunal Constitucional declara a instancia del Gobierno Federal o de un Gobierno Regional, si un acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo recae en la esfera de competencia de la Federación o en la de los Estados (art. 138,2). Naturalmente, bastante ha influido en ello el hecho de que Austria, desde 1920, se erige en un típico Estado Federal, integrado por nueve *Länder,* en donde se deja notar una autonomía constitucional relativa, con la existencia de órganos comunes e instituciones simétricas[3].

C) Ilegalidad de decretos y ordenanzas

A la par, yendo a otros espacios, observamos que se le atribuye al Tribunal Constitucional conocer de la ilegalidad (*Gesetzwidrigkeit*) de los decretos emanados de autoridades federales o regionales, así como de las órdenes de órganos de tutela de los municipios, dictadas al amparo del artículo 119, a, párrafo 6 de la Constitución. Actúa, de igual forma, para resolver la ilegalidad, a

1 Al respecto, vid., Gómez Montoro, Ángel J. :El conflicto entre órganos constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, en especial, págs. 45-49. Antecede Prólogo de Manuel Aragón Reyes. Dentro de ese ámbito material, el modelo suizo es de suma importancia, teniendo en cuenta que la historia de la Confederación Helvética empieza en el año 1291, con una estructura política estatal que antes no había en Europa, y que arrastraba desde el Imperio romano mediante los tres cantones primitivos: Uri, Schwyz y Unterwalden, hasta la Constitución Federal para la Confederación Suiza, de 12 de setiembre de 1848, luego la de 1874. Y dentro del marco así delimitado, el conflicto positivo (positif) y el conflicto negativo (négatif) ya se dejaba notar desde el siglo XIX en Suiza. En tal sentido, vid.Aubert, Jean-François: Traité de Droit Constitutionnel Suisse, t. 2, Jurisprudence Générale Dalloz-EditionsIdes et Calendes, Paris-Neuchâtel, 1967, págs. 580-589.

2 Vid. García Roca, F. Javier: El conflicto entre los órganos constitucionales, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, pág. 37.

3 Vid., el libro de Vernet i Llobet, Jaume: El sistema federal austríaco, Escola D'administració Pública de Catalunya-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997. Antecede Prólogo de Heinz Schäffer. Y, Douin, Claude-Sophie: Le fédéralisme autrichien, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, en especial, págs. 130-141. Préface de André Cocatre-Zilgien.

instancia de cualquier tribunal, Gobierno Federal o regional (de parte), también lo hace de oficio cuando el decreto en cuestión debe constituir el presupuesto para una decisión del propio Tribunal Constitucional (art. 139,1). Se pronuncia también sobre la ilicitud de cualquier ordenanza a instancia de toda persona que alegue haber sido lesionada en sus derechos de modo directo por dicha ilicitud, cuando la ordenanza haya cobrado fuerza ejecutiva para la persona afectada.

Y yendo al fondo de la cuestión, es dable significar la actuación que asume el Tribunal Constitucional cuando se tiene que aplicar una ordenanza determinada, y la parte afectada o alegante"desestime" la reclamación. Al respecto, la actitud que toma en este caso es continuar las actuaciones procesales iniciadas para examinar la legalidad de la ordenanza en cuestión (art. 139,2).

Por consiguiente, ¿cómo se procede para anular la ordenanza por razón de ilegalidad? Veamos. En este aspecto, el Tribunal Constitucional solo podrá anularla si se ha solicitado explícitamente la anulación, o el propio Tribunal estuviera obligado a aplicarla al litigio pendiente ante él. Sin embargo, si el propio Tribunal Constitucional llega a la convicción de que la ordenanza entera carece de fundamento legal, o ha sido dictada por un órgano incompetente o ha sido promulgada en forma ilegal, deberá anular la ordenanza entera por ilegal (*gesetzwidrig*), siempre y cuando no vaya contra los intereses jurídicos de la parte que ha interpuesto la demanda conforme al último inciso del párrafo 1° del artículo 139 de la Constitución; así lo señala el artículo 139,3 de dicha Norma Fundamental.

Sobre este punto, una vez emitido el fallo del Tribunal Constitucional, la autoridad suprema competente de la Federación o del Estado Regional está obligada a aplicar de inmediato la anulación. Se aplicará por analogía en los pronunciamientos que se dicten en los supuestos del párrafo 4° del artículo 139 de la Constitución. La anulación entra en vigor el mismo día que se publica, en caso de que el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración, este no podrá exceder de seis meses, o bien de un año (art. 139,5).

D) Inconstitucionalidad de las leyes[1]

Bastante mayor interés tiene esta atribución. En dicho marco de análisis, como recuerda con acierto evidente Fernández Rodríguez, el control de constitucionalidad de las leyes es una competencia muy extendida, como es lógico, al tratarse de la atribución primigenia de la Jurisdicción Constitucional. Al menos, desde un punto de vista teórico. El carácter normativo y supremo de la Constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas esas notas de normatividad y superioridad. Esta función característica de la Jurisdicción Constitucional fue la que diseñó Hans Kelsen, y que trasunta en la actividad que despliega el Tribunal Constitucional austríaco desde la Constitución de 1920[2]. Y, para ser

1 Cfr.Eisenmann, Charles: La JusticeConstitutionnelle et la Haute CourConstitutionnelleD'Autriche, ob. cit., págs. 213-221. Desde una óptica comparada, vid.Cervati, Angelo Antonio: "Incostituzionalità delle leggi e defficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana", en Quaderni Costituzionali, vol. IX, núm. 2, agosto, Bologna, 1989, págs. 257-285.

2 Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio: La Jurisdicción Constitucional Iberoamericana, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2014, pág. 40. Antecede Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Prólogo de Néstor Pedro Sagüés. Del mismo autor compostelano es de suma utilidad su libro La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2002. Antecede Prólogo de Roberto L. Blanco Valdés.

más concreto, desde la primera elección de los jueces constitucionales llevada a cabo del 15 al 20 de julio de 1921, y en donde quedó constituido de la siguiente manera: Presidente Vittorelli (1851-1932); Vicepresidente Adolf Menzel (1857-1938); Friedrich Austerlitz (1862-1931); Hans Kelsen (1881-1973)[1]; Robert Neumann-Ettenreich (1857-1926); JuliusOfner (1845-1924); Rudolf Ramek (1881-1941); JuliusSylvester (1854-1944); Friedrich Engel (1867-1941); AloisKlee (1876-1944); Gustav Harpner (1864-1924); Karl Hartl (1878-1941); Michael Mayr (1864-1922) y Karl Pawelka (1867-1945)[2].

En efecto, ante la vulneración de la supremacía constitucional y/o jerarquía normativa, se acude al Tribunal Constitucional mediante vía de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) consagrado en el artículo 140 de la Constitución. El proceso constitucional a seguir ante el Tribunal austríaco, es característico del modelo kelseniano y ha tenido notoria influencia para aplicarlo en otros países que tienen Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución [constitucionalidad].

Como quiera que fuere, lo cierto es que, a instancia del Tribunal Administrativo (*Verwaltungserichtshof*), del Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, el Tribunal Constitucional entenderá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional; inclusive, puede conocer de oficio el propio Tribunal Constitucional cuando tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente (art. 140,1). Se atribuye también al Tribunal Constitucional dirimir sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales, a instancia del Gobierno Federal; o un tercio de los componentes de la Asamblea Regional, siempre y cuando estos últimos componentes estén autorizados por ley constitucional regional (*Landeswerssungsgestz*); y de las leyes federales presumiblemente inconstitucionales, a instancia de un Gobierno Regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional.

Asimismo, puede acudir ante el Tribunal Constitucional para objetar una ley inconstitucional, cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona, sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual (art. 140, 1 *in fine*). Si la ley no está en vigor, se deberá solicitar al Tribunal Constitucional que dicte resolución en el sentido de que la ley objetada era ilegal o inconstitucional[3].

Como es fácil de ver, en su análisis lógico-jurídico, el Tribunal o Corte Constitucional austríaco puede anular una ley inconstitucional (*ein Gesetz als Verfassungs widrigaufheben*) solamente cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal Constitucional tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él. Sin embargo, puede darse el caso de que el Tribunal Constitucional vea que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente o promulgada de modo inconstitucional, enton-

1 Todas las contribuciones de Hans Kelsen al nacimiento del Tribunal Constitucional aparecen publicadas en el libro Hans Kelsen Werke, VeröffentlichteSchriften 1919-1920, Band 5, Mohr Siebeck, in kooperation mit dem Hans Kelsen Institut, Tubingen, 2011. Herausgegeben von Matthias Jestaedt.

2 Cfr. Kelsen, Hans: Scrittiautobiografici, traduzione e cura di Mario G. Losano, Edizioni, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pág. 120, nota 183.

3 Es decir, se aplica por analogía lo estipulado en el artículo 89,3 de la Constitución.

ces, por mandato constitucional, deberá derogar la ley en su totalidad declarándola inconstitucional (art. 14,3)[1].

Pero eso no es todo. También deberá tener en cuenta el Tribunal Constitucional al momento de emitir sentencia, que si la ley objetada ya no está en vigencia y el procedimiento constitucional hubiere sido incoado de oficio o se hubiese interpuesto recurso de algún tribunal o por persona que haya sido perjudicada en sus derechos por la inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley es o no inconstitucional (art. 140,4)[2].

Tras lo antes dicho, es importante señalar que el Tribunal Constitucional necesariamente tiene que pronunciarse aunque la ley ya no esté en vigencia. Se trata, de esta forma evitar *a posteriori* violaciones de derechos consagrados en la Constitución. Advierte el Tribunal Constitucional que, al emitir sentencia estimatoria por la cual anula la ley inconstitucional, obliga en el acto al Canciller Federal o al Gobernador regional competente a publicar la derogación. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Conforme lo dispone la Constitución, el plazo no podrá exceder de un año (art. 140,5).

Aunado a lo anterior, es también de interés resaltar que, el Tribunal Constitucional austríaco prevé los efectos de la sentencia que pronuncia para no dar origen a futuras confusiones. En efecto, al anular la ley inconstitucional, entrará en vigor el mismo día en que surta efecto la derogación, a no ser que disponga otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional. Para ello deberá especificarse en la publicación relativa a la anulación de la ley, si alguna disposición legal vuelve a entrar en vigor, y en caso afirmativo, cuáles son (art. 140,6).

En consecuencia, se colige que en la esfera procesal la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no tiene efectos retroactivos; las leyes impugnadas por inconstitucionales se plantean directamente ante el Tribunal Constitucional, no existe vía previa; la cuestión o litigio resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia tiene efectos *erga omnes*, no *inter partes*, o sea, como afirma Vanossi: "para todos y para siempre"[3]. Acá radica la característica más notable de los Tribunales Constitucionales, especialmente del austríaco, que en rigor de verdad, es un organismo de naturaleza especial, separado e independiente de la magistratura ordinaria.

Sin mengua alguna, la idea de supremacía de la Constitución es el corazón de la teoría constitucional de Kelsen, y por tanto, permite al Tribunal Constitucional derogar leyes que tienen vicio de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Para esto, el pensamiento kelseniano se funda en tres dimensiones o planos: *1.* El sistema jurídico está ordenado jerárquicamente, es decir, tiene una estructura jerárquica (*Stufenbau*). *2.* La Constitución, por lo general, determina el contenido de la legislación. *3.* La Constitución tiene un cierto grado de rigidez, o lo que es igual, ella no

1 Sobre el tema, vid. Cruz Villalón, Pedro: La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 398-402. Antecede Prólogo de Ignacio Ma. de LojendioIrure.

2 En este caso debe aplicarse lo prescrito en el artículo 140,3 de la Constitución.

3 Cfr. Vanossi, Reinaldo: Teoría Constitucional, t. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 89.

puede ser modificada mediante legislación ordinaria[1].

E) Inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales e infracciones al Derecho Internacional[2]

Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico nacional la Constitución es el máximo grado escalonado, los tratados internacionales estarán subordinados a ella, aunque tampoco puede desconocerse la hipótesis, teóricamente hablando, de que los tratados estén dentro del orden jurídico internacional y como tal encima de la Constitución. Sin embargo, seguirán subordinados a la norma constitucional; no se puede, por lo tanto, desconocer la preeminencia de la Constitución que es tajante[3]. A tal fin: "Los tratados internacionales —afirma Kelsen— deben ser interpretados de modo que sostengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual"[4].

Más adelante, sustentando su posición sobre la atribución del Tribunal Constitucional para someter a su competencia los tratados internacionales, expresa Kelsen que: "ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la Jurisdicción Constitucional. Jurídicamente, nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales… siendo una fuente de derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional esté conforme a la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas, que determinan el contenido de las leyes y de los tratados"[5].

1 Vid. Moreso, Juan José: "La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen", en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (Editor): Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, págs. 359-360. A estos caracteres responde también las reflexiones precisas, como era usual en él, del siempre recordado Pablo Lucas Verdú (1923-2011): "El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra Hans Kelsen)", en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Nº. 68, Abril-Junio, Madrid, 1990, págs. 7-93.

2 Las contribuciones de Kelsen al Derecho Internacional se puede consultar en Monaco, Ricardo: "Kelsen e la Teoria del Diritto Internazionale", en Ermacora, Roehrssen, Carlo (A cura di): Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento, ob. cit., págs. 39-51.

3 La bibliografía al respecto es inmensa. Entre varios, vid. Puente Egido, José: La Teoría Pura del Derecho y la Ciencia del Derecho Internacional, Instituto «Francisco de Vitoria», Madrid, 1962, págs. 75-88. Antecede Prólogo de Antonio de Luna. También, vid. Antoniolli, Walter: "Hans Kelsens Einflussauf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit", en Engel, Salo y Métall, Rudolf A.: Law State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, The University of Tennessee Pres, Knoxville, 1964, págs. 21-28; Bernstorff, Jochen von y Dunlap, Thomas: The Public International Theory of Hans Kelsen, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, págs. 172-179. Y, Grussmann, Wolf-Dietrich: "Giurisdizione Costituzionale austriaca e Comunità Europee", en Diritto e Società, Nuova Serie, Nº. 4, Padova, 1991, págs. 699-712.

4 Cfr. Kelsen, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)", traducción del francés de Rolando Tamayo y Salmorán, en Revista Anuario Jurídico, I, México, D.F., 1974, págs. 470-515, en concreto, pág. 481.

5 Ibídem, págs. 496-497.

Es de valorar también que, mediante reforma del 4 de marzo que entró en vigor el 7 de abril de 1964, se atribuyó al Tribunal Constitucional competencia para pronunciarse sobre la ilicitud (*Rechtswidrigkeit*) de los tratados internacionales cuando estos infrinjan un derecho constitucional (art. 140, a, 1). De resultas de todo ello, el Tribunal Constitucional, al declarar ilegales o inconstitucionales los tratados internacionales, estos no podrán ser aplicados desde el día mismo que se haga público el fallo, por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Si son tratados internacionales de índole política (*politische Staatsverträge*) el plazo no podrá exceder de dos años; ni de un año para los demás tratados internacionales.

Con todo, al momento que el Tribunal declara la ilegalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional que se cumple mediante promulgación de leyes o de decretos, dejará de surtir efecto toda resolución adoptada conforme al párrafo 2º del artículo 50 u ordenanza dictada al amparo del párrafo 1º del artículo 65 de la Constitución; así lo establece claramente el artículo 140, a, 2. Se puede dar el caso que se presenten infracciones al Derecho Internacional (*Verletzungen des Völkerrechts*). Como es evidente, siguiendo la línea directriz constitucional, corresponderá por tanto al Tribunal Constitucional conocer estos asuntos (art. 145).

F) Recurso, reclamación o queja constitucional

Otra vía que se emplea para acudir al Tribunal Constitucional cuando se afectan los derechos fundamentales es el recurso, reclamación o queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) establecido en el artículo 144 de la Constitución y reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1952. Sus antecedentes los encontramos en la Constitución del Emperador de Austria, Rey de Hungría y Bohemia, Francisco José I (1830-1916) de 21 de diciembre de 1867 (*Dezemberverfassung*) que encomendaba la competencia al Tribunal Supremo (*Reichsgericht*). Cabe señalar que la queja constitucional austríaca, desde sus inicios (1920-1929) hasta la fecha ha tenido variantes de poca importancia sin perder su contenido y eficacia de medio impugnatorio[1].

Atendiendo a este fin, el actor o accionante del recurso de queja (*der Beschwerdeführer*) que se estime lesionado por una resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional contrario al derecho, tiene la vía expedita para hacer conocer al Tribunal Constitucional de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas. Bajo los mismos supuestos conoce también el Tribunal Constitucional de las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada, la que se interpondrá solamente después de agotada la vía administrativa cuando esta proceda (art. 144,1)[2].

1 Desde una perspectiva comparada, vid.Anzon, Adele: "I lricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna", en Politica del Diritto, vol. XX, num. 2, Giugno, Bologna, 1989, págs. 329-345.

2 Cfr. Ermacora, Felix: "Diritti umani e Giurisdizione Costituzionale in Austria", en Lombardi, Giorgio (A cura di): Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato, ob. cit., pág. 61 y sgts. Del mismo autor: "El Tribunal Constitucional austríaco", en AA.VV., Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 275. Antecede Prólogo de

Del mismo modo, si el Tribunal Constitucional, al momento de resolver estima que la resolución impugnada del órgano administrativo, o el ejercicio de la potestad administrativa directa de mando y coerción no ha lesionado derecho alguno en el sentido del párrafo 1º del artículo 144 de la Constitución y no se trate de un caso excluido por el artículo 133 de la competencia del Tribunal Administrativo, deberá conjuntamente con la sentencia desestimatoria, si así lo instare el recurrente, trasladar al propio Tribunal Administrativo la reclamación, para que resuelva si el recurrente ha sido lesionado en alguna otra clase de derecho por la decisión de referencia o por el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y de coerción (art. 144, 2).

Conforme se desprende de lo expuesto, el Tribunal Constitucional austríaco es muy celoso en cautelar los derechos fundamentales [derechos constitucionales] garantizados constitucionalmente; si no actúa en casación cuando sea requerido, obliga en el acto al Tribunal Administrativo para que se pronuncie sobre la cuestión en litigio, actuando de esta forma como un verdadero guardián de la Constitución. El autor del recurso, reclamación o queja constitucional puede ser persona física o jurídica de Derecho Privado, incluso de nacionalidad distinta. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional para que actúe, le interesa que el reclamante se sienta lesionado de sus derechos. El plazo para plantear el recurso es de seis semanas contadas a partir de la notificación del acto administrativo inconstitucional. El proceso constitucional se inicia al momento de interponer el recurso, debiendo entregarse copia a la autoridad administrativa, que hasta entonces se presume que haya violado un derecho, para que dentro de un plazo que la ley señala pueda dar contestación (*Gegenschrift*)[1].

Con la previsión debida, Mauro Cappelletti (1927-2004) no titubea en apuntar que el procedimiento se divide en dos etapas: *a)* La primera, de carácter preparatorio (*Vorverfahren*), prevalentemente escrita, que se desarrolla a través de un intercambio de escritos entre el recurrente y la autoridad que eventualmente haya intervenido en la causa. *b)* Si el Tribunal Constitucional no ha rechazado *a limine* el recurso impugnatorio, la causa después de haber sido instruida por un "juez relator", pasa al debate final que tiene carácter oral y el Tribunal Constitucional actúa en sesión plena, siendo esta la última etapa[2].

André Tunc e Informe general introductorio de Louis Favoreu. También, en el mismo colectivo, vid. Öehlinger, Theo: "El Tribunal Constitucional austríaco", para quien: "La limitación de la competencia del Tribunal Constitucional a ciertos actos administrativos es una de las características esenciales de la jurisdicción del Derecho Público en Austria. Tanto esta limitación como la creciente complejidad de la Administración Pública y la diferenciación de actos administrativos provocan múltiples problemas" (págs. 492-493).

1 Austria ha ido más allá de sus fronteras y ha admitido la Jurisdicción Supranacional, cuyo origen lo encontramos en 1949, formado en aquel momento por quince Estados, suscrito el 4 de noviembre de 1950 y complementado por el Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952. Debe agregarse a ello, lo suscrito en Turín el 18 de octubre de 1961 y que entró en vigor el 26 de febrero de 1965, dando nacimiento así a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, compuesta de dos órganos jurisdiccionales con sede en Estrasburgo, que son la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Para un estudio sobre la influencia de la Jurisdicción Supranacional en Austria, cfr. Comte, Philippe: "La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno", en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, vol. IV, Nº 1, Ginebra, 1962, págs. 109-149; y Liebscher, Viktor: "Austria y el Convenio para la protección de los derechos humanos", en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, vol. IV, Nº 2, Ginebra, 1963, págs. 307-318.

2 Cfr. Cappelletti, Mauro: La Jurisdicción Constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco, traducción del italiano y "Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana", por Héctor Fix-Zamudio, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autonóma de México, México, D.F., 1961, pág. 37. En versión italiana: La Giurisdizione Costituzionale dellelibertà. Primo

En este orden de cosas, en el procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional austríaco encontramos algunos rasgos característicos: las audiencias son de carácter oral, se sigue el principio de la publicidad garantizándose de esta manera el litigio o proceso constitucional que en rigor de verdad tiene un carácter netamente jurídico sin desconocer la influencia política en menor grado; la anulación de la norma cuestionada entra en vigor una vez publicado en el *Bulletin Officiel*; el veto judicial que se le atribuye al Tribunal Constitucional al momento de actuar es también característica notoria[1].

G) Impugnaciones o acciones electorales (Control del procedimiento electoral)[2]

Es de notar que, en la esfera de atribuciones que le otorga la Constitución, el Tribunal Constitucional también actúa como Tribunal Electoral para conocer de las impugnaciones del Presidente Federal, contra las elecciones a las asambleas de representación popular y a los órganos deliberantes de los Colegios Profesionales legalmente establecidos (art. 141, 1, a); de las impugnaciones contra elecciones de Gobiernos regionales y de los órganos municipales encargados de las funciones ejecutivas (art. 141, 1, b); de las peticiones de las asambleas de representación popular de que sea privado de su mandato alguno de sus miembros (art. 141, 1, c); de las peticiones de los órganos deliberantes (asambleas representativas) de los Colegios Profesionales legalmente establecidos de que sea privado de su mandato alguno de los miembros del órgano en cuestión (art. 141, 1, d); y cuando en las leyes federales o regionales reguladoras de las elecciones esté prevista la declaración de privación del acta de diputado por decisión de un órgano administrativo, sobre la impugnación de las decisiones por las que se haya declarado la pérdida del mandato de miembro de una asamblea de representación popular, en algún órgano municipal encargado de la función ejecutiva o en un órgano deliberante de un Colegio Profesional legalmente establecido, una vez agotada la vía jerárquica (art. 141, 1, e).

Podemos colegir, por consiguiente, que solamente basta la "presunta ilegalidad" del procedimiento electoral para que proceda la impugnación o acción ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia, el Tribunal Constitucional definirá la impugnación electoral, si es que ha existido presunta ilegalidad del procedimiento electoral y si ha influido sobremanera en el resultado de las elecciones.

H) Responsabilidad constitucional y penal de altos funcionarios públicos[3]

Atribución importante del Tribunal Constitucional es conocer las acusaciones por las que se

studiosulricorsocostituzionale (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco), Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1955.

1 Cfr. Grant, James A.C.: "El control judicial de la legislación en la Constitución austríaca de 1920", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año VII, Nº. 21, Septiembre-Diciembre, México, D.F., 1974, págs. 73-81.

2 Cfr. Eisenmann, Charles: La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour ConstitutionnelleD'Autriche, ob. cit., págs. 281-285.

3 Cfr. Eisenmann, Charles: La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche, ob. cit., págs. 277-280.

exija a los órganos supremos de la Federación o de los Estados "responsabilidad constitucional" por las infracciones de ley cometidas, mediante culpa, en el ejercicio de sus cargos (art. 142, 1). Están comprendidos el Presidente Federal por violar la Constitución, los miembros del Gobierno Federal y órganos de igual jerarquía cuando infringen la ley, miembros del Gobierno Regional, Gobernador Regional, órganos de la capital federal Viena, Presidente o Presidente en funciones del Consejo Académico Regional. El Tribunal Constitucional, al expedir sentencia condenatoria (*das verurteilendes Erkenntnis*) dispondrá la pérdida del cargo así como, al apreciarse circunstancias especialmente agravantes, la pérdida temporal de los derechos políticos. Si se trata de infracciones mínimas se limitará el Tribunal Constitucional a declarar que solamente se ha cometido una "infracción legal".

También es atribución propia del Tribunal Constitucional la facultad de acusación (*Anklage/impeachment*) contra los altos funcionarios que se ha mencionado, por causa de acciones perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación oficial del imputado (art. 143). Está fuera de toda duda que las sanciones son las mismas que se aplican a los que tienen responsabilidad constitucional. A nuestro entender, se puede deducir de lo expuesto que el juicio político austríaco es la acusación que realiza el Cuerpo Legislativo ante el Tribunal Constitucional, diferenciándose del llamado juicio político americano donde la facultad de juzgamiento de altos funcionarios públicos corresponde a la Cámara de Representantes [Diputados] que los acusa ante el Senado. De esta manera, el Tribunal Constitucional austríaco adquiere una función netamente jurídica-política, limitándose a frenar las pasiones de los detentadores del poder, a su vez, evitando las jurisdicciones especiales y sometiendo a los altos funcionarios a un control jurídico independiente e imparcial.

I) Competencia para los conflictos de los convenios entre la Federación y los Estatutos, y entre los Estados

Una última atribución del Tribunal Constitucional austríaco, que reconoce la Constitución, es la de declarar, a instancias del Gobierno Federal o del Gobierno Regional afectado, si existe un convenio en el sentido del artículo 15, párrafo 1 y si se ha cumplido o no las obligaciones derivadas del mismo, siempre que no se trate de acciones [pretensiones] de contenido patrimonial (art. 138, a, 1). Cuando se prevea así también los convenios de los Estados entre sí, corresponde al Tribunal Constitucional determinar, a instancia del Gobierno regional afectado, si existe el convenio en cuestión y si se han cumplido las obligaciones derivadas de él, siempre que no se trate de acciones de contenido patrimonial (art. 138, a, 2).

IV. PUNTUALIZACIONES CONCLUSIVAS

Al llegar a estas alturas, ya es hora de dar término a los renglones. De las consideraciones anteriores derivan, como corolario necesario, las siguientes conclusiones:

1. En realidad, el libro colectivo —*Sobre la Jurisdicción Constitucional*— que ahora se da a la estampa, constituye una bibliografía de primer orden que nos permite, en el umbral del siglo XXI, continuar avivando el debate acerca del Control Constitucional Concentrado, que ha irradiado prácticamente ambos lados del Atlántico, incluyendo los países de la denominada, hasta hace poco, Europa del Este. Todo ello, en definitiva, revela el valor y la importancia que reviste el pensamiento kelseniano en el mundo jurídico, reafirmando así, día a día, la

legitimidad de la Jurisdicción Constitucional. No en balde, Kelsen —*homo juridicus* de caracter solemne y ejemplar— ha sido catalogado como el jurista del siglo XX.

2. La función hermenéutica que cumple el Tribunal Constitucional austríaco, tanto como legislador *negativo* como, luego de la II Guerra Mundial, legislador *positivo*, es de capital importancia, de tal forma que su influencia a nivel internacional se ha dejado sentir, dando como resultado su expansión, especialmente, después de la Segunda Guerra Mundial, con resultados satisfactorios en diversos países. Y en América Latina ha ido apareciendo con una sostenida periodicidad, lo cual llevó a decir a Kelsen, Jefe de la Escuela de Viena y artífice principal de la Jurisdicción Constitucional (control a través de un Tribunal Constitucional), que este último constituye su "criatura más querida" (*seinliebsteskind*).

3. En la Europa democrática, el Control Constitucional Concentrado, luego de la caída del Muro de Berlín y de la Perestroika, ha adquirido poderes absolutos, especialmente, en el caso de la derogación de las leyes que tienen vicios o tufillos de inconstitucionalidad. En ese sentir, es evidente que el Derecho Constitucional austríaco, sobre la base de la jurisprudencia constitucional, viene delimitando de manera contundente los meridianos y los paralelos de la Teoría de la Constitución, cuyas raíces tempranas se gestaron en el período weimariano (1919-1933). En conclusión, en los albores del nuevo milenio, sin olvidar las tensiones entre la Política y el Derecho, la creación jurisprudencial de la Constitución que realiza el Tribunal Constitucional austríaco —que en la práctica ostenta un auténtico poder normativo y una nítida función integradora— es digno de todo encomio.

Viena, marzo de 2014.

Lima, marzo de 2015.

DERECHO AL TRABAJO Y LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

Dr. Luis Castillo Córdova[**]

RESUMEN: El derecho al trabajo como derecho fundamental presenta muchas singularidades, las cuales deben ser atendidas desde el concreto ordenamiento jurídico en el que se le reconoce. Una de ellas es analizada en este trabajo: la referida a la validez material de la decisión constituyente de permitir el despido arbitrario a cambio de una adecuada protección. Si la Constitución proscribe la arbitrariedad sin excepción alguna, parece que sería inconstitucional la decisión del Constituyente de no solo no proscribir el despido arbitrario, sino de permitirlo a cambio de una adecuada protección. La solución de esta cuestión no solo es un asunto teórico, sino que solucionaría muchos problemas de validez constitucional. Así, por ejemplo, ayudaría a determinar la constitucionalidad tanto de la ley que dispone que la adecuada protección contra el despido arbitrario es solo la indemnización para el trabajador privado, como de la norma creada por el Tribunal Constitucional según la cual la adecuada protección contra el despido arbitrario de un trabajador privado es la reposición o la indemnización a elección del trabajador.

ABSTRACT: The human right to work has many singularities, which should be attended from the specific legal system where it is recognized. This paper analyzed one of them: material validity of the constituent decision to allow arbitrary dismissal as adequate protection. If Constitution banish arbitrariness without exception, it seems that would be unconstitutional this decision not only to allow arbitrary dismissal, but also to consider it as an adequate protection. Answering to this question will not only resolve this theoretical problem, but will solve many problems of constitutional validity. As for example, will help to define constitutional validity both to the law stablishing compensation as the only adequate protection against the arbitrary dismissal at the private sector, and to the law created by the Constitutional Court stablishing that employee at private sector can choose between replacement, or compensation as adequate protection against arbitrary dismissal.

PALABRAS CLAVE: Derecho humano altrabajo, despido arbitrario, políticas de promoción del empleo, validez material, Tribunal Constitucional.

KEY WORDS: Human Right to Work, Arbitrary Dismissal, Employment Promotion Polities, Material Validity, Constitutional Court.

I. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA Y LOS DERECHOS HUMANOS

El constitucionalismo actual debe ser construido sobre la base de los dos elementos que singularizan y diferencian a la Constitución del Estado constitucional de Derecho de la Constitución del Estado legal de derecho[1]: su contenido material[2] y su normatividad plena[3].

---

[*] Este trabajo se publicó originalmente en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, N.° 12, septiembre 2017, ps. 123-146.

[**] Profesor ordinario principal en la Facultad de derecho de la Universidad de Piura.

[1] AGUILÓ, Josep, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", en *DOXA*, N.º 24, 2001, ps. 429 – 457.

[2] Lo tengo justificado en "La Constitución del Estado constitucional", en *ADVOCATUS* 29, junio 2015, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ps. 79-90.

Del contenido material es importante mostrar la posición jurídica de la Persona de la cual dependerá la posición jurídica de sus derechos humanos. Cuál sea la primera, dependerá no solo de argumentos teóricos o filosóficos sino también de la decisión del Constituyente en un concreto ordenamiento jurídico. En el peruano se ha decidido colocar a la persona como fin último de la comunidad política: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Esta decisión tiene muchas consecuencias todas ellas trascendentes.

La posición jurídica de la persona define su valor y éste hace a su dignidad: la dignidad de la persona consiste en que ella vale como fin[4]. La persona se constituye como aquello que le da sentido al Estado, a los poderes públicos, a la sociedad, a la economía, a la política e incluso al mismo derecho, y al darle sentido le da legitimidad tanto a su existencia como a su desenvolvimiento. Este valor o dignidad humana se irradia a todo el entero sistema jurídico, y lo hace con un contenido obligacional y no como un derecho. Entre las obligaciones que ella genera, ahora pueden ser mostradas estas dos. Primera, una que puede ser enunciada en los términos siguientes: está ordenado a toda decisión o actuación pública o privada, ajustarse al valor de la persona; otro modo de enunciar este mismo contenido obligacional es el siguiente: está prohibida toda decisión o actuación pública o privada contraria al valor de la persona[5]. La segunda obligación puede ser enunciada de la siguiente manera: está ordenado promover la máxima realización posible de la persona[6]; otro modo de enunciar este mismo contenido obligacional es como sigue: está prohibido dificultar o impedir la realización de la persona. Ahora conviene referir a esta segunda obligación.

Esta obligación se sostiene sobre la premisa siguiente: la persona es una realidad realizable, es decir, es imperfecta; y su realización o perfeccionamiento puede ser conseguido en medidas diferentes. Que la persona es imperfecta significa que de su naturaleza o esencia pueden ser predicadas carencias o necesidades que han de ser tenidas como esenciales (por provenir de su esencia) y cuya satisfacción le supondrá grados de realización, de modo que puede ser establecida esta regla: a más satisfacción de las necesidades esenciales, mayor realización de la persona humana. La cuestión siguiente es determinar cómo puede ser operativa esta regla.

A esta finalidad resulta decisivo el concepto aristotélico de bien: bien es aquello que perfecciona al ser[7]. Aquí se equiparará el perfeccionamiento con la realización para

---

[3]Según el Tribunal Constitucional, "[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto*y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto". EXP. N.° 5854–2005–PA/TC, fundamento 12.e.

[4] KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona 1996, p. 187.

[5]BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, p. 539; BVerfGE 6, 32 (36); BVerfGE 27, 1 (6).

[6] En palabras del Tribunal Constitucional, "la dignidad humana es vinculante (…) Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el "deber ser" y el "ser", garantizando la plena realización de cada ser humano". EXP. N.° 2273-2005-PHC/TC, f. 8.

[7] ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a–1103a.

sostener lo siguiente: si bien es aquello que realiza al ser, entonces, a mayor consecución o goce de bienes, mayor perfeccionamiento del ser. Si se trasladase este razonamiento a la persona, se obtendría un enunciado parecido a éste: a mayor consecución o goce de bienes humanos, mayor perfeccionamiento del ser humano. Pero, ¿cómo determinamos cuáles son esos bienes humanos?, y además resulta necesario que esos bienes humanos realmente se consigan sino la realización será solo espejismo, de modo que también cabe preguntarse ¿qué es aquello que hace que esos bienes humanos se conviertan en exigibles?

La primera pregunta se responde desde la naturaleza humana[8]: son bienes humanos aquellos que se concluyan desde la naturaleza humana, es decir, desde el ser o esencia de la persona, por eso, otro modo de llamar estos bienes es bienes humanos esenciales[9]. Así, la vida, la libertad, la igualdad, la intimidad, la propiedad, etc., son bienes humanos esenciales. La segunda pregunta se responde desde la dignidad humana: debido a que la persona vale como fin, está ordenado promover su máxima realización como fue apuntado; si ésta se obtiene a través de la consecución o goce de bienes humanos esenciales, entonces, éstos se convierten en una realidad adeudada a la persona. Así planteada la deuda, el título de la misma se sostiene en la persona, más precisamente en su ser y valor: esta deuda no es consecuencia más que del valor de la persona, y en la medida que no se vale sin ser, es consecuencia también de su ser o naturaleza. La deuda no existe como tal por algo externo y distinto a la persona misma.

De esta manera la vida, la libertad, la igualdad, la intimidad, la propiedad, etc., se convierten en bienes humanos debidos a la persona, y en la medida que el derecho es lo debido, lo adeudado[10], entonces nos encontramos ante verdaderos derechos que en la medida que se formulan desde lo que es y vale la persona humana, bien pueden ser denominados como derechos humanos. Esto permite definir a los derechos humanos como bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depararán grados de realización[11]. Este es un concepto material de derechos humanos.

Si, como arriba fue justificado, la dignidad humana genera la obligación de promover la máxima realización posible de la persona por tener la condición de fin,

---

[8]La apelación a la naturaleza humana con significado jurídico no ha sido extraño en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Así, por ejemplo, tiene dicho que "en lo esencial, se trata de un derecho [la propiedad] cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana" (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, f. 26.a); y también tiene dicho, en este caso sobre la libertad individual, que "la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano". EXP. N.° 0489–2006–PHC/TC, f. 11.

[9] En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible encontrar referencias a estos bienes humanos con la expresión bienes jurídicos. Por ejemplo, tiene dicho que "un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección" (EXP. N.º 1417-2005-PA/TC, f. 10); y tiene expresado que "todo derecho constitucional –expreso o implícitamente reconocido– tiene un ámbito protegido, un bien jurídico identificable" EXP. N.° 03179-2004-AA/TC, f. 15.

[10] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho natural*. Universidad de Piura, Piura, 1999, pp. 57-59.

[11]"La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31-72.

entonces, también puede ser sostenido que la dignidad humana genera la obligación de promover la plena vigencia de los derechos humanos[12]. Y es que, a mayor vigencia de los derechos humanos, mayor satisfacción de las necesidades humanas esenciales y, consecuentemente, mayor perfeccionamiento o realización de la persona.En el Estado constitucional de derecho existe la obligación, no solo moral sino esencialmente jurídica, de promover la plena realización de la persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos, deber que se formula principalmente del Estado (artículo 44 de la Constitución), y también a la sociedad (artículo 1 de la Constitución).

Es en este contexto dogmático que se inserta el derecho humano al trabajo, de modo que todas las cuestiones que respecto del mismo se formulen deben ser atendidas desde el bien humano que le sostiene y da cobertura, y desde el cual es posible concluir los elementos que componen su contenido esencial.

II. EL DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y SU CONTENIDO ESENCIAL

1. El trabajo como bien humano debido

El trabajo es un bien humano. Si efectivamente es tal, detrás de él existirá una necesidad que al vincularse estrechamente con la naturaleza humana puede ser tenida como esencial. No se puede hablar del bien humano (esencial) sin antes referirnos a la necesidad humana (esencial). Es un dato fáctico incontestable que la Persona necesita de medios para atender una serie de requerimientos –algunos de ellos vitales– que le vienen dados por su naturaleza esencialmente imperfecta, como puede ser el alimento, la vestimenta, la vivienda, etc. Los medios a través de los cuales se atienden estos requerimientos, como regla general, no son de libre y gratuito acceso, sino que acceder a ellos demanda contar con recursos. Una manera idónea de acceder a estos recursos es precisamente entregando nuestra fuerza y/o inteligencia al servicio de una finalidad (normalmente de naturaleza económica) organizada por un tercero, siempre que estemos en aptitud física y psicológica para entregarla, a cambio de una contraprestación normalmente valorable desde un punto de vista económico. A esta acción de entrega se le ha dado en llamar "trabajar"[13].

A través de esta entrega, por otro lado, se obtiene bienestar espiritual generado no solamente porque la Persona se sabe útil, sino por la experiencia de saberse capaz de hacer cada vez más y mejor lo que hace. En definitiva, se trata de que el trabajador "disfrut[e] de su rendimiento económico y satisfacción personal"[14]. Esta satisfacción personal permitirá en el individuo conseguir ese perfeccionamiento personal y mejoramiento de la calidad de

[12]"Si hay algo que caracteriza a los actuales estados constitucionales democráticos es su tendencia a la mayor protección y realización posible de los derechos fundamentales". EXP. N.° 04903-2005-HC/TC, f. 7.

[13] En este contexto, el "trabajo" con relevancia jurídica no es el que se realiza por diversión o mero placer. Como bien se ha sostenido, "el trabajo que interesa al derecho es el necesario, así llamado porque, en su virtud, el hombre atiende sus necesidades y las de su familia. El trabajo necesario es imprescindible, y de ahí su persistencia, aunque resulte penoso". DIEGUEZ CUERVO, Gonzalo, *Lecciones de derecho al trabajo*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 20.

[14] EXP. N.° 00008–2003–AI/TC, fundamento 12c.

vida propia y familiar[15]. Además, no parece haber discusión que con este perfeccionamiento y mejoramiento individual es posible promover el desarrollo de la sociedad en su conjunto. Siendo esto así, existe la necesidad de trabajar para quienes están en condiciones de hacerlo. El bien humano esencial que solventará esta necesidad humana esencial se le ha dado en llamar "trabajo".

2. Elementos del contenido esencial del derecho al trabajo

El bien humano trabajo justifica identificar al menos tres ámbitos en el contenido esencial del derecho humano al trabajo: el primero es la creación de puestos de trabajo; segundo es el acceso a los puestos de trabajo creados; y el tercero es el desenvolvimiento y terminación de la relación laboral contratada. En cada uno de estos tres ámbitos,a su vez, será posible reconocer distintas atribuciones del titular del derecho y deberes para con el obligado del derecho.

En lo que respecta al primer ámbito, forma parte del contenido esencial del derecho humano al trabajo el deber estatal de plantear y ejecutar políticas públicas que efectivamente promuevan la creación de puestos de trabajo en medida suficiente para atender la demanda de trabajo de todas las personas de la comunidad política. Este es un deber que se predica de los poderes públicos.

En lo que respecta al segundo ámbito, forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo la atribución al titular del derecho de exigir que todos los requisitos que los poderes públicos o los poderes privados aprueben para elegir a quien ha de ocupar un concreto puesto de trabajo, no menoscaben la esencial condición de libertad y el igual valor que se debe reconocer a todas las personas. Dicho de otro modo, reclama de los poderes que no vulneren el igual valor esencial que tienen todas las personas.

Y en lo que respecta al tercer ámbito, se destacarán las siguientes dos atribuciones. Una es la entrega al trabajador de una remuneración digna, es decir, que se condiga con el valor de la Persona y le permita atender al menos las necesidades mínimas, particularmente de tipo material, como el alimento, la vestimenta, la vivienda. Y la otra es la atribución de que las condiciones para la permanencia o salida del trabajador deban ser razonables. De la mano de esta última atribución es posible formular el siguiente elemento del contenido esencial del derecho humano al trabajo: la atribución del trabajador de no ser despedido sin que exista una justificación. Dicho de otra manera, el referido contenido esencial proscribe el despido sin causa alguna, incluso como una manifestación del principio de razonabilidad.

3. El contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo

A. La constitucionalización del contenido esencial del derecho humano al trabajo

Los derechos humanos están destinados a ser recogidos en los Tratados internacionales y en las Constituciones nacionales. El legislador, tanto internacional como nacional, cumple

[15] La vinculación entre el desarrollo humano y el trabajo ha sido destacado por el "Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano", emitido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ps. 32 y 34 principalmente.

un papel de reconocimiento más no de creación del derecho humano[16]; y cuando es recogido en la Constitución adopta la denominación de derecho fundamental, sin que se modifique su definición. Cuando esto ocurre, el Constituyente constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano, lo que permite hablar del contenido constitucional del derecho fundamental[17].

Esta constitucionalización, para el caso peruano, empieza con una disposición que se limita a mencionar el nombre del bien humano "trabajo", de la siguiente manera:

> "**Artículo 22**: El trabajo es (…) un derecho".

Desde esta disposición se concluye una norma constitucional directamente estatuida con máximo grado de indeterminación normativa:

> **N22**: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho humano al trabajo.

B. La constitucionalización del deber de promover la creación de empleo

Esta norma máximamente abierta es concretada por otras normas decididas por el mismo Constituyente peruano (normas constitucionales directamente estatuidas). Una de ellas se inserta dentro del primer ámbito antes referido, y ha sido enunciada de esta manera:

> "**Artículo 23**: El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo".

Desde esta disposición pueden ser concluidas las siguientes dos normas:

> **N23**: Está ordenado al Estado promover las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo.
>
> **N23'**: Está ordenado al Estado promover las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de educación para el trabajo.

Aquí interesa hacer referencia a la norma N23, para mostrar otra manera de ser formulada:

> N23: Está ordenado al Estado fomentar el empleo productivo.

---

[16]En palabras del Tribunal Constitucional, "la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal". EXP. N.° 4637-2006-PA/TC, Fundamento 45.

[17]Lo tengo justificado en "El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, ps. 89-118.

C. La constitucionalización del derecho de acceso en condiciones de libertad y de igualdad

Respecto del segundo ámbito que puede ser diferenciado dentro del contenido constitucional del derecho al trabajo, se atenderá ahora a un elemento relevante: la atribución de acceder a un puesto de trabajo en condiciones de libertad y de igualdad.Una serie de decisiones del Constituyente peruano están destinadas a concretar la norma constitucional de máximo grado de indeterminación normativa N22 en el ámbito referido al acceso a los concretos puestos de trabajo. Una de ellas es la siguiente:

> **Artículo 2**: Toda persona tiene derecho: (…) **15**. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

La norma constitucional directamente estatuida que de aquí se concluye puede ser formulada en los términos siguientes:

> **N2.15**: Está permitido a toda persona trabajar libremente con sujeción a la ley.

Otra forma de enunciar esta misma norma es la siguiente:

> **N2.15**: Está prohibido obligar a trabajar.

Una disposición constitucional directamente relacionada con el artículo 2.15 de la Constitución es el artículo 59, en el cual el Constituyente ha manifestado lo siguiente:

> **Artículo 59**: El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

De entre las normas que desde esta disposición pueden ser concluidas, ahora se destacará ésta en relación a la libertad de trabajo:

> **N59**: Está ordenado que el ejercicio de la libertad de trabajo se realice sin ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

La libertad de trabajo, reconocida como derecho fundamental[18], depara a su titular una serie de atribuciones dirigidas todas ellas a dibujar un ámbito de autonomía para decidir trabajar o no[19], y que se encuentra estrechamente vinculado con el desarrollo vocacional de

[18] EXP. N.° 01691–2007–AA/TC, fundamento 6.

[19] Precisamente por eso es que quedan terminantemente prohibidos los trabajos forzosos. Así, se lee en la Convención americana sobre Derechos Humanos que "1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre (...) 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio" (artículo 6); en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos se lee que "2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio" (artículo 8).

las personas[20]. Esta esfera de actuación libre no es ilimitada. Todos los derechos fundamentales tienen un contenido constitucional *esencialmente* limitado[21], en la medida que el bien humano que le da soporte tiene un *telos*: la satisfacción de una determinada necesidad humana esencial. Esto no se le escapa al derecho fundamental al trabajo en esta dimensión de libertad conformada por la libertad de trabajo. Se trata de una libertad cuyo ejercicio debe tomar en cuenta las exigencias de la ley (válida), de la moral, de la seguridad pública y en general de todos los demás derechos fundamentales.

Por otro lado, debido a que el trabajo es un bien escaso, como se ha dicho antes, ocurre que a un puesto de trabajo concurran varias personas que han decidido libremente trabajar y hacerlo en una concreta plaza (pública o privada) de trabajo. Esta circunstancia, normalmente también, ha llevado a que se ponga en marcha un proceso de selección para elegir a la Persona que ocupe la plaza. Se trata de un proceso en toda regla porque a través de él se va a definir la posición jurídica de una Persona. Esto reclama que el proceso se desenvuelva de la mano de las exigencias de justicia que hacen del mismo un proceso justo (garantías formales y materiales del proceso debido[22]). En general, nuevamente, se reclama que el proceso de selección no niegue el contenido constitucional de los derechos fundamentales, particularmente del derecho a la igualdad[23].

El Constituyente peruano ha decidido que:

> **"Artículo 26**: En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
> 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación (…)".

Desde esta disposición es posible mostrar la siguiente norma constitucional:

> **N26.1**: Está ordenado respetar en la relación laboral, el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Este principio, con acierto, no ha sido circunscrito a la relación laboral iniciada ya, sino que se ha extendido también a la etapa anterior de selección y acceso. Con carácter general tiene dicho el Tribunal Constitucional que "[e]sta regla de igualdad asegura, en lo

[20] En términos del Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, se trata de "el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva" (artículo 7.b).

[21] Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994; MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; CIANCIARDO, Juan. *Elconflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.

[22] Una concreción importante de esta regla jurídica es el derecho a acceder de modo efectivo a una plaza concreta de trabajo a la que se postuló y ganó. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Fondo editorial PUCP, Lima 2012…,ps. 341 y ss.

[23] TOYAMA, Jorge, "Artículo 26: Principios de la relación laboral", en GUTIÉRREZ, Walter (Director), *La Constitución comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima 2013, ps. 746–749.

relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo"[24], de modo que "la discriminación en el trabajo puede manifestarse en el acceso a un empleo (…) cuando se niega un puesto de trabajo a un trabajador por razón de raza, sexo u otros motivos"[25], como puede ser "el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política (…) del postulante"[26].

D. La constitucionalización del derecho de permanencia en el puesto de trabajo

Finalmente, del tercer ámbito en el que se desenvuelve el contenido esencial del derecho humano al trabajo, está compuesto por una serie de atribuciones al trabajador, aquí solamente se destacará una de ellas: la atribución de permanecer en el puesto de trabajo. Sobre esta atribución el Constituyente peruano ha decidido lo siguiente:

> **Artículo 27.-** La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Desde esta disposición constitucional es posible concluir la norma constitucional directamente estatuida siguiente:

> **N27**: Está ordenado a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Esta norma constitucional directamente estatuida es una norma con relevante grado de indeterminación normativa. El elemento que hace a esta indeterminación es el siguiente: "adecuada protección". Varias cuestiones pueden ser planteadas en torno a la norma N27. Aquí solo será atendida la referida a su validez material. A atenderla se destinan las páginas siguientes.

III. La validez material de la norma constitucional que regula el despido arbitrario

1. Planteamiento delos problemas jurídicos

Sobre la base que el Constituyente puede incurrir en inconstitucionalidad[27], es preciso preguntarse si la norma N27 (y, consecuentemente el artículo 27 de la Constitución), es o no una norma inconstitucional. La cuestión se plantea por lo siguiente: desde el contenido esencial del derecho humano al trabajo es posible concluir –como se justificó arriba- la atribución del trabajador de no ser despedido sin que exista una justificación. Este elemento del contenido esencial del derecho al trabajo debe ser considerado constitucionalizado a través de la norma N22, más aun cuando la propia Constitución ha recogido el principio de

[24] EXP. N.º 05652–2007–AA/TC, fundamento 34.

[25] EXP. N.º 02562–2002–AA/TC, fundamento 3.

[26] EXP. N.º 00008–2005–AI/TC, fundamento 22.

[27] Lo tengo justificado en "Análisis de las decisiones constituyentes sobre derechos fundamentales", en *Revista Sociedad jurídica*, septiembre 2013, ps. 56-63.

razonabilidad (último párrafo del artículo 200 de la Constitución)[28], el cual en su esencia proscribe la arbitrariedad.

Si efectivamente el derecho al trabajo en su contenido esencial constitucionalizado a través de la norma constitucional directamente estatuida N22, proscribe el despido sin justificación alguna, entonces, aquella norma que permitiese un despido sin justificación alguna sería una norma inconstitucional. De modo que la cuestión se traslada a saber si la norma N27 de la Constitución es una norma que permite el despido sin causa alguna. Si la respuesta es afirmativa, estaríamos ante una norma formalmente constitucional pero materialmente inconstitucional[29]. Así las cosas, hay que preguntarse si el artículo 27 de la Constitución permite un despido sin que exista justificación alguna.

Si esta pregunta fuese respondida negativamente y, por el contrario, se justificase que una tal disposición constitucional permite el despido solo si está sostenido en una razón justificativa, entonces, será necesario atender una segunda pregunta: la consecuencia que el Constituyente ha previsto respecto del despido arbitrario, ¿se ajusta a la Constitución o, por el contrario, ha de ser tenida como inconstitucional?

Por tanto, dos son los problemas jurídicos que a continuación serán atendidos: uno es si es o no constitucional haber regulado el despido arbitrario en el artículo 27 de la Constitución en lugar de haber dispuesto su prohibición y, consecuente nulidad; y el otro es si es o no constitucional la previsión de una "adecuada protección" contra el despido arbitrario[30].

2. Respuesta al primer problema jurídico planteado

A. Enunciado de la respuesta

La respuesta al problema jurídico planteado que aquí se sostendrá y justificará es la siguiente: sobre la base que la causa de despido de un concreto trabajador puede estar relacionada con la conducta o capacidad del trabajador (causa subjetiva) o puede estar relacionada con el cumplimiento del deber de promover la creación de empleo productivo (causa objetiva), la norma N27 no es una norma materialmente inconstitucional si se considera que cuando se hace referencia al despido arbitrario no se está haciendo a un despido sin causa alguna, sino solamente a un despido sin causa subjetiva, pero en la que sí existe una causa objetiva.

B. Justificación de la respuesta

b.1. El despido arbitrario como despido que no se sostiene en causa subjetiva

[28] Además, para el Tribunal Constitucional este principio se encuentra recogido en los artículos 3 y 43 de la Constitución: "El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo". EXP. N.° 02192–2004–AA/TC, fundamento 15.

[29] Lo tengo justificado en "La Constitución del Estado constitucional", ob. cit., ps. 79–90.

[30] Estos y otros problemas jurídicos son los planteados y resueltos en mi libro *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, Universidad de Piura – Palestra editores, Lima 2017, del cual aquí me sirvo para presentar las razones que correspondan a los dos problemas planteados.

Bien vistas las cosas, el artículo 27 de la Constitución arriba transcrito, reclama tener como implícita una disposición que podría ser enunciada de la siguiente manera:

D27': El trabajador podrá ser sujeto de un despido arbitrario.

Esta disposición necesita ser interpretada. La norma que se concluya desde esta interpretación la denominaremos N27'. Si la norma N27' fuese inconstitucional, inconstitucional también será la norma N27 porque están ligadas por una relación de causa–efecto; de modo que si la permisión del despido arbitrario es inconstitucional, también será inconstitucional su regulación: la previsión de una "adecuada protección". Dicho de otra manera, si la norma N27' es inconstitucional, será inválido todo despido arbitrario y no habrá nada por "proteger adecuadamente".

La norma N27' será inconstitucional si la disposición D27' no fuese posible de ser interpretada conforme a la Constitución. Aquí juega un papel relevante el principio de interpretación conforme a la Constitución, el cual puede ser enunciado en los siguientes términos generales: una disposición no será inconstitucional si es posible de ser interpretada conforme a la Constitución[31]. Con este principio se consigue descartar posibles significados contrarios a la Constitución[32].

Bien vistas las cosas, este principio no se predica de las disposiciones infraconstitucionales por ser tales, sino que se predica de todo enunciado del cual pueda ser concluida una norma inconstitucional. Esto quiere decir que no solo se aplicará a las leyes o reglamentos, sino también a las disposiciones recogidas en la Constitución desde que–como se ha justificado aquí– éstas pueden ser inconstitucionales. Pero en la medida que todas las disposiciones recogidas en la Constitución son, por ese solo hecho, formalmente constitucionales, el principio de interpretación conforme solo podrá ser predicado de la validez material de tales disposiciones, y tendrá el siguiente enunciado: una disposición de la Constitución no es materialmente inconstitucional si es posible de ser interpretada conforme al contenido material de la Constitución.

Esto significa que si una disposición recogida en la Constitución permite dos significados, uno materialmente inconstitucional, S1, y otro materialmente constitucional, S2, tal disposición no podrá ser tenida como inconstitucional siempre que se le interprete según este significado. Para lo que aquí nos interesa, la cuestión se reconduce a preguntarnos por lo siguiente: ¿es posible interpretar la disposición implícita aquí denominada como D27' de conformidad con el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo constitucionalizado en el artículo 22 de la Constitución? Veamos.

---

[31] En términos del Tribunal Constitucional Alemán, "una ley no debe ser declarada nula si fuera posible interpretarla de forma compatible con la Constitución". BVerfGE 2, 266 (282).

[32]En palabras del Tribunal Constitucional peruano se trata de "proscripciones interpretativas", es decir, "'anulaciones' de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir, las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde". EXP. N.° 03950 2012–PA/TC, fundamento 8.

Desde la denominada disposición D27´ es posible sostener el significado siguiente:

S1: Está permitido el despido sin razón alguna.

Como fue justificado arriba, el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo prohíbe despedir a un trabajador sin que exista alguna causa para ello. El significado S1 choca frontalmente contra el derecho al trabajo constitucionalizado en el artículo 22, es decir, es inconstitucional.Si no fuese posible construir otro significado, entonces la norma N27' estaría condenada a construirse de la mano del significado S1, e irremediablemente debería ser tenida como norma materialmente inconstitucional. Es decisivo, pues, saber si es posible construir un significado alternativo.

Para lograr este cometido resulta importante tomar en cuenta que cuando el Constituyente peruano decidió el hoy artículo 27, el despido estaba vinculado a la existencia de una causa relacionada con el trabajador[33]. De modo que el despido justificado era aquel que se sostenía sobre la conducta o capacidad del trabajador e, inversamente, el despido no sostenido en la conducta o capacidad del trabajador era tenido como un despido injustificado o arbitrario. Así, puede ser interpretado que con la expresión "despido arbitrario" se significabaúnicamente la ausencia de una causa subjetiva para el despido, pero no significaba un despido sin causa alguna, de modo que con la referida expresión bien se podría aludir a despidos que no sostenidos en causa subjetiva, sí se sostenían en una de tipo objetivo.

Interpretado así, hay que reconocer un uso en el mejor de los casos impropio de la expresión "despido arbitrario", lo que exigiría diferenciar un despido arbitrario en sentido estricto, según el cual el despido no se justifica en ninguna causa (ni subjetiva, ni objetiva); de un despido arbitrario en sentido impropio, según el cual, el despido no se justifica en una causa subjetiva (conducta y capacidad del trabajador), pero sí en una causa objetiva (la promoción del empleo, como se justificará más adelante).

De esta manera, puede ser construido un significado alternativo a S1 y expresado en los siguientes términos:

S2: Está permitido el despido sin razón subjetiva siempre que exista una razón objetiva.

La validez de S2 dependerá de que pueda ser reconocida como razón que justifique el despido, una que no se asiente en la situación del concreto trabajador. En este marco la cuestión se desplaza hacia esta otra: ¿es posible sostener la existencia de una causa justa de despido de un trabajador individualmente considerado que se sostenga en razones distintas a su capacidad y conducta?

[33] Así, por ejemplo, para los trabajadores del régimen privado se estableció en el texto original del Decreto legislativo 728 (del año 1991) lo siguiente: "Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. *La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador*" (artículo 58, el énfasis es añadido).

b.2. La causa objetiva del despido y la llamada *flexiseguridad*

Para atender a esta cuestión sirve recordar que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental al trabajo el deber estatal de promover la creación de empleo en un número suficiente para que todas las personas en capacidad de trabajar, puedan acceder a un puesto de trabajo. Este deber, constitucionalizado en el Perú a través de la norma constitucional directamente estatuida N23, tiene muchas maneras de ser cumplido, y es el Gobierno el que debe decidir las medidas para promover la creación del empleo.

Se ha sostenido que la creación de los puestos de trabajo viene alentada por la razonable flexibilidad laboral para despedir con la que cuente el empleador[34], entendiendo por razonable flexibilidad al menos la permisión de despedir a un trabajador sin invocar una causa subjetiva. Si efectivamente permitir el despido del trabajador sin invocar causa subjetiva favorece la creación de puestos de trabajo, entonces, la producción de este favorecimiento se convertiría en una causa objetiva. De esta manera, despedir al trabajador sin causa subjetiva no configura un despido arbitrario entendido éste como un despido sin causa alguna, sino que estaremos ante un despido razonable justificado en una causa objetiva. El razonamiento sería sencillo: permitir el despido sin invocar la conducta o capacidad del trabajador, generaría objetivamente un mayor favorecimiento de la inversión privada en el país, lo que a su vez desencadenaría no solo un mayor dinamismo de la economía, sino una mayor creación de puestos de trabajo[35].

Así, esta razonable flexibilidad que significa permitir el despido sin invocar causa subjetiva, tendría una directa repercusión sobre la creación de más y mejores puestos de trabajo, lo que a su vez configuraría la razón objetiva de fondo que impediría reconocer como realmente arbitrario al despido. Digámoslo así: la justificación de un despido concreto no solo puede formularse desde el trabajador mismo individualmente considerado, sino que puede provenir objetivamente del sistema económico y laboral general[36].

Esta razonable flexibilidad exige reconocer ciertos límites tanto negativos como positivos para evitar que la causa se vuelva contra la Persona y su valor de fin en sí mismo. De los primeros, debe ser destacada la prohibición de que el despido se sostenga en razones

---

[34] Con acierto se ha sostenido que la decisión del Tribunal Constitucional de permitir la reposición del trabajador en caso de despido arbitrario, "tendrá consecuencias negativas en la formalización de empresas, en la competitividad de las empresas nacionales vs. las extranjeras, en el comercio internacional, en la inversión en nuestro país, en la generación de empleo y en la recaudación fiscal". MORALES CORRALES, Pedro, "Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario. Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional", p. 147, http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/123–148.pdf, consultada el 13 de enero de 2017.

[35] Como afirma Jorge Toyama, "[l]a contratación de trabajadores y el despido de personal son índices laborales que las empresas globales toman en cuenta para invertir en un país. Las fábricas y centros de trabajo con mayor número de trabajadores se concentran en países donde rigen las reglas más flexibles para la contratación y la desvinculación de personas". "La rigidez laboral peruana", en *Revista Poder*, columna del mes de octubre, 2014, consultada el 13 de enero 2017 en https://revistapoder.lamula.pe/2014/11/10/la–rigidez–laboral–peruana–por–jorge–toyama/poder/

[36] Esto necesariamente exige diferenciar la teoría del derecho laboral en dos dimensiones: una subjetiva que se formula desde el trabajador mismo; y otra objetiva que se ha de formular desde el interés público y, por tanto, general.

proscritas por el contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales, de ocurrir estaríamos ante un despido indefectiblemente inconstitucional y, consecuentemente, nulo; de los segundos debe ser destacada la exigencia de acompañamiento al trabajador despedido, este acompañamiento (por parte del Estado y/o de gremios empresariales) puede acontecer a través de medidas de dos tipos: medidas que le permitan afrontar un periodo de desempleo (indemnización, y/o seguro de desempleo, y/o compensación por tiempo de servicios); y medidas que lo pongan en condiciones de acceder pronto a una nueva plaza de trabajo (cursos de formación, promoción de la mano de obra).

De lo que se trata, pues, es de una combinación razonable entre flexibilidad laboral y seguridad social, la cual enlaza directamente con la doctrina europea conocida como *flexiseguridad*o *flexiguridad*. Con estos términos se hace referencia a una política pública de promoción del empleo que combina flexibilidad laboral también para despedir y seguridad social. Esta doctrina se sostiene en tres pilares esenciales: mayor facilidad para contratar y despedir trabajadores; una mayor protección social para los desempleados; y la aprobación de un conjunto de derechos y deberes para el desempleado, relacionados principalmente con su formación. Dinamarca fue el primer país en implantar esta política, a la que le siguieron otros países escandinavos. No puede reconocerse un único modelo válido para todos los Estados, naturalmente, el éxito de este tipo de políticas depende de la atención que se ponga a las concretas realidades sociales y económicas de cada comunidad política[37], como la peruana que es especialmente compleja[38].

b.3. La norma N27 es materialmente constitucional cuando prevé el despido arbitrario

De esta manera, se ha de reconocer validez al significado S2 arriba presentado. Esto permite a su vez sostener que la norma N27' que se desprende de lo que aquí se ha denominado disposición D27', es una norma constitucionalmente válida desde el punto de vista material:

[37] En noviembre de 2006, la Comisión Europea propuso llevar a cabo un debate sobre el llamado Libro verde titulado "Modernizar el Derecho de Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI". En este libro, que puede ser consultado en http://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0708&from=ES se acuñó la expresión *flexiseguridad*, y se presentó como uno de los más relevantes temas sobre el cual debatir. A partir de aquí se incentivó especialmente el análisis y debate de esta figura. Particularmente en lengua castellana puede revisarse un libro colectivo de varios profesores de universidades europeas coordinado por ESCUDERO RODRIGUEZ, Ricardo, *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, La Ley, Madrid 2007; y el trabajo de RODRIGUEZ–PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Flexiseguridad: el debate europeo en curso", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica,* N° 2, ps. 113–137.

[38] Realidad en la que "es fácil encontrarse con relaciones laborales ocultas o simuladas, donde proliferan los recibos por honorarios, locaciones de servicios o trabajos autónomos, tercerizaciones y externalizaciones endebles –empresas contratistas que tienen como único gasto la planilla–, contrataciones laborales atípicas –de medio tiempo e intermitentes, entre otras– y todo un proceso de externalización de funciones laborales a favor de relaciones comerciales y civiles". TOYAMA, Jorge, ROSAS, Victoria y TOSTES, Marta, "Retos pendientes para implementar la flexiguridad en el Perú", en WELLER, Jürgen (editor), *El nuevo escenario laboral latinoamericano. Regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*, Siglo XXI editores – CEPAL, Buenos Aires 2009, p. 253.

> **N27'**: Está permitido el despido sin razón subjetiva siempre que exista una razón objetiva.

La razón subjetiva consiste en despedir con base en una causa que se funda en la conducta o en la capacidad del trabajador, mientras que la razón objetiva significa despedir sin causa subjetiva para promover la creación de empleo. De esta manera:

> **N27'**: Está permitido el despido del trabajador sin causa basada en su conducta o en su capacidad en la medida que contribuya a crear empleo.

Consecuentemente, la norma N27' no es inconstitucional porque permite una interpretación que es conforme con la Constitución, particularmente con el contenido constitucional del derecho al trabajo (N22) que proscribe el despido sin razón (subjetiva u objetiva) alguna. Pero si bien es cierto que de haber sido inconstitucional la norma N27' inconstitucional también lo habría sido la norma N27, no deja de ser verdad que la constitucionalidad de la norma N27' no significa necesariamente y por ese solo motivo, la constitucionalidad de la norma N27, pues dependerá de lo que ésta haya previsto como regulación frente a un despido no basado en causa subjetiva. Por lo que para terminar de responder a la pregunta arriba formulada sobre la constitucionalidad material de la norma N27, hace falta dar un paso más.

2. Respuesta al segundo problema jurídico

A. Formulación de la respuesta

Al segundo problema jurídico aquí planteado se le responderá de la siguiente manera: el Constituyente no incurre en inconstitucionalidad material cuando decide que la consecuencia de un despido arbitrario será una "adecuada protección" que ha de definir el legislador. A continuación de justificará esta respuesta.

B. Justificación de la respuesta

b.1. La constitucionalidad material de la previsión de una "adecuada protección"

Si aplicásemos N27' a la norma N27, ésta podría quedar formulada en los términos siguientes:

> **N27**: Está ordenado a la ley otorgar adecuada protección al trabajador que es despedido sin causa basada en su conducta o en su capacidad en la medida que con ello se contribuye a crear empleo.

Justificado que el llamado "despido arbitrario" está permitido siempre que se le entienda como un despido no sostenido en causa subjetiva sino en causa objetiva, es decir, siempre que se le entienda como un despido arbitrario en sentido impropio, habrá que determinar si la regulación constitucional prevista para este tipo de despido es también materialmente constitucional. Manda el Constituyente que el Legislador establezca una adecuada protección contra el despido arbitrario. La "adecuada protección" es un término abierto que es compatible con la razonable protección que exige la también razonable

flexibilización laboral que implica despedir sin razón subjetiva como un medio para promover la creación de empleo. La atención de la situación de carencia que se le genera al trabajador despedido sin causa subjetiva, debe ser atendida de modo razonable, y a ese tipo de atención se refiere el Constituyente cuando ordena que la ley deberá disponer una "adecuada protección".

Planteada en estos términos abiertos, la regulación que el Constituyente ha previsto para el despido arbitrario es materialmente constitucional desde que se ajusta a la exigencia de razonabilidad que va ínsita en el contenido esencial de todo derecho humano. De forma tal que al ser materialmente constitucional la previsión del despido arbitrario, entendido como arriba se ha justificado, y al ser también materialmente constitucional la regulación de la consecuencia de esta previsión, entonces, la norma N27 deberá ser tenida como materialmente constitucional y con ella, la disposición que la contiene.

b.2. El Gobierno como encargado de decidir la flexibilización laboral a través de la ley

Según la Octava disposición final y transitoria de la Constitución, "las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional". No cabe duda que por ley de desarrollo constitucional debe entenderse a la ley del Parlamento, en cualquiera de sus variantes[39], la cuestión es si solamente a ella. El Tribunal Constitucional con acierto ha introducido dentro de la expresión "ley" también al decreto legislativo, en la medida que en su expedición interviene también el Parlamento a través de la ley de delegación de facultades legislativas[40]. De modo que cuando se trata de desarrollar y conformar el contenido constitucional de un derecho fundamental, podrán intervenir el Parlamento y el Ejecutivo, es decir, el Gobierno.

La cuestión consiste en averiguar qué es lo que el artículo 27 encarga al Gobierno. Con base en la norma N27' y N27, es posible concluir que el Constituyente encarga al Gobierno decidir dos asuntos. Uno es si la concreta realidad peruana en un momento determinado permite razonablemente esperar que la flexibilización laboral que supone despedir solo con base en cusa subjetiva es realmente idónea para promover efectivamente la creación de empleo. El Gobierno puede válidamente decidir que dada la concreta realidad peruana la

[39] Según el Tribunal Constitucional, "Con la expresión 'Ley de desarrollo constitucional', la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al Legislador. Forman parte de su contenido 'natural' las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7° y 27° de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas". EXP. N.° 00005–2003–AI/TC, fundamento 38.

[40] Según el Tribunal Constitucional, "la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia". EXP. N° 2050–2002–AA/TC, fundamento 4.

flexibilización del despido no promoverá la inversión privada ni fomentará la creación de empleo. Consecuentemente, puede decidir que el despido solo será justificado si se sostiene en la conducta o capacidad del trabajador, de modo que si no ocurre así, el despido será uno estrictamente arbitrario por no sostenerse en causa alguna y, por esa razón, será nulo al vulnerar del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo, lo que reclamaría la reposición del trabajador despedido.

Constitucionalmente el Gobierno también podrá decidir lo contrario: que las concretas circunstancias justifican permitir el despido no sostenido en la conducta o capacidad del trabajador como medida idónea para promover la creación de puestos de trabajo. Si así decidiese significará que un despido no sostenido en razones subjetivas no es en estricto un despido arbitrario, de modo que es compatible con el contenido constitucional del derecho al trabajo que solo proscribe el despido no basado en causa alguna y permite el despido justificado en una causa razonable, subjetiva u objetiva. Al no ser un despido inconstitucional, entonces, el Gobierno estará habilitado a no prever la reposición como consecuencia de un despido de esta naturaleza.

De esta manera, el Constituyente peruano permite al Gobierno que con base en un análisis de la realidad, decida o no abrazar una política de flexibilidad laboral semejante a la flexiseguridad arriba referida[41].Se sabrá que la abraza si a través de la ley el Gobierno se decanta por la indemnización y/o cualquier otra prestación razonable distinta a la reposición en caso de despido no basado en causa subjetiva; y se sabrá que no la abraza si decide a través de la ley que frente a un despido que no se sostiene en causa subjetiva procede la reposición.

Si se decide abrazar políticas de flexibilidad laboral, el gobernante cuenta con un amplio margen de configuración gubernativa[42], particularmente, "el Legislador legitimado democráticamente [tiene] una importante participación autónoma en la configuración del ordenamiento jurídico, desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo"[43].Las concretas medidas de flexibilización o de acompañamiento social solo podrán ser invalidadas judicialmente cuando sean manifiestamente inidóneas o cuando vulneren el contenido constitucional de derechos fundamentales. No corresponde al Juez invalidar la decisión del gobernante por contener medidas que siendo razonables, no son compartidas por él, menos le corresponde decidir cuáles son esas medidas sustituyendo al gobernante.

Como se recordará, la norma constitucional directamente estatuida N23 ordena al Estado promover políticas de fomento del empleo productivo. Para el cumplimiento de esta orden, el Estado, más precisamente el Gobierno, cuenta con un amplio margen de acción. Cae dentro de este margen la posibilidad de decidir, en primer lugar, si la concreta realidad peruana permite o no compartir el postulado según el cual la implantación del despido sin

[41] En contra Carlos Blancas, para quien un modelo de flexiseguridad en el Perú conllevaría transgresiones constitucionales. Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Palestra editores, Lima 2015, p. 178.

[42] En palabras de Alexy, "lo que las normas de una Constitución no ordenan ni prohíben, se enmarca dentro del margen de acción estructural del legislador". ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid 2004, p. 23.

[43]Idem, p. 18.

causa subjetiva favorece el aumento de puestos de trabajo, es decir, para reconocer que sobre la flexibilización laboral se pueden construir políticas de promoción del empleo; y si así lo decide, en segundo lugar, el referido margen de acción le permitirá decidir las concretas medidas de flexibilización y de acompañamiento al trabajador despedido, dicho de otro modo, este margen le permitirá decidir un determinado grado de flexibilización y un determinado grado de seguridad social para el trabajador despedido.

Debe ser reconocido el acierto del Constituyente a la hora que decide depositar en el Gobierno el deber de promoción del empleo (norma N23) a la vez que le dispone la posibilidad de permitir o no el despido no basado en causa subjetiva sino objetiva (norma N27), porque de esta manera permitirá la gobernabilidad del país. En efecto, con base en estos enunciados constitucionales, el deber de promoción del empleo puede correr por cuenta de gobiernos con tendencias ideológicas distintas e incluso contrarias. El texto constitucional no ha sido elaborado pensando en una concreta ideología gubernativa, sino permitiendo la plural presencia de todas ellas a lo largo de la vida de la comunidad política[44]. Si no hubiese sido así y, por el contrario, el Constituyente hubiese decidido o solo la reposición o solo la indemnización, no habría permitido en el ámbito laboral y económico, el despliegue pleno de una determinada ideología política en el Gobierno[45].

En definitiva, se trata de que el Constituyente de 1993 le encarga al Gobierno resolver una cuestión política, no una cuestión jurídica. Las cuestiones políticas se caracterizan porque responden a la pregunta de qué es lo conveniente: responde a la pregunta acerca de qué medida razonable es la que conviene a la comunidad peruana en una determinada realidad. Mientras que las cuestiones jurídicas no indagan por lo conveniente sino por lo justo: responde a la pregunta de si una medida es o no justa. Así como el Gobierno no resuelve cuestiones jurídicas, el Juez no resuelve cuestiones políticas. Por supuesto que el Gobierno puede incurrir en injusticia a la hora de resolver una cuestión política, cuando esto ocurre el Juez está llamado a invalidar la respuesta injusta pero no está habilitado para responder la cuestión política sustituyendo –expresa o tácitamente– con su respuesta la respuesta dada por el Gobierno. Digámoslo de esta manera: de entre dos posibilidades igualmente justas, quien decide lo conveniente es el Gobierno, no la judicatura.

IV. CONCLUSIÓN

El trabajo es un bien humano debido, cuyo contenido esencial ha sido constitucionalizado en diversas disposiciones de la Constitución peruana. Respecto de una

[44] Así, pues, el Constituyente peruano permite el cumplimiento del deber de promoción del empleo tanto a un Gobierno de tendencia más bien social (el cual posiblemente no siga medidas de flexibilización del despido o las siga en grados bajos), como a uno de tendencia más bien liberal (el cual posiblemente encuentre en las medidas de razonable flexibilización y seguridad social un camino idóneo para promover activamente la creación de puestos de trabajo).

[45] Este fue el caso del Constituyente de 1979, el cual decidió en el artículo 48 que "[e]l Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada". Con esta disposición se estaba aludiendo al despido con base en lo que aquí se ha denominado causa subjetiva, es decir, una causa que se basa en la conducta o en la capacidad del trabajador; de modo que si no se le despedía invocando y probando en el proceso respectivo la causa subjetiva, el trabajador no podía ser despedido, y si hubiese sido despedido irremediablemente correspondía su reposición. El Constituyente de 1979 no permitía –no al menos plenamente– que un Gobierno de tendencia liberal desplegase enteramente su operativa dinámica política.

de ellas es posible plantear una serie de cuestiones relevantes. Me refiero a la disposición que recoge al despido arbitrario no para prohibirlo, sino para regularlo. En efecto, el Constituyente peruano ha decidido que el despido arbitrario no solamente no es inválido sino que será eficaz a cambio de una adecuada protección. Lejos de significar una decisión materialmente inconstitucional, se convierte en un contenido que ofrece legitimidad constitucional a políticas de promoción del empleo de Gobiernos de tendencia ideológica distinta, favoreciendo la gobernabilidad del país en uno de sus elementos más complejos y más estrechamente vinculados con el desarrollo de la comunidad política. Respetar lo que el Gobierno haya decidido al respecto no es reclamado solamente por la normatividad constitucional, sino también por la institucionalidad democrática que tiene en la separación de poderes uno de sus elementos básicos. Consecuentemente, se incurre en una de las más graves vulneraciones de la Constitución y del Estado de derecho cuando el Tribunal Constitucional dejó sin efecto la medida legislativa según la cual la indemnización es la adecuada protección contra el despido arbitrario de trabajadores privados, para luego sustituir al Gobierno y decidir que la adecuada protección es la indemnización o la reposición a elección del trabajador, y todo esto sin haber mostrado una justificación jurídica en contra de la constitucionalidad de la medida invalidada.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ: Algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho[1]*

Reynaldo Bustamante Alarcón[2]

Sumario: I. Introducción; II. Arbitraje y Constitución; III. Arbitraje y Derechos Fundamentales; IV. Arbitraje y Estado de Derecho; y V. Breve Reflexión Final.

Palabras clave: Arbitraje, jurisdicción, constitución, derechos fundamentales, Estado de Derecho, debido proceso, arbitrariedad, razonabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

La segunda parte del artículo 139, inciso 1, de la Constitución peruana señala: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral». Resulta pertinente indagar entonces sobre las consecuencias de esta recepción constitucional del arbitraje, teniendo en cuenta el valor que la Constitución ostenta en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo y su relación con otras instituciones igualmente importantes como el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (las implicancias sobre la justicia militar no corresponde al ámbito material de este trabajo).

Sabido es que la concepción sobre la Constitución y sus implicancias para el Derecho no han sido siempre las mismas. La historia del pensamiento jurídico lo confirma[3]. Hoy en día el Derecho occidental y moderno se edifica a partir de una concepción principal –denominada constitucionalismo o neoconstitucionalismo– según la cual la Constitución no es sólo un código político que funda el Estado e instituye el ordenamiento jurídico, sino también un conjunto de normas fundamentales con propia fuerza jurídica de la mayor jerarquía. Es decir, en el Derecho de nuestro tiempo la Constitución aparece como la Norma Fundamental que, además de fundar el Estado y el ordenamiento jurídico en su conjunto, es al mismo tiempo el principal criterio de validez de las demás normas jurídicas: todas las normas del ordenamiento deben crearse, interpretarse y aplicarse de conformidad con la Constitución. Si no resultan conformes con ella, las normas jurídicas, sean públicas o privadas, resultarán inválidas. Al mismo tiempo, su propia fuerza normativa hace que la Constitución resulte directamente aplicable sin necesidad de que exista una norma que desarrolle o complemente su contenido (una cosa es que el legislador pueda desarrollar el contenido constitucional y otra muy distinta que ese desarrollo sea imprescindible para que la Constitución rija y surta efectos jurídicos). Por su importancia, el constitucionalismo plantea además la existencia de una protección

---

1 * *Artículo originalmente publicado en: Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, N°. 71, 2013, pp. 387-411.*

2 Abogado en Perú y España. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Graduado del posgrado en Derecho Español por la Universidad Alcalá de Henares, así como de la Maestría en Derecho Constitucional y de la Licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento de Derecho, de la Escuela de Posgrado y del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de esta casa de estudios. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Pacífico. Investigador y profesor invitado de la Universidad Carlos III de Madrid y de otras universidades nacionales y extranjeras. Artículo elaborado en Lima, Perú. Correo electrónico: reynaldo@bustamanteasociados.com

3 Véase: Fioravanti, Maurizio. Constitución: de la antigüedad a nuestros días. Segunda reimpresión, Trotta, Madrid, 2011.

jurisdiccional de la Constitución, tanto para velar por la constitucionalidad normativa como para hacer frente a las conductas de diverso tipo que la amenacen o vulneren (es el caso, por ejemplo, de los procesos de inconstitucionalidad, de habeas corpus y amparo, etc.)[1].

La concepción sobre el Estado de Derecho ha pasado también por una evolución similar. Hemos pasado de una concepción sobre el Estado legal de Derecho a otra sobre el Estado constitucional de Derecho. Una diferencia terminológica que encierra una distinción conceptual: mientras el Estado legal de Derecho se conforma con que el poder actúe sujeto a la ley, sin poner el acento en cuál pueda ser su contenido, el Estado constitucional de Derecho, en cambio, exige que el poder actúe conforme a la ley, pero no a cualquier ley, sino conforme a una que sea compatible con cierto contenido de justicia previsto en la Constitución. Digamos que mientas en el primer tipo de Estado basta con que el poder se sujete a ciertas exigencias formales (que haya sido ejercido por el órgano competente y a través del procedimiento previamente establecido), en el segundo se requiere, además, que actúe conforme con el contenido de justicia constitucionalmente previsto[2]. Si a eso se agrega que este contenido varía en función de si estamos ante un Estado liberal o uno social o un Estado democrático de Derecho, las distintas posibilidades de configuración estatal y de su actuación son muy amplias, pudiendo llegar a ser muy distintas entre sí (como muestra una señal: mientras el Estado liberal suele no considerar como derechos fundamentales al acceso a la vivienda y a la sanidad pública, el Estado social los tendrá como derechos fundamentales imprescindibles

1 Véase: "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 16, abril de 2002, pp. 97-101. Véase también la réplica de José Juan Moreso: "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", en: Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 19, octubre de 2003, pp. 267-282.

2 Cfr.: Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en: VV. AA. *Neoconstitucionalismos*, Colección Estructuras y Procesos, edición de Miguel Carbonell, traducción de Pilar Allegue, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

Hay quienes plantean una ruptura entre la concepción del Estado (legal) de Derecho y la del Estado constitucional, pues consideran a este último como un modelo diferente que rompe definitivamente con el anterior (es el caso, por ejemplo, de Gustavo Zagrebelsky, en: *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995); y quienes, por el contrario, consideran que no hay tal ruptura sino una simple evolución, donde el Estado constitucional aparece como un modelo superior del Estado (legal) de Derecho (véase, entre otros, a Peces-Barba, Gregorio. "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", en: *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nro. 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 125). Para los primeros hay una ruptura porque, desde su punto de vista, la supremacía constitucional, que es consustancial al Estado constitucional, hace que los principios constitucionales vayan directamente a los jueces, y que los jueces, sobre la base de estos principios, interpreten de alguna manera e incluso modifiquen las leyes, sin necesidad del procedimiento de control de constitucionalidad. Una situación que no es posible en el Estado (legal) de Derecho. En cambio, para los segundos tal concepción produce en la práctica un activismo judicial exacerbado, que se convierte en una severa patología, cuando los órganos jurisdiccionales toman decisiones o se inmiscuyen en áreas cuya regulación corresponde a los otros poderes del Estado. Por eso estos últimos defienden la coexistencia entre un Parlamento representativo que produce leyes y unos Tribunales de Justicia que crean Derecho, ambos sometidos a la Constitución, aunque con la primacía del primero por ser representante de la soberanía popular. Un planteamiento que postula la integración entre la Constitución y la Ley para restablecer el equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del Derecho judicial, según sus respectivos ámbitos de competencia. Es en este segundo sentido que el Estado constitucional se presenta como la evolución –y no como la ruptura– del Estado (legal) de Derecho, dotado de un contenido material (verbigracia, el Estado liberal, social o democrático de Derecho), al que se le ha incorporado la idea de supremacía constitucional y la protección jurisdiccional de la Constitución. Es este segundo sentido el que utilizaremos en el presente trabajo al referirnos al Estado de Derecho, o al Estado constitucional, en su evolución actual.

para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas)[1].

La concepción de los derechos fundamentales también se ha enriquecido. Hoy no sólo son concebidos como derechos subjetivos básicos de las personas, para que cada una de ellas pueda alcanzar el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su dignidad (la llamada dimensión subjetiva de los derechos); sino también como los elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico que se precie de ser justo o, si se prefiere, de pertenecer a una sociedad bien ordenada: libre, abierta, plural y democrática (la llamada dimensión objetiva de los derechos). Como consecuencia de ello los derechos fundamentales no sólo otorgan a sus titulares derechos, libertades, competencias e inmunidades, cuyo respeto y realización pueden exigir; sino que todos –Estado y particulares– estamos obligados a respetarlos, defenderlos, garantizarlos y promoverlos (según la posición jurídica de cada quien y las exigencias que correspondan a cada derecho), independientemente de que su titular haya desplegado o no una conducta con ese propósito (por ejemplo, un juez está obligado a aplicarlos, sin importar que haya sido solicitado o no por la parte interesada, en el proceso judicial que conoce)[2]. Por si fuera poco –y sin agotar los múltiples aspectos de sus alcances y contenidos– los derechos fundamentales no solo son vistos actualmente como derechos de las personas naturales, sino también como derechos de las personas jurídicas, dependiendo del tipo de derecho de que se trate. ¿La razón? Las personas jurídicas están integradas por personas naturales y la adscripción de derechos fundamentales a favor de aquellas redunda en la realización de los derechos a favor de estas (verbigracia, el debido proceso, la libertad contractual, la libertad de empresa, etc.)[3].

Como se ve, el panorama es sumamente amplio y rico para explorar sus consecuencias sobre el arbitraje, a partir de su recepción en la Constitución peruana. Ese, precisamente, es el objetivo que perseguimos en este trabajo. Evidentemente no pretendemos agotar todas las consecuencias posibles, pero sí ocuparnos de algunas de las más resaltantes para la operatividad del arbitraje. Para tal efecto haremos uso de una doble perspectiva: por un lado describiremos cómo está instituido el arbitraje en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (además de dar cuenta de parte de su regulación legislativa); y, por otro, prescribiremos cuáles son las consecuencias de su constitucionalización a partir de la relación que debe guardar con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho[4]. Con ese fin haremos uso de herramientas conceptuales propias de la Teoría

1 Véase: Ansuátegui , Francisco Javier. "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", en: Sistema, Nº 158, setiembre de 2000, Madrid, pp. 91-114.

2 Véase: Peces-Barba, Gregorio. "De la función de los derechos fundamentales", en: Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 131-145.

3 En el Derecho peruano el Tribunal Constitucional ha establecido, a través de reiterada jurisprudencia, que las personas jurídicas privadas y los organismos públicos también pueden ser titulares de derechos fundamentales, según el tipo de derecho que se trate (véase, entre otras, la STC de 14 de agosto de 2002, fundamento 5, emitida en el Expediente N.° 0905-2001-AA/TC; STC de 13 de enero de 2005, fundamento 6, emitida en el Expediente Nº 2939-2004-AA/TC; y STC de 4 de agosto de 2006, fundamento 14, emitida en el Expediente Nº 4972-2006-PA/TC).

4 Aquí utilizamos el término «prescriptivo» para identificar el tipo de discurso con el que se elabora un concepto o un modelo teórico. Es un sentido similar al otorgado por Carlos Santiago Nino cuando se ocupa de distinguir los tipos de discursos para referirse luego a la conexión entre Derecho y moral, Derecho y política. Se dice que un discurso puede ser: prescriptivo, descriptivo o mixto. El discurso descriptivo se ocupa de lo que es

del Derecho y de la Teoría de la Justicia, pero también de la dogmática jurídica en lo que corresponda[1].

II. ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN

A partir de su calificación textual como «jurisdicción independiente» –que efectúa el artículo 139, inciso 1, de la Norma Fundamental– el Tribunal Constitucional ha señalado que «nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la *jurisdicción arbitral*, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una *jurisdicción privada*». Pero ¿es esto correcto? ¿Es el arbitraje una jurisdicción especial de naturaleza privada? Si se pretende responder en base a la terminología utilizada por el texto constitucional habría que responder que sí (no se puede soslayar el hecho de que la Constitución utiliza la palabra «jurisdicción» para referirse al arbitraje); pero el empleo de una determinada locución no es suficiente para definir correctamente una categoría jurídica. A modo de ejemplo, la propia Constitución habla de «recurso de amparo» cuando en realidad el amparo no es un recurso –en nuestro sistema– sino un proceso (una cosa es el recurso, como especie de los medios impugnatorios, y otra el proceso, como mecanismo de composición de conflictos donde se interponen recursos). Debe acudirse entonces a los elementos que definen la jurisdicción y, a partir de allí, verificar si el arbitraje presenta o no esas características para determinar si puede ser calificado como jurisdicción. Una vez más se confirma que la concepción influye en el concepto[2].

En efecto, si seguimos una teoría procesal clásica advertimos que la jurisdicción –en términos amplios– requiere de los siguientes requisitos para existir como tal: 1) ser una función que ejerce un tercero, 2) para resolver o prevenir un conflicto intersubjetivo de intereses, 3) a través de una decisión impuesta y vinculante para las partes, susceptible de adquirir la autoridad de cosa juzgada, y 3) que pueda ejecutarse de manera forzosa por el propio tercero que la emitió, sin necesidad de contar con un acuerdo de las partes para que ello ocurra (bastará con que cualquiera de ellas lo solicite)[3]. ¿Cumple el arbitraje con todas estas

algo en la realidad, de explicar, designar o utilizar situaciones de hecho sin formular propuestas o valoraciones normativas. El discurso prescriptivo no describe lo que es, sino que postula lo que debería ser; lo que sostiene puede no existir en la realidad, pero es muy útil para procurar su transformación. El discurso es mixto cuando resulta de una combinación de ambos, con el acento puesto en un tipo u otro, de ser el caso (cfr. del mencionado autor: Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho, Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 41-42).

1 Con el nombre de «Teoría de la Justicia» se hace referencia a aquella parte de la Filosofía que, en un sentido general, se ocupa de estudiar las condiciones, características y estructuras que debe presentar una sociedad para que sea considerada justa; y, en un sentido particular, a las que debe cumplir un Derecho para ser reconocido como justo. Véase: Van Parijs, Philippe. ¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política (1991), traducción de Juana A. Bignozzi, Ariel, Barcelona, 1993; y Bobbio, Norberto. "Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho", en: Contribución a la Teoría del Derecho, Serie de Derecho, edición a cargo del profesor Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 88.

2 La concepción es la perspectiva epistemológica o filosófica con la que nos aproximamos metodológicamente al objeto de estudio; nos permite estudiarlo, analizarlo, formular propuestas teóricas y, en general, tener una idea acerca de él. El concepto es la determinación de lo que el objeto de estudio es o puede llegar a ser, de aquello para lo cual sirve. Dependiendo del tipo de concepción que se utilice, se tendrá un concepto u otro del objeto de estudio.

3 Cfr.: Monroy, Juan. Introducción al Proceso Civil. T. I. Temis – De Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 227-229.

características? No. Sólo con algunas de ellas. Aunque el inciso 1º del artículo 59 de la Ley de Arbitraje (en adelante: LA) señale que «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes», y el inciso siguiente añada que «el laudo produce efectos de cosa juzgada», su artículo 62 y siguientes contemplan la posibilidad de que el laudo –ese mismo laudo que supuestamente había adquirido la autoridad de cosa juzgada– pueda ser revisado por el Poder Judicial a través del recurso de anulación[1]. Esto hace que la calidad de cosa juzgada que le atribuye la ley arbitral no se configure con su sola emisión (o, si se prefiere, con su notificación) pues, al ser susceptible de un recurso de anulación, el laudo no gozaría todavía del carácter de «no revisable» que caracteriza a la cosa juzgada (el otro es la inmutabilidad). Por otro lado, el árbitro tampoco goza del imperio para ejecutar forzosamente y por sí mismo (es decir, sin que medie acuerdo de las partes) sus propias resoluciones. Cuando estas requieran ser ejecutadas coactivamente deberá acudir al Poder Judicial para que ordene su ejecución forzada, al contar este con el imperio del Estado para lograr ese objetivo (artículos 67 y 68 de la LA)[2]. En suma, en la medida que el laudo arbitral no es susceptible de alcanzar –en sentido estricto– la autoridad de cosa juzgada, y en tanto los árbitros no cuentan con el imperio del Estado para ejecutar por sí mismos y de manera coactiva sus decisiones; el arbitraje no cuenta con dos de las características necesarias para ser calificado como jurisdicción.

Podría alegarse que no tenemos por qué seguir una concepción procesal clásica para definir la jurisdicción, sino asumir un planteamiento más flexible. De hecho el Tribunal Constitucional lo hace para comprender en ella al arbitraje, cuando dice: «[E]l ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) conflicto entre las partes, b) interés social en la composición del conflicto, 3) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como

1 Más allá de las discusiones que se pueden suscitar en el ámbito académico, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, en nuestro ordenamiento jurídico, el llamado recurso de anulación del laudo tiene naturaleza recursiva, constituyendo una extensión del procedimiento arbitral, y no una demanda que origine un proceso distinto al arbitraje. Lo expresa así: «el recurso de anulación establecido en el artículo 61° de la Ley General de Arbitraje N.° 26572 [entonces vigente y similar a la actual] (como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso) no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral» (STC de 11 de diciembre de 2006, fundamento 10, emitida en los Expedientes acumulados Nºs: 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC).

2 Art. 67 de la LA.- «Ejecución arbitral:

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

Art. 68 de la LA.- «Ejecución judicial:

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

tercero imparcial, y d) aplicación de la ley o integración del derecho» (como se puede ver, esta concepción no hace referencia a la cosa juzgada ni al imperio estatal para ejecutar las decisiones); y sobre esa base, concluir: «Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia»[1]. Sin embargo, esta flexibilización del concepto de jurisdicción tiene un problema: con ella cualquier órgano administrativo, o cualquier sujeto privado, que resuelva o prevenga un conflicto intersubjetivo aplicando normas jurídicas, mediante una decisión que vincule a las partes y sea de interés social, será jurisdicción. Así –en ese supuesto– ejercerían jurisdicción el tribunal privado de una asociación deportiva de futbol que sanciona las faltas cometidas por los jugadores en un partido, hasta el tribunal fiscal que examina las controversias entre la administración tributaria y los particulares. El problema de esta concepción para nuestro sistema es que la Constitución peruana señala que la jurisdicción es una sola y se ejerce de manera exclusiva: «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente», salvo las excepciones que la propia Constitución contempla, dentro de las cuales no se encuentra la justicia administrativa, ni los órganos sancionadores de naturaleza privada (artículo 139, inciso 1).

¿Qué es entonces el arbitraje? Un mecanismo de *justicia privada* donde el conflicto se resuelve o se evita a través de la decisión de un tercero, elegido directa o indirectamente por las partes, que además de ser vinculante para estas es susceptible de ser ejecutada con el auxilio de los órganos jurisdiccionales del Estado. Es verdad que, en un esfuerzo por superar el problema antes mencionado, no faltan quienes denominan al arbitraje como un «equivalente» de jurisdicción, una «*cuasi* jurisdicción» o una jurisdicción en sentido «impropio», para distinguirla de los órganos jurisdiccionales del Estado que la ejercen en sentido «propio»[2]. Lo mejor, sin embargo, es calificarla como un mecanismo de justicia privada para evitar confusiones que pueden desfigurar alguna de estas instituciones.

No se trata de una simple exquisitez teórica, sino de una precisión conceptual que tiene implicancias prácticas muy relevantes. Pensemos, por ejemplo, en las distintas consecuencias que se derivarían si se considerara que los árbitros ejercen jurisdicción, de manera similar a los jueces del Poder Judicial, frente a la consideración de que los árbitros sólo imparten, nada más y nada menos, que justicia privada. Habría por lo menos diferencias importantes en la manera de configurar las relaciones de colaboración entre tales operadores. En el primer caso las relaciones serían más simétricas o paritarias, en términos de complementariedad y coordinación; en el segundo, más asimétricas o de sujeción, teniendo en cuenta que solo los jueces, y no los árbitros, serían quienes ejerzan jurisdicción. La actual Ley de Arbitraje parece instituir, sin embargo, una tercera alternativa, al inclinar la balanza a favor del arbitraje. Prueba de ello son las normas que regulan la colaboración judicial en la actuación de los medios probatorios y la ejecución de las medidas cautelares dictadas en un arbitraje. Así, el artículo 45.3 de la LA establece que, «[a] menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia [del tribunal arbitral], sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte». Y el artículo 48.2 de la misma LA agrega: «En los

1 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 8, emitida en el Expediente Nº 6167-2005-PHC/TC.

2 Cfr.: Cremades, Bernardo. "El arbitraje en la doctrina constitucional española", en: Lima Arbitration, Nº 1, 2006, pp. 185-220.

casos de incumplimiento de la medida cautelar [emitida por un tribunal arbitral] o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna». ¡Cuidado! Estas disposiciones podrían vulnerar «la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional», que es una garantía que la Constitución otorga a todos los jueces de la República (artículo 139, inciso 2). Para evitar una interpretación o aplicación inconstitucional de los citados artículos de la ley, deberán ser armonizados con los principios y derechos de la Constitución.

Anotado este debate conceptual, e identificadas algunas de sus consecuencias prácticas, cabe preguntarse qué aporta a la institución arbitral el hecho de que haya sido recogida por la Constitución. Definitivamente la convierte en un instituto jurídico constitucionalmente protegido o, en términos de la dogmática constitucional, en una «garantía institucional»; es decir, en un principio jurídico que, sin ser un derecho subjetivo y, por tanto, un derecho fundamental, cuenta con eficacia jurídica reforzada[1]. Esto significa, según el Tribunal Constitucional, que posee «un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa […] que la anule o la vacíe de contenido». Lo cual no excluye la posibilidad de que el legislador pueda legislar razonablemente sobre la garantía institucional, pues «requiere de configuración legal, que se convertirá en la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido».

Dicho esto, y añadiendo los aportes hechos por la Teoría del Derecho, el arbitraje aparece entonces como un instituto constitucionalmente protegido, de tal suerte que el legislador tiene el deber de desarrollar su contenido, pero cuidando de no vulnerar aquellos elementos indispensables sin los cuales el arbitraje se convertiría en algo distinto, o sin los cuales no podría alcanzar sus fines. Por lo tanto, cualquier regulación del arbitraje deberá ser razonable en parámetros constitucionales; esto es, deberá perseguir un fin constitucionalmente legítimo y resultar proporcional. El fin no será legítimo si la regulación pretende limitar el arbitraje en aras de realizar un derecho o bien jurídico infraconstitucional. La regulación no será proporcional si al limitar el arbitraje existe otra medida menos gravosa, o la medida empleada es inadecuada o inútil para conseguir el fin perseguido, o no existe una adecuada ponderación entre la limitación que se cause al arbitraje y el fin que pretenda alcanzarse[2]. Al ser una norma constitucional, la garantía institucional del arbitraje es también un parámetro de validez jurídica de la mayor jerarquía: toda norma que vulnere su contenido será inválida. Esta jerarquía constitucional hace que las normas jurídicas relacionadas con el arbitraje deban ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que maximicen la virtualidad del arbitraje,

1 Véase: Baño León, José María. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 24, año 8, setiembre-diciembre de 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 155-179.

2 Véase: Bernal Pulido, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; Gavara de Cara, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Medina Guerrero, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.* McGraw-Hill, Madrid, 1996; y Carrasco Perera, A.: "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 11, p. 39 y siguientes.

siempre –y esto es muy importante– en armonía con las demás normas que mantienen con el arbitraje relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico (es el caso de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos). No olvidemos que las normas jurídicas no están aisladas, incluyendo las constitucionales, razón por la cual toda interpretación atomista se encuentra proscrita: las normas jurídicas deben ser interpretadas de manera sistemática, teniendo en cuenta los diversos criterios con los que se relacionan. Por último –y sin que eso signifique agotar todas las consecuencias de su constitucionalización– debe existir un adecuado mecanismo de tutela procesal para hacer frente a las amenazas o lesiones que pueda sufrir el arbitraje. Esto incluye una adecuada protección a favor de los derechos, principios y demás garantías que concurren a configurar la institución arbitral o se relacionan con ella.

III. ARBITRAJE Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El arbitraje se encuentra relacionado con los derechos fundamentales. Es imposible que no lo esté porque desde el momento en que afirmamos que el Derecho es un sistema todas sus normas se encuentran relacionadas entre sí –en términos de complementariedad, jerarquía, coordinación, etcétera– para que el Derecho pueda cumplir sus fines. En un Derecho entendido como sistema ninguna norma o instituto jurídico se encuentra aislado de los demás, sino que se influyen recíprocamente[1]. Como el arbitraje y los derechos fundamentales son elementos normativos del mismo sistema, inevitablemente guardan relaciones normativas entre sí, propias de ese sistema. Más aún, debido a que en el Derecho peruano el arbitraje y los derechos fundamentales cuentan con similar recepción en el texto constitucional, sus relaciones se presentan en términos de coordinación y complementariedad, mas no de jerarquía o subordinación; lo cual no excluye que las normas arbitrales en especial, y todas las normas jurídicas en general, deban ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que se maximice el contenido y la virtualidad de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón? Porque estos derechos son instrumentos indispensables para que todo Derecho que aspire a ser justo –como ocurre con el ordenamiento peruano– procure alcanzar su fin último: el desarrollo integral de todas las dimensiones del ser humano[2]. Una conclusión propia de una Teoría de la Justicia.

¿Rigen entonces los derechos fundamentales en el arbitraje? Por supuesto que sí. Sin

1 El Derecho de nuestro tiempo está formado por un conjunto de normas y subsistemas jurídicos, estructurados por el Estado bajo la idea de sistema; es decir, organizados mediante un haz de relaciones –como las de jerarquía, coordinación y complementariedad– que busca eliminar los vacíos y defectos normativos, así como las contradicciones internas que se puedan producir, con el propósito de garantizar –en alguna medida– su unidad, coherencia y plenitud. Tal característica hace que la creación, interpretación y aplicación de una norma jurídica, para ser válida, debe tener en cuenta esas relaciones: no contradecir las normas superiores y guardar armonía con las que mantiene otro tipo de vínculo dentro del ordenamiento jurídico. La estructura sistemática del Derecho hace que la creación, interpretación y aplicación de una norma no deba ser aislada. No debe prescindirse de las demás, sino considerar aquellas otras con las que integra un subsistema jurídico o mantiene alguna relación, tanto desde la perspectiva de su adecuación lógica como desde su adecuación teleológica y valorativa (Cfr.: Bobbio, Norberto. Teoría general del Derecho, 1960, Serie de Derecho, cuarta reimpresión a la primera edición de 1991, traducción de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1996, p. 165 y siguientes; y Prieto Sanchís, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho, Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Trotta, Madrid, 2005, pp. 113-142).

2 Véase: Peces-Barba, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho (2002), segunda edición, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 77-78.

embargo, no han faltado voces que rechazan esta afirmación bajo el argumento de que la virtualidad de los derechos fundamentales es una cuestión que debe asegurarse en el marco de las relaciones con el Estado, a fin de que protejan a los particulares de los excesos que pueda cometer un poder exorbitante como el estatal, pero que no tendría sentido extenderla, por lo menos no de la misma manera, en el marco de las relaciones entre privados –como es el caso del arbitraje– porque en estas esa disparidad desaparece o por lo menos se ve atenuada por la autonomía de la voluntad. Una postura equivocada, por varias razones. En efecto, la concepción de los derechos fundamentales hace bastante tiempo que superó aquella visión que los reducía a simples instrumentos de defensa frente al Estado. Hoy los derechos fundamentales son vistos –como ya ha sido adelantado– como elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico que aspira a realizar contenidos suficientes de justicia; es decir, como aquellos elementos normativos que –junto con las demás normas constitucionales– fundan todo el Derecho, organizan las diversas esferas del poder –tanto público como privado– y orientan a la sociedad –en sus diversas manifestaciones y estructuras– hacia objetivos determinados (con el fin último de procurar el desarrollo integral de todos y cada uno de los seres humanos). En ese sentido, junto con las demás normas constitucionales, los derechos fundamentales se constituyen en los principales criterios de validez de todo el ordenamiento jurídico, en normas esenciales vinculantes tanto para el Estado como para los particulares. Al ser elementos esenciales del ordenamiento, todo se construye sobre su base, de tal suerte que no puede haber ámbito del Derecho donde los derechos fundamentales no extiendan su fuerza normativa, incluyendo el arbitraje. Lo reconoce el propio Tribunal Constitucional cuando dice: «si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales». Por tratarse de criterios de validez jurídica, el mismo Tribunal concluye: «[S] erá nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° *in fine* de la Carta Fundamental». En realidad lo dicho para los derechos fundamentales y sus relaciones con el arbitraje vale también para este y sus relaciones con la Constitución. Lo recuerda el mismo Tribunal: «La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, 'Todos los peruanos tienen el deber... de respetar, cumplir... la Constitución...". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional»[1].

No debe perderse de vista que la visión de los derechos fundamentales desde el prisma de la autonomía de la voluntad es una concepción que obedece a una ideología liberal sobre la libertad, pero no la única concepción sobre la misma. Otras concepciones son posibles, como las provenientes de la tradición republicana. Para el liberalismo la libertad, conocida como «libertad negativa o libertad como no-interferencia» consiste «en que todos los hombres no

1 STC del 11 de julio del 2002, fundamento 6, emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC.

me impidan decidir como quiera»; es decir, aquí ser libre significa disfrutar de una capacidad de elección sin impedimento ni coerción[1]. Supone que cada individuo tenga la oportunidad de actuar sin que otros sujetos puedan oponerle obstáculos. El único límite es no afectar la libertad de otro. En este esquema el Estado aparece como un mal necesario y su actuación debe estar dirigida a proteger los ámbitos de libertad del individuo[2]. Los derechos fundamentales se presentan aquí como derechos de defensa a favor del individuo, como un cerco de no-interferencia frente al poder. Al Estado sólo le compete una labor de «policía» o de protección de esos derechos, debiendo actuar con «neutralidad» frente a su ejercicio. Únicamente si los derechos son vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad de los individuos, se requiere la intervención del Estado. Fuera de ello, la actuación estatal es considerada, en cualquier caso, como una interferencia en el ámbito de libertad que requiere de justificación sobre la base de otros bienes y valores individuales distintos a la libertad misma. Al suponer esta idea de libertad una serie de ámbitos de soberanía del individuo frente a lo colectivo, la regulación que válidamente pueda establecerse al ejercicio de los derechos fundamentales no puede justificarse –según esta concepción– en la protección de un interés común o de un bien jurídico colectivo, ya que ello supondría invadir, de manera ilegítima, las esferas de soberanía del individuo. Por esa misma razón, la regulación de los derechos fundamentales solo podría justificarse en la ponderación de intereses particulares y en ningún modo en el bien común o en intereses de tipo colectivo.

Tal idea de la libertad es rechazada por el republicanismo. Para esta tradición, la libertad no es la mera ausencia de interferencias, sino la ausencia de «interferencias no-arbitrarias» o «libertad como no-dominación» (incluso un republicanismo más exigente demandaría la ausencia de posibilidades o riesgos de interferencias arbitrarias). Si hay interferencia pero esta no resulta arbitraria, entonces –a diferencia de lo que propugna el liberalismo– para el republicanismo la libertad no habría sido vulnerada. «[H]ay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones». ¿Qué hace que un acto de interferencia sea arbitrario? Cuando el acto está sujeto a la mera subjetividad, decisión o juicio de quien efectúa la intervención, cuando «el acto es elegido, o no, sin atender a los intereses o a las opiniones de los afectados», entendiendo por afectados no a las personas individualmente consideradas sino principalmente al conjunto de la sociedad, o por lo menos a todos los grupos interesados. Para esta tradición, el Estado es el que posibilita la grandeza y el desarrollo de la comunidad, el que contribuye a que los individuos puedan perseguir libremente sus propios fines; por lo tanto, ya no estamos aquí ante un Estado que resulta una amenaza potencial contra la libertad del individuo (como ocurría en el liberalismo), sino ante un Estado llamado a posibilitar o garantizar su realización. Esto implica que el Estado no debe tener una posición neutral frente a los derechos; antes bien, además de protegerlos, debe participar en su configuración, regulación y realización, teniendo en cuenta no solo el interés individual sino también el interés común, pues para el republicanismo los derechos no solo responden a un interés individual sino también a un interés de la comunidad; por ese motivo, es posible regular válidamente su ejercicio en aras de proteger un interés común o un bien

1 Berlin, Isaiah. "Dos conceptos de libertad", en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998, p. 232.

2 Oppenheim, Félix E. *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, traducción de M. D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

jurídico colectivo. Las cuestiones que se plantean en torno a los derechos fundamentales no son asuntos de exclusivo interés particular sino que interesan también a la comunidad.

Como se puede apreciar, en un planteamiento republicano los derechos fundamentales no deben ser vistos solamente desde el prisma de la autonomía de la voluntad, como si fueran cuestiones que sólo importan al interés individual y que sus titulares pueden disponer libremente, sin tener en cuenta otras consideraciones. Para el republicanismo, los derechos fundamentales importan también al interés general razón por la cual deben ser configurados en una concurrencia armoniosa de la libertad con otros valores superiores como la igualdad, seguridad y solidaridad. En tal esquema es imposible sostener que los derechos fundamentales no rijan el arbitraje o que las partes puedan decidir, válidamente, que estos no le resultan aplicables.

¿Y qué filosofía política está presente en la Constitución peruana: la liberal o la republicana? Para empezar, el artículo 43 de nuestra Constitución, concordado con su artículo 3º, califica al Perú bajo la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho, y no bajo la fórmula del Estado liberal, con todas las consecuencias que eso significa[1]. Además, la tipología de derechos que recoge la Constitución revela que esta considera como fundamentales varios derechos de contenido igualitario que de ninguna manera serían considerados como fundamentales por un planteamiento liberal (como el derecho a la vivienda, a la educación, a la salud, etc.). Ello aunado con el hecho de que la Constitución armoniza estos derechos con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sintonizando el interés individual con el interés general, permite concluir que la Constitución peruana se adscribe mejor a parámetros republicanos. Una conclusión que, a propósito del arbitraje, armoniza con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando, al referirse al fundamento de la institución arbitral, sostiene: «Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional.* La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo

1 Como bien explica nuestro Tribunal Constitucional, «el Estado social y democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley. La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios». «La configuración del Estado social y democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social». En ese sentido, «la exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su ratio fundamental, bien puede ser traducida en la expresión […]: "En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social... (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común» (STC de 11 de noviembre de 2003, fundamento 12, emitida en el Expediente Nº 0008-2003-AI/TC).

2º inciso 24 literal 'a' de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. […]. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales».

Entre los derechos fundamentales que rigen el arbitraje se encuentra, indefectiblemente, el debido proceso[1]. Lo ha explicado así el mismo Tribunal: «[L]a naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso»[2]. En palabras del Tribunal Constitucional, y recogiendo doctrina consolidada, el debido proceso es aquel «derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales […] que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso […], o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos». En otras palabras, como «el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto». A la par que en otros ordenamientos extranjeros, este derecho fundamental cuenta en el Perú con una doble manifestación: una procesal y otra sustancial, que ha llevado a hablar –con propósitos exclusivamente metodológicos– de un «debido proceso adjetivo o procesal» (conformado por el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, etc.) y de un «debido proceso sustantivo o sustancial» (que exige que todo acto, norma o decisión sea razonable, respetuoso de los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos), aunque se tratan de dos manifestaciones de un mismo derecho. Esta doble manifestación ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, a través de una vasta jurisprudencia[3]. En varias

1 Su calidad de derecho fundamental se encuentra reconocida en el artículo 3 de la Constitución peruana, concordado con el artículo 139, inciso 3, del mismo texto constitucional. Tal calidad hace que el debido proceso comparta las características que son comunes a los derechos fundamentales –con las consecuencias que se derivan de ello–, como el doble carácter que se le reconoce a este tipo de derechos.

2 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 9, emitida en el Expediente Nº 6167-2005-PHC/TC.

3 Entre ellas se encuentran las emitidas en los Expedientes N°s 090-97-AA/TC; 408-97-AA/TC; 0439-1999-AA/TC; 0993-1997-AA/TC; 0895-2000-AA/TC; y 0924-2000-

ocasiones ha puesto de relieve que «las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material», al punto que «su evaluación no sólo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)».

No debe incurrirse en el error de pensar que todos y cada uno de los elementos del debido proceso resultan aplicables a todos los tipos de proceso, en particular al arbitraje. No olvidemos que estamos ante un derecho de carácter limitado, que se encuentra delimitado por su propio contenido, por las funciones que cumple y por las relaciones de coordinación y complementariedad que guarda con otros derechos fundamentales y con los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Así por ejemplo, la garantía de la pluralidad de instancia no parece exigible en el arbitraje (como tampoco lo es en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes), a menos que la norma que lo regule contemple instancias múltiples a las cuales acudir[1]. Como regla general podemos decir que si bien el debido proceso resulta aplicable a cualquier tipo de proceso, algunos de sus elementos pueden no resultar exigibles en un determinado proceso –como es el caso del arbitraje– en la medida que razonablemente (lo que implica fin lícito y proporcionalidad) no resulten esenciales para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto. Dicho de otra manera, siempre resultarán exigibles y, por ende, aplicables en cualquier tipo de proceso –incluyendo el arbitraje– aquellos elementos del debido proceso que resulten razonablemente imprescindibles para que el inicio, desarrollo, conclusión y ejecución de un proceso pueda ser considerado justo (o, si se prefiere, para que los intereses jurídicos que protege resulten real, concreta y efectivamente protegidos). De no ser así, los procesos en mención resultarían inválidos.

Tampoco debe incurrirse en el error de equiparar debido proceso con las normas de la legislación procesal, especialmente del Código Procesal Civil. El primero es un derecho fundamental que cuenta con elementos exigibles independientemente de que se encuentren regulados o no por una ley procesal. Los segundos son cuerpos normativos que disciplinan los aspectos procedimentales de determinados procesos (penal, laboral, civil, etc.), por lo que no toda norma procesal integra el contenido del debido proceso y no todo elemento del debido proceso está regulado por la legislación procesal. En el caso específico del arbitraje, no debe olvidarse que se trata de un mecanismo de justicia privada que responde a criterios

AA/TC.

1 Otro ejemplo, las medidas cautelares son institutos procesales que tienen por finalidad asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se emita en un proceso. La urgencia de su dictado y la necesidad de evitar que el afectado con alguna medida realice actos que burlen su ejecución o impidan su cumplimiento, requieren que sean dictadas sin la notificación previa a la otra parte. Sin embargo, ello no significará que se haya afectado el debido proceso (por haberse afectado a una persona sin haberle dado la oportunidad previa de defenderse), pues, en tal caso, el ejercicio de su derecho de defensa queda postergado para después del dictado de la medida cautelar con la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela que es también otro elemento integrante del debido proceso.

distintos a los que informan los procesos judiciales o administrativos, razón por la cual debe cuidarse de no aplicar indebidamente al arbitraje criterios procesales que no responden a su naturaleza especial (artículo 34 de la LA)[1]. Todo ello, claro está, sin perjuicio de respetar el debido proceso, los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en lo que corresponda.

IV. ARBITRAJE Y ESTADO DE DERECHO

El concepto de Estado de Derecho cuenta con un contenido básico esencial consolidado históricamente: se encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas, sin las cuales no puede haber Estado de Derecho, independientemente de los modelos que se elijan o que han tenido una plasmación histórica. Por lo tanto, atendiendo al origen y desarrollo histórico que ha tenido este concepto, a pesar de que todo Estado genera Derecho, presenta cierto grado de organización, se encuentra más o menos sometido a su propia legalidad, e incluso puede estar orientado a una determinada finalidad moral, no todo Estado es Estado de Derecho. Para serlo debe cumplir, por lo menos, con las exigencias de su contenido básico esencial. Si se tiene en cuenta los rasgos que configuran el paradigma histórico que da a luz a este concepto (el Estado liberal), y que se mantienen en sus otros modelos históricos (el Estado social y el Estado democrático de Derecho), las exigencias de su contenido básico esencial se agrupan en torno a cuatro elementos, a saber: el imperio de la ley, la separación funcional del poder, la legalidad de la administración y el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales[2]. Para efectos de este trabajo –y debido a sus límites materiales– nos detendremos en el primero de ellos.

El «imperio de la ley», como uno de los elementos configuradores del Estado de Derecho, actúa sobre gobernantes y gobernados exigiendo que el poder político, en sus distintas manifestaciones, se origine y actúe sometido al Derecho y de conformidad con él. No se trata de cualquier ley, sino que (en el contexto ideológico-político en que surge y se desarrolla el concepto de Estado de Derecho, que arranca del liberalismo y continúa con la democracia, pasando por los aportes republicanos, socialistas, etc.) se trata de la que ha sido creada por el órgano popular representativo (Parlamento) como expresión de la voluntad general; es decir, con participación y representación de los integrantes del grupo social. Es la concretización racional de la voluntad general, manifestada a través de un órgano de

1 Art. 34 de la LA.- «Libertad de regulación de actuaciones:

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos».

2 Apoya esta afirmación, entre otros, Elías Díaz en su obra *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1966, pp. 18-28; también Eusebio Fernández, en su trabajo: "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 138, mayo de 1997, Madrid, pp. 101-114.

representación libremente elegido. Aquí el término «ley» incluye tanto la ley ordinaria como la ley fundamental (Constitución), encontrándose la primera condicionada y vinculada a esta última. Como consecuencia del «imperio de la ley» el poder no puede originarse ni actuar de manera arbitraria; de lo contrario, su origen o actuación –respectivamente– resultaría jurídicamente inválida, además de arriesgarse a ser políticamente inconveniente y moralmente injusta.

En el caso peruano el Tribunal Constitucional ha relacionado está prohibición de arbitrariedad con la dimensión sustancial del debido proceso y la exigencia de razonabilidad, pues considera a «los principios de razonabilidad y proporcionalidad como componentes del debido proceso sustantivo a cuyo respeto y observancia se encuentran obligadas todas las personas e instituciones, sean estas públicas o privadas»[1]; y en base a ello ha desarrollado el derecho a la razonabilidad de las decisiones, como expresión de la dimensión sustancial del debido proceso, sintetizándolo en la siguiente máxima: «El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso»[2]. Y ¿qué se entiende por arbitrariedad? El mismo Tribunal Constitucional lo explica: «El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el Derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo».

Aplicando estas ideas al arbitraje, se puede concluir que el «imperio de la ley», como elemento esencial de un Estado de Derecho, en armonía con la dimensión sustancial del debido proceso, exige que la elección y las actuaciones de cualquier autoridad arbitral no sean arbitrarias. Metodológicamente es posible agrupar tres tipos de supuestos en los cuales la decisión de una autoridad arbitral, emitida en el marco de un arbitraje, resulta arbitraria y, por tanto, vulneradora del «imperio de la ley» y de la dimensión sustancial del debido proceso, a saber:

En primer lugar, la arbitrariedad que se produce cuando el árbitro sustenta su decisión en su simple voluntad o subjetividad –es decir en lo que considera justo o injusto, válido o inválido–, y no en una derivación razonada del Derecho aplicable, en relación con las circunstancias comprobadas del caso materia del arbitraje. Esto significa que la decisión del árbitro debe sustentarse en los valores, principios, derechos y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso concreto, así como en las circunstancias comprobadas de la

1 STC de 28 de junio de 2004, fundamento 3f, emitida en el Expediente Nº 0199-2004-AA/TC.

2 STC del 5 de julio de 2004, fundamento Nº 12, emitida en el Expediente Nº 0090-2004-AA/TC.

causa. Incluso en el arbitraje de conciencia la opción por un resultado que el árbitro considere justo no debe ser una simple consecuencia de su subjetividad o de su particular apreciación de la vida, sino que debe ser una derivación razonada de elementos objetivos verificables y de la realidad social donde se produce o se quiere evitar el conflicto. En ese sentido ha dicho el Tribunal Constitucional peruano que el juzgador debe resolver «sin caer ni en arbitrariedad en la apreciación e interpretación del Derecho, ni tampoco en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos del caso»[1]; pues «la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de Derecho sobre los que [se…] funda una decisión discrecional constituye un error […] determinante para la invalidez de la decisión».

En segundo lugar, la arbitrariedad que se produce cuando la decisión del árbitro es producto de un razonamiento viciado, defectuoso, de tal suerte que lleva a conclusiones desacertadas, intolerables o contradictorias, al no encajar dentro del campo de lo opinable, sino dentro de lo ilógico, lo irreal o lo irracional, pues una decisión absurda no sólo resulta descalificable como acto procesal, sino que además afecta la justicia del caso concreto (sea porque el resultado es injusto o porque el derecho a una resolución adecuadamente motivada y fundada de las partes resultó afectado). Uno de los supuestos que se presentan en este tipo de arbitrariedad es el de la decisión incongruente. Al respecto precisa el mismo Tribunal que uno de los contenidos del debido proceso es el derecho a obtener del juzgador «una respuesta razonada, motivada y congruente»[2]; enseñando que este derecho «garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes». Desarrollando más esta exigencia agrega que el juzgador «no podría sustentar su decisión en hechos que no hayan sido alegados por las partes, ni resolver sobre pretensiones que no hayan sido formuladas (congruencia)»; concluyendo que un juzgador «no puede subrogarse en el papel de la parte y basar sus decisiones en hechos o pruebas que no hayan sido materia de contradicción oportuna». Como consecuencia de ello, destaca: «La infracción del deber de congruencia supone no sólo la afectación del principio dispositivo […], sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial»[3].

En tercer lugar, la arbitrariedad se produce cuando las decisiones del árbitro no son conformes con la justicia material recogida en la Constitución, en la modalidad de derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Esto se debe a que la superior fuerza normativa de estos elementos esenciales del ordenamiento no sólo debe importar que su eficacia alcance el trámite del arbitraje, sino también a las decisiones que en él se emitan. De lo contrario se llegaría al absurdo de aceptar que, a pesar de ser la base de todo el ordenamiento jurídico, el árbitro no se encuentra vinculado a esas normas constitucionales a la hora de tomar sus decisiones, contradiciendo así su naturaleza y superior fuerza normativa. En armonía con ello se ha expresado el Tribunal Constitucional peruano al decir que «el debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se

1 STC de 26 de noviembre de 2007, fundamento 3, emitida en el Expediente Nº 00938-2007-AA/TC.

2 STC del 20 de junio del 2002, fundamento N° 11, emitida en el Expediente N.° 1230-2002-HC/TC.

3 Ibíd., fundamento 5.

afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental», y, por la misma razón, cualquier otro bien jurídico constitucionalmente protegido[1].

En función a lo expuesto podemos mencionar algunos ejemplos de arbitrariedad de las decisiones en sede arbitral. Así, son ejemplos de «arbitrariedad normativa» (es decir, de decisiones que no son el resultado de una derivación razonable del Derecho aplicable), entre otros los siguientes[2]: 1) las decisiones que desconocen, se apartan o arremeten contra la norma aplicable (*contra legem*), sin que se haya efectuado un control sobre su validez o constitucionalidad; 2) las decisiones que no contienen un fundamento normativo, sino meras citas de normas; 3) las decisiones basadas en normas inexactas o impertinentes; 4) las decisiones basadas en la sola voluntad del juzgador; 5) las decisiones que aplican normas derogadas o no vigentes; 6) las decisiones que invocan jurisprudencia no aplicable al caso concreto; 7) las decisiones que interpretan la ley en forma defectuosa, irrazonable o distorsionante; 8) las decisiones que consagran un formulismo manifiesto o formalidades ilógicas o irrazonables; 9) las decisiones normativamente autocontradictorias; y 10) las decisiones que resultan incongruentes por no pronunciarse sobre lo pedido (incongruencia *citra petita*), por otorgar algo mayor a lo pedido (incongruencia *ultra petita*), por ordenar algo menor a lo pedido cuando tal posibilidad no sea jurídicamente posible (incongruencia *infra petita*), o por otorgar algo diferente a lo pedido (incongruencia *extra petita*). En el caso de decisiones incongruentes, estas serán arbitrarias siempre que las normas que regulan el arbitraje donde se emitieron no permitan que el árbitro pueda emitir una decisión incongruente. Si lo permiten, el árbitro deberá anunciar previa y oportunamente a las partes tal posibilidad con la finalidad de que estén en aptitud de defenderse, de probar, de alegar y en general de decir algo al respecto.

Como ejemplos de «arbitrariedad fáctica» (es decir, de decisiones que no evalúan adecuadamente los hechos y/o el material probatorio), podemos mencionar entre otros los siguientes[3]: 1) las decisiones que prescinden de los hechos notorios o evidentes; 2) las decisiones basadas en medios de prueba inexistentes o no incorporadas válidamente al arbitraje; 3) las decisiones basadas en afirmaciones dogmáticas o genéricas de hecho; 4) las decisiones que omiten examinar u omiten dar mérito o eficacia probatoria a un medio de prueba principal, decisivo y trascendente; 5) las decisiones que atribuyen al medio probatorio, o al hecho objeto de prueba, un alcance o sentido que le priva del que en verdad tenía; 6) las decisiones que consideran los medios de prueba de manera superficial o poco seria, dando lugar a que la conclusión probatoria desemboque en un fundamento ilógico, desafortunado, aparente o contradictorio; 7) las decisiones que fracturan el examen de los medios de prueba porque lejos de ser visualizados en conjunto, se los aisló y dejó como cabos sueltos, haciéndoles perder su eficacia; 8) las decisiones que alteran la lógica interior y las derivaciones naturales de lo probado para acordarle una proyección concreta que es opuesta y que desvirtúa lo que verdaderamente resulta de las circunstancias comprobadas; 9) las decisiones fácticamente autocontradictorias por una mala valoración de los hechos y/o del material probatorio; y 10) las decisiones que resultan contrarias a la ciencia, la técnica y las máximas de experiencia. .

1 STC de 14 de marzo de 2006, fundamento 30, emitida en el Expediente Nº 1209-2006-PA/TC.

2 Varios de estos ejemplos han sido tomados de: Sagüés, Néstor P. *Recurso extraordinario*. T. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 613-690.

3 Varios de estos ejemplos también han sido tomados de: Sagüés, Néstor P. Ibíd. pp. 691-709.

Como se puede advertir, la exigencia de la razonabilidad de las decisiones, o de la interdicción de la arbitrariedad, busca asegurar en todo proceso, incluyendo el arbitraje, la vigencia real y efectiva de los valores, derechos y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, en armonía con la realidad social a la que pertenece y con las circunstancias comprobadas de la causa. Por lo tanto, una decisión que no respete esta exigencia no sólo contraviene el «imperio de la ley», como componente esencial del Estado de Derecho, sino también el derecho fundamental a un debido proceso, resultando, en consecuencia, inválida por inconstitucional.

V. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Si queremos que el arbitraje continúe fortaleciéndose y desarrollándose en el Perú como un mecanismo adecuado y eficaz para la solución y prevención de los conflictos privados, debemos destacar la dimensión constitucional que le ha otorgado el Derecho peruano. Eso implica profundizar en las relaciones que presenta con la Constitución, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, tanto al momento de configurar su estatuto legislativo como al momento de llevar adelante los procesos arbitrales que resolverán los casos concretos a decidir.

Para tal efecto, el arbitraje no puede ser visto de una manera atomista, irrazonable o con un exceso ritual; sino de una manera sistemática, flexible y en armonía con los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos con los que guarda relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico. Así, desde el momento en que la Constitución considera al arbitraje como un mecanismo de justicia privada, complementaria a la jurisdicción estatal, bien puede decirse que existe un derecho a acudir al arbitraje como mecanismo de composición o prevención de conflictos, de libre disposición de las partes, que debe ser respetado, garantizado y tutelado. El Tribunal Constitucional lo ha reconocido –recordémoslo– en estos términos: «[N]uestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada»[illegible]. Al mismo tiempo, no puede verse al arbitraje como algo que no es: un mecanismo de composición o prevención de conflictos que sustituye a los órganos jurisdiccionales del Estado. De allí que el mismo Tribunal ha precisado que «el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional»[illegible].

Si mantenemos el arbitraje dentro de estos cauces y potenciamos toda su virtualidad en armonía con los derechos y demás bienes jurídicos con los que guarda relaciones de coordinación y complementariedad, el arbitraje cumplirá cada vez mejor con sus funciones y contribuirá de una manera más destacada a alcanzar la paz social en justicia.

APUNTES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.

Posibilidades y límites[1].

Por: David Dumet Delfín[2]

Sumario

Introducción. I. Poder constituyente y poder de revisión. II. La reforma en nuestra historia constitucional. III. Legitimidad del proceso de reforma. Precisiones históricas. IV. El proceso de reforma y sus límites en la Constitución de 1993. V. Reforma o una nueva Constitución. VI. Posibilidades de reforma mediante Asamblea Constituyente convocada ad hoc.

Resumen

En el presente trabajo se esbozan ideas sobre las posibilidades de reforma de la Constitución de 1993, sea en ejercicio del Poder Constituyente o del Poder revisor; considerando nuestra experiencia histórica, el texto de la Carta y a la luz de la doctrina especializada y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en su condición de intérprete supremo de la Constitución.

Introducción

Hace casi 60 años, cuando todavía estaba en sus albores aquello que ahora identificamos como Estado Constitucional de Derecho, el maestro Konrad HESSE[3]. nos hablaba de la fuerza normativa de la Constitución frente a la idea fatalista que insistía todavía en seguir viendo en ella tan solo "un trozo de papel", aséptica frente a la realidad que siempre la avasalla. Nos decía que la constitución normativa tiene una fuerza propia capaz de operar sobre la realidad y las diversas fuerzas que actúan en ella. Es una fuerza limitada, que inevitablemente se encuentra condicionada por la realidad. Pero al mismo tiempo tiene vocación de vigencia, de hacer realidad lo por ella normado, por lo que también llega a ser un condicionante de la realidad. En la constitución lo real y lo jurídico lejos de excluirse se condicionan mutuamente y en la medida que alcanza realizar su pretensión de vigencia, adquiere fuerza normativa. La Constitución, así, debe adecuarse a nuestra forma de ser y de sentir como sociedad. Pero debe al mismo tiempo tener una fuerza vital que sea capaz de mover, de impulsarnos hacia delante, a mejorar u optimizar las condiciones de esa realidad que la conforma y a consolidar o alcanzar esos valores que la inspiran.

1 El presente es una versión corregida, aumentada y actualizada en no pocos aspectos de nuestro trabajo que se publicó con el título de "El proceso de Reforma de la Constitución de 1993 y sus límites", en la Revista de Derecho, 2002, vol. 3, núm. 3, p. 55-75., publicación de la Universidad de Piura. En aquella oportunidad hacía poco que habíamos vuelto a la normalidad constitucional luego de la caída del régimen fujimorista. Todavía estaba efervescente el ánimo nacional para intentar sea una reforma sustancial a la Carta del 93 o, en todo caso, la vía más radical de la reinstauración de la Constitución de 1979. Y fue justo en ese ambiente en que me permití esbozar algunas ideas sobre la reforma constitucional y sus posibilidades de concreción, que la Universidad de Piura tuvo a bien acoger en la Revista de Derecho. Han pasado desde aquella fecha 16 años y lo que allí manifesté no ha perdido actualidad. En ello tiene que ver, entiendo, ese sino recurrente y hasta fatal de nuestra República que a pesar de su institucionalidad deficitaria (y quizá por ello), antes de arraigar sus documentos constitucionales, prefiere intentar la vía de la reforma cada vez que el sistema político se ve afectado por una crisis. Y justo en estos tiempos, cuando la Constitución de 1993 está próxima a cumplir 25 años, que nos encontramos en una situación como la descrita. Por ello, agradezco así a los directores de la Revista Ipso Iure por la oportunidad y gentileza de publicar el presente artículo.

2 Constitucionalista y activista de Derechos Humanos. Abogado por la Universidad de San Martín de Porres y Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en gestión pública yha ejercido la docencia, tanto en pre como en post grado en materias de su especialidad, en universidades públicas y privadas y en la Academia de la Magistratura.

3 HESSE, Konrad; CRUZ VILLALÓN, Pedro; AZPITARTE, Miguel. Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992.

Pero para ello, adicionalmente hace falta aquello que Hesse llamaba ”voluntad de Constitución”, para lo cual hace falta tener la convicción de la necesidad de un orden objetivo normativo, que renueve permanentemente su legitimidad y que para adquirir y conservar su vigencia requiere de actos de voluntad. Actos de voluntad de todos pero especialmente de aquellos quienes dirigen la cosa pública. Es decir que, además del contenido también debe haber una *práxis* constitucional. Así, “resulta fundamental esa actitud por parte de todos los que participan en la vida constitucional que antes designé como la “voluntad de Constitución”. De ello se trata, y no solamente en las grandes cuestiones sino precisamente también en las pequeñas. Cualesquiera objetivos coyunturales, incluso en el supuesto de que sean conseguidos, son incapaces de compensar la incalculable ganancia que conlleva el respeto a la Constitución incluso cuando ello resulta incómodo”[1].

Nos decía el maestro que encontraba peligroso para la fuerza normativa de la Constitución, esa “tendencia a la frecuente revisión de la Constitución so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables”; resultando ello contraproducente pues terminaban valorándose más las reformas (fundadas en razones reales o supuestas) que el texto constitucional vigente[2]. Ello, por cierto no implica la inmodificabilidad de la Carta, pues, como establecía el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras”. Pero hay siempre que considerar que toda reforma trae consigo riesgos para el prestigio y eficacia de la Constitución[3].

Las constituciones también se reforman y es sano que lo puedan hacer. Las condiciones de la realidad cambian hoy en día más seguido, por lo tanto esos cambios implican también que el marco jurídico mute para no alejarse de ella. Pero las reformas deben ser precisas y deben también responder a cierto grado de consenso respecto de su amplitud y contenido. Nuestra Carta actual como veremos luego, ha sido reformada no pocas veces y en algunos casos en aspectos de gran trascendencia como el relacionado con la Descentralización, la imprescriptibilidad de algunos derechos, la no reelección de autoridades regionales y municipales, etc. Hemos sido capaces de unir criterios y voluntades en un Congreso parcelado, cosa que no es sencilla, para introducir reformas en la constitución. Y está bien que no sea sencillo reformar la Constitución. Esa es justamente una de las virtudes de las constituciones rígidas. Porque si pudieran ser reformadas sin dificultad, su supremacía jurídica prácticamente perdería virtualidad y la fuerza de la que está dotada desaparecería.

Es en ese marco y con esas advertencias que siempre será posible darle una mirada a las posibilidades y límites de la reforma constitucional.

I. Poder constituyente y poder de revisión

Una de las bases fundamentales del constitucionalismo es reconocer al Pueblo como titular de la Soberanía y, como tal, le corresponde darse su Constitución como resultado del ejercicio de su Poder Constituyente. El Poder Constituyente no es permanente toda vez que al aprobarse la Constitución, cesa o en todo caso pasa a un estado de latencia, para dar paso a los poderes constituidos que existen,

1 Ídem, pág. 68
2 Ídem, págs. 68 y 69
3 HENRIQUEZ FRANCO, Humberto. Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional. Pensamiento Constitucional, 1999, vol. 6, no 6, pág. 590.

permanecen y actúan conforme al ordenamiento jurídico establecido. Al contrario de los poderes constituidos, al Poder Constituyente no se le reconocen límites formales y se encuentra más allá del derecho positivo; es un poder *extra ordinem* que se fundamenta a sí mismo. Esta aptitud y cualidad de la función perteneciente al Pueblo[1], es la expresión de una Soberanía que además de originaria y suprema es extraordinaria porque sólo actúa cuando es necesario dictar una Constitución.

La doctrina del Poder Constituyente y su distinción de los poderes constituidos es atribuida a SIEYÉS: "En cada parte la constitución, no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en ese sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la Voluntad Nacional antes de toda Constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial…"[2]. Así, resulta clara y pacífica la concepción del Poder Constituyente como una *res facti*, en principio más allá del derecho y sin límites formales, cuando se trata de darse un ordenamiento jurídico al fundarse un estado. Un poder pre jurídico emanado directamente del cuerpo político de la sociedad[3]. Sin embargo, ha adoptado formas distintas dependiendo del tiempo y lugar[4]. Así, en América aparece enfrentada a la dominación colonial luchando por alcanzar la Soberanía frente a otros estados; y, al interior, Soberanía expresada en la Constitución escrita. En cambio, en Europa, este fenómeno se manifiesta en la transformación de la Soberanía regia en Soberanía Popular[5].

Donde no resulta pacífica la doctrina es en si se debe considerar o no ejercicio del Poder Constituyente a la facultad de reformar la Ley Fundamental. SCHMITT, por ejemplo, señalaba que la facultad de reformar, siendo una facultad constitucional, era una competencia legalmente regulada, esto es, en principio limitada[6]. Frente a ella se encuentra la posición no desdeñable de quienes consideran que la Constitución, siendo obra del Poder Constituyente, sólo puede ser modificada válidamente por el mismo Poder Constituyente y no por otro de menor jerarquía jurídica de aquél[7]. Se puede convenir, en todo caso, en que la competencia del poder de reforma es una facultad extraordinaria, superior a la normal, pero no una competencia irrestricta que sólo corresponde al Poder Constituyente. Esta competencia extraordinaria, competencia de competencias, como así lo llama la doctrina, no es precisamente Soberanía ni puede ser considerada como algo ilimitado[8]. Contrario sensu, se trata de un poder constituido, que como todos encuentra su legitimidad y autoridad en la misma Constitución que debe refor-

1 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El Poder Constituyente, Bs. As. Ed. Bibliográfica Argentina, s.f., pág. 564.

2 ENMANUELLE SIEYÉS. ¿Qué es el Tercer Estado?, versión castellana de Francisco Ayala, Bs. As., 1943, págs. 108 y ss.

3 DE VEGA, Pedro, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid, Técnos, 1985, págs.. 24 y ss.

4 BERNALES BALLESTEROS, Enrique; RUBIO CORREA, Marcial: Constitución, Fuentes de Interpretación. Mesa Redonda Editores, Lima, 1998, págs.. 27 y 28

5 Las características históricas en Europa, distintas e incluso diametralmente opuestas a las habidas en América, fueron gravitantes no solo en las distintas manifestaciones del Poder Constituyente, sino también en la adopción del modelo político y en la recepción del Principio de Separación de poderes (vid. BLANCO VALDÉS, Roberto. El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal. Alianza editorial, 1998).

6 "Inexacto por eso el intento de equiparar el pouvoirconstituant con esta facultad de revisión regulada en ley constitucional, y designarla como "concepto formal" de Constitución o de pouvoirconstituant".SCHMITT, Carl., Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 114)

7 LINARES QUINTANA, Segundo. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Ed. Alfa, Bs. As., 1953, Tomo II, pág. 130

8 SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, opcit., pág. 118

mar; siendo que "para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció"[1]. Es un poder que se desprende de la Constitución y está limitado por ella. Puede modificarla más no destruirla, porque de lo contrario destruiría su propio fundamento de legitimidad[2].

Al Poder Constituyente se le reconoce, en principio, una soberanía ilimitada, aunque no por ello absoluta y discrecional, sin más límites que los autoimpuestos por la voluntad de sus titulares. Obviamente, esta limitación no surge del derecho positivo interno o de alguna autoridad superior, si no por el Derecho Natural (valores como la Libertad y Dignidad de las personas, la Justicia, etc.) que se constituyen en el fin último de toda Constitución y por tanto deben ser garantizados por ella; así como por aspectos relacionados con la pertenencia de un estado al orden jurídico internacional.

Por su parte, el poder de reforma, como poder constituido con competencias extraordinarias sí tiene su primer límite y fundamento de legitimidad en el Derecho, específicamente en la Constitución, además de las que corresponden al Poder Constituyente, por lo que nunca podrá compararse con este, pues "Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder revisor"[3]. Este es soberano, aquel no. Para que el resultado del ejercicio del poder de reforma sea jurídicamente válido, debe realizarse, en primer lugar, de acuerdo los procedimientos, condiciones y prohibiciones establecidas por la Constitución; pero ello no es suficiente. También debe respetar los principios y valores que informan justamente la Constitución vigente. Esos son, en general, los límites explícitos e implícitos al poder de reforma que tiene toda Constitución rígida[4].

La reforma constitucional opera como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. También como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado; y, finalmente, como una garantía institucional básica[5]. Con esta última, se asegura que el Parlamento y en general los poderes constituidos no terminen convirtiéndose en poderes constituyentes, "de tal suerte que, en lugar de estar sometidas las asambleas a la Constitución, sería la Constitución la que se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales, y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales"[6].

Se reconocen al poder de reforma o poder revisor límites expresos y no expresos[7]. Los primeros son

1 EXP. N.° 014-2002-AI/TC, f.j. 69

2 FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo y MELO VEGA, Jorge. Las Propuestas de Reforma Constitucional. En, "La Constitución Diez Años Después", AA.VV. Sociedad y Constitución, Lima, 1989, pág. 364. Agregan los autores que "solo concibiendo el poder de reforma como un poder limitado, en tanto que constituido, se respetan los principios de la organización constitucional democrática, la Supremacía Constitucional es real y efectiva, pues no existe poder constituido que no se someta a ella, incuso el poder de reforma; el Poder Constituyente se mantiene al margen del sistema potencial, latente pero indemne, capaz de reformar o cambiar por completo la Constitución, desenvolvimiento que no puede explicarse con categorías jurídicas sino por vías fácticas".

3 DE VEGA, Pedro, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, op.. cit., pág. 237

4 Las constituciones flexibles, por su propia naturaleza no tienen límites explícitos absolutos. En todo caso, los límites implícitos en ellas, muchas veces resultan ser prácticamente indestructibles.

5 DE VEGA, Pedro, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Op. cit., pág. 67.

6 Ídem, pág. 70.

7 En el presente caso estamos siguiendo la tipología señalada por Guastini. GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, págs.. 194 y 195. El autor reconoce además otro tipo de clasificación: las limitaciones absolutas y las relativas, dependiendo de la posibilidad de superar dentro del marco del ordenamiento jurídico, dichas limitaciones. Las absolutas, por cierto

textuales o explícitos; y, los segundos, siendo no textuales pueden ser implícitos y lógicos. Los límites expresos son los que de manera textual, la propia Constitución establece como prohibiciones o limitaciones al reformador para revisar (y por ende modificar o alterar) determinados aspectos de ella. Dentro de los segundos, los límites implícitos son aquellos que se deducen del texto constitucional a partir de otras técnicas interpretativas y que si bien no aparecen de manera textual, configuran aquellos principios y valores que informan y determinan un particular régimen constitucional. Finalmente, los límites lógicos estarían en ese núcleo duro de la Constitución que si es modificada, se estaría cambiando su propia esencia. Esencia, que al margen de la interpretación textual se encuentra referida a esos elementos que hacen una Constitución tal, en los términos de LOEWENSTEIN, es decir aquellos elementos fundamentales considerados como el mínimo irreductible de una auténtica Constitución[1].

Al poder revisor en los estados con constituciones rígidas, siempre se le han impuesto limitaciones o prohibiciones expresas, aunque ello no implique necesariamente su invencibilidad; limites que pueden provenir del propio ordenamiento interno o de uno externo, lo que se vienen a denominar límites autónomos y heterónomos[2]. Los procedimientos para llevar acabo la reforma constituyen unos de ellos. Así por ejemplo, en el caso español, la Constitución de 1978 ha establecido dos procedimientos para la reforma. El primero de ellos (previsto en el artículo 167º), menos riguroso, se aplica cuando la reforma no involucra la totalidad del texto o específicamente el Título Preliminar, el Capítulo Segundo, Sección Primera del Título Primero; o al Título Segundo[3]. El otro procedimiento es más oneroso o difícil; tan lo es que implicando la disolución de las cámaras que lo aprueben, resulta prácticamente imposible de llevarse a cabo. Es el procedimiento previsto por la Constitución española en el artículo 168º[4]; y se aplica en los casos exceptuados señalados en el primero y que consiste básicamente en la previsión de la disolución de ambas cámaras intervinientes en el proceso y la convocatoria especial a Cortes Generales que debería conocer el proyecto ya aprobado; y, además, someter el mismo a referéndum popular. A ello se agregan prohibiciones expresas como la señaladas en el Artículo 169º que imposibilita llevar a cabo el proceso de reforma en tiempo de guerra o cuando se hubiere decretado estado de excepción (estados de alarma, excepción y de sitio). Procedimientos similares (incluyendo el que implica la disolución de las Cortes) se encuentran contenidos en las constituciones de Bélgica, Dinamarca, los Países Bajos, Grecia, Luxemburgo, etc.

La sustancial rigidez de la Constitución española (por lo menos en su procedimiento más agravado), al igual que las otras cartas mencionadas, si bien constituyen limitaciones expresas, éstas no son absolutas (basta como ejemplo que la constitución de Bélgica ha sufrido más de 70 reformas). Son absolutas mas bien, aquellas cláusulas intangibles expresas que algunos ordenamientos constitucionales prevén,

---

sólo pueden ser superadas por un acto revolucionario extra ordinem.

1 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona, 1976, págs.. 153 y 154

2 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. Boletín mexicano de derecho comparado, 2010, vol. 43, no 129, pág. 1296

3 Las dos únicas reformas a la Constitución española en sus 40 años de vigencia se han efectuado con este procedimiento. Fueron necesarias para compatibilizarla con el tratado de la Unión Europea y estaban relacionadas con los artículos 13.2 (sobre participación política en elecciones municipales) y 135 (sobre materia presupuestaria)

4 "Artículo 168º

Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Titulo preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación".

como la Carta francesa de 1958 (artículo 89º) y la italiana de 1947 (artículo 139º), ambas en mas o menos los mismos términos establecen la imposibilidad de reformar la forma republicana de gobierno; la alemana (artículo 79°) que establece la intangibilidad en los derechos fundamentales reconocidos, el régimen federal y la distribución territorial del poder; las constituciones de El Salvador (artículo 241°), de Honduras (artículo 374°) y de República Dominicana (artículo 119°) que prevén la irreformabilidad de la forma de gobierno; la de Brasil (artículo 60°) en relación a la separación de poderes y la naturaleza del voto. Por su parte, las constituciones de Bolivia (artículo 411°), Brasil (artículo 60°), de Puerto Rico (artículo VII), de Chile (artículo 5°) y de Ecuador (artículos 441° y 442°) al igual que la del Perú (artículo 32°) prevén cláusulas expresas de intangibilidad para los Derechos Fundamentales reconocidos en ellas, en tanto se orienten a su eliminación o disminución.

II. La reforma en nuestra historia constitucional

Históricamente son solamente dos las constituciones del Perú que han establecido determinadas prohibiciones expresas para su reforma (límites absolutos en los términos de Guastini). Así, las cartas de 1839[1] y 1933[2]; aunque las mismas respondían a hechos políticos inmediatamente anteriores[3]. Sin embargo, las 12 constituciones (formales) que hemos tenido en nuestra historia republicana han previsto limitaciones al poder revisor, normalmente expresadas en los procedimientos especiales para la reforma, cuya dificultad si bien no ha sido homogénea, nunca llegó a ser absoluta, por cuanto de ordinario fue posible, al menos en la teoría, vencer jurídicamente dichas limitaciones[4]. Así, siguiendo la tipología utilizada por RUBIO[5], encontramos un primer grupo conformado por las constituciones de 1823, 1826 y 1828 que prevén que la modificación constitucional debe producirse por un órgano especial, expresamente investido de Poder Constituyente por la ciudadanía. Además, las dos últimas, establecieron plazos iniciales de inmodificabilidad[6]. En el segundo tipo, constituido por la Carta de

1 Artículo 182º.- Es inalterable la forma de Gobierno Popular Representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo, y la división e independencia de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

2 Artículo 142º.- No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública.

3 La prohibición en la Carta de 1839 se estableció tras la caída de la Confederación Peruano Boliviana, que dividió el país en dos; y la prohibición de la Carta de 1933 respondió a las reformas impulsadas por Leguía en la Constitución de 1920, que le permitieron reelegirse tres veces consecutivas, apartándose de lo que había sido y es en el Perú parte de la Constitución Histórica.

4 Los procedimientos especiales o rigurosos para la reforma son límites expresos pero relativos, a diferencia de las cláusulas intangibles o pétreas que son prohibiciones y por tanto límites absolutos al poder revisor.

5 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, Tomo 6, pág. 187.

6 De alguna manera, la Carta de 1823 establecía un plazo indefinido, condicionado a la conclusión de la guerra por la Independencia; luego de la cual, convocado un congreso General se procedía a la ratificación o reforma de la Constitución: "Artículo 191º.- Esta Constitución queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto de los Diputados de todas las provincias actualmente libres, y de todas las que fueren desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra. Artículo 192º.- Para la ratificación o reforma que indica el artículo anterior, deberán contener los poderes de los diputados, cláusula especial que los autorice para ello". Si bien la guerra concluyó al año siguiente (diciembre de 1824), no se produjo tal ratificación o reforma, sino mas bien se cambió la Constitución por la llamada "Constitución Vitalicia" de 1826. Esta, por su parte, preveía que (Artículo 138°) "Si pasados cuatro años después de jurada la Constitución se advirtiese que algunos de sus artículos merece reforma;...". En cuanto a la Carta de 1828, se estableció que (Artículo 176°) que la misma debía mantener su intangibilidad por 5 años, y que . (Artículo 177º) "En julio del año de mil ochocientos treinta y tres se reunirá una Convención Nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución". En los artículos siguientes se fijaba un mecanismo procedimental especial en caso fuera indispensable reformarla antes de esa fecha.

1837 - propiamente Ley Fundamental de la Confederación Perú -Boliviana, se adoptó un procedimiento coherente con su naturaleza confederada, con la intervención del Ejecutivo y de una Dieta compuesta por miembros de los tres congresos de los estados confederados[1]. El tercer grupo estaría integrado por las constituciones de 1834 y 1839[2], las cuales dieron, de manera casi idéntica el poder de reforma al Congreso, mediante complicados procedimientos de aprobación y con la posibilidad de que el Ejecutivo hiciera uso del Derecho de Veto. Finalmente, siguiendo al mismo autor, se encuentra el grupo conformado por las constituciones de 1856, 1860, 1920 y 1933, que entregaron también a los congresos el poder de reforma, aunque con variables procedimientos de aprobación[3].

En cuanto al órgano al que corresponde realizar la reforma, claramente en nuestra historia constitucional podemos encontrar dos etapas: una primera, donde como receptores de la doctrina americana, enmarcada bajo el concepto de Soberanía Popular, en virtud de la cual en toda reforma constitucional debía intervenir el electorado sea autorizando o aprobándolas, como el caso de las constituciones de 1823, 1826 y 1828, donde se exigía poder expreso de los electores, autorizándolos a participar en la reforma. Sin embargo, luego se adopta la concepción francesa, sustentada en el concepto de Soberanía Nacional, por la cual las reformas constitucionales podían ser realizadas por los representantes del pueblo sin poder previo o autorización por parte de los electores[4].

III. Legitimidad del proceso de reforma. Precisiones históricas

Se suele decir que, a pesar que en virtud del principio de Supremacía las constituciones del Perú han consagrado su correspondiente procedimiento para su reforma; todas ellas han sido producto de asambleas constituyentes convocadas con ocasión de un golpe de estado[5]. Al respecto, debemos señalar que tales argumentos sin ser falsos no son enteramente ciertos. Efectivamente, en virtud del principio referido es que a lo largo del historia se han sustentado los procedimientos para las reformas constitucionales. Sin embargo, por lo menos en las constituciones del siglo XIX (que son la mayoría), este principio no fue el más importante, lo cual no implica, ciertamente, que estuviera ausente por completo[6]. Como sabemos, en esa época, por lo general la constitución no pasaba de ser mas que un documento político; entendiéndose "no como una norma suprema informadora de valores que los poderes constituidos no pueden violar, sino como una Ley Suprema que sólo tiene como objetivo or-

1 El artículo 38° establecía que "Siempre que la experiencia ofrezca dificultades que retarden ó embaracen la ejecución del presente tratado, podrá el Protector de la confederación convocar una dieta general que las remueva y que le dé perfección con arreglo al voto general de las tres repúblicas".

2 Artículos 181° y siguientes; y artículos 185° y siguientes, respectivamente.

3 En la primera se establecía que la aprobación debía hacerse en tres legislaturas. En las restantes ese trámite se redujo a dos.

4 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. ¿Reforma Constitucional?. En "La Constitución Diez Años Después". AA.VV. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, pág. 345. Aun cuando la Carta de 1856 no lo establecía dentro de los requisitos para investir a los representantes del poder de reforma, el Congreso Ordinario de 1859 – 1860utilizó como argumento para legitimar la sanción de una nueva Constitución la existencia de poderes expresos a los representantes para proceder a la reforma, consignados en actas suscritas por pobladores de distintas provincias. Vid., DUMET DELFÍN, David, Rasgos liberales y conservadores de la Carta Política de 1860 (a la luz de los debates en el Congreso Constituyente). En ANTEKIRTTA, Revista Jurídica, Cultural Cuzco, Piura, 1999, págs.. 196 y ss.

5 "El hecho de ligar el fenómeno constituyente como un acto posterior a los golpes de Estado, es recurrente en la historia republicana" EXP. N.° 014-2002-AI/TC, f.j. 41.

6 Se han identificado a mediados del siglo XIX referencias expresas a que una ley contraria a la constitución sería "írrita e insubsistente" y el texto constitucional "no puede ser restringido, modificado ni alterado por una ley particular" SORIA LUJÁN, Daniel. Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el consejo de Estado (1839-1855). Pensamiento Constitucional, 1997, vol. 5, no 5, págs. 366 y 367

ganizar y conservar la regularidad de los poderes del Estado"[1]. Antes que el de Supremacía estaba el principio de la Soberanía Popular, o más precisamente, en su tiempo, el de Soberanía Nacional.

El movimiento cívico que concluyó con la anulación de la Constitución vitalicia y la restauración, aunque con reformas, de la Carta de 1823, se sustentó en la falta de legitimidad de los colegios electorales que habían procedido ilegalmente a sancionar el proyecto constitucional bolivariano. No sería justo imputar a este movimiento haber actuado sólo con un ánimo golpista sino, al contrario, restaurador de la constitucionalidad. La Constitución de 1823 establecía en sus artículos 191º y 192º que ella quedaba sujeta a ratificación o reforma, luego de concluida la guerra, por un Congreso General, cuyos diputados debían estar investidos de poderes especiales para ello[2]. Éstos presupuestos no se dieron porque el texto fue aprobado por los colegios electorales y no pasó, como correspondía, por la admisión a debate, estudio, discusión y votación del parlamento peruano[3]; y se consideraba que de este modo se había atentado "a la Soberanía Nacional que sólo puede darse el pacto social medio de sus representantes legítimamente diputados para el acto"[4].

De otro lado, se debe considerar que la nulidad de la carta vitalicia fue declarada por un Congreso Constituyente convocado específicamente para decidir cuál sería la Constitución que debía regir, habiéndose requerido para el efecto, que los diputados sean investidos de la potestad suficiente por los electores[5], esto es, siguiendo los procedimientos establecidos en la Constitución de 1823. Para las reformas que se le hizo a dicha Carta[6], se siguieron los mismos procedimientos. Esta reforma incluye la propia sanción de la Constitución de 1828, de acuerdo a lo dispuesto por la ley del 11 de junio de 1827[7].

La Constitución de 1839, fue el producto de un Congreso General (no expresamente Constituyente) cuyos miembros, de acuerdo al decreto de convocatoria debía recibir de los Colegios Electorales poderes "para hacer cuanto crean conveniente al arreglo y felicidad del país"[8] por su parte, fue la respuesta al forzado intento confederativo con Bolivia, luego de haberse dividido el Perú en dos estados (Estado Sud Peruano conformado por los departamentos de Arequipa, Cusco y Puno; y el Estado Nor Peruano, conformado por los departamentos de Amazonas, Junín, La Libertad y Lima). Es innegable que el proceso (léase guerra civil[9]) que terminó con la sanción de la Constitución de 1839, fue impul-

1 MESIA RAMÍREZ, Carlos. El pensamiento constitucional y la idea de constitución en el Perú del siglo XIX. Pensamiento Constitucional, vol. 5, no 5, p. 342

2 Artículo 191.°.— Esta Constitución queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso general compuesto de los diputados de todas las provincias actualmente libres, y de todas las que fueren desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra.
Artículo 192.°.— Para la ratificación o reforma que indica el Artículo anterior deberán contener los poderes de los diputados cláusula especial que los autorice para ello.

3 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perú. Andina, Lima, 1978, pág. 191.

4 Primer considerando de la Ley de 11 de junio de 1827, que declara nula la Constitución de 1826.

5 Decreto del 24 de enero de 1827.

6 Las reformas se efectuaron mediante Leyes de 11 y 17 de junio de 1827.

7 En el artículo 2 de la Ley (constitucional) de 11 de junio de 1827, al mismo tiempo que se restaura la Constitución de 1823, se establecía que ésta regiría mientras se promulgaba "la que convenga".

8 Decreto de 22 de marzo de 1839. En concordancia con ello, el Pleno, ni bien iniciadas sus sesiones, aprobó una moción que señalaba que "Las facultades del presente Congreso, no se limitan a la reunión o reforma de la Constitución del año 34, y su principal misión, es dar la que en su sabiduría crea más convenientes a la felicidad de la Nación". SIVIRICHI, Atilio. Historia del Senado del Perú. Cámara de Senadores, 1955, págs. 364 y 365.

9 En este caótico proceso, Santa Cruz era el Protector, Gutiérrez de la Fuente fue proclamado Jefe Supremo Provisional, Gamarra Presidente Provisorio, Vidal Jefe Supremo; en tanto Orbegoso, presidente del estado Norperuano lo declaraba independiente. A ello se agrega que participaron directa o indirectamente países vecinos como

sada y llevada cabo por Gamarra, caudillo militar autoritario y que dicha Carta fue hecha a su medida. Pero también es innegable el carácter restaurador de dicho proceso, tal como había ocurrido 12 años antes con la Constitución de 1823[1].

No sería justo afirmar que el proceso que terminó con la sanción de la Carta de 1839, sólo respondió a los apetitos personales y autoritarios de Gamarra. Sin que eso deje de ser cierto, creemos que más importante fue ese carácter restaurador que hemos mencionado, restaurador de la unidad del Estado peruano, restaurador en fin de la propia subsistencia del Perú. La normalidad constitucional correspondía a la existencia misma del Perú, a la nación peruana independiente y consolidada en la unidad, como lo decían todas las constituciones precedentes. Y esa normalidad había sido pulverizada por las asambleas de Sicuani, Huaura y el pacto de Tacna. Por ende, esa normalidad debía ser restaurada, y eso fue lo que hicieron los constituyentes de 1839.

En cuanto la Constitución de 1860, esta fue producto de la reforma de la Carta de 1856, llevada cabo por el Congreso ordinario de ese entonces. Efectivamente, no fue formalmente un Congreso Constituyente el que hizo la reforma, como había ocurrido en los casos anteriores. Pero hay algo que no se recuerda normalmente: que al momento de verificarse el contenido de las actas electorales, en la mayoría de los casos, las provincias habían otorgado de manera expresa a sus representantes poderes suficientes para proceder a la reforma[2]; reforma que, sea por el extremismo liberal o por el doctrinarismo puro (la llamaban "hija del demonio", "aborto de satanás") e intransigencia de los convencionales (que siguieron reunidos aún después de haber dictado la Constitución), era reclamada por gran parte de la ciudadanía, el clero, los militares, los empleados públicos, etc.[3] De otro lado, hay que recordar que esta Carta, la que más vigencia tuvo en nuestra historia, pudo sobrevivir a varios hechos que pusieron en peligro su existencia. La propia Constitución de 1867, que sólo rigió formalmente poco más de cuatro meses y el Estatuto Provisorio de Nicolás de Piérola, son claros ejemplos de ello. Sobrevivió incluso a la casi desaparición del Estado peruano a raíz de la Guerra del Pacífico. Finalmente fue vencida por Leguía, bien entrado el siglo XX.

La Constitución de 1933, por su parte, si bien fue el resultado del derrocamiento del régimen de Leguía, es indudable que respondió a una necesidad unánimemente admitida por todos los sectores de la población. La Carta de 1920 era avanzada para su época, pero representaba el régimen del oncenio; y, además era necesario introducirle cambios importantes, especialmente de contenido social, atendiendo a la nueva configuración política y social. La utilización de los mecanismos establecidos por la Constitución de 1920 para proceder a su reforma, resultaban en ese momento jurídica y políticamente impracticable.

En cuanto a la Constitución de 1979, es evidente que no se observaron los procedimientos establecidos por su predecesora, la Carta de 1933. Pero ésta, en realidad, tenía una vigencia teórica por cuanto en 1977 cuando se convocó a la Asamblea Constituyente, regía en el Perú el Decreto Ley Nº 17063 que instauraba el llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada y restringía la vigencia de la Constitución del 33. Aún cuando la Asamblea Constituyente fue convocada por un gobierno de facto, esto no respondió a la voluntad de sus autoridades, "si no de su aislamiento y de la creciente movi-

Chile, Argentina, Bolivia y Ecuador.

1 En la restauración del orden constitucional participaron miembros del clero, autoridades municipales y políticas, padres de familia y personajes ilustres de la Capital. Ver al respecto el Acuerdo de agosto de 1838

2 Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1860.

3 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional Peruano. 3ra. Edición. Ediciones El Sol, Lima, 1969, pág. 85.

lización del pueblo, que había rebasado su posibilidad de seguir conduciendo al país sin legitimidad democrática"[1]. Hubo quienes exigieron que se convocara inmediatamente a elecciones para congreso y respetando la Carta de 1933 procediera a su reforma, pero no tuvieron respaldo suficiente; y, además sus planteamientos eran ajenos a la doctrina del Poder Constituyente, en virtud de la cual éste no se encuentra atado a procedimientos previos; y, al permanecer en estado de latencia permanente "puede determinar la cancelación de la Constitución existente"[2].

IV. El proceso de reforma y sus límites en la Constitución de 1993

En el Perú, como hemos anotado, sólo dos constituciones preveían puntuales cláusulas de intangibilidad expresas: las de 1839 y 1933. La Constitución de 1979 omitió estas cláusulas, pero respecto de la carta actualmente vigente no podemos decir lo mismo. No se trata, como veremos, de una disposición absolutamente clara en la forma de los ejemplos señalados, sino que para reconocerla se requiere de un trabajo interpretativo; ello no obstante, a nuestro entender no varía su naturaleza a una limitación explícita.

El Artículo 206º de la Constitución ubicado en el Título VI "De la Reforma Constitucional", señala expresamente: "Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República…". De principio, su texto no nos dice nada respecto al *quantum* de la reforma, esto es si esta puede ser parcial o total, o si en todo caso habría alguna materia restringida. ¿Se puede argumentar que si la Constitución no establece, al menos en este capítulo, límites expresos para la reforma, esta puede realizarse en su totalidad?. Aparentemente la respuesta sería afirmativa[3], más aun si se recurre a una interpretación sistemática juntamente con lo previsto en el artículo 32º inc. 1 de la Constitución. Esta disposición, ubicada dentro del catálogo de derechos, específicamente de los derechos políticos, establece que "pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución…" (subrayado nuestro). Hasta aquí, aparentemente no habrían límites expresos para la reforma constitucional total, salvo, obviamente, el procedimiento especial para llevarla a cabo. Sin embargo, el artículo glosado no se agota allí, ni en los incisos subsiguientes, en los que se prevé el referéndum para las normas con rango de ley, las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización; sino que en su párrafo *in fine* contiene una cláusula de intangibilidad que no puede ser desconocida. Allí se señala que "… no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor". Las previsiones estipuladas en el artículo glosado constituyen límite a uno de los dos procedimientos de reforma constitucional previstos en la Carta[4]. En puridad, la Constitución, como sí lo hace la española,

1 BERNALES BALLESTEROS, Enrique; RUBIO CORREA, Marcial: Constitución, Fuentes de Interpretación. op. cit., pág. 33.

2 Ídem, pág. 34.

3 Esto, por cierto, desde nuestro punto de vista, puesto que para el Tribunal Constitucional prácticamente no caben dudas que esta disposición solo habilita la reforma parcial de la Carta, pues si bien esta no precisa los límites, "tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales". EXP. N.° 014-2002-AI/TC, f.j. 87; siendo más bien el artículo 32° el que constitucionaliza la reforma total, f.j. 89.

4 HAKANSSON NIETO, Carlos. La Forma de Gobierno en la Constitución Peruana. Universidad de Piura, Piura, 2001, pág. 194.

no establece un procedimiento especial o más riguroso para reformar las tres materias a que se refiere el artículo precitado. Se trata en realidad de un procedimiento, más que especial, distinto e incluso a primera vista menos oneroso en su trámite, al no requerirse, prohibiéndolo, el referéndum.

Respecto del artículo en comento, no resulta tan claro como aparenta. A partir de su texto poco claro, surgen algunas preguntas como ¿a qué tipo de normas se imputa la prohibición establecida? ¿a las constitucionales o a las infraconstitucionales?. Para el apoderado del Congreso de la República en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de Reforma Constitucional, tales impedimentos solo estaban referidos a normas con rango legal o infralegales. Así, además de alegar que el procedimiento de reforma constitucional solo está regulado por el artículo 206° de la Carta, y que el poder reformador ha sido atribuido por el Constituyente también al Congreso de la República, expresó que "el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor"[1]. Y el Tribunal Constitucional avaló tal criterio[2].

Dentro de los derechos de participación reconocidos por la Carta se encuentra el referéndum, mediante el cual el pueblo interviene directamente en la formación y sanción de las leyes, sea en el orden constitucional o en el legislativo[3]. Al señalar la Carta los cinco casos en que resulta procedente el referéndum, queda así con claridad delimitado su ámbito. De esta forma, se reconoce a los ciudadanos peruanos la posibilidad de participar vía referéndum para:

- La reforma parcial de la Constitución.
- La reforma total de la Constitución.
- La aprobación de normas con rango de ley.
- Las ordenanzas municipales.
- Las materias relativas al proceso de descentralización.

Estas cinco posibilidades pueden ser reducidas a tres, considerando que las ordenanzas municipales, conforme lo reconoce la propia Constitución en su artículo 200º inciso 4, son normas con rango de ley; y, en cuanto a las materias relativas al proceso de descentralización, estas sólo se encuentran contenidas en normas constitucionales o con rango de ley, por lo que pudiera ubicarse dentro de los tres primeros supuestos, salvo que se estuviera refiriendo al artículo 190º de la Carta que prevé el referéndum para la constitución, integración o cambio de las regiones.

La regla general entonces, es que se puede someter a referéndum la reforma de cualquier o toda norma constitucional, así como cualquier norma con rango de ley. Como hemos señalado, este punto está claro. Sin embargo, esa misma claridad no la podemos reconocer a las excepciones a la regla general establecidas en el párrafo final del artículo 32º, cuando determina los tres casos en que se encuentra prohibida la consulta popular. Será por ello necesario analizar cada uno de estos tres casos:

1 EXP. N.° 014-2002-AI/TC, Antecedentes, cuarto párrafo.

2 Ídem, f.j. 91 a) y b).

3 Aunque en doctrina se reconocen muchas modalidades de referéndum, en este caso nos ocuparemos de los dos que importan para el presente trabajo. Sobre los diferentes tipos de referéndum, vid. MIROQUESADA RADA, Francisco. Democracia Directa y Derecho Constitucional. Artes y Ciencias Editores, Lima, 1990, pág. 109. Este autor distingue: Referéndum constituyente, constitucional, legislativo, administrativo, por iniciativa, de veto, de ratificación, consultivo, de opción, de arbitraje, ante legemy post legem.

A. La supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona

Sin entrar a discutir aquí cuál es el alcance de la referencia a los "derechos fundamentales de la persona", esta prohibición solamente alcanzaría a una pretendida reforma constitucional cuyo objeto sea la supresión o la disminución de estos derechos[1]. La prohibición no está referida a normas con rango de ley que tengan el mismo objeto. Ello por una razón obvia: los derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser suprimidos o disminuidos mediante una norma con rango de ley, aprobada por el Congreso o por el pueblo vía referéndum o con la concurrencia de ambos.

La propia Carta contiene instrumentos normativos dirigidos a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar la alteración de su contenido así como para velar por la integridad de su sentido y función; mecanismos de protección indispensables, por cuanto los derechos fundamentales "son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener la propia identidad del texto constitucional"[2]. Así, el artículo 38º que establece que "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación". Igualmente, el artículo 1º "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". También podemos señalar el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, que aunque no se encuentre expresamente dispuesta esta previsión, igual debe ser respetada por el legislador porque de lo contrario, si suprimiera, derogara o vaciara de contenido un derecho fundamental, estaría rebasando sus competencias como poder constituido y asumiendo funciones constituyentes.

Una mirada superficial y meramente literal de las disposiciones constitucionales, conllevaría a concluir que la prohibición de utilizar el referéndum como parte del proceso de reforma constitucional para la supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona, traería como consecuencia lógica, que tal reforma sí sería posible pero mediante el otro procedimiento previsto por la Carta, esto es la aprobación por el Congreso, en dos legislaturas, por más de 2/3 del número legal de sus miembros. Sin embargo, dicha conclusión sería equivocada.[3]. Es imposible que alguna autoridad u órgano pueda

1 Una cuestión que suele pasar inadvertida es que nuestra actual Constitución, a diferencia de lo que hacía la Constitución del 79 distingue claramente los denominados "Derechos Fundamentales de la Persona" de los "derechos Sociales y Económicos" y de los "Derechos Políticos". Si bien todos forman parte del Título I "De la "Persona y de la Sociedad", cada uno constituye un capítulo diferente. Ello, desde mi punto de vista, evidencia que los constituyentes del 93 distinguían entre unos y otros y pretendieron, probablemente sin conseguirlo, dotar de mayor garantía y protección a los Derechos Fundamentales de la Persona, que constituyen el núcleo duro del catálogo de derechos; que se suelen identificar como los de "primera generación", (RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, op.cit., Tomo 1, pág. 105). Bernales considera que la prohibición de someter a referéndum se limita al Capítulo "Derechos Fundamentales de la Persona", refiriendo que "parece importante señalar que la enumeración del art. 2 es taxativa de los derechos fundamentales, por su extensión y minuciosidad. Los demás derechos serán constitucionales, pero no han sido establecidos como fundamentales (...) Por consiguiente, si los argumentos anteriores son correctos, concluimos que lo que no puede ser sometido a referéndum es la supresión o disminución de los derechos establecidos en el artículo 2 de la Constitución. Los demás derechos sí podrán ser sometidos a tal procedimiento" (BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, op.cit. Pág.. 241). Esa distinción no es ajena al constitucionalismo moderno, pues como hemos visto supra, la contiene, por ejemplo la Constitución española de 1978.

2 PEREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. 7ma. Edición, Técnos, Madrid, 1998, p. 68.

3 Aunque hay autores que parecen considerar válida dicha conclusión. Vid. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, op.cit. Págs.. 241 y 242. Rubio, por su parte, aunque inicialmente parecía decantarse en el mismo sentido (RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, op. cit., Tomo 6, pág. 196); con el tiempo y a laluz de la doctrina jurisprudencial

tener la potestad legítima de suprimir los derechos fundamentales, porque sencillamente estos no son creados; son inherentes al ser humano, son "el equipo de cualquier hombre del cual no podía hacer privado", como lo señalaba la filosofía iusnaturalista de la Ilustración[1]. En el mismo sentido se pronunció el apoderado del Congreso al contestar la ya mencionada demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27600, expresando la prohibición de disminuir o eliminar Derechos Fundamentales de la Persona "atañe tanto al referéndum constitucional como al legal, en atención a que tales derechos constituyen un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encuentran reconocidos internacionalmente"[2]. Efectivamente, las libertades y los derechos fundamentales son la piedra angular del Estado de Derecho, en cuyo centro se encuentra la persona humana con su dignidad. ¿legítimamente podría admitirse la supresión de algunas de las libertades o derechos reconocidos por el artículo 2º de la Carta? La respuesta es no. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional lo dejó meridianamente claro al señalar que "el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede "suprimir o disminuir los derechos fundamentales", pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados"[3].

Obviamente no reconocemos la existencia de derechos absolutos, por más fundamentales que estos sean; y esto responde en nuestro país a una doctrina que tiene larga data[4]. Los derechos fundamentales admiten ser regulados y hasta restringidos de manera legítima, incluso hasta por la ley, ante la necesidad establecer relaciones de coordinación y compatibilización entre todos y cada uno de sus atributos, al reconocerse su universalidad; o también, en virtud de la incorporación de un conjunto de bienes y valores de orden constitucional como lo son la seguridad, el orden público, entre otros, y que en determinados casos exigen como condición para alcanzarlos, restricciones en el ejercicio de algunos derechos. Son en todo caso, limitaciones excepcionales y razonables que no pueden afectar su contenido esencial.

Si el respeto a los derechos fundamentales debe ser acatado incluso por el Poder Constituyente, que en principio no tiene límites; más todavía es una frontera que no puede ni debe ser pasada por los poderes constituidos. Nadie puede dar lo que no tiene, por lo que el Poder Constituyente, no teniendo la capacidad de desconocer, suprimir o disminuir los derechos fundamentales de la persona, mal podría delegarla al Congreso que es poder constituido. Además, sería inconcebible para la dignidad humana que "lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental"[5].

desarrollada por el Tribunal Constitucional, se ha definido con claridad en el sentido que los Derechos Fundamentales constituyen un límite invulnerable incluso para el Poder Constituyente: "En realidad la vigencia de los derechos humanos es un límite contemporáneo que ni el Poder Constituyente puede sobrepasar por razones de humanidad". RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pág. 398

1 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, op. cit., pág. 193

2 EXP. N.° 014-2002-AI/TC, Antecedentes, quinto párrafo.

3 Ídem, f.j. 92 c.1). Nótese que aquí el intérprete supremo de la Constitución, extiende el alcance de la prohibición prevista en el artículo 32 referida a "Derechos Fundamentales de la Persona", hasta incluir, en general a todos los derechos previstos no solo en el Título I sino a los reconocidos en cualquier parte de la Carta.

4 YUPANQUI, Samuel B. Abad. Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar. THEMIS: Revista de Derecho, 1992, num. 21, p. 7-15.

5 NIKKEN, Pedro. En Defensa de la Persona Humana. Caracas, 1998, pág. 44. Citado por Ayala Corao, Carlos. El Derecho de los Derechos Humanos. En "Lecturas Constitucionales Andinas", CAJ, Lima, 1994, pág.

B. Las normas de carácter tributario y presupuestal

Respecto este tipo de normas, pacíficamente es admitido que no pueden ser sometidas a referéndum. Se lo explica porque de lo contrario se abriría la puerta a posibles arbitrariedades de las mayorías si tuvieran la capacidad de determinar las normas que las regulan[1]; y también por considerar que este tipo de normas, además de tener un componente político tienen una consistencia técnica que dificultarían mucho su discusión en un referéndum[2]. Las explicaciones anotadas resultan razonables y coincidimos perfectamente con ellas; pero, otra vez, ¿estas explicaciones son válidas solamente respecto a normas tributarias y presupuestales con rango de ley?, o se aplican también a normas constitucionales que ese carácter. En cuanto lo primero no hay dudas. Sin embargo, respecto a lo segundo el asunto no queda claro. En cualquier forma, para nosotros la respuesta en este caso sería negativa[3].

Prácticamente toda Constitución, por lo menos en la actualidad, tiene consigo normas o principios de carácter presupuestal y tributario; en general principios rectores de la actividad económica que forman ya parte del constitucionalismo iberoamericano y europeo continental. Si admitiéramos que no es razonable someter a aprobación vía referéndum normas constitucionales de ese carácter, perdería sentido entonces todo referéndum constitucional, con relación a la totalidad de la Carta. Y ello sería absurdo, más todavía si la propia Constitución vigente que fue aprobada por referéndum, tiene como una parte medular de su contenido justamente normas de carácter presupuestario y tributario. Esto resulta más grave aún si consideramos que las normas de este carácter no se circunscriben a determinado capítulo o título de la Carta, sino que salpican otros aspectos de la misma, como el Poder Ejecutivo (aranceles, artículo 118º inciso 20), Descentralización (tributos y presupuestos municipales, artículos 192º, 193º, 195º, 196º y 199º), Ministerio Público (presupuesto, artículo 160º), Poder Judicial (presupuesto, artículo 145º), Poder Legislativo (atribuciones, artículo 102º inciso 4 y presupuesto artículo 94º), Sistema Electoral (presupuesto, artículo 179º), Derechos Fundamentales (reserva tributaria, artículo 2º inciso 5), etc.; y si seguimos en esta línea quedaría pues muy poco en la Constitución susceptible de ser aprobado por referéndum.

C. Los tratados internacionales en vigor

En cuanto a los tratados internacionales en vigor no hay mayor discusión, por cuanto, siendo compromisos que el Estado ha sumido como resultado de su pertenencia y relaciones con la comunidad internacional, su modificación o incluso la resolución sea como retiro o denuncia unilateral por el Perú, no puede estar sometido "al vaivén de aprobaciones que, muchas veces, podrían ser de ocasión"[4].

Sin embargo, los tratados internacionales en vigor, por su propia naturaleza constituyen límites no sólo del poder de reforma sino también propiamente del Poder Constituyente genuino. Los tratados sólo pueden ser revisados en y desde el Derecho Internacional, y su inaplicabilidad está condicionada no

67.

1 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, op. cit., Tomo 2, pág. 347.

2 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, op.Cit. Pág. 242.

3 En el mismo sentido, RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

4 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, op. cit., Tomo 2, pág. 348. En el mismo sentido, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, op.cit. Pág. 242.

a la voluntad constituyente sino al sistema normativo que le corresponde, que es el internacional. El Poder Constituyente sólo podrá establecer mandatos a los poderes constituidos para que procedan a la denuncia de un tratado conforme los mecanismos en él señalados. De lo contrario, si una decisión del Poder Constituyente dispusiera de manera unilateral su inaplicación en el ámbito interno, esta decisión no surtiría efectos por cuanto los órganos tutelares del propio sistema internacional garantizarán su vigencia, dado el carácter preferente de su aplicación frente a cualquier tipo de norma interna. Allí se aplica el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto estipula que «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», que consagra el principio *pacta suntservanda*.

V. Reforma o una nueva Constitución

Como se aprecia del breve recuento histórico sobre las circunstancias en que se dieron las constituciones en el Perú, resulta evidente que todas ellas fueron producto de congresos, asambleas o convenciones constituyentes, especialmente convocadas para reformar o dar una nueva constitución. Los representantes en esos congresos estuvieron, de manera explícita o implícita, investidos de poderes constituyentes otorgados por los ciudadanos. Para las constituciones de 1823, 1828, 1834, 1856, 1860, las actas electorales expresamente lo señalaba. Para las otras constituciones, la participación ciudadana en la elección de representantes ante congresos constituyentes, de manera implícita investía a los elegidos con estos poderes.

En cambio, para las reformas parciales, cuando se llevaron a cabo, se utilizaron los procedimientos establecidos en las respectivas cartas. Así, la Constitución de 1860 fue reformada en doce oportunidades[1]; la Constitución de 1920 lo fue en nueve[2]; la Constitución de 1933 en siete[3]; la Constitución

1 Las reformas a la Constitución de 1860 se materializaron mediante las siguientes leyes:
Ley del 31 de agosto de 1874
Ley del 3 de enero de 1879
Ley del 10 de septiembre de 1887
Ley de 18 de octubre de 1887
Ley de 21 de agosto de 1889
Ley del 26 de octubre de 1890
Ley del 21 de agosto de 1893
Ley de 12 de noviembre de 1895
Ley del 31 de octubre de 1900
Ley Nº 509 de 13 de septiembre de 1907
Ley Nº 765 de 13 de octubre de 1908
Ley Nº 2193 de 11de noviembre de 1915

2 Las nueve reformas a la Constitución de 1920 se hicieron mediante las siguientes leyes:
Ley Nº 4687 de 19 de septiembre de 1923
Ley Nº 4722 de 20 de octubre de 1923
Ley Nº 5464 de 8 de septiembre de 1926
Ley Nº 5470 de 28 septiembre 1926
Ley Nº 5855 de 7 de septiembre de 1927
Ley Nº 5862 de 22 de septiembre de 1927
Ley Nº 5857 de 4 de octubre de 1927
Ley Nº 6242 de 10 de septiembre de 1928
Ley Nº 6326 de 12 de noviembre de 1928

3 Las leyes de reforma de la Constitución de 1933 fueron las siguientes:

de 1979 sólo fue reformada una vez[1]; y la Carta de 1993, actualmente vigente, ha sido reformada en diecisiete ocasiones[2].

De ello resulta que históricamente en el Perú, sólo a congresos constituyentes se les ha reconocido la facultad de dar una nueva Constitución; y a los congresos ordinarios solamente la capacidad de realizar reformas parciales a ellas. De lo contrario, estos congresos hubieran estado asumiendo la totalidad del Poder Constituyente, distinto al poder constituido que representa a la reforma, y por su propia naturaleza ilimitado[3].

Finalmente, en el supuesto negado que la Constitución de 1993 habilite al Congreso ordinario a practicar su reforma total ¿incluye esta habilitación la dación de una nueva Constitución?. Para nosotros, la respuesta es negativa. La palabra reforma significa modificar, reparar, cambiar, restablecer, inventar, arreglar; en suma, dar una nueva forma a algo[4]. Tiene como presupuesto la subsistencia de aquello que se está transformando. No puede implicar la destrucción o desaparición del objeto, porque lógicamente no se puede dar nueva forma aquello que ya no existe, lo que sería, en todo caso, un acto puro de creación. En el mismo sentido, una reforma constitucional, una reforma de y desde la Constitución sólo puede alcanzar a modificarla o enmendarla, manteniendo su vigencia y esencia, pero con los cambios introducidos; mas no puede implicar su desaparición: "reformar es alterar en parte. Reformar no es sustituir. Un poder constituido, con atribuciones constituyentes puede reformar la Constitución. No sustituirla por otra"[5].

Ley Nº 8237 de 1 de abril de 1936
Ley Nº 9166 de 5 de septiembre de 1940
Ley Nº 9178 de 26 de septiembre de 1940
Ley Nº 11874 de 31 de octubre de 1952
Ley Nº 12391 de 7 de septiembre de 1955
Ley Nº 13739 de 29 de noviembre de 1961
Ley Nº 15242 de 28 de noviembre de 1964

1 La única reforma la Constitución de 1979 se efectuó mediante la Ley Nº 24949, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 7 de diciembre de 1968

2 Las modificaciones a la Constitución de 1993 se hicieron como sigue:
Ley Nº 26470 de 12 de junio de 1995
Ley Nº 26472 de 13 de junio de 1995
Ley Nº 27365 de 5 de noviembre de 2000
Ley Nº 27680 de 7 de marzo de 2002
Ley Nº 30558 de 9 de mayo de 2017.
Ley Nº 30588 de 22 de junio de 2017.
Ley Nº 28389 de 17 de noviembre de 2004.
Ley Nº 28480 de 30 de marzo de 2005.
Ley Nº 30650 de 20 de agosto de 2017
Ley Nº 30738 de 14 de marzo de 2018
Ley Nº 28390 de 17 de noviembre de 2004
Ley Nº 29401 de 8 de setiembre de 2009
Ley Nº 28484 de 5 de abril de 2005.
Ley Nº 29402 de 8 de setiembre de 2009
Ley Nº 28607 de 4 de octubre de 2005
Ley Nº 30305 de 10 de marzo de 2015
Ley Nº 30651 de 20 de agosto de 2017

3 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. ¿Reforma Constitucional?.Op. cit., pág. 342.

4 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta, 18 ed., Tomo VII, Bs. As., 1981, pág. 88

5 QUISPE CORREA, Alfredo. El Estado Peruano. Gráfica Horizonte, Lima, 2002, pág. 236.

VI. Posibilidades de reforma mediante Asamblea Constituyente convocada ad hoc

Recurrentemente, a cada crisis política o económica que se produce en nuestro país (situación que se presenta cada vez más seguida), determinados sectores plantean la necesidad de convocar a una Constituyente (Asamblea o Congreso), asumiendo que con ello, todos los males o "perversiones" que se advierten en nuestro sistema político se superarían. Frente a esta opción radical se encuentran quienes postulan la imposibilidad jurídica y política de convocar a una Asamblea Constituyente para que debata y sancione una nueva Constitución, pues argumentan que ello sería absurdo porque equivaldría a que la Constitución misma prevea su propia muerte. No obstante se rechaza la posibilidad de convocar a una Constituyente para aprobar una nueva Constitución, se admite sí que sea el propio congreso en funciones que, utilizando la vía procedimental de la reforma, pueda, en última instancia decidir dar una nueva Carta. En otras palabras, se rechaza por absurdo el suicidio de la Constitución, pero se admite su asesinato. Esta fue la vía seguida por el Congreso que se instauró luego de la caída de régimen fujimorista en el año 2000. La Ley Nº 27600, publicada el 15 de diciembre de 2001, al tiempo que suprimía a firma del ex presidente Fujimori en el texto constitucional, establecía en su artículo 2 que "La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993". En julio de ese año, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, creada mediante Decreto Supremo No. 018-2001-JUS, había emitido el documento denominado "Lineamientos para una Reforma Constitucional", planteando como una alternativa para llevarla a cabo, la de "utilizar los mecanismos que la actual constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente: a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979… b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979…."[1].

Se ha afirmado también que la Constitución no autoriza la convocatoria una Asamblea Constituyente para realizar la reforma pues ello significaría quebrar el ordenamiento constitucional, conllevando a desconocer los procedimientos formales y pacíficos de adecuación del derecho a los cambios dinámicos de la política que la propia carta establece. Ello sin embargo olvida que el Poder Constituyente es, por su propia naturaleza, una cuestión de hecho y no de Derecho. Cuando se habla del Poder Constituyente no puede hablarse en términos netamente jurídicos, como si correspondería, por lo menos en buena parte, a los poderes constituidos. El Poder Constituyente, salvo las limitaciones anotadas en el presente trabajo, es un acto puro de creación política[2]. Es desde allí que deben ser evaluadas las condiciones, conveniencia y posibilidades de convocar a una Asamblea Constituyente, en cuyos miembros, el pueblo deposite su representación para la elaboración de una nueva carta política. Como lo es la esencia del Poder Constituyente, cuya titularidad me corresponde únicamente al pueblo. Es justamente, mas o menos desde esa perspectiva, que el Tribunal Constitucional se pronunció. Así, señaló que el Congreso de la República, "en cuanto poder constituido, per se, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante"[3]. Sin embargo, ello no impide que "en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un "proyecto" de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien

1 Para el caso, hemos tomado la reproducción del documento efectuada en Pensamiento Constitucional, vol. 8, núm. 8, (2002), págs. 731-829

2 QUISPE CORREA, Alfredo. El Estado Peruano. op. cit., pág. 235.

3 EXP. N.° 014-2002-AI/TC, f.j. 107

decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza"[1]. Admitiendo eso, no descarta tampoco que pueda, a través de una Asamblea Constituyente, elaborarse un proyecto de constitución, la misma que inexorablemente tendría que ser sometida a referéndum, pues dicho órgano, "más allá de su nombre, si bien ejerce la función no tiene la *potestas* de decisión del Poder Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes"[2].

Claro, está la cuestión que el marco constitucional actual no prevé de forma expresa la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente. Sin embargo, si existiera una verdadera voluntad política - y las condiciones políticas correspondientes - para que el pueblo participe del proceso efectivamente desde el inicio, es decir eligiendo sus representantes para que lleven a cabo la reforma integral de la Carta, incluso las aparentes insalvables dificultades de carácter jurídico podrían ser vencidas. Como antecedente podemos mencionar la forma en que se resolvió el grave problema político suscitado por la renuncia y posterior fuga del ex presidente Fujimori: se modificó el Reglamento del Congreso, reduciendo las legislaturas ordinarias a una semana cada una, y así se pudo llevar acabo en breve plazo la reforma de la Constitución estableciendo la reducción del mandato presidencial y congresal[3], posibilitando de esta manera el proceso de transición; ¿Porque no utilizar esta misma fórmula para incorporar en el texto constitucional la vía de la convocatoria a una Asamblea Constituyente cuando se trate de una revisión completa de su texto?. Y es que allí encontramos la dificultad más gruesa: para reformar la constitución se requieren niveles sustanciales de consenso que en estos tiempos no hay.

Así, existiendo una vía jurídica, y ante la eventualidad de que se pudiera reformar el artículo 206° de la Carta habilitando el procedimiento de reforma total a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente ad hoc; corresponde seguidamente examinar si la misma resulta políticamente viable. Dado que lo político es básicamente una cuestión de factibilidad, oportunidad y conveniencia, es desde ese punto de vista, que deben ser respondidas varias preguntas, con el objeto de establecer la viabilidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente: ¿hay consenso en la población respecto a la necesidad de reformar la Carta de 1993?. Aparentemente sí, más en lo que no hay consenso es en el quantum de la Reforma. Y ese quizá es el problema sustancial: para qué querríamos abrir esta vía extraordinaria ¿para aspectos sustanciales, absolutamente indispensables para el desarrollo institucional? ¿para alguna cuestión menor?

Pero el problema, como señalamos no es el jurídico, que aunque difícil no resulta imposible. El problema con la Asamblea viene desde el lado de lo político. En primer lugar se requiere un acuerdo mayoritario al menos sobre la necesidad de cambiar la constitución. Y segundo, atendiendo a que Una constitución es a fin de cuentas un conjunto de acuerdos mínimos en una sociedad, se requiere cierto acuerdo, otra vez al menos de forma mayoritaria respecto de qué elementos deben ser cambiados de la Carta actual y mas o menos cómo. Y sobre eso no hay nada.

Luego de la caída del régimen fujimorista, se planteó seriamente el retorno a la Constitución de 1979,

1 Ídem, f.j. 109

2 Ídem, f.j. 111

3 Por Ley Nº 27365 de 5 de noviembre de 2000, se introdujo una Disposición Transitoria Especial a la Constitución, en los términos siguientes: "Primera.- El Presidente y los Vicepresidentes de la República elegidos en las Elecciones Generales de 2000, concluirán su mandato el 28 de julio de 2001. Los congresistas elegidos en el mismo proceso electoral culminarán su representación el 26 de julio de 2001. No son de aplicación para ellos, por excepción, los plazos establecidos en los artículos 90° y 112° de la Constitución Política".

bajo el argumento fundamental del origen espurio de la Carta. Espurio tanto porque fue el resultado de un golpe de estado y no de una reforma de acuerdo a los parámetros establecidos por su antecesora; y espurio por lo cuestionado del resultado del referéndum a la que fue sometida. Como hemos visto, la actual, como la del 79 así como las diez restantes constituciones, a excepción de la Carta de 1834, tuvieron un origen ajeno a los mecanismos de reforma establecidos por sus predecesoras. Todas se dieron como resultado de un rompimiento constitucional o como ocasión para su reinstauración. Y en cuanto a lo otro, sobre los cuestionamientos al resultado del referéndum, eso ya fue evaluado por el Tribunal Constitucional, concluyendo que si bien se tienen serias dudas sobre su origen, su déficit de legitimidad inicial se ha ido cubriendo mediante su práctica y cumplimiento a lo largo de los años. Si el Tribunal Constitucional legitimó la vigencia de la Carta del 93 cuando esta tenía apenas 10 años ante la evidencia de su eficacia; no habría razón alguna para que ahora, 15 años mas tarde se pueda decir lo contrario.

Una Asamblea Constituyente implica abrir una auténtica caja de pandora, pues, por su propia naturaleza, el poder constituyente una vez que se enciende camina por donde quiere y hasta cuanto y cuando quiere. Debe haber una necesidad común reconocida, que considero que actualmente no existe. No se trata de abrir una puerta y decir “a lo que venga”. Eso es muy peligroso. El Poder Constituyente es prácticamente incontenible.

Al margen de ello, está la cuestión que quizá no se suele advertir. Si por alguna razón en este momento se convocara a una Asamblea Constituyente, ¿entre quiénes elegiríamos a nuestros representantes? ¿qué partidos políticos participarían? ¿no es razonable suponer que tendríamos los mismos problemas y taras respecto de nuestros representantes, solo que ahora con un poder mucho mayor ya que no será poder constituido sino un poder constituyente?

Será mejor, antes que recurrir al expediente alocado de una asamblea constituyente, el de mas bien asegurarnos que la Carta, en sus términos actuales se cumpla ¿cómo esperamos que nuestra constitución arraigue si ante cualquier controversia o crisis queremos correr a cambiarla; erosionando así su fuerza normativa?. Es decir, como si no creyéramos en ella. Como decía Hesse, cuyas palabras recordábamos al inicio, es justamente en las situaciones difíciles, en las de crisis y no en las “pacíficas y afortunadas”, en que la fuerza normativa de la constitución se hace más evidente, se consolida y se hace fuerza actuante[1]. Allí donde el desafío no es mostrar la voluntad de poder sino la “voluntad de Constitución”. Pues, todo aquello que puede ser capaz de hacer la constitución no tiene sentido si es que nosotros, todos los miembros de la sociedad, no hacemos lo necesario para que rija. Ese halo vital de la constitución sólo puede recibirlo de nosotros, de nuestro compromiso, de nuestro querer, de nuestra lealtad con ella.

1 HESSE, Konrad; CRUZ VILLALÓN, Pedro; AZPITARTE, Miguel. Escritos de derecho constitucional, op.cit. Pág. 71

LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN IBEROAMERICA

Dante Martin Paiva Goyburu1
dante.paiva@unmsm.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN:

Mediante esta comunicación proporcionaremos algunos alcances respecto de la experiencia de los Tribunales Constitucionales de la región con relación a la forma en que son conformados y los criterios que operan para la selección de sus magistrados.

Con dicha información, nos centraremos en específico en los Tribunales Constitucionales de la región, es decir, aquellos órganos autónomos e independientes que ejercen el control de la Constitución bajo el modelo concentrado.

Aspectos cómo la cuota de género, la especialidad que deben reunir los postulantes, el manejo político y social que se presenta en la elección, entre otros, aún son materia de debate, presentándose varias propuestas; no obstante, consideramos sustancial evaluar cuál viene siendo la práctica sobre estos puntos hasta la fecha.

En este sentido, empleando el método comparado, se realizará una confrontación entre los sistemas de elección de los magistrados de los Tribunales Constitucionales de la región. Asimismo, previa a una definición integrada del concepto de cuota de género, se expondrán los principales hallazgos sobre este punto y su manifestación en la conformación de los Tribunales Constitucionales.

A partir de los diversos casos que se han presentado en la región, es pertinente sistematizar aquellos criterios que han operado sobre dichos puntos, a efectos de arribar a resultados que podrían proporcionarnos algunas fórmulas a considerar para próximos casos, incluso que podrían generar propuestas legislativas para darles mayor respaldo y exigencia.

Deberá revisarse también, las particularidades de las formas de elección de los magistrados de la región, como en el caso peruano, donde la elección en manos

1 Abogado. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de la Comisión Consultiva y la Comisión de Estudio de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2018 – 2019). Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Docente universitario en las especialidades de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

del Poder Legislativo ha generado dificultades respecto a las pugnas políticas; o en el caso chileno, en donde los integrantes provienen del Ejecutivo, el Senado, entre otras instituciones.

Este tema involucra una necesaria revisión de las propuestas formuladas por Hans Kelsen en "La garantía jurisdiccional de la Constitucional" (1928), que permitan aproximarnos a lo que concebía originalmente respecto del control concentrado de la norma suprema, y ver si sus propuestas se asimilaron en nuestra región. De igual forma, se hará una revisión del sistema norteamericano, el cual, si bien no es participe del modelo concentrado, tiene en la Suprema Corte de Justicia importantes experiencias sobre la integración de género y respeto a las minorías, habiendo asimilado a juezas, y magistrados de origen latino, afroamericano, entre otros.

A su vez, resulta propicio dar cuenta de la experiencia peruana en específico, en donde se han tenido dos órganos: El Tribunal de Garantías Constitucionales (1979 – 1993) y el Tribunal Constitucional (1996 hasta la fecha), en donde aspectos relativos a la elección de los magistrados y la cuota de género no han sido ajenos. En tal sentido, se hará un análisis de los argumentos del constituyente, contenido en los diarios de los debates, con relación a lo que pudo considerar respecto a estas categorías.

Finalmente, a manera de conclusión, se presentarán las propuestas de reforma que consideramos necesarias asumir en la región, teniendo en cuenta la particularidad del sistema de elección de las diversas naciones, que en todas ellas se respete la cuota de género, y se impulse una composición plural en las especialidades de los magistrados que se incorporen.

II. IBEROAMERICA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

A efectos de esquematizar la situación en Iberoamérica, presentamos un panorama general al 2018, respecto a la Constitución que rige los diversos países de la región y el modelo de control de constitucionalidad que han asumido.

De lo expuesto en el Cuadro N° 01 de los anexos, se ha podido determinar en Iberoamérica, de forma mayoritaria, existe la presencia de un órgano de control a cargo de resolver demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las diversas normas emitidas por distintas autoridades.

En este sentido, dentro de la clásica dicotomía entre control difuso y control concentrado, se advierte que en Iberoamérica, la tendencia ha sido establecer modelos mixtos, esto es, órganos de control de la constitucionalidad al interior del Poder Judicial, contando con autonomía en la competencia, pero formando parte de la estructura de la jurisdicción ordinaria. En buena cuenta, puede concluirse que en la región predomina un modelo de control mixto, donde un órgano especializado ejerce el control concentrado, pero integra la máxima jerarquía dentro del Poder Judicial.

Dentro del género señalado, no obstante, en específico, se advierte que el ejercicio del control constitucional concentrado, en Iberoamérica, bajo un órgano autónomo, ajeno al Poder Judicial, se encuentra en el caso de 6 países: Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana.

De esta forma, consideramos que el establecimiento de Tribunales Constitucionales, bajo el esquema propuesto por Hans Kelsen, ha tenido cierta acogida en nuestra región; siendo pertinente ahora analizar su experiencia y avances.

III. EL CONTROL CONCENTRADO Y LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Respecto al papel del Tribunal Constitucional, como órgano autónomo de control de la constitucionalidad de las normas, los estudios de los juristas peruanos Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego dan cuenta de la recepción que tuvo Iberoamérica respecto del modelo de control constitucional austriaco.

Sobre el particular, se ha señalado que *"(…) aun habiéndose adoptado en diversos países y en fecha reciente, el modelo europeo de control a través de tribunales constitucionales, ello no significa que la adopción haya sido mecánica, sino que se han introducido variantes, que los hacen peculiares en su desarrollo"*[1].

Asimismo, se advierte respecto a la trayectoria que han seguido estos órganos colegiados en la región, que *"(…) la experiencia ha servido para rediseñar no solo la composición, sino también las atribuciones de los Tribunales Constitucionales (por ejemplo, en España primero en 1931 y luego en 1978). Con lo cual se demuestra*

1 GARCIA, Domingo. Los Tribunales Constitucionales en América Latina. En: *Revista de Derecho Político*, N° 61, 2004, pp. 319-320.

que la influencia del modelo europeo o kelseniano ha calado en las constituciones iberoamericanas. Por citar tan solo un botón de muestra, los conflictos de atribuciones y de competencia, que dirime el Tribunal Constitucional del Perú, consagrado en la Constitución de 1993"[1].

En un sistema cada vez más cambiante y de fenómenos muy singulares, en el plano económico, social, político, entre otros ámbitos, el papel de la Constitución y su calidad de norma suprema, puede colisionar con las expectativas sociales, máxime cuando la norma fundamental no es susceptible de variaciones de forma continua.

Por lo tanto, la labor interpretativa que realiza el Tribunal a cargo del control constitucional, favorece a la seguridad jurídica y preservar el orden constitucional. Mediante las sentencias y pronunciamientos emitidos por este órgano se pueden propiciar lecturas de la Constitución acordes con las necesidades sociales, sin que se pierda la voluntad del constituyente en la perspectiva del país bajo la proyección cultural sobre el mismo.

En otros términos, el control concentrado resulta una tarea indispensable, desde las ciencias jurídicas, para asegurar el respeto de la supremacía constitucional, bajo los valores condensados en el Preámbulo Constitucional. De esta forma el sistema jurídico, frente a una realidad cada vez más cambiante, cuenta con herramientas para atender los sentidos y demandas planteadas por los actores sociales respecto de aquello que debe ser considerado como constitucional.

Dicha tarea no es sencilla, y al concederse tal labor a un órgano específico y autónomo, se apuesta por un modelo donde se procura asegurar que las tareas respecto a la justicia constitucional sea ejercidas por magistrados idóneos, y con la suficiente predisposición hacia el análisis de las instituciones constitucionales que aseguren una saludable institucionalidad.

IV. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE IBEROAMERICA Y LA FORMA DE ELECCIÓN DE SUS MAGISTRADOS:

En el Cuadro N° 02, se han esquematizado los principales rasgos característicos de los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, encontrándose particularidades en su número de integrantes, periodo de ejercicio de cargo, funciones y requisitos

1 PALOMINO, José. *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931 – 1979)*, Lima: Grijley, 2003, p. 61.

para integrarlos.

Dentro de los tribunales que se han reseñado, se advierte que sus funciones no se limitan exclusivamente al análisis de la constitucionalidad de las normas, aunque sin lugar a dudas ésta sigue siendo su labor principal.

A nivel de funciones, se advierte que el caso del Tribunal Constitucional de Chile es el que asume la mayor cantidad de atribuciones, mientras que el de más reciente creación es el de República Dominicana. Las atribuciones alcanzan distintas tareas, si bien la jurisdiccional es la vocación natural de este tipo de organismos, también se advierten funciones de asesoramiento y hasta de pedagogía e instrucción en la especialidad.

Con relación a los requisitos que se exigen para ser magistrado constitucional, en todos los casos la profesión de abogado y tener una conducta intachable, así como solvencia moral, es requisito indispensable; y en algunos casos se exige tener una especialidad particular en ciertas ramas del Derecho, como es el caso de Bolivia.

Respecto de la elección de los magistrados, se advierte que en ninguno de los casos de los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica existe coincidencia en los procedimientos, aunque sí ciertas semejanzas. Son Chile y Guatemala, que coinciden en ser los más longevos, los que tienen los mecanismos más semejantes en la forma de elección, esto es, mediante la designación por parte de diversos sectores.

Al respecto, es sustancial tener siempre en consideración el rol trascendental que asume el Tribunal Constitucional en el sistema jurídico del país, no representa un ente ejecutor o un órgano burocrático, su vocación va más allá, como lo es enmendar los yerros de los órganos emisores de normas, o darles sentido, pero bajo un método donde la defensa de la Constitución resulta ser indispensable.

No debemos olvidar que estando la base de los Tribunales Constitucionales en las Constituciones del país respectivo, si desea profundizarse en las razones por las cuales se adoptó un mecanismo particular para la elección de los magistrados, debe acudirse a las consideraciones que tuvo el constituyente, las cuales pueden revisarse en los Diarios de los Debates que contienen el registro de las actividades y argumentos expuestos al momento de redactarse las Constituciones.

De la experiencia y trayectoria de los Tribunales Constitucionales, es que puede efectuarse una valoración de la funcionalidad de las formas de elección de los magistrados, incluyendo la calidad o especialidad de quienes conforman dicho cuerpo Colegiado, a efectos de rescatar las mejores lecciones de su trabajo y enmendar aquello que requiera corregirse, con propuestas de reforma constitucional. Por ello, a manera de referencia, expondremos el caso peruano en la elección de los magistrados de su Tribunal Constitucional.

V. LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES EN EL CASO PERUANO:

En el Perú, a partir de la Constitución de 1979 se estableció un órgano autónomo a cargo de ejercer el control de la constitucionalidad de las normas, siendo este el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Dicho tribunal fue reemplazado con la Constitución peruana vigente, de 1993, en la cual se estableció el Tribunal Constitucional, que funciona actualmente. Sin embargo, es pertinente advertir que la composición y forma de elección de los magistrados era distinta a la actual.

Respecto de la forma de su composición, el artículo 296° de la Constitución peruana de 1979 establecía que el Tribunal de Garantías Constitucionales estaba compuesto por nueve miembros, siendo designados por el Congreso, el Poder Ejecutivo y por la Corte Suprema de Justicia, tres miembros cada uno. Asimismo, se indicó que el cargo era de seis años, con una renovación por tercios cada dos años y los integrantes podían ser reelectos.

La fórmula señalada por la Constitución de 1979 se asemeja al modelo chileno de Tribunal Constitucional, que fue incorporado en la Constitución de 1925 mediante la Ley N° 17284, promulgada el 21 de enero de 1970, y que como se ha advertido, dicho modelo aún se encuentra vigente.

El modelo de elección previsto en la Constitución peruana de 1993 varió significativamente, siendo prácticamente inédito a nivel de Iberoamérica, por cuanto es el único país que asigna la tarea de designar a los integrantes del órgano de control concentrado de la Constitución íntegramente al Congreso de la República.

Al respecto, siendo el Congreso de la República un órgano político, integrado por diversas bancadas partidarias y también sometida a reglas de mayoría y minoría parlamentaria, donde se configura una particular relación con el Poder Ejecutivo; la elección de los magistrados por parte de este órgano, pueden degenerarse en una lucha de partidos más que en un compromiso integral con la independencia y autonomía de la que deben estar premunidos quienes van a ejercer las funciones de supremo intérprete de la constitución y garantizar la constitucionalidad de la normas.

Sobre este punto, ya existe una lamentable experiencia en la ciudadanía, ocurrida el 17 de julio de 2013 cuando el Congreso peruano designó a los representantes del Tribunal Constitucional bajo una posición de partidos, sin que hubiera una comisión o concurso público para determinar las propuesta, lo que fue denominado por la ciudadanía como 'la repartija'[1], generando rechazo mayoritario y protestas, las cuales, hicieron revertir dicha situación.

Posteriormente, y a efectos de cumplir con la designación de la nueva composición del Tribunal Constitucional, que tenía varios años sin cumplirse, generando con ello que magistrados con mandato vencido continuaran por años ejerciendo el cargo; el 21 de mayo de 2014, el Congreso de la República cumplió con designar a 6 magistrados, entre ellos una mujer, que cumplirían el cargo hasta el año 2019.

VI. BALANCE Y PERSPECTIVAS SOBRE LA CONFORMACIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS:

Tal como se ha expuesto en el Cuadro N° 02, en los 6 Tribunales Constitucionales existentes en Iberoamérica, se advierte una composición que incluye a hombres y mujeres. Sin embargo, es llamativo los casos peruano y chileno, donde solo existe una mujer en el Colegiado; mientras que en Guatemala son 2 mujeres de 5 magistrados; Ecuador, 6 mujeres de 9 magistrados; Bolivia, 4 mujeres de 9 magistrados y en República Dominicana, 3 de 13.

Con relación a la presencia de la mujer en los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, debe tenerse presente lo dispuesto en los instrumentos internacionales,

1 VIDEO*:* manifestantes marchan contra elección repartija en el Congreso. Disponible en: http://elcomercio.pe/politica/gobierno/video-cientos-manifestantes-marchan-contra-repartija-congreso-noticia-1607503

tales como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer[1], la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer[2]; así como lo expuesto en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer[3], y sus objetivos estratégicos[4].

1 **Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953)**

"Artículo II

Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III

Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna".

2 **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)**

"Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;

b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;

c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país".

3 **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995)**

"Estamos convencidos de que:

13. La potenciación del papel de la mujer y la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en todas las esferas de la sociedad, incluidos la participación en los procesos de adopción de decisiones y el acceso al poder, son fundamentales para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz".

4 **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995)**

Objetivo estratégico

G.1. Adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones.

Medidas que han de adoptarse

190. Medidas que han de adoptar los gobiernos:

(…)

b) Adoptar medidas, incluso, cuando proceda, en los sistemas electorales, que alienten a los partidos políticos a integrar a las mujeres en los cargos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en las mismas categorías que los hombres;

(…)

207. Medidas que han de adoptar los gobiernos:

c) Desarrollar y estimular el desarrollo de estudios cuantitativos y cualitativos por

De esta forma, nuestra posición se orienta a reafirmar la necesidad de cumplir con los acuerdos suscritos en el más elevado ámbito, esto es, el del sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

Es decir, no estamos frente a reclamos basados en cuestiones de género, sino que ha sido voluntad de los pueblos de las naciones unidas el apostar por una mayor igualdad de las mujeres en todas las esferas de la vida pública del país, más aún en la actividad política.

De las disposiciones constitucionales que regulan los Tribunales Constitucionales de la región, se advierte que es Ecuador el que muestra una composición más acorde con las exigencias del sistema universal de Derechos Humanos, teniendo una composición casi paritaria en su Tribunal Constitucional, el cual se regula en una Constitución de pocos años de vigente, por cuanto data del año 2008, el cual señala expresamente que en la composición se procurará la paridad de géneros.

No obstante, debe considerarse fomentar a nivel de las escuelas y facultades de Derecho de las universidades de la región, alentar a la estudiantes a que se perfilen a ocupar puestos en el sector público, para lo cual, tanto los docentes como los centros de estudios deben hacer un trabajo comprometido, donde cultiven la vocación de servicio público, e identifiquen aquellos puestos donde se requiere especialización y participación de mujeres profesionales, logrando así combatir la desigualdad de género.

En este sentido, reflexionaba Hans Kelsen: *"Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Se podría llegar a esto concediendo, por ejemplo, a las Facultades de Derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Se podría, asimismo, acordar al propio Tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El Tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas*

parte de las organizaciones de investigación, los sindicatos, los empleadores, el sector privado y las organizaciones no gubernamentales, sobre la distribución del poder y la influencia en la sociedad, en que se indique el número de mujeres y de hombres en cargos superiores, tanto en el sector público como en el privado".

eminentes"[1].

Lo que propiciamos es que se impulsen, en el plano legal, normas que alienten la paridad y el respeto de las cuotas de género, en observancia de los derechos políticos de la mujer y la lucha contra toda forma de discriminación. Pero, al mismo tiempo, en las aulas deben formarse a aquellas profesionales para que con los méritos propicios ocupen las más altas magistratura, en nuestro caso bajo análisis, que puedan integran con solvencia, responsabilidad y compromiso los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica.

Por otro lado, en el caso peruano, desde la perspectiva comparada, se advierte que tiene un Tribunal Constitucional de escaso número de magistrados; aunque Guatemala es el que tiene el Colegiado más reducido en cantidad (5 magistrados), debe tenerse en cuenta la cantidad de habitantes del país, aproximadamente 30 millones de personas en el Perú, y más aún, la Constitución de 1979 establecía 9 integrantes, por lo que resulta pertinente sugerir una reforma.

En tal sentido, y para estar a la par con la región, en el Perú podría impulsarse una reforma que incremente a 9 los magistrados del Tribunal Constitucional, restituyendo la composición originaria, y sería esta una oportunidad propicia para que esos 2 nuevos integrantes sean mujeres, electas mediante un proceso meritocrático, alentando de esta forma a cumplir con lo establecido por las Naciones Unidas y corregir la aún pendiente inclusión social con relación a las mujeres, cuyo genio y cualidades son más que indispensables en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria[2].

VII. BIBLIOGRAFÍA:

- EGUIGUREN, Francisco. Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa. En: *Derecho PUCP,* N° 53, Lima, 2000.

1 KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 26.

2 Al respecto, se sugiere dar lectura del discurso pronunciado por el Papa Francisco en el marco del Viaje Apostólico a Sri Lanka y Filipinas (del 12-19 de enero de 2015), en el cual aboga por una participación más activa de las mujeres. [Visto el 20 de junio de 2015]. Disponible en https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/january/documents/papa-francesco_20150118_srilanka-filippine-incontro-giovani.html

- GARCIA, Domingo: Los Tribunales Constitucionales en América Latina. En: *Revista de Derecho Político,* N° 61, 2004.
- HIGHTON, Elena: Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Cosntitucionale Commune en América Latina?* T. I, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre 2008.
- MARROQUÍN, Otto. El magistrado constitucional. En: *Revista de Derecho*, N° 8, 2004, Nicaragua.
- PALOMINO, José. *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931 – 1979).* Lima: Grijley, 2003.

Cuadro Nº 01

País	Constitución	Órgano a cargo del control de constitucionalidad
República Argentina	Constitución Nacional de 1853.	"Corte Suprema de Justicia de la Nación" (con funciones similares al Tribunal Constitucional, aunque no de forma exclusiva).
Estado Plurinacional de Bolivia	Constitución Política de 2009	Tribunal Constitucional.
República Federativa del Brasil	Constitución Política de 1988	"Supremo Tribunal Federal" (con funciones similares al Tribunal Constitucional, aunque no de forma exclusiva).
República de Chile	Constitución Política de 1980	Tribunal Constitucional.
República de Colombia	Constitución Política de 1991	"Corte Constitucional" dentro del Poder Judicial.
República de Costa Rica	Constitución Política de 1949	Sala constitucional autónoma parte de la Corte Suprema.
República de Cuba	Constitución de la República de Cuba de 1976.	Asamblea Nacional del Poder Popular.
República del Ecuador	Constitución de la República de Cuba de 2008.	Tribunal Constitucional.
República de El Salvador	Constitución de la República de 1983.	Sala constitucional autónoma parte de la Corte Suprema.
República de Guatemala	Constitución Política de 1985	Tribunal Constitucional.
República de Honduras	Constitución Política de 1982	Supremos tribunales con funciones similares al Tribunal Constitucional
Estados Unidos Mexicanos	Constitución Política de 1917	Supremos tribunales con funciones similares al Tribunal Constitucional
República de Nicaragua	Constitución Política de 1986	Sala constitucional autónoma parte de la Corte Suprema
República de Panamá	Constitución Política de 1972	Supremos tribunales con funciones similares al Tribunal Constitucional
República del Paraguay	Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992	Sala constitucional autónoma parte de la Corte Suprema
República del Perú	Constitución Política de 1993	Tribunal Constitucional
Estado Libre Asociado de Puerto Rico	Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1952	Tribunal Supremo (sistema judicial).
República Dominicana	Constitución de la República Dominicana de 2010	Tribunal Constitucional.
República Oriental del Uruguay	Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997	Suprema Corte de Justicia (con funciones similares al Tribunal Constitucional).
República Bolivariana de Venezuela	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999	Sala constitucional autónoma parte del Tribunal Supremo de Justicia.

CUADRO N° 02
ORGANOS DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS EN IBEROAMERICA

Ecuador	Chile	Bolivia	Perú	República Dominicana	Guatemala
Norma reguladora					
Constitución de 2008 "Corte Constitucional".	Constitución de 1980. "Tribunal Constitucional".	Reforma constitucional aprobada en 1994. "Tribunal Constitucional".	Constitución de 1993. "Tribunal Constitucional".	Constitución de 2010. "Tribunal Constitucional".	Constitución de 1985 "Corte de Constitucionalidad".
Composición					
9 Miembros	10 Ministros	9 Magistrados titulares, cada uno de los cuales tiene su respectivo suplente.	7 Magistrados	13 Jueces	5 Magistrados titulares, cada uno de los cuales tiene su respectivo suplente.
Duración del cargo					
9 años	9 años	6 años	5 años	9 años	5 años
Forma de elección					
Designados por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público. Se procurará la paridad entre hombres y mujeres.	a) Tres designados por el Presidente de la República. b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos, directamente, por el Senado; y dos propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda. c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta.	Sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.	Electos por el Congreso de la República, con votación favorable de dos tercios del número legal del Congresistas	Designados por el Consejo Nacional de la Magistratura.	Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; Un magistrado por el pleno del Congreso de la República; Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados. Junto al titular se hará la elección del suplente, ante el Congreso de la República.
Requisitos para ser integrante					
1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos. 2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido	1. Quince años de título de abogado. 2. Haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública. 3. No podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para	1. Contar con la nacionalidad boliviana. 2. Tener 35 años de edad como mínimo. 3. Haber cumplido con los	1. Ser peruano de nacimiento. 2. Ser ciudadano en ejercicio. 3. Ser mayor de cuarenta	1. Ser dominicana o dominicano de nacimiento u origen y tener más de treinta y cinco años de edad.	1. Ser guatemalteco de origen; 2. Ser abogado colegiado activo; 3. Ser de reconocido

en el país. 3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años. 4. Demostrar probidad y ética. 5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.	desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 58, 59 y 81 de la Constitución y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60.	deberes militares, para los varones. 4. No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento. 5. No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad. 6. Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral. 7. Hablar al menos dos idiomas oficiales del país. 8. Poseer título de abogada o abogado en provisión nacional. 9. Tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. 10. No haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura.	y cinco años. 4. Haber sido Magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.	2. Hallarse en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos. 3. Ser licenciado o doctor en derecho. 4. Haber ejercido durante por lo menos doce años la profesión de abogado, la docencia universitaria del derecho o haber desempeñado, por igual tiempo, las funciones de juez dentro del Poder Judicial o de representante del Ministerio Público. Estos períodos podrán acumularse.	honorabilidad; 4. Tener por lo menos quince años de graduación profesional.
Atribuciones					
1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general	1. Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; 2. Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de	Conocer y resolver: 1. Las acciones de inconstitucionalidad directas o de carácter abstracto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. 2. Las acciones de inconstitucionalidad indirectas o de carácter concreto sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos,	1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas	1. De las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con	1. Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad. 2. Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la

emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo. 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias. 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la	Elecciones; 3. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; 4. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; 5. Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, (…); 6. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7. Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior; 8. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda; 9. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, (…); 10. Declarar la inconstitucionalidad	cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. 3. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público. 4. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas. 5. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado. 6. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas. 7. La revisión de las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. 8. Las consultas de la Presidenta o del Presidente del Estado Plurinacional, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de	por la Constitución, conforme a ley.	interés legítimo y jurídicamente protegido. 2. Del control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo. 3. De los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares. 4. De conocer los recursos de revisión que se interpongan contra las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, y en los casos previstos por la Ley 137-11. 5. De conocer los recursos de revisión que se interpongan en relación con sentencias dictadas en materia de amparo.	Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República. 3. Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268 de la Constitución. 4. Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia. 5. Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado. 6. Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad. Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las

información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. 7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. 8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales. 9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales. 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.	de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, (…); 11. Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución; 12. Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado; 13. Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones; 14. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; 15. Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y 16. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, (…), incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.	proyectos de ley. 9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de los Tratados Internacionales. 10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado. 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. 12. Las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto. 13. Los recursos directos de nulidad, y; 14. Otros asuntos establecidos por ley.			leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial. Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad. Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

Conformación a julio de 2018.					
• Alfredo Ruiz Guzmán (P). • Manuel Viteri Olvera. • Víctor Francisco Butiñá Martínez. • Wendy Molina Andrade. • Tatiana Ordeñana Sierra. • Marien Segura Reascos. • Ruth Seni Pinoargote. • Emma Roxana Silva Chicaiza. • Pamela Martínez Loayza.	• Iván Aróstica Maldonado (P). • Gonzalo García Pino. • Domingo Hernández Emparanza. • Juan José Romero Guzmán. • Cristián Letelier Aguilar. • Nelson Pozo Silva. • José Ignacio Vásquez Márquez. • María Luisa Brahm Barril.	• Petronilo Flores Condori (P). • Carlos Alberto Calderón Medrano. • Orlando Ceballos Acuña. • Rene Yvan Espada Navia. • Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano. • Georgina Amusquivar Moller. • Karem Lorena Gallardo Sejas. • Julia Elizabeth Cornejo Gallardo. • Brígida Celia Vargas Barañado.	• Ernesto Blume Fortini (P). • Manuel Miranda Canales. • Carlos Ramos Núñez. • José Luis Sardón de Taboada. • Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. • Augusto Ferrero Costa. • Marianella Ledesma Narváez.	• Milton L. Ray Guevara (P). • Lino Vásquez Sámuel. • Hermógenes Acosta de los Santos. • Justo Pedro Castellanos Khoury. • Víctor Joaquín Castellanos Pizano. • Jottin Cury David. • Rafael Díaz Filpo. • Víctor Gómez Bergés. • Wilson Gómez Ramirez. • Idelfonso Reyes. • Leyda Margarita Piña Medrano. • Katia Miguelina Jiménez Martínez. • Ana Isabel Bonilla.	• Dina Josefina Ochoa Escribá (P). • Bonerge Amilcar Mejía Orellana. • Neftaly Aldana Herrera. • José Francisco De Mata Vela. • Gloria Patricia Porras Escobar.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2018