

Justicia Constitucional

Revista de Jurisprudencia y Doctrina

Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Publicación semestral

Director:
César Landa

Secretarios:
Jorge León
Andrea Lostaunau

Comité de Redacción:
Elena Alvites
Claudia Del Pozo
Pedro Grández
Luis Huerta
Betzabé Marciani
Mijail Mendoza
Victorhugo Montoya
Roger Rodríguez
Daniel Soria
Arelí Valencia



Correspondencia a:
Calle Salaverry 187, Lima 18
palestra@palestraeditores.com

Justicia Constitucional
Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright 2010 :

Palestra Editores S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 7197-626 Telefax: 7197-627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Los Olivos

Diagramador: Alan Omar Bejarano Nóblega

Hecho el depósito que ordena la Ley
Cert N.º 2005-6734

ISSN: 1991-167X

N.º de registro del Proyecto Editorial: 31501221000552
Tiraje: 1000 ejemplares



Motivo de Revista:
Motivo mágico religioso Recuay. Combinación de aves con signos escalonados alusivos a la tierra.

Motivo de Carátula:
Inspirada en la línea de Nazca «El Colibrí», por Iván Alemán

Índice

PRESENTACIÓN 7

JURISPRUDENCIA TEMÁTICA: ANÁLISIS Y COMENTARIOS

"Ética y justicia constitucional"
César Landa 13

"Reflexiones sobre el rol del juez"
Yuri Vega 35

"¿Es posible el autoritarismo judicial?"
Armando Andruet 59

Virtudes judiciales
Manuel Atienza 81

DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMPARADA

"Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional"
Jesús Casal 105

"Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional"
José Julio Fernández 123

"La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales: principales aportes de un estudio comparado"
Elise Carpentier 139

"Informe de los Estados Federados de Alemania. Tesis sobre los precedentes del Tribunal Constitucional"
Helmuth Schulze-Fielitz 163

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (semestre: julio-diciembre, 2007) 171
- Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (semestre: enero-junio, 2008) 203

Jurisprudencia Constitucional Comparada

- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua – Sala de lo Constitucional. Sentencia N º. 504 (Reelección presidencial) 259
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Lautsi contra Italia (Uso de los crucifijos en escuelas públicas) 285

Entrevista

- Entrevista a Juan Montero Aroca 301
- Entrevista a Michele Taruffo 309
- Entrevista a Marcial Rubio 317

Documentos Constitucionales

- Propuesta de modificación del reglamento del congreso sobre la elección de magistrados del TC 325

Revista de Revistas

A. América
- Pensamiento Constitucional (Perú) 361
- Cuestiones Constitucionales (México) 362

B. Europa
- Revista Española de Derecho Constitucional 364
- Teoría y Realidad Constitucional 368

Presentación

La justicia constitucional en el Perú, cuando se ha desarrollado de manera independiente del poder y con imparcialidad de las partes, ha llevado a remover algunos cimientos del Estado de Derecho basado en una noción formalista de la Constitución, la ley y del proceso. Más aún, a través de la jurisprudencia constitucional democrática, se ha llegado a replantear la posición de la jurisdicción constitucional ante la división de poderes, la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho y el propio rol del juez constitucional en la creación y la propia concepción del Derecho. Pero, si bien el quehacer del juez no es un tema del sistema jurídico basado en la tradición romano-germánica, también es cierto que la justicia constitucional se viene convirtiendo en la punta de lanza de la actual transformación del Estado constitucional de Derecho.

Proceso caracterizado por que si antes la garantía de la independencia del juez era su subordinación a la ley, en la actualidad la garantía de su independencia es la defensa de los derechos fundamentales, consagrados en el bloque constitucional. Más aún, si como dijo Hughes: "todos estamos bajo la Constitución, pero los jueces dicen qué es la Constitución", es sorprendente que el estudio de la judicatura haya quedado prácticamente exenta del quehacer del Derecho Procesal Constitucional tradicional, ello debido quizás por su concepción normativa y formalista del proceso. Pero, la relevante función que cumple el Tribunal Constitucional en la impartición de justicia constitucional no se agota en las normas, sino que se encuentra en el rol del juez constitucional.

El juez constitucional es un funcionario público especial por cuanto cumple una tarea reglada a Derecho, pero donde el margen de interpretación de las normas para impartir justicia en la actualidad es amplia. Lo que abre una serie de temas e interrogantes acerca de quién debe ser nominado juez del Tribunal Constitucional, cuál es el perfil que se requiere, qué características o virtudes debería tener, cómo se expresa ello en las sentencias y discursos de los magistrados constitucionales. Por ello, el presente número se centra en el Juez Constitucional, dando cuenta en la sección *Jurisprudencia Temática: Análisis y Comentarios* de un par de artículos, uno del suscrito, "Ética y justicia constitucional" que da cuenta del pensamiento jurídico

ético *ad-hoc* al quehacer del juez constitucional, con el cual se analiza dos casos límite para el poder –el Caso Frontón y el Caso Requena–, que fueron resueltos con votos en mayoría y minoría. Asimismo, el profesor Yuri Vega analiza la naturaleza del juez en el sistema jurídico anglosajón, para luego reflexionar críticamente sobre la imagen de juez constitucional que brindó el Magistrado senior del Tribunal Constitucional cuando asumió la presidencia.

De otro lado, se recogen otros dos artículos de filósofos del Derecho, uno del juez argentino Andruet acerca de si "¿Es posible el autoritarismo judicial?"; para lo cual, como la autoridad no parece estar asociada a la imagen de un tribunal, sino a los integrantes del mismo, el autor, siguiendo la clasificación entre jueces tradicionales y jueces carismáticos o modernos, señala que el autoritarismo judicial puede inocularse en ambos, siempre que se pongan de manifiesto ciertos síntomas de un judicialismo fuerte que detalla. Asimismo, se presente el ensayo del profesor español Manuel Atienza quien ha escrito: "Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho", en el cual explica las razones del olvido del rol de juez en nuestros sistemas jurídicos, de quiénes y cómo son los jueces, así como la necesidad de la búsqueda del consenso acerca de los valores jurídicos del buen juez técnicamente y las virtudes judiciales del juez bueno humanamente.

En la sección *Derecho Constitucional Comparado*, el profesor venezolano Jesús Casal nos entrega sus reflexiones sobre la "Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional", a partir de la expansión de las funciones constitucionales que ha asumido pretorianamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Venezuela, afectando la distribución de las competencias constitucionales entre los poderes públicos. Para lo cual, realiza un recuento del rol que cumple la jurisdicción frente al legislador y los jueces; a fin de garantizar la supremacía e integridad constitucional, así como proteger los derechos fundamentales; pero, resguardando los aspectos fundamentales del proceso político democrático. Por su parte, el profesor español José Julio Fernández contribuye con sus "Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional" a entender por qué el Derecho Procesal Constitucional forma parte del Derecho Constitucional antes que del Derecho Procesal General; para lo cual analiza la singularidad de algunas instituciones de los procesos constitucionales, como la legitimación, los plazos de interposición, *pluris petitio*, de los principios inquisitivo, de contradicción y congruencia, así como, los efectos de las sentencias y las sentencias atípicas.

Por su parte, la investigadora francesa Elise Carpentier estudia el caso de "La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales:

principales aportes de un estudio comparado" no existente en el modelo constitucional francés; para tal efecto, parte del estudio del conflicto de competencias de los modelos alemán, italiano y español, para luego tratar de encontrar en algunas tradicionales instituciones galas como el recurso de exceso de poder, la teoría de los actos de gobierno y la división de poderes, los elementos para su desarrollo; sin perder de vista los límites de la jurisdicción constitucional en la resolución del conflicto de competencias y atribuciones. Del profesor alemán Helmut Schulze Fielitz se presentan las doce "Tesis sobre los precedentes del Tribunal Constitucional"; en la cual precisa el cómo, cuándo y sobretodo qué parte de la sentencia constitucional es vinculante para las sentencias ordinarias, considerando la autonomía de los jueces al fallar un caso y la variación o contradicción de algunos fallos constitucionales.

En la sección *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* se da cuenta de los fallos de julio 2007 a junio 2008, entre los cuales destacan: la protección de los derechos del consumidor, los alcances del derecho de asociación, el derecho al medio ambiente y los principios de prevención y precautelatorio, el derecho a la igualdad entre los hijos en las familias reconstituidas, los derechos fundamentales de las personas jurídicas, la obligación de tributar sobre rentas ilícitas; así como, el *ius imperium* y la seguridad jurídica en variación de los términos de las concesiones estatales, la aplicación de la norma tributaria en el tiempo, los límites legislativos a la regulación de los organismos no gubernamentales, la constitucionalidad de la habitualidad y la reincidencia en materia penal, las reglas de las autorizaciones para la radio y la televisión, la mutación "demanial" de la propiedad pública de un mercado de abasto municipal, entre otros. En este período se aprueban también casos que ponen de manifiesto la involución de la jurisprudencia constitucional previamente establecida, en materia de arresto domiciliario, el principio de igualdad tributario, los límites presidenciales del indulto, el hábeas corpus en materia familiar, entre otros.

En la sección de *Jurisprudencia Constitucional Comparada* se presentan dos casos emblemáticos: uno, referido a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma de la Constitución de Nicaragua, a fin de permitir la reelección de su Presidente, Daniel Ortega, fallo dado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua; y otro referido al uso del crucifijo en la escuelas públicas italianas, resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos. Asimismo, en la sección de *Entrevistas*, se entrega el coloquio sostenido con el procesalista español Montero Aroca y el comparatista italiano Michelle Taruffo, que nos brinda en muchos casos dos visiones de la relación entre las ideologías y el proceso, la vinculación entre el proceso y la constitucionalización del orden jurídico, el rol de la

jurisdicción constitucional y el legislador, los precedentes vinculantes, el activismo judicial, el rol del juez, entre otros temas. Asimismo, se acompaña la entrevista a Marcial Rubio, en donde se pronuncia sobre la justicia constitucional peruana, quién debe ser juez constitucional y sobre el sistema de su selección.

Por último, en la sección *Documentos Constitucionales* se registra la iniciativa del Instituto de Defensa Legal "Proyecto de Ley sobre el procedimiento de elección de los jueces constitucionales", presentado al Congreso de la República, en el cual se realiza un profuso examen de la realidad del proceso de selección de los magistrados constitucionales, así como, se formulan propuestas que debe ser materia de difusión y debate. Por cuanto, como se ha señalado, con el período que cubre estos números se cierra el ciclo del desarrollo independiente del Tribunal Constitucional; con lo cual se debe poner la atenta mirada a los candidatos a magistrados y al sistema de selección de los mismos. Y finalmente, en la sección *Revista de Revistas* se pone a conocimiento de los lectores los contenidos de las revistas P*ensamiento Constitucional*, *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Española de Derecho Constitucional* y *Teoría y Realidad Constitucional*.

Lima, julio de 2010

César Landa
Director



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio. 2008

Jurisprudencia Temática: Análisis y Comentarios

- CÉSAR LANDA
  "Ética y justicia constitucional"
- YURI VEGA MERE
  "Reflexiones sobre el rol del Juez"
- ARMANDO S. ANDRUET
  "¿Es posible el autoritarismo judicial?"
- MANUEL ATIENZA
  "Virtudes judiciales sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho"

Ética y justicia constitucional

César Landa*
Profesor Principal de Derecho Constitucional en la PUCP y en la UNMSM

"No hay Derecho sin ética, ni ética sin Derecho"

SUMARIO: I. Presentación. II. Pensamiento constitucional: 2.1. Teoría institucional. 2.2. Ética constitucional. III. Estándares de la ética judicial. 3.1. Caso "El Frontón" (Resolución N.° 3173-2008-PHC/TC). 3.2. Caso Requena Pasapera. (STC N.° 04525-2007-HC/TC). IV. Conclusión.

I. PRESENTACIÓN

La afirmación de los nuevos principios del constitucionalismo después de la segunda posguerra quedó simbolizada en la incorporación de los valores de la libertad en la Constitución peruana de 1979. Valores que se manifestaron en los principios de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes, el Estado de Derecho, la descentralización y la economía social de mercado, todos ellos como una fórmula de limitación y control del poder y del Estado.

Ello se debió a la influencia de los contenidos democráticos fundamentales de la renovada vida política, social y económica en dicha Constitución de clara afirmación humanista. No obstante la irrupción nominal de la Constitución de 1993; ello supuso una comprensión material del derecho constitucional de los derechos fundamentales y del orden democrático y el principio del Estado social, a través del predominio social y valorativo de la norma constitucional, por sobre la ley y su método jurídico positivista.

Por eso, los postulados valorativos de los derechos fundamentales no podían ser explicados e interpretados totalmente, desde una perspectiva jurídica positiva. De aquí la necesidad del gran desarrollo de la *jurisprudencia de los valores* una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional a partir de la caída del régimen fujimorista el 2000. Esta tendencia se ha concentrado en desarrollar una jurisprudencia constitucional crítica del Derecho constitucional clásico y de su normatividad legal[1]; pero, sin caer en la palanca del Derecho natural, debido a su carácter pre-político, de raíz individualista y de escaso consenso, que pudiera degenerar en una auténtica tiranía de los valores[2].

En ese sentido, se ha llegado a identificar el desarrollo de la jurisdicción constitucional con el de la Constitución. Para, posteriormente, invertir la relación causal existente entre ambas. Convirtiendo a la jurisdicción constitucional en la medida prác-

* Las opiniones vertidas en este artículo son a título personal.

1 García-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 55-78.

2 Häberle, Peter. "Verfassungstheorie ohne Naturrecht". En: *AÖR*, N.º 99, 1974, pp. 451 ss.

tica y concreta de validez de la Constitución, Lo cual ha transformado no sin debate las relaciones reales del poder del Estado legislativo a un orden jurisdiccional constitucional y valorativo, propio del Estado de Justicia[3].

Por ello, se ha llegado a caracterizar la protección de los derechos fundamentales, la Constitución, el Estado de Derecho y la democracia, a partir del proceso de desarrollo de la jurisdicción constitucional, al punto que se podría afirmar que "con el Tribunal Constitucional (…) se inicia una nueva época para el Derecho Constitucional (sic)"[4]. En efecto, siguiendo la tesis kelseniana, según la cual el método crea el objeto de conocimiento y de su función[5], el quehacer de la justicia constitucional ha convertido a la Constitución, mediante las técnicas de la interpretación constitucional, en una carta jurisprudencial de derechos y libertades, para todos los ciudadanos.

Dicho proceso no está exento de "agujeros negros" que se expresan en fallos que desarticulan la jurisprudencia que ha caracterizado al desarrollo independiente del Tribunal Constitucional. Ello ha permitido construir el adecuado escenario para develar el rol de la ética en el constitucionalismo, a partir de concebir el pensamiento constitucional con que opera el Tribunal Constitucional y el rol que cumple la ética en abstracto y en concreto a través de sus resoluciones. Pero, como el sentido y el quehacer de la justicia constitucional cambia enteramente según la teoría del Derecho que uno opte o que se imponga en las culturas jurídicas, a continuación se presentará el marco del pensamiento constitucional donde se inserta la ética judicial, para luego analizar dos casos constitucionales paradigmáticos de lo señalado.

II. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

En las relaciones entre el poder y el Derecho el desarrollo de la justicia constitucional ha dado lugar a que los jueces constitucionales trasluzcan diferentes actitudes humanas, que se pueden enmarcar en las diversas formas del pensamiento jurídico. Así, para Schmitt "todo jurista, consciente o inconscientemente, asume en su trabajo un

3 Marcic, René. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*. Wien: Springer Verlag, 1957, pp. 193 ss.; Eichenberger, Kurt. *Der Staat der Gegenwartículo*. Publicación del Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.). Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1980, pp. 11 ss; asimismo, Cappelletti, Mauro. *Giudici Legislatori*. Milano: Giuffrè editore, 1984, pp. 13 ss, donde se plantean algunos límites procesales y sustantivos en la creatividad judicial

4 Schlink, Bernhard. "Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit". En: *Der Staat*. Band XXVIII, 1989, pp. 161 ss.; Simon, Helmut. "Jurisdicción Constitucional". En: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Arcial Pons, 1996, pp. 823 y ss.; asimismo, Haltern, Ulrich. *Verfassungsgerichtsbarkeit. D emokratie und Mißtrauen* (...). Ob. cit., pp. 368 y ss.

5 Kelsen, Hans. "Über Grenzen juristischer und soziologischer Methode" (1911). Kelsen, Schriften von Hans; Adolf Merkl y Alfred Verdross. En: *Die Wiener Rechtstheoretischer Schule*. Band I. Wien: Europa Verlag, 1968, pp. 3 y ss.; asimismo, Krawietz, Werner. *Das positive Rechts und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionales Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, pp. 18 ss. y 39 ss. y; del mismo autor, *Recht als Regelsystem*. Wiesbaden: Steiner Verlag, 1984, pp. 18 ss.

concepto de *Derecho*, bien como una norma, o como una decisión, o como un orden y configuración concreto"[6].

En realidad, el pensamiento positivista ha sucumbido en el esfuerzo por someter la vida constitucional a la literalidad de la norma constitucional. Mientras que el pensamiento iusnaturalista ha hecho presa a la Constitución de una moral que en el fondo es una *decisión* subjetiva. Por ello, tanto el positivismo como el iusnaturalismo son expresión de un *decisionismo* constitucional. En ese sentido, si bien es deseable que todo Estado se rija por la Constitución, ese esfuerzo no puede quedar atrapado por la norma o la moral de la autoridad política o judicial.

Por el contrario es necesario que la sociedad cree, incorpore y trascienda a la norma constitucional (en la forma de derechos fundamentales los mismos que deben ocupar un rol central en el constitucionalismo). Siendo que la sociedad como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, siempre ofrece más posibilidades de evolución de la norma constitucional, que las resoluciones que sus intérpretes formalistas hayan establecido[7].

En ese sentido, para el pensamiento del orden concreto, el *nomen* del Derecho no es concebido como un conjunto de normas, sino que éstas son un instrumento del orden existente. Orden que reposa en las relaciones vitales en las que una comunidad se ha encontrado y se encuentra a sí misma. Sin embargo, ese orden concreto no existe estáticamente, sino que se encuentra en permanente cambio de acuerdo al espíritu del tiempo presente —*Zeitgeist*—, en tanto expresión del conflicto social de intereses. Por ello, se ha señalado: toda vida social es conflictiva, por que es cambio. No hay reservas en la sociedad humana, por que no hay certeza. En el conflicto, por tanto se halla el núcleo creador de toda sociedad y la oportunidad de la libertad, pero al mismo tiempo el reto para resolver racionalmente y controlar los problemas sociales[8].

Como el conflicto social en una sociedad democrática esta institucionalizado, consensuadamente, en la Constitución del Estado, aunque no de manera definitiva, el pensamiento constitucional, en concreto asume diversas opciones de comprensión de la realidad, de acuerdo a la posición que ocupa el sujeto constitucional. Esta operación, resuelta en última instancia por el Tribunal Constitucional, se da en función de las concepciones jurídicas y circunstancias sociales que rodean a los magistrados y, en última instancia, de la ética de sus cosmovisiones y formas de vida.

Por eso, como el proceso constitucional se origina en la compleja y conflictiva realidad y sus relaciones de poder, las decisiones políticas (como desde ya las legislativas y administrativas) se encuentran impregnadas, responden o se pueden reconducir a una cosmovisión ética del mundo de vida. Así, "el liberalismo parece en este sentido una política de la esquizofrenia "ética" y moral; parece pedirnos que nos convirtamos, en

6 Schmitt, Carl. *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburgo: Hansetischer Verlagsanstalt, 1934, p. 7.

7 Häberle, Peter. "Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß— ein Pluralismuskonzept". En su compendio: *Verfassungs als öffentlicher Prozeß Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, pp. 121 ss.

8 Dahrendorf, Ralf. *Gesellschaft und Freiheit*. München: Piper & CO Verlag, 1963, p. 235; asimismo, del autor: *Konflikt und Freiheit*. München: Piper & Co. Verlag, pp. 12-46.

y para la política (o en y para la vida pública), en personas incapaces de reconocernos como propias, en criaturas políticas especiales enteramente diferentes de las personas ordinarias que deciden por sí mismas, en sus vidas cotidianas, qué quieren ser, qué hay que alabar y a quién hay que querer"[9].

Esta ética liberal constituye el punto de partida y la última barrera, respectivamente, que atrofia el proceso de integración constitucional al establecer una verdad pública y otra privada. Pero, el pensamiento comunitarista si bien postula una ética objetiva de los valores, identifica lo público con el orden jurídico-político estatal y formal, dejando de lado el carácter vivo del quehacer ético-constitucional y demás valores intersubjetivos que sólo emergen de la sociedad[10]. De ahí que se postule que el pensamiento constitucional deba desenvolverse a partir de una comprensión institucional, entendida como la integración en un orden constitucional del valor justicia con la seguridad jurídica y de una ética de la convicción personal con una ética de la responsabilidad pública; sobretodo si la Constitución es una norma suprema que expresa el consenso de una comunidad.

2.1. Teoría institucional

La teoría institucional clásica aparece a fines del siglo XIX, en contraposición a las teorías positivistas en boga, a través de las tesis que Maurice Hauriou, que como Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, desarrolló entre 1892 y 1928[11]. Por ello, se ha dicho que la teoría de la institución "es, después del dominio del positivismo jurídico, el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto"[12], tesis que repercutió en la significativa teoría de *Il Ordinamento giuridico* de Santi Romano[13].

La teoría institucional no aparece sobre la base de una teoría y un método jurídicos propios. Su aparición se fundamenta en una paciente observación y comentario, durante cuarenta años, de la praxis administrativa francesa, en particular del *Conseil d´État*[14], en la polémica con las tesis del subjetivismo de Gerber, Laband y

9 Dworkin, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Citado por De Zan, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Uruguay: Fundación Kontad-Adenauer, 2004, p. 33.

10 Perez Luño, Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 162 y ss.

11 Hauriou, Maurice. *Science sociale traditionnelle*. Paris: Larose, 1896, pp. 43 y ss., 261 y ss., y 398 y ss., donde postula una teoría del progreso social, a partir de reconocer la materia y el tejido social, que expresa la vieja tensión entre autoridad y libertad; pero donde queda configurado su pensamiento jurídico es en *Teoría de la Institución y de la fundación*, (1925). Editorial Surco, 1947; asimismo, revisar *Die Theorie der Institution, und zwei andere Aufsätze von Hauriou*. *Maurice*. Schnur, Roman (Hrg.). Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 27 y ss. y p. 67 y ss.

12 Schmitt, Carl. *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens* (...). Ob. cit., pp. 62; asimismo, Camaño Martínez, José. *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*. Santiago de Compostela: Porto editores, 1950, pp. 134 y ss.

13 Romano, Santi. *El Ordenamiento Jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 250 y ss.

14 Hauriou, Maurice. *Décisions du Conseil d´État et du Tribunal des Conflicts 1892-1928*. 3 Tomes. Paris: Sirey, 1929, y; del autor *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*. 3 Tomes. Paris: Sirey, 1929; asimismo, Renard, Georges. *L´institution, fondement d´une rénovation de l´ordre social*. Paris: Flammarion, 1933, pp. 13 y ss.

Jellinek y con el positivismo sociológico de Duguit y el positivismo normativista de Kelsen[15]. Así, para Hauriou el Derecho posee una forma y una materia inseparables, la forma es la norma de los actos jurídicos y, su materia el contenido de las normas y actos que se refieren, esencialmente, a la libertad humana, condicionada por el orden social y la justicia.

De ahí que pretender eliminar al Derecho de su medio social y someterlo a la voluntad del legislador constituya una abdicación a las fuentes de la libertad. Es decir al "derecho *de réssistance à l´opression*, que como el derecho de *légitime défense* constituye un mínimo de autonomía jurídica individual, unánimemente, admitida hasta por los teólogos, moralistas y juristas"[16].

En ese sentido, sobre la base de la noción de institución, el autor postula un pensamiento constitucional caracterizado por la integración dinámica de los factores constitucionales: como el poder, el orden social, el Estado y la libertad. Por ello una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos[17].

Asimismo, sobre la base de la teoría institucional, Hauriou critica las tesis objetivistas de Kelsen y Duguit, dado el carácter estático y anti-social de las mismas. Así, en cuanto al positivismo normativo kelseniano, critica la separación radical entre el Derecho y la moral, quedando el Derecho reducido a un deber ser normativo "*Sollen*" desvinculado de la sociología que ocupa el rol del ser o estar "*Sein*"[18]. En consecuencia, el Derecho para Kelsen es concebido como un orden jurídico absoluto desprovisto de moral y viceversa, a partir de lo cual la primacía de la libertad es reemplazada por el orden y la autoridad.

En cuanto al positivismo sociológico de Léon Duguit, este queda expresado en la búsqueda del fundamento del Derecho, el mismo que "no se puede encontrar

15 Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey, (primeras ediciones 1910, 1923 y 1929), reimpresión del CNRS, Paris, 1965, pp. 8 y ss.; también del autor: *Teoría de la Institución y de la fundación*, editorial Surco. 1947, pp. 26 y ss.; Kelsen, Hans. "Aperçu d`une théorie générale de l´État". En: *RDP*, Año XXXIII. 1925, pp. 561 y ss., y; Duguit, León. "Les doctrines juridiques objectivistes". En: *RDP*, Año XXXIV. 1926, pp. 540 y ss., donde concluye que las tesis institucionales de Hauriou son un puro sistema de derecho objetivo.

16 Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel* (...). Ob. cit., p. XI.

17 Hauriou, Maurice. *Teoría de la Institución y de la fundación* (...). Ob. cit., p. 37; asimismo, revisar a Renard, Georges. *La Théorie de l´Institution*. Paris: Recueil Sirey, 1930, pp. 149 ss., y; del mismo autor, *L´institution, fondement d´une rénovation de l´ordre social*. Paris: Flammarion, 1933, pp. 22 y ss., donde plantea una crítica al positvismo, como toma distancia del iusnaturalismo; asimismo, Renard, Georges. "Qu´est-ce que le Droit constitutionnel? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l´institution". En: *Mélanges R. Carré de Malberg*. Liechtenstein. Paris: Topos Verlag y Libraire Ducheim, 1977, pp. 485 y ss.

18 Kelsen, Hans. "Staat und Recht". En: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (...). Ob. cit. Band 1, pp. 149 y ss.

en el individuo. Sino que se puede encontrar en la sociedad. Pero el Derecho no es un poder de la colectividad, tampoco un poder del individuo. El Derecho es una norma objetiva"[19].

Al respecto, Hauriou expresa divergencias en torno al supuesto realismo del Derecho. Ello en la medida que si bien es preocupación de Duguit suprimir el poder como fuente del Derecho, a efectos de evitar que el Estado lo someta a su voluntad, termina construyendo un sistema de Derecho sin el concurso del Estado, del poder y de la metafísica. Desconociendo así, que existe una autolimitación subjetiva constitucional del poder, resultado de la creación de instituciones destinadas a impedir los excesos del Estado en función de valores democráticos, como es el caso de los tribunales constitucionales garantes de los derechos fundamentales. Precisamente en esas normas reside la validez del sistema jurídico, normas que no son reglas estáticas deducidas del Derecho, sino del poder subjetivo de los hombres que crean el Derecho, en un movimiento jurídico hacia la libertad[20]. Proceso en el que la ética juega un rol dinamizador y delimitador de los contenidos.

El poder, si bien nace de las fuerzas subjetivas de los hombres, cuando se juridifica reposa en las instituciones permanentes. Por eso, la justificación primera del poder no yace en la ley, sino en la institución: "una institución es en primera instancia una forma de establecer la manera de vivir y de actuar"[21]. Sobre esta base se crea un orden social estable, pero que no está exento de transformaciones, gracias a la fecunda vida de los hombres —siguiendo a Bergson[22]—, llena de pasiones y de sentimientos de justicia y libertad, que cambia permanentemente.

En esa medida, bajo la impronta de Hegel, Hauriou señala que la libertad subjetiva y objetiva se organiza en la Constitución del Estado. Esta organización se produce a través del gobierno de la representación, como elemento de consenso de la unidad espiritual de la nación, elemento de coerción al servicio del poder público y elemento ideal del interés público[23]. Sin embargo, la legitimidad del gobierno representativo no se define, exclusivamente, por el orden constitucional formal, sino por el orden constitucional material, entendido como una suerte de decálogo de ética social, política y económica, que es la que sustenta la confianza ciudadana.

19 Duguit, Léon. *L´État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Fontemoing, 1901, pp. 10 y ss., en concreto p. 16; asimismo, ver Laski, Harold. *M. Duguit´s conception of the state, en Modern theories of law, (1933)*. Great Briitain: reprinted by Wildy & Sons Ltd.m, 1963, pp. 52-67.

20 Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel* (...). Ob. cit., pp. 12 y ss.

21 Llewellyn, Karl. "The constitution as an institution". En: *CLR*, Vol. XXXIV. 1934, pp. 17 ss.; asimismo, del mismo autor, "A realistic interpretation. The next step". En: *CLR*, Vol. XXX. 1930, pp. 431-465, y; "Some realism about realism. Responding to Dean Pound". En: *HLR*, Vol. XLIV. 1930-1931, pp. 1222-1256. Este último artículo fue la respuesta al renovado positivismo utilitarista en la originaria versión del realismo jurídico postulado por Pound, ver: Pound, Roscoe. "The progress of the law. Analitical jurisprudence". 1914-1927. En: *HLR*, Vol. XLI. 1927-1928, pp. 174-199.

22 Bergson, Henri. *Zeit und Freiheit*. Jena: Diederichs, 1920, 188 p.

23 Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel* (...). Ob. cit., pp. 85 y ss.

2.2. Ética constitucional

En las actuales épocas de crisis del Estado y de la Constitución[24], que se hace evidente en los países en transformación[25], se puede encontrar en el pensamiento institucional clásico de Hauriou, una nueva forma de entender los problemas jurídico-políticos, en tanto plantea el origen de estas cuestiones en las profundas estructuras de la sociedad[26]. De ahí que se pueda señalar que "el pensamiento del orden concreto de los hombres y sus grupos, así como la teoría constitucional de determinada unidad social colectiva procede y funciona como reflejo y práctica, que se orienta de lo *posible*, de la *necesario* y de lo *real*, desde diferentes modos y con diferentes resultados"[27].

En consecuencia, el principal problema que debe afrontar el Estado constitucional, como producto del positivismo jurídico, es tanto el aislamiento de la realidad por parte de la norma, como el divorcio entre la ética y la voluntad de la autoridad[28]. No obstante, la intención de otorgar vigencia a la Constitución del Estado, mediante la fuerza normativa de la Constitución "*normativen Kraft der Verfassung*"[29] no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, mediante la jurisdicción constitucional. Se trata más bien de una toma de conciencia de los intérpretes de la Norma Suprema de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la realidad social, económica, técnica, natural, que permita dar respuestas a los problemas concretos en el marco de los principios y valores constitucionales.

En tal entendido, en la sociedad se van formando instituciones como elementos estables y duraderos creando así un sistema de equilibrios de poderes y de consensos en torno a las necesidades históricas de libertad y de justicia, que dieron origen a la Constitución[30]. Ahora bien, la idea de libertad no es solo un derecho subjetivo que yace en la voluntad individual de las personas, sino también es un derecho objetivo, que reside

24 De Cabo Martín, Carlos. *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*. Vol. II: *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*. Barcelona: PPU, 1993, pp. 331 y ss.

25 Manuel Alcántara e Ismael Crespo (editores). "Los límites de la consolidación democrática en América Latina". Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1995, pp. 13 y ss., p. 29 y ss.

26 Tanguy, Yann. "L`Institution dans l´œuvre de Hauriou, Maurice. Actualité d´une doctrine". En : *RDP*, 1-1991, *LGDJ*, pp. 77 ss.; asimismo, Mayer-Maly, Dorothea; Ota Weinberger y Michaela Strasser (Hrsg.). *Rechts als Sinn und Institution*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, pp. 209 y ss., p. 245 y ss.

27 Häberle, Peter. "Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens". En: *Die Verfassung des Pluralismus, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Germany: Athenäum, 1980, p. 2; desde una perspectiva positivista antes que social del Derecho, revisar: MacCormick, Neil y Ota Weinberger. *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*. Paris: LGDJ, 1992, pp. 29 y ss.

28 Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fonteamor, 1997, pp. 25-28.

29 Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1983, pp. 61 y ss.

30 Hegel, Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. En: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*. Band 2. Sttutgart: Fromman-Holzbog, 1973, § 263-267, pp. 705 ss.; asimismo, Hauriou, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris : Librairie de la Société du Recueil J.B., 1910, pp. 29 y ss., pp. 123 y ss. y pp. 415 y ss.

en el subconsciente colectivo[31] y, que encuentra en la Constitución un instrumento de su protección, integración y desarrollo. Instrumento que además está abierto a la dinámica social, marcada por el complejo proceso de universalización y nacionalización de los derechos humanos.

Esa tarea constitucional no puede ser cumplida sin la ayuda del pensamiento de la posibilidad "*Möglischkeitsdenken*", del pensamiento de la necesidad "*Notwendigkeitsdenken*" y del pensamiento de la realidad "*Wirklichheitsdenken*"[32]. Al respecto, el pensamiento de la posibilidad es un pensamiento alternativo, no de la opción radical entre esto o aquello "*Entweder-Oder*", sino del pensamiento del pluralismo abierto siempre tanto como también a una nueva realidad "*Sowhol-als auch*", que se perfecciona en el tiempo y que nace de la sociedad organizada en torno a ciertos valores fundamentales.

En esa medida, el *pensamiento constitucional institucional* es propio de una teoría constitucional de la sociedad abierta y se encuentra compuesto de conceptos fundamentales, tales como derechos fundamentales, publicidad, pluralismo, tolerancia, oposición, transparencia, derechos de minorías, etc. No obstante, en tanto pensamiento pluralista y alternativo, el pensamiento de la posibilidad se encuentra en relación directa con la normalidad constitucional, tanto en una perspectiva presente como futura. De allí que los principios y la normatividad constitucional expresen el pensamiento de la posibilidad como pensamiento de la *realidad*. Sin embargo, la implementación de la Constitución siempre entra, rápidamente, en conflicto con la realidad, sobre todo cuando se producen conflictos entre la ética constitucional y la economía[33].

Ello se debe a la pluralidad de intereses diferentes que se incorporan consensualmente, en lo fundamental, en la Constitución, mediante una racionalidad procesal y sustantiva. Por eso, aparece el pensamiento de la *necesidad*, como el único capaz de encontrar los medios adecuados para llevar a cabo los principios y normas constitucionales establecidas[34]. Es en este proceso en el cual se inserta el tema de la interpretación y de los intérpretes de la Constitución.

Ahora bien, la potencialidad de la Constitución quedaría encerrada en su autorealización jurídico-normativa, si es que no se integra conjuntamente con el pensamiento de la posibilidad, de la realidad y de la necesidad, el *principio de la esperanza*, como un horizonte utópico que actúa como una fuerza espiritual que le otorga sentido a la razón[35].

---

31 HAURIOU, Maurice. *Teoría de la Institución y de la fundación* (...). Ob. cit., pp. 24 y ss.

32 HÄBERLE, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (...). Ob. cit., pp. 2 y ss.

33 APPEL, Karl-Otto. "Das *Apriori* der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik". En el compendio del autor: *Transformation der Philosophie*. Frankfurt: II, Suhrkamp, pp.358 ss.; asimismo, WIELAND, Josef. *Die Ethik der Wirtschaft als Problem lokaler und Konstitutioneller Gerechtigkeit* y, LUHMANN, Niklas. "Wirtschaftsethik als Ethik?". En: Wieland, Josef (Hrsg.). *Wirtschaftsethik und Theorie der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkampf, 1993, pp. 7-31 y 134-147, respectivamente.

34 HÄBERLE, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (...). Ob. cit. pp. 10-20.; en relación al carácter sustantivo y procesal de la Constitución, ver GERSTENBERG, Oliver. *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, pp. 34 y ss.

35 BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1973, Band III, pp. 1616 y ss, del mismo autor, *Naturrecht und menschlische Würde*. Frankfurt: Suhrkamp, 1961;

Pero es el pensamiento de la eticidad responsable, entendido como la superación del especulativo principio de esperanza[36], el que le otorga a la realidad y a la normatividad constitucional una moral intersubjetiva[37]. Moral entendida como una utopía positiva constructivista, contraria a las utopías fundamentalistas negativas o pesimistas del hombre, la sociedad y el Estado[38].

En consecuencia, la ética constitucional no queda reducida a una moral universal, normativa y abstracta, ni a una moral sistémica-funcionalista de las reglas y procedimientos[39]. Más bien es concebida como una ética institucional que proviene, inductivamente, de los tácitos pactos fundamentales de la sociedad civil, mediante la acción comunicativa[40], lo que la hace distinta de una ética positivista basada apriorísticamente en la norma[41]. Asimismo, deductivamente, proviene de los nuevos actores y componentes del *ethos* político democrático de la libertad e igualdad, que garantiza la Constitución del Estado de cara al futuro[42].

Bajo tales supuestos, la ética constitucional, según Saladin —razonando para el caso de las sociedades opulentas, como la suiza, lo que no es excluyente en este caso para otro tipo de sociedades—, se basa en tres principios: la justicia intrageneracional "*intragenerationelle Gerechtigkeit*", de quienes comparten un mismo período de vida; la justicia como responsabilidad con las generaciones futuras "*Intergenerationelle Gerechtigkeit*"; y, la justicia como el respeto humano en su medio ambiente natural "*natürlichen Mitwelt*"[43].

Queda claro entonces, que la búsqueda de una realidad constitucional encierra el imperativo de que todo pensamiento constitucional debe guardar correspondencia con su entorno social. En tal sentido se puede decir que la ética constitucional, en las sociedades de la escasez, debe partir de una moral intersubjetiva que retome, con-

y Somló, Felix. "Der Begriff des Rechts". En: Maihoffer, W. (Hrsg.). *Begriff und Wesen des rechts*. 1973, pp, 421-455, donde plantea el doble concepto del Derecho: jurídico y ético

36 Jonas, Hans. *Das Prinzip Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993, pp. 92 y ss.; asimismo, revisar Dietrich, Böhler (Hrsg.). *Ethik für die Zukunft, im Diskurs mit Hans Jonas*. München: C. H. Beck, 1994.

37 Habermas, Jürgen. *Theorie und Praxis, Sozialphilosophische Studien*. Suhrkamp, 1974, pp. 307 y ss.; asimismo, del autor: *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997, pp. 244 y ss.

38 Häberle, Peter. "Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates". En: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, pp. 673-684.

39 Luhmann, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983, pp. 27 y ss., p. 38 y ss.

40 Habermas, Jürgen. *Moralbewustsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983, pp. 53 y ss., pp. 86 y ss., pp. 127 y ss.

41 Peces-Barba, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 173.

42 Grimm, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, pp. 176 y ss.

43 Saladin, Peter. *Wozu noch Saaten?* Berna: Verlag Stämpfli+Cie AG, 1995, pp. 93 y ss.; Häberle, Peter. "Ein Verfassungsrecht für künftige Generationen. Die 'andere' Form des Gesellschaftsvertrages: der Generationenvertrag". En: *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70*. Geburtstag, 1998, pp. 215-233

sensualmente, los valores constitucionales clásicos pendientes de realización —*hic et nunc*— de libertad e igualdad, pero sin imponer una moral objetiva a la sociedad, salvo en los sectores desprotegidos y marginados[44]. Debido a que cuando la pobreza es extrema pueden intercambiar su dignidad y libertad por un poco de bienestar efímero. Por ello, esta es una responsabilidad de la sociedad y no solo del Estado, que, además, cuando ha asumido la forma del Estado de bienestar general ha servido más a intereses privados que al interés general[45].

Finalmente, la ética constitucional es un intento de respuesta de la sociedad, independientemente del poder constitucional del gobierno de turno, a la crisis de legitimidad del Estado constitucional. Crisis que también es económica, de motivación de la ciudadanía y de racionalidad y se expresa en la crisis de la cultura político-constitucional[46]. Por ello, se puede señalar que en las etapas de crisis en las sociedades desintegradas, como la peruana, se produce una correlación directamente proporcional entre la desorganización valorativa de la sociedad y la desorganización de la personalidad, fomentando conductas antiéticas y concepciones incluso irracionales en el quehacer jurisdiccional constitucional[47].

Problema que no puede ser resuelto unilateralmente por la justicia constitucional, sino por los organismos encargados de investigar y sancionar las infracciones disciplinarias de los jueces; pero, ello no es óbice para que el Tribunal Constitucional sea conciente de dichos desafíos para afrontarlos en el marco de sus competencias del control constitucional de los poderes públicos y privados, como a continuación se presenta.

III. ESTÁNDARES DE LA ÉTICA JUDICIAL

Frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Estado constitucional se puede percibir que la ética es un parámetro necesario de control de los estándares en la actuación de los jueces y en la expedición de sus fallos. Al respecto, se va a presentar dos casos paradigmáticos de entre otros, a partir de una ética objetiva de los valores que aborda los parámetros de la actuación jurisdiccional, examinando los argumentos expuestos en los cuestionados fallos; dejando para otra oportunidad el análisis de la

44 HÄBERLE, Peter. "Ethik im Verfassungsstaat". En: *Neue Züricher Zeitung*, del 5 de julio de 1995, p. 6.; asimismo, del autor: "Das ewige Ringen um die Gerechtigkeit". En: *Forschung & Lehre*, 2 / 98, pp. 86-88.

45 DE CABO, Carlos. *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social* (...). Ob. cit., pp. 317 y ss.

46 HABERMAS, Jürgen. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Suhrkamp*. Frankfurt, 1973, pp. 40 y ss; asimismo, VERDÚ, Pablo Lucas. "Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional". En: *La crisis del Estado y Europa (Actas del Congreso sobre La Crisis del Estado y Europa, celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco, en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)*. Oñati: HAEE / IVAP, 1988, pp. 154 y ss.

47 MANNHEIM, Karl. *Man and Society. In age of reconstruction*, (1935). London: Routledge & Paul, 1980, pp. 117; revisar también la desgarradora decadencia social y personal en el tránsito de la República del Weimar al Tercer Reich, que consagró magistralmente la literatura alemana: MANN, Klaus. *Mefisto*. Barcelona: Plaza & Janes, 1995 y, para el horizonte temporal del siglo XIX, MANN, Thomas. *Los Buddenbrook*. Barcelona: Plaza & Janes editores, 1996.

ética subjetiva social que evalúa la conducta individual del juez en su rol tanto funcional como ciudadano.

El parámetro de valoración de dichos fallos encuentra en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial del 2006 un punto ineludible de referencia. Por cuento, se estructura en base a principios universales fundamentales de independencia e imparcialidad, así como, de motivación; que en tanto normas de optimización permite que se apliquen en función de las circunstancias del tiempo y el lugar. Pero, también el Código recoge otros principios complementarios como: conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia, honestidad profesional[48].

Sobre la base de los parámetros objetivos en la actuación judicial, nos centraremos en el pensamiento constitucional utilizado que es una forma de actuación judicial en base a una ética de la convicción personal y de la responsabilidad pública. Así, la ética objetiva parte del mandato constitucional (artículo 138) según el cual la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se realiza a través de los jueces con arreglo a la Constitución y las leyes. En consecuencia, si el fin último del Estado democrático constitucional es realizar la justicia a través del derecho, forma parte de la actuación judicial ética el desarrollo de los valores constitucionales y la protección de los derechos humanos, en la medida que condensan el estándar constitucional objetivo de su actuación judicial.

3.1. Caso "El Frontón" (Resolución N.° 3173-2008-PHC/TC)

La presente resolución fue emitida en virtud del recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal contra la resolución de la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por el suboficial de la Marina Teodorico Bernabé Montoya, con lo cual se dispuso el archivo de la investigación por la matanza de el Frontón.

Esta se produjo en junio de 1986, durante el primer gobierno del Presidente Alan García, a raíz de un motín de los presos por terrorismo que fue repelido en último término por la Marina de Guerra al mando del actual Vice Presidente de la República, Almirante (r) Luis Giampietri, con el saldo de más de un centenar de presos muertos. Todas las investigaciones fiscales y judiciales iniciadas desde entonces sobre las denuncias por las ejecuciones extrajudiciales se han ido archivando año tras año.

En la presente sentencia del Tribunal Constitucional en mayoría —suscrita por cuatro magistrados, Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Calle Hayen— se decide archivar el proceso de investigación judicial; a partir de abordar temas formales estrictamente procesales, sin pronunciarse sobre el asunto de fondo: la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos.

Así, por un lado, desestimaron la admisión del recurso de agravio constitucional ante el TC que se había producido meses antes, en base al fundamento jurídico N.° 40 de la STC N.° 4853-2004-PA/TC —que por cierto, constituye un precedente vinculante— por cuanto no se habría cumplido con los presupuestos básicos para ser erigido como tal. En efecto, la resolución en mayoría desconoce dicho precedente constitucional vinculante sin contar con los votos necesarios —de acuerdo con lo dispuesto en el ar-

48 Chayer, Héctor Mario. *Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia.* Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, ver anexo I, pp. 95 y ss.

tículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se requiere el voto conforme de cinco magistrados para modificar un precedente, y no cuatro—.

De otro lado, la mayoría del TC también analiza la conducta procesal del Instituto de Defensa Legal concluyendo que éste habría actuado en contravención al principio de buena fe, debido a que se presentaron como *amicus curiae* en el proceso penal ante el Poder Judicial y como representantes de los agraviados en el proceso constitucional de hábeas corpus. En virtud de ello, el Tribunal Constitucional declara nulo lo actuado e improcedentes los recursos de queja y de agravio constitucional presentados por el Instituto de Defensa Legal, declarando archivada la investigación contra el marino Berrocal por la masacre de El Frontón.

La presente sentencia cuenta con el voto singular: por un lado, de los magistrados Eto Cruz y Beaumont Callirgos, y; por otro, del magistrado César Landa. Los primeros consideran que debió declararse infundada la demanda de hábeas corpus.

Uno de los argumentos centrales que ambos magistrados desvirtuar la alegación de Bernabé en el extremo que sólo podrían considerarse como precedentes vinculantes aquellas decisiones del Tribunal Constitucional emitidas con posterioridad a la emisión del Código Procesal Constitucional, Así, señalan "el hecho de que sólo a partir de diciembre de 2004 se encuentre en vigencia el artículo VII del TP del CPConst., no significa que con anterioridad el Tribunal Constitucional no haya emitido determinadas reglas vinculantes para todos los poderes públicos y la colectividad en general, derivadas de los fundamentos constitucionales del precedente constitucional vinculante y de su calidad de máximo intérprete de la Norma Fundamental. En consecuencia, lo que corresponde a continuación es analizar si en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido ya alguna clara regla jurídica en relación con la imprescriptibilidad de la acción penal contra hechos que constituyan una grave violación de los derechos fundamentales" (fundamento 19).

Concluyendo que, efectivamente, podía extraerse una regla clara de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la imprescriptibilidad de delitos como los perpetrados en el caso El Frontón.

Respecto a la participación del Instituto de Defensa Legal, los magistrados constitucionales advierten que en efecto se ha producido una irregularidad procesal, ya que han actuado como *amicus curie* y como representantes de la familia Durand Ugarte. Sin embargo, señalan que dicha irregularidad no puede suponer en absoluto privar de justicia a los familiares de las víctimas del caso El Frontón.

Los citados magistrados también analizan la competencia del Tribunal Constitucional en la valoración de determinadas conductas como crímenes de lesa humanidad o no, teniendo siempre como premisa que se trata de delitos imprescriptibles; concluyendo positivamente a efectos de la competencia del supremo intérprete de la Constitución, toda vez de la implicancia de los derechos humanos en este tipo de controversia.

Ello se desprende de que "(…) los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, ello no significa que sólo esta clase de grave violación de los derechos humanos lo sea, pues, bien entendidas las cosas, *toda grave violación de los derechos humanos resulta imprescriptible*. Esta es una interpretación que deriva, fundamentalmente, de la fuerza vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la interpretación

que de ella realiza la Corte IDH, las cuales son obligatorias para todo poder público, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del TP del CPConst. La gravedad de la afectación a los derechos humanos deriva de la fuerza axiológica de los concretos derechos que resultan afectados, así como de las circunstancias manifiestamente desproporcionadas e irrazonables en que se produce dicha afectación. Y estos elementos sí pueden ser objeto de análisis por parte de un Tribunal Constitucional o de un Tribunal de Derechos Humanos, con prescindencia de la configuración típica que revistan" (fundamento 42).

Los magistrados abordan también la problemática existente entre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y el derecho al plazo razonable, siendo necesario el establecimiento de un equilibrio que debe ser promovido por el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Cabe mencionar que el suscrito como magistrado de la causa también emitió un voto singular, en el sentido de que debió declararse fundado el recurso de agravio constitucional del IDL e infundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por Teodorico Bernabé, basado en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos habían expedido dos sentencias una en el Caso Neira Alegría (1995) y otra en el Caso Durand y Ugarte (2000) condenando al Estado peruano por la masacre de El Frontón y disponiendo la obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos, así como, procesar y sancionar a los responsables.

En efecto, desde una interpretación del rol tutelar *pro homine* del TC, la presente demanda "(…) debe ser analizada tomando como premisa la impunidad en materia de violaciones a los derechos humanos que estuvo presente en el Estado peruano y que se reflejó en la ineficacia del sistema policial, fiscal y judicial para investigar estos hechos y determinar las responsabilidades penales correspondientes".

En esa dirección, se da cuenta de la reiterada y vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de investigación de violación de derechos humanos desde el 2002 hasta la fecha, jurisprudencia vinculante que debe ser de aplicación no sólo por los jueces y fiscales, a fin de cumplir adecuadamente con sus funciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período 1980-2000, sino que también es obligatoria para el propio Tribunal Constitucional; a partir de una interpretación de los derechos y las obligaciones estatales previstas en la Constitución de 1993 y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

Precisamente, uno de los sucesos ocurridos en el país que no fue objeto de una debida investigación lo constituyó el caso de las ejecuciones arbitrarias ocurridas en el establecimiento penal de El Frontón en junio de 1986, en el cual fueron violados el derecho fundamental a la vida de 111 personas. La Comisión de la Verdad y Reconciliación en su Informe Final concluyó que: "está en condiciones de afirmar que en el centro penitenciario San Pedro (Lurigancho) y el ex centro penitenciario San Juan Bautista de la Isla "El Frontón" (ubicada frente a la provincia del Callao), más de doscientos internos acusados o sentenciados por terrorismo perdieron la vida durante los motines de junio de 1986, por el uso deliberado y excesivo de la fuerza contra los reclusos que una vez rendidos y controlados fueron ejecutados extrajudicialmente por agentes del Estado. Asimismo (…) expresa que el Estado, en el presente caso, está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y

entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables" [49] .

Asimismo, en aras a dar cumplimiento con la obligación internacional del Estado peruano de investigar las violaciones de derechos humanos. El TC ha creador jurisprudencialmente el derecho a la verdad, mediante STC 2488-2002-HC/TC. En efecto, el derecho a la verdad es un nuevo derecho fundamental, desarrollado a partir de la interpretación de la cláusula abierta de derechos prevista en el artículo 3 de la Constitución de 1993 y tiene una doble dimensión: una individual y otra colectiva.

La dimensión colectiva del derecho a la verdad implica que "la Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores" Asimismo, "en cuanto a la dimensión individual del derecho a le verdad sus titulares son las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, sus familias y sus allegados, siendo de carácter imprescriptible el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron estas violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza". (Fundamentos 14 y 16).

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución, constituye un deber primordial del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos". Por su parte, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 3) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), establecen como obligaciones del Estado el respeto y garantía de los derechos reconocidos en estos tratados. En consecuencia, a través de su jurisprudencia vinculante, el Tribunal Constitucional ha delimitado los alcances de estas obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Dentro de ese contexto, considero los sucesos acaecidos en El Frontón como actos violatorios de los derechos humanos y, en consecuencia, imprescriptibles, de forma que resultan sin efecto cualquier norma u acto que tenga por finalidad entorpecer u obstruir la investigación de estos hechos y la determinación de responsabilidades e imposición de sanciones correspondientes. En efecto, "la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad constituye, en un proceso constitucional, un principio que no admite discusión alguna. Su aplicación evita la impunidad y permite a los Estados cumplir con sus obligaciones en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. La determinación de cuándo se está frente a un crimen de lesa humanidad constituye una labor jurisprudencial de particular importancia, a la que viene contribuyendo en forma decisiva la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en los últimos años ha emitido importantes decisiones al respecto" (Fundamento 37).

Cabe señalar que, respecto a los sucesos ocurridos en el penal El Frontón en junio de 1986, los familiares de las víctimas de estos hechos acudieron al sistema interamericano de protección de derechos humanos, precisamente amparadas en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a los órganos internacionales, y obtuvieron dos sentencias favorables de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos

49 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Tomo VI, p. 142.

a las sentencias sobre el fondo del caso Neira Alegría y otros vs Perú, del 19 de enero de 1995, y Durand y Ugarte vs Perú, del 16 de agosto de 2000.

En la sentencia del Caso Neira Alegría y otros vs Perú, la Corte Interamericana llegó a la conclusión que los hechos ocurridos en el penal El Frontón constituyeron ejecuciones arbitrarias. En este sentido señaló: "De las circunstancias que rodearon la debelación del Penal San Juan Bautista (El Frontón) y del hecho de que ocho años después de ocurrida no se tengan noticias del paradero de las tres personas a que se refiere el presente caso, del reconocimiento del señor Ministro de Relaciones Exteriores en el sentido de que las víctimas no aparecieron dentro de los sobrevivientes y de que "tres de los (cadáveres no identificados) sin duda corresponden a esas tres personas" y del uso desproporcionado de la fuerza, se desprende la conclusión razonable de que ellos fueron privados arbitrariamente de su vida por las fuerzas peruanas en violación del artículo 4.1 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos)" (fundamento 76).

De otro lado, en la sentencia del Caso Durand y Ugarte vs Perú, la Corte señaló: "el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. Ninguno de estos derechos fue garantizado en el presente caso a los familiares de los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera". (Fundamento 130).

Como consecuencia de esta afirmación, la Corte estableció en el fundamento 143 de la misma sentencia que: "(…) el Estado está obligado a investigar los hechos que produjeron las violaciones. Inclusive, en el supuesto de que las dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de éstas y, en su caso, el paradero de sus restos. Corresponde al Estado, por tanto, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance. A este deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas. Tales obligaciones a cargo del Estado se mantendrán hasta su total cumplimiento". Sobre la base de estos argumentos, la Corte ordenó en el punto resolutivo N.º 7 de la sentencia del caso Durand y Ugarte vs Perú que: "(…) el Estado está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables".

En consecuencia, el Estado peruano se encontraba obligado a investigar las ejecuciones arbitrarias efectuadas en el penal El Frontón en junio de 1986, por lo que no cabe la posibilidad de impedir, a través de un proceso de hábeas corpus, que el Ministerio Público y del Poder Judicial continúen investigando estos hechos, en la perspectiva de determinar las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar. En caso contrario, se incumplirían las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, violándose no sólo el derecho a la protección internacional de los derechos humanos reconocido en el artículo 205 de la Constitución peruana, sino también el derecho a la vida y, por ende, la no ejecución arbitraria o extrajudicial establecido en el artículo 2.1 de la Constitución y el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva consagrado en su artículo 139.3.

En lo que se refiere a los aspectos procesales, en el voto se cuestionó no solo el hecho que los magistrados que emiten la sentencia en mayoría han pretendido dejar sin efectos un precedente vinculante sin seguir las formas para ello, sino también la interpretación positivista que reflejan sus argumentos y que suponen que el Tribunal Constitucional abdique en sus competencias. En consecuencia, como magistrado constitucional no se puede ser menos enfático para afirmar que: en el fondo "se aprecia en la resolución de la mayoría una posición del interpretativismo textualista que no se condice con la estructura de las disposiciones constitucionales, a partir de reconocer en ella normas-regla y normas-principio. Constituye un retorno al positivismo jurídico más radical cuyos adeptos afirman que la interpretación empieza y acaba en el texto mismo de las disposiciones. Si se asumiera este punto de vista se derivarían consecuencias de gravedad que pueden terminar afectando inclusive la esfera de competencias que este Tribunal ha ido perfilando a través de su jurisprudencia" (fundamento 46).

Con esta sentencia expedida por los nuevos jueces del Tribunal Constitucional se ha perdido la oportunidad de ratificar la línea jurisprudencial sentada desde el año 2002 de afirmación del TC como guardián de los derechos fundamentales. Con lo cual se ha preferido argumentar en base a un formalismo jurídico procesal, subordinando los valores y derechos constitucionales al mismo. Justo cuando como afirma De Cabo, "el Derecho Constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política"[50].

Pero, no se trata de un Derecho Constitucional clásico, propio del Estado liberal, sino de un Derecho Constitucional ético, que se fundamente en la integración de la comunidad en función de los valores democrático-constitucionales y, en particular, de la dignidad de la persona humana[51]. Valores que, en la actualidad, se encuentran en un proceso de *deconstrucción* patológica en la forma del Estado de Justicia informal[52], sobre todo en países con sociedades débiles y poco institucionalizadas.

50 De Cabo, Carlos. *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social* (...). Ob. cit., p. 303; Offe, Claus y Ulrich Preuss. "Democratic institutions and moral resources". En: *Des-Arbeitspapier*, N.º 5/90. Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, 1990, pp. 23 y ss.; Suhr, Dieter. *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung. Über Hegel und Marx zu einer dialektischen Verfassungstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, pp. 260 y ss. y 288 y ss.

51 Grimm, Dieter. "Integration by constitution". En: *I-CON*, Vol. 3, Numbers 2 & 3: Special May, 2005. Oxford University Press and New York School University School of Law, 2005, pp. 193-208; von Bogdandy, Armin. "Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht". En: VVDStRL *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 62*. Berlin: de Guryter Rechtswissenschaftten Verlag-GmbH, 2003, pp. 156-188; asimismo, Häberle, Peter. "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft". En: Isennee/Kirchof (Hrsg.). *Handbuch des Staats Rechts*, Band I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*. C.F. Müller, 1987, pp. 835 y ss.

52 Gomes Canotilho, José. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pp. 11-22; Schulze-Fielitz, Helmut. *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, 176 p.; asimismo, Gotsbachner, Emo. *Informelles Recht*. Frankfurt: Europäischer Verlag de Wissenschaften, 1995, pp. 12 y ss.

3.2. Caso Requena Pasapera (STC N.º 04525-2007-HC/TC)

El Capitán de Navío Luis Miguel Requena Pasapera fue denunciado por hostigamiento sexual en su institución por seis funcionarias civiles que trabajaban directa o indirectamente en relación de subordinación entre los años 2004 al 2006. Dada las denuncias contra dicho alto oficial, éste fue objeto de investigación por el Consejo de Investigación para Altos Oficiales "A" y "B", que decidieron suspenderlo en su condición de militar en actividad, pasándolo a la condición de disponibilidad, así como, también, poniéndolo a disposición de la justicia castrense para que realice las investigaciones y sanciones penales a que hubiera lugar.

Contra estas medidas Requena interpuso una demanda de hábeas corpus con la finalidad de que se deje sin efecto la investigación penal preliminar que se venía realizando en su contra el Fiscal Mixto de Paita. Alegaba la vulneración del principio *ne bis in idem*, pues entendía que ya se le había investigado por los mismos hechos en el Fuero Militar. En consecuencia, pedía que se deje sin efecto: i) la Resolución Ministerial N.° 061-2007-DE/SG, de 24 de enero de 2007, que declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución N.º 659-DE/MGP que lo pasó a la situación de disponibilidad por haber incurrido en la falta grave de hostigamiento sexual; y ii) la Resolución Ministerial N.° 200-2007-DE/MGP de 26 de marzo de 2007, que desaprobó su pedido de reincorporación a la situación de actividad y por tanto dispone que continuará en la situación de disponibilidad.

El demandante sostenía que tales resoluciones constituyen una afectación a sus derechos constitucionales a la motivación de las resoluciones y a la publicidad de las normas por cuanto aplicaron un inconstitucional Reglamento de los Consejos de Investigación que no ha sido publicado en el Diario Oficial. En consecuencia, solicita que se disponga su reincorporación a la situación de actividad, con reconocimiento de la antigüedad en el servicio y demás derechos que le correspondían a su jerarquía (Capitán de Navío) al momento de ser indebidamente pasado a la situación de disponibilidad.

El Tribunal Constitucional en mayoría no expidió una sentencia ordinaria, sino que resolvió el caso a partir de la sumatoria del sentido de los votos que emitieron los magistrados de la Primera Sala y ante la discordia con el voto de los magistrados llamados a dirimir. Así, el Magistrado Eto Cruz resolvió declarar fundada la demanda, en consecuencia el demandante debía ser reincorporado a la situación de actividad con el reconocimiento de la antigüedad en el servicio y los demás derechos inherentes al cargo que ostentaba; e infundada en el extremo referido a la nulidad de la investigación preliminar iniciada por el Fiscal Provincial de Mixto de Paita. Sus argumentos fueron que el Tribunal Constitucional pase a pronunciarse sobre el fondo del asunto por cuanto, a pesar de que la pretensión del demandante respecto a las resoluciones administrativas sancionadoras no es en principio susceptible de ser protegida mediante la acción de hábeas corpus, el resultado de su demanda es previsible a la luz de los hechos descritos, por lo que, según él, cabía aplicar los principios de economía y celeridad procesal previstos en el artículo III del Código Procesal Constitucional, teniendo en cuenta el artículo II de dicho cuerpo normativo reconoce como un fin esencial de los procesos constitucionales la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Además, el Reglamento de los Consejos de Investigación de la Marina de Guerra del Perú RECOIN 13004, aprobado por Decreto Supremo N.º 037-DE/MGP, de fecha 19 de mayo de 1994, que fue aplicado en las resoluciones administrativas cuestionadas, ostentaban el carácter de reservado; lo que para dicho magistrado, resultaba incons-

titucional. En consecuencia, a juicio del magistrado se estaba afectando el derecho del demandante al acceso a la información y se está supuestamente menoscabando el principio de publicidad de las normas, esencial para la vigencia de toda norma del Estado; sin embargo, se soslaya que al ingreso a la institución cada oficial recibe todas las disposiciones reglamentarias para su conocimiento y fines.

De otro lado, el magistrado estimó que respecto al extremo de la nulidad de la investigación fiscal preliminar, en el presente caso no se había configurado una afectación al derecho constitucional a la cosa juzgada o al principio *ne bis in idem* por cuanto la justicia militar no emitió una decisión de mérito o pronunciamiento de fondo respecto de la imputación hecha al demandante, limitándose a derivar los actuados al Ministerio Público. El magistrado Álvarez Miranda se limitó a adherirse a este voto.

Por su parte, el magistrado Vergara Gotelli señala la improcedencia de la demanda en el extremo referido a las resoluciones administrativas cuestionadas, declarando nula la resolución que decidió pasar al recurrente de la situación de actividad a la de disponibilidad y disponiendo la emisión de una nueva resolución al respecto, con la consecuente reposición del estado de cosas anterior a la expedición de la resolución cuestionada; e improcedente en el extremo referido al cuestionamiento de la denuncia fiscal. Para ello argumentó que, respecto a la cuestionada investigación preliminar ordenada por el Fiscal Provincial Mixto de Paita, había operado la sustracción de la materia por cuanto dicho despacho fiscal había emitido una resolución en la que decidió declarar no ha lugar la denuncia penal por el delito contra la libertad —violación de la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor— en contra del recurrente. Pero también estimó que no se había configurado la violación del principio constitucional *ne bis in idem*, toda vez que la justicia militar tiene una naturaleza distinta al fuero civil, limitándose a la investigación y juzgamiento de los denominados "delitos de función".

Respecto al extremo referido a que se deje sin efecto las resoluciones administrativas cuestionadas, consideró que el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto, a pesar de que dicha pretensión sería en principio improcedente por aplicación del artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional, por cuanto, según dicho magistrado, se trataba de privilegiar la tutela de urgencia allí donde determinados bienes jurídicos de relevancia puedan verse comprometidos de manera irreparable, conforme lo establece el artículo II del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, la resolución administrativa que dispuso el pase del recurrente a la situación de disponibilidad constituye una afectación al derecho constitucional a la motivación de las resoluciones, por cuanto se sustenta en hechos en los cuales tanto la instancia militar como la instancia civil no habían considerado que se haya acreditado la responsabilidad del actor.

Los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos resolvieron declarar improcedente la demanda en todos sus extremos por los siguientes argumentos. En primer lugar, el artículo 25 del Código Procesal Constitucional acoge una concepción amplia del proceso constitucional de hábeas corpus, señalando que también procede en defensa de aquellos derechos constitucionales conexos con la libertad individual. En ese sentido, es posible tutelar mediante tal proceso afectaciones al principio constitucional *ne bis in idem* siempre y cuando exista conexidad entre aquél y el derecho constitucional a la libertad individual.

En el caso resuelto no se observó que exista tal conexidad por cuanto la cuestionada investigación fiscal preliminar no suponía *per se* afectación alguna a la libertad individual

del demandante, habiendo el fiscal demandado actuado conforme a sus atribuciones constitucionales a fin de esclarecer la denuncia presentada por el propio fuero castrense, que había señalado que la denuncia penal por hostigamiento sexual no era un delito de función, por lo que se inhibió pero derivó el caso al Ministerio Público para que lo investigara al mencionado oficial.

En segundo lugar, la Constitución (artículo 1) reconoce que "(l)a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; y, entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4), Convención de Belém Do Pará, ratificada por el Estado peruano el 4 de junio de 1996, prevé que: "(t)oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia".

Para los magistrado Landa y Beaumont este principio-derecho proscribe, precisamente, que la persona humana sea tratada como un instrumento u objeto, ya que tanto los varones como las mujeres son siempre fines en sí mismos. Por ello, la consideración de la mujer como un objeto sexual no es, en absoluto, compatible con la dignidad que la Constitución reconoce. Nadie puede afectar la libertad sexual o los derechos conexos a la misma de otra persona, independientemente de su sexo. Por el contrario, el objetivizar a la persona humana viola la dignidad y, en particular, denigra su condición de ser humano. De ahí que el Estado tenga la facultad y el deber de investigar y sancionar los actos que vulneren la dignidad de la persona humana en general y de la mujer, en particular. De ahí que los hechos objeto de tal denuncia ameritaban ser investigados por cuanto se trataba de conductas tipificadas como hostigamiento sexual, práctica que constituye una afectación de la dignidad de la persona humana.

En tercer lugar, el extremo de la demanda referido al cuestionamiento de las resoluciones administrativas sancionadoras resultaba manifiestamente ajeno al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus, esto es, la libertad personal y los derechos conexos; por lo que estimar el petitorio de la demanda en este extremo suponía desnaturalizar el objeto de protección del proceso constitucional de hábeas corpus.

Con este resolución en mayoría del Tribunal Constitucional se evidencia como la argumentación constitucional puede ser construida sobre la base de presupuestos que desconocen o infravaloran a los sectores marginados, reforzando así el tipo de Estado que convalida la violencia de género, como es la consagración de la impunidad de un alto oficial militar que hostiga sexualmente a las mujeres con quienes tiene una relación de jerarquía laboral.

Por ello, con dicho fallo en mayoría se debilita a la Constitución y a su jurisprudencia como un marco recreador de la ética judicial, de vivir en comunidad bajo el objetivo político —*ethos político*— del bien común, como producto concreto de una cultura de libertad[53]. Esta moral constitucional se contrapone a la ideología jurídica del

53 Häberle, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, pp. 18 y ss.; Bloch, Ernst. *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt: Suhrkamp, 1961, p. 14; asimismo, Preuss, Ulrich. *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsam in der Demokratie*. Ulm: S. Fischer, 1984, pp. 148 ss. y 196 ss.

pragmatismo procesal amoral. En efecto, la falta de una ética sustantiva en las sociedades democráticamente débiles, puede ser rentable a corto plazo solo para las élites y algunos tradicionales grupos de interés, pero la ética constitucional, en cambio, es siempre provechosa para el conjunto de la sociedad y sobretodo a los más débiles.

IV. CONCLUSIÓN

La actuación judicial del Tribunal Constitucional no puede estar desvinculada de un pensamiento constitucional institucional, en tanto expresión del doble carácter de la ética en el ejercicio profesional de la judicatura. Donde la ética objetiva entendida como la defensa de los valores constitucionales, se traduce en una ética subjetiva concebida como el respeto de las reglas procesales. Esta ética judicial integral es la síntesis concreta de la ética de la convicción de las ideas y la ética de la responsabilidad en la función judicial. Por ello, cabe señalar que la ética judicial en un Estado Constitucional incluye derechos y deberes jurídicos que se refieren a las conductas más relevantes para la vida pública y social. Máxime si, al decir de Malen, todo juez requiere ser una buena persona o dicho de otra forma, una mala persona definida en términos de su rechazo al sistema de valores democráticos y constitucionales no podría ser un buen juez[54].

Si la función del juez es impartir justicia interpretando la Constitución y la ley, debe resolver los casos imbuido de los valores que sostiene al sistema de fuentes del derecho. En ese sentido, las sentencias del TC expresan un pensamiento judicial integrado de una concepción ética de la Constitución y así se ha realizado el control desde su restauración democrática a partir del 2002 Sin embargo, en últimos fallos el TC no refleja el orden ético constitucional establecido en la norma suprema, lo cual ha sido sujeto de críticas debido a la falta de consistencia en la argumentación constitucional en causas que han favorecido a intereses políticos y militares.

Cabe considerar que la ética judicial supone asegurar dos enunciados sin discusión: independencia e imparcialidad. No se entiende la judicatura en un Estado constitucional sin el respeto de dichos principios. La independencia se concibe como la capacidad de impartir justicia prescindiendo de intereses, opiniones, presiones o amenazas de terceros, sean partes del proceso, autoridades de los poderes públicos, partidos políticos afines, grupos económicos, medios de prensa y de la opinión pública. A su vez, la imparcialidad se reduce a que los jueces eviten todo tratamiento desigual o discriminatorio a las partes; es decir el trato equitativo es un derecho de las partes a ser tratadas de forma objetiva y no discriminatoria. Y en todo caso, la falta de imparcialidad permite que los jueces se aparten de un caso, cuando ésta se encuentre comprometida.

Ello, por cuanto como ha precisado Gomes Canotilho, el Derecho Constitucional es mucho más que un conjunto de normas o instituciones, es también cultura, humanismo y ética; porque si bien el Derecho constitucional tiene una innegable dimensión práctica, debe evitarse caer en la ceguera del mero pragmatismo positivista[55]. En definitiva, como señala el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial "la ética judicial constitucional demanda rechazar los estándares de conducta propios de un mal juez, como los de un juez simplemente mediocre, que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido".

54 Malen Seña, Jorge. "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?". En: *Justicia Constitucional,* Año II, N.º 4, julio-diciembre. Lima: Editorial Palestra, 2006, p. 207.

55 Gomes Canotilho, J. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. pp. 1-2.

En tal sentido el Estado de Justicia tiene que generar mucha fuerza atractiva y disponer de medios de control de la actividad judicial constitucional, para erigir diques contra el fundamentalismo mediocre, para contrarrestarlo mediante el control de la opinión pública a través de los medios y, sobretodo, de la opinión crítica especializada.

Por ello, la ética constitucional, basada en la idea humanista e integradora del ser humano, cabe concebirla como una *utopía realizable.* Ello en la medida que ésta puede ser implementada en nuestro orden social concreto; siempre que los factores que preceden al quehacer judicial, como el nombramiento plural e independiente de los magistrados, constituya el punto de partida de una nueva forma de entender la Constitución y la justicia. Por cuanto, como señala Barak "veo mi rol de juez como una misión. Juzgar no es meramente un trabajo. Es una forma de vida"[56]. Proceso que es dinámico y abierto, en el cual los derechos fundamentales ocupan un rol concreto de movilización y de liderazgo ético e institucional, en el marco de respeto a los valores y mandatos de la Constitución.

56 Barak, Aharon. "El rol de la Corte Suprema en una democracia". En: *Ius et Veritas* 26, Año VIII. Lima, 2003, p. 114.

Reflexiones sobre el rol del Juez

Yuri Vega Mere*
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: I. Preliminares. II. El deliberadamente limitado rol de los jueces. III. Los demás poderes desean contar con jueces "legalistas". IV. Medición del comportamiento de los jueces (especialmente en los casos abiertos a la discreción judicial). V. La selección o nombramiento de jueces no es democrática. VI. Jueces, académicos y abogados. VII. La formación de los jueces y el recurso a materiales que sirvan a su labor. VIII. ¿Qué clase de jueces queremos? IX. Ideas finales

I. PRELIMINARES

Estas reflexiones son consecuencia de hechos de reciente data: (i) la promulgación de la Ley de la Carrera Judicial; (ii) el mensaje de apertura del año judicial 2009 del actual Presidente de la Corte Suprema y (iii) el discurso del nuevo Presidente del Tribunal Constitucional del 06 de enero de 2009.

Sin perjuicio de las referencias que haré a la Ley de la Carrera Judicial, llama la atención las tendencias opuestas en determinados aspectos de los dos discursos pues mientras Villa Stein anhela que la Corte Suprema retome la labor de control de la constitucionalidad de las leyes y, por ende, amplíe su actuación, Vergara Gotelli apunta hacia una autolimitación del Tribunal Constitucional tras afirmar que este ha tenido una participación en áreas o en casos en los que no debió (a su criterio) intervenir. No puedo precisar si Vergara Gotelli anhela propiciar una actitud similar a la de la *judicial restraint,* es decir, de fomentar la limitación del Tribunal Constitucional en la creación de nuevos derechos o en la derogación de normas dejando dicha tarea en las manos de los órganos constitucionalmente autorizados para tal fin de acuerdo los procedimientos democráticos tradicionales. Lo que sí parece claro es que persigue como tendencia la no invasión de esferas o competencias ajenas.

A lo largo del trabajo aludiré a ciertos pasajes de ambas intervenciones con el fin de intentar descubrir algunas afirmaciones que considero debe remarcarse. Lo común, en todo caso, parece ser la creciente necesidad de encontrar confianza en la comunidad sobre el rol que atañe a los Jueces, ya sean de la Justicia ordinaria o constitucional.

* Quisiera agradecer a mi amigo y colega, el reconocido jurista, Nelson Ramírez Jiménez, por los acertadísimos y valiosos comentarios a la versión preliminar de este ensayo que me permitió corregir algunos errores. Los que quedan, por supuestos, son de mi entera responsabilidad.
También quisiera agradecer a Hernán Carrillo y a Manuel Asencio Salazar por haberme proporcionado algunos de los materiales que me han servido para escribir estas líneas.

A pesar que con frecuencia el tema de la administración de justicia aparece en la prensa o en la crítica, es inocultable que a la fecha no se ha logrado una verdadera reforma al sistema. Y lo hecho no ha terminado de cuajar, requiere de ajustes que no siempre son fáciles de señalar o no se ha implementado. El trabajo efectuado por la Comisión Especial para la reforma integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) sin duda constituye el intento más serio y completo de los, hasta hoy, fallidos anhelos de mejorar el sistema. El trabajo se puede afinar y merece mayor atención de la que ha tenido. En su discurso de asunción de la presidencia de la Corte Suprema, Villa Stein no quiso hablar de una reforma más del Poder Judicial y apenas hizo una leve mención al Plan Nacional de la CERIAJUS. Destacó —entre otros aspectos— la necesidad de reafirmar la independencia del Juez[1] y de apuntalar la transparencia y eficiencia con la que deben tratarse los procesos que posiblemente tocan la fibra de la parte relativa, cuando menos, a la gestión judicial.

Quizá a ello debería añadirse la necesidad de no dar exagerada importancia a las encuestas (usualmente genéricas) que la prensa o a veces las propias Universidades publicitan pues no contribuyen a determinar los aspectos que resulta necesario reforzar o mejorar al interior de los Tribunales. Las encuestas pueden tener vicios de estructura por la forma en que se formulan las preguntas o bien en razón de las personas a las que se presentan y que no tienen idea alguna del tema sobre el que opinan.

Existen otros aspectos algo descuidados o bien silenciados sobre los cuales quisiera detenerme, valiéndome de algunas referencias al sistema judicial de los Estados Unidos de América o de estudios del mismo país dedicados al rol o al análisis del comportamiento de los Jueces, especialmente para destacar las diferencias con un sistema bastante diferente al nuestro, que forma parte del *Civil Law*. En alguna forma el hilo conductor de este ensayo es el acento que se sugiere colocar en el papel de los Jueces en la aplicación y creación del derecho; en cómo medir su actuación, especialmente en áreas que podrían reclamar un rol mucho más creativo que el que se quiere reconocer; en su nombramiento; en las diferencias entre la labor de los Jueces y los que no lo son; en los recursos de los que deben valerse para resolver los conflictos que se les plantea así como en la pregunta sobre qué clase de Jueces queremos tener y con ello abrir dichos temas a un debate que parece haberse enfriado y que debe abarcar nuevas variables. Todo ello gira, reitero, sobre el rol (el real y el deseado) de los Jueces.

II. EL DELIBERADAMENTE LIMITADO ROL DE LOS JUECES

La herencia de Montesquieu y del Estado de Derecho del siglo XIX parece haber acampado plácidamente en nuestro sistema. El rol deliberadamente limitado de los Jueces tiene, sin duda, un origen político e histórico. El sistema de administración de justicia y la separación de funciones (aplicada drásticamente a los Jueces por los demás poderes) exige a los Jueces que no creen Derecho ni actúen como legisladores en ningún caso. Se espera de ellos una actuación neutra o aséptica en la aplicación del derecho. En casos

1 Según Sanford Levinson. "Identifying 'independence'". En: *Boston University Law Review*, Vol. 86. 2007, pp. 1297 y ss, esp. pp. 1299 a 1302, existen tres variables con las que se podría identificar la "*judicial independence*": (i) la relacionada con la presión que se ejerce sobre los Jueces para tratar de incidir o definir sus decisiones, (ii) la libertad con la que los Jueces debieran, si deciden, dejar su cargo y (iii) los métodos de selección de los Jueces. A ello añadiría la variable de la no ratificación basada en razones políticas.

de no existir fuente escrita (ley) se recurrirá a las otras fuentes (entre otras cosas para mantener el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico) sin darles espacio para obrar con discreción en la solución de controversias. Nuestros Jueces son compelidos, de una manera abierta o hipócrita, a ser la *bouche de la loi*.

Con mayor razón se espera que los Jueces, como sí ha ocurrido en otras latitudes, como en los Estados Unidos de América[2], no se inclinen ni favorezcan ningún tipo de solución o política (*policy*) en área social alguna en la que el Derecho deba prestarse a ser un vehículo facilitador de determinadas actividades u objetivos. Esa labor ha estado y está reservada a los Parlamentos (o al Ejecutivo). A los Jueces, a lo sumo, se les encarga interpretar la ley antes de aplicarla no sin antes remarcar la importancia de la *mens legislatoris* en los trabajos de elaboración de las leyes para ser utilizados como parte de los cánones hermenéuticos que les permitirá conocer los intereses y valores mensurados y balanceados por el Legislativo o por el autor de la norma.

Esta actitud restrictiva ignora deliberadamente que el Juez se enfrenta a una norma estructurada sobre la base de las decisiones valorativas de sus autores pero compuesta de mandatos, conceptos, *standards,* cláusulas abiertas y otros elementos que deben ser incardinados en una realidad que no es estática y que puede, en esa medida, demandar una apropiada adecuación (me refiero a la norma, no a la realidad). El Juez, ante ello, no puede, salvo que renuncie a su rol, dejarse guiar por otros sin más, a ciegas. El Juez no es un autómata ni una computadora que procesa una solución o una respuesta a partir del cúmulo de información con el cual se le alimenta.

La jurisprudencia de la Justicia ordinaria, por lo demás, si bien ha adquirido mayor importancia en los últimos lustros (no en la misma dimensión que en otros países de la familia del *Civil Law*), lamentablemente dista de constituir un cuerpo de doctrina que haya logrado un grado de reconocimiento, de desarrollo y coherencia, y mucho menos de integración a los bloques normativos (usualmente otras fuentes encabezadas por la ley) con los que se resuelve los conflictos.

2 Es la tesis que sostiene Horwitz, Morton J. *The transformation of American Law*, 1780-1860. Cambridge (Massachusetts) and London (England): Harvard University Press, 1977, pp. 1-30. Sostiene el notable historiador, refiriéndose a la emergencia de una concepción instrumental del Derecho en los Estados Unidos durante el siglo XIX, que: "(…) by 1820, the process of common law decision making had taken on many of the qualities of legislation. As judges began to conceive of common law adjudication as a process of making and not merely discovering legal rules, they were led to frame general doctrines based on a self-conscious consideration of social and economic policies". Líneas más adelante, p. 23, señala que: "As judges began to conceive of themselves as legislators, the criteria by which their shaped legal doctrine began to change as well (…)". Hubo, en efecto, consciencia de utilizar al Derecho como instrumento de política social.
También puede verse una obra utilizada por el mismo Horwitz, que es un texto clásico de historia del Derecho americano. Me refiero a la obra de Willard Hurst, James. *The Law and the conditions of freedom in the Nineteenth-century United Status*. The University of Wisconsin Press, Madison, 1964, especialmente el capítulo I, referido al uso del Derecho para permitir el crecimiento de una nueva nación fomentando lo que Hurst califica como "the release of energy" (pp. 3 a 32). En el siglo XIX, como bien dijo el polémico jurista Americano Grant Gilmore. *The ages of American Law*. Yale University Press, 1977, p. 36, en los Estados Unidos "(…) The federal Congress did little; the state legislatures did less. The judges became our preferred problem-solvers".

Las inconsistencias o las sentencias opuestas sobre un mismo tema no hacen posible pensar en un sistema de fuentes que sea capaz de generar doctrina similar a la doctrina del *stare decisis* (la observancia del precedente) que naciera en Inglaterra y en los Estados Unidos curiosamente sólo a partir del siglo XIX, a pesar de ser sistemas en los que el Derecho ha sido —históricamente— forjado, en lo fundamental y durante varios buenos siglos, por los Jueces (*Jugde made law*)[3].

El Juez ordinario formado en la tradición republicana del *Civil Law* no fue ni ha sido —ni lo es, en algunos países— reconocido como un activo creador del derecho. Se espera (en medios restrictivos como el nuestro, o para quienes conservan una visión tradicional de su rol) que no consagre nuevos derechos, que no usurpe funciones legislativas ni desconozca el sistema de fuentes (en el que la jurisprudencia debiera darle mayores espacios para desarrollar capacidad creativa, por cierto). No ha existido tampoco ninguna tendencia ni actuación que pudiere ser catalogada, en nuestro medio, de "activismo judicial"[4].

3 Horwitz. *The transformation of American Law*, 1780-1860. Ob. cit., pp. 4-9. Mattei, Ugo. *Il modelo di common law*. Con la colaboración de Luisa Antoniolli Deflorian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 133 y ss. El *Common Law* ha sido fundamentalmente creación de los jueces a lo largo de los siglos pero la doctrina del *stare decisis* es de corta vida. Las decisiones de las Cortes Supremas estatales o bien de la Corte Suprema Federal en los Estados Unidos o bien lo resuelto por la *House of Lords* en Inglaterra sustenta dicha doctrina. La preponderancia de la labor de los Jueces en la creación del Derecho no niega, sin embargo, la importancia de otras fuentes a lo largo de los siglos de su formación, como lo intenta demostrar Tubbs, J.W., en su extraordinario e inusual libro (por ocuparse de las fuentes del Derecho exclusivamente) *The common law mind. Medieval and early modern conceptions.* Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 2000.

4 Como suele denominarse en los Estados Unidos a la orientación de Jueces que declararon abiertamente ser partícipes del proceso de creación del derecho. A pesar que los famosos Jueces Supremos Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo, conocidos por su labor más que notable en los inicios del siglo XX, apostaban por la actividad creativa y legislativa de los Jueces americanos, no son considerados mayoritariamente como parte del movimiento conocido como "activismo judicial". En su voto disidente en el caso *Southern Pacific Co. vs. Jensen,* 244. U.S., 205, 231 (1917), Holmes dijo: "*I recognize without hesitation that judges do and must legislate but they can do only interstitially* (…)". De Cardozo se puede revisar su clásica y extraordinaria obra, *The nature of the judicial process.* New York: Dover Publications Inc., 2005, 99 a 137. El texto fue publicado originariamente en el año 1921.
El activismo judicial fue inaugurado por la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América cuando dicho Tribunal se opuso, en defensa de una política que favoreciera el laissez faire, a la nueva legislación de matiz social y a la propuesto como producto del *New Deal*. El punto de partida el año 1905 por el famoso caso *Lochner* en el que destacó el voto disidente de Holmes, y que se computa como un período que se extendió hasta 1937, conocido como el período del "gobierno de los Jueces". En el caso *Lochner v. New York,* 198, U.S., 45 (1905), se protegió la libertad contractual por medio de la Enmienda decimocuarta a la Constitución americana prohibiendo al Estado de NewYork regular el máximo de horas de la jornada de los panaderos. En *Adair v. United States,* 208, U.S., 161 (1908) se sostuvo que la libertad contractual garantizada por la Enmienda decimoquinta impide que se prohíba la celebración de los llamados contratos de trabajo *yellow dog*. Esta cláusula en los contratos de trabajo

Aun sin ser necesario llegar a extremos, y sin rozar siquiera, por ahora, materias relacionadas con el Derecho Constitucional, es evidente que el rol del Juez es de mayores dimensiones e importancia que aquel que le dan aquellos que esperan que sea un aplicador pasivo y neutral de material que no ha creado. Los Jueces no sólo interpretan la ley o las fuentes; no solo las aplican; también crean reglas específicas a partir del material que utilizan y en ello contemplan los valores e intereses involucrados y la forma en que pueden haber sido incorporados o protegidos en las normas con las que deciden una controversia. Los Jueces deben engarzar las reglas que utilizan en los hechos que analizan y completar o definir los espacios o las definiciones que le son delegadas por el sistema (utilizando conceptos vivos o dándoles contenidos cuando ellos son recogidos en las normas), oxigenando y coloreando el material con las convicciones y contenidos que toman de la realidad, dándole sentido a las soluciones legales. Los Jueces no son autómatas y participan en la creación del Derecho desde que la sentencia y las reglas que introducen son producto de esa labor de integración y correlación que se debe forjar entre las reglas, los principios, los conceptos, las cláusulas abiertas, los *standards,* la técnica, el método y los intereses en juego.

La cuestión es más polémica si se analiza el rol del Juez Constitucional. ¿Puede intentar imponerse la misma imagen del Juez (ordinario) neutral, carente de discrecionalidad y ajeno al contexto en el que se desenvuelve, es decir, de un aplicador de entidades que se pretenden objetivas, como lo serían las normas constitucionales (que contienen las soluciones ya acordadas por los poderes elegidos democráticamente y que crean tales normas —o las modifican— por medio de procedimientos democráticos) o bien debe tener una actuación positiva relacionada a la afirmación los derechos fundamentales, reconocimiento de nuevos derechos?

El discurso del actual Presidente del Tribunal Constitucional se orienta hacia una autolimitación. La pregunta es, ¿de qué? En su discurso alude a intromisiones en competencias ajenas sin abundar en detalles y que ha generado —señala— que un sector de la crítica califique a los miembros del Tribunal de "metiches". Aunque no sea nada elegante, es el término que usa Vergara Gotelli. Quizá la autolimitación pueda responder a que, a riesgo de ser cuestionado por lo que diré, el Tribunal Constitucional ha tenido una actitud, en algunos casos, similar la de un "activismo judicial" al leer la Constitución

preveía que el trabajador quedaba obligado a no sindicalizarse o a desafiliarse si pertenecía al sindicato. En *Adkins v. Children's Hosp.*, 261, U.S., 525 (1923) se prohibió en el Distrito de Columbia prescribir un salario mínimo, también bajo el escudo de la libertad contractual.

Por activismo judicial también se alude a la actuación de la Corte Suprema bajo la presidencia de los *Justices* Warren y Burger (años 50 en adelante hasta la presidencia de William Rehnquist) en que el activismo supuso la lucha contra la segregación y la protección de las libertades civiles hasta llegar a la creación de derechos sustantivos no contemplados ni en la Constitución ni en sus Enmiendas en los Estados Unidos de América- Ver, por ejemplo, del reconocido historiador contemporáneo del Derecho americano White, G. Edgard. *The American Judicial tradition*. *Profiles of leading American Judges*. New Cork: Oxford University Press, 1976, pp. 317 a 368. y Beltrán de Felipe, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional.* Madrid: Civitas, 1989, pp. 25 ss.

de una manera que le permitiera consagrar soluciones nunca imaginadas o reconociendo algunas prerrogativas o derechos a partir de la interpretación constitucional[5].

La no invasión de territorios ajenos que propone Vergara Gotelli tendría (también) como fin garantizar al inversor la predictibilidad de los mandatos del Tribunal y garantizar sus derechos en una clara alusión a decisiones básicamente de orden laboral, sin dejar de lado la defensa de los derechos fundamentales (que, por lo demás, discute para el caso de las personas jurídicas, sobre lo cual, en esta ocasión, no me detendré, no sin antes manifestar mi sorpresa).

Quisiera pensar que el Presidente se refiere, en lo esencial, a dos aspectos: (i) evitar la participación del Tribunal en casos en los que no hay en juego o en conflicto aquellos temas que reclaman su intervención (derechos fundamentales, valores constitucionales o reglas que sostengan el sistema democrático)[6] y (ii) evitar la invasión de las esferas de otros órganos estatales. Todo parecería indicar que Vergara podría conducir al Tribunal hacia una suerte de *judicial restraint* allí donde la interpretación y aplicación de la Constitución evite que el Tribunal se convierta en un órgano legislativo (que suplante a los partícipes del juego democrático o que no observe los procedimientos de la misma índole). También (como veremos más adelante) promoverá el uso de la jurisprudencia de su propio Tribunal, lo que, como es evidente, implica que promoverá el apego a la Constitución y el uso de las decisiones del colegiado que preside, pero sin que ese apego a la Constitución lo muestre como un "originalista" en el estilo americano[7].

En el discurso de Vergara Gotelli no se aprecia ninguna referencia sobre el rol que pudiere corresponder a un Juez Constitucional en aquellas áreas del Derecho Constitucional que el notable Juez Federal y jurista americano Richard Posner califica como áreas abiertas[8] (que también llama de razonabilidad), que son aquellas en las que el material legal ortodoxo no basta ni brinda una regla ni una respuesta con la cual se defina la controversia.

Las "áreas abiertas" son, precisamente, las que dejan al Juez un amplio margen de discrecionalidad y dejan sentir la opción elegida por los propios Jueces o Tribunales en el asunto específico, renunciando a una actitud neutral allí donde habrán de recoger los valores e intereses que deban ser (balanceados y) protegidos de acuerdo con sus preferencias o inclinaciones (su pasado, su formación, su ideología) pero sin dejar que el

5 Recuerdo el caso de la pensión de viudez en el sistema público a favor del concubino sobreviviente; el del Derecho a la reposición del trabajador y no sólo al pago de beneficios sociales en caso de despido arbitrario; el de la incorporación del concepto de la "Constitución ecológica", etc.

6 Por ello cuestiona la participación del Tribunal en el famoso caso de la propiedad de las botellas de cerveza que generó una batalla entre empresas trasnacionales (STC N.° 1209-2006-PA COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERU S.A.C), así como un caso de un arbitraje entre empresas mineras (EXP. N.° 08229-2006-PA COMPAÑÍA MINERA ALGAMARCA S.A.). También deduzco esta orientación al deferir la solución de problemas relativos a la propiedad a la jurisdicción ordinaria y a las figuras que la protegen, desde la reivindicación a las acciones posesorias.

7 Ver nota 18.

8 Posner, Richard A. *How Judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, pp. 9, 10, 93, 94 y espc. 269 ss.

Juez actúe arbitrariamente al encontrarse condicionado por el contexto (constitucional, institucional y moral) en el que se desenvuelve.

Por lo apenas señalado, no llego a entender, del discurso de Vergara Gotelli, si él percibe que el Tribunal ha actuado arbitrariamente en las áreas en las que no hubiere bastado el material legal ortodoxo o si considera que ha usurpado funciones que no se ciñeron a los procedimientos democráticos (y no sólo a competencias ajenas). En general, no creo que sea esa la conclusión a la que se pueda llegar frente a la labor del Tribunal Constitucional en los últimos años, pero sí creo que su deseo de querer ser el intérprete y defensor de la Constitución podría acarrear el riesgo (y quizá existan algunos casos que su Presidente no mencionó) de querer expresar su opinión en todos los temas candentes sin que en el medio exista una discusión que merezca su participación o que legitime su intervención.

No sé si los miembros del Tribunal han expresado su coincidencia con el contenido del discurso de su Presidente ni sé cuál será su posición sobre una eventual orientación hacia una *judicial restraint* o si son o no conscientes de ello. Dejo a salvo la presencia de figuras de reconocida trayectoria en materia constitucional que de seguro entienden largamente de una manera más autorizada que yo las palabras de su Presidente.

No puedo concluir esta parte del trabajo sin expresar mi preocupación por una eventual autolimitación del Tribunal que produzca una contracción allí donde se requiera y sea legítima su intervención. Los Jueces han sido siempre empujados a una reducida labor. Ahora, mientras el Presidente de la Corte Suprema quiere reconquistar antiguos espacios y ganar credibilidad, el Presidente del Tribunal Constitucional se orienta hacia una limitación autoimpuesta.

III. LOS DEMÁS PODERES DESEAN CONTAR CON JUECES "LEGALISTAS"

Consecuencia directa e inmediata del estrecho (o negado) rol que se pretende reconocer al Juez en la creación del Derecho es el anhelo de los demás Poderes y de la Barra (es decir, de los Abogados) de contar con un Juez que se limite a aplicar e interpretar el material que se conoce anticipadamente (incluidos, cuando existan, los precedentes de observancia obligatoria), es decir, de contar con Jueces legalistas.

No se puede negar que ello traduce una imperativa necesidad de certeza. Los ciudadanos en general, los hombres de negocios y los Abogados esperan que los Tribunales actúen de acuerdo a las probabilidades (o predicciones) que se anticipa a partir del conocimiento previo del conjunto normativo aplicable a cada situación en particular. Pero también existen espacios en los que la labor del Juez encuentra diversas opciones de actuar una norma, de interpretarla. El Juez, igualmente, puede enfrentar casos en los que la ley resulta insuficiente y necesita recurrir a la integración *legis* o *iuris* o alguna otra forma de interpretación (y al final a los principios generales) bajo la convicción de que el orden jurídico goza de plenitud y no tiene lagunas. No son pocos los casos en que puede haber un encuentro de valores que reclaman ser (uno de ellos) amparados y que aún carecen de protección.

En alguna medida el expresado anhelo de predictibilidad y las críticas que se lanza en contra de los Jueces responde a que éstos a veces adoptan decisiones absolutamente imprevisibles (las hay y muchas, no lo neguemos). En otros casos encontramos que al interior de un mismo Distrito Judicial o ante el mismo Tribunal los criterios o la interpretación y, por tanto, la decisión de casos iguales o similares, reciben respuestas diferentes echando por la borda las predicciones.

Un eventual cambio de opinión que sustituya un precedente de observancia obligatoria y afirme otro, no debería ser —en mi parecer— objeto de preocupación. Si un Tribunal varía una solución lo hace porque considera que el precedente previamente adoptado no era adecuado. La técnica del *overruling* (de superación o de abandono del precedente obligatorio y afirmación de uno nuevo), que no ha sido acuciosamente difundida ni estudiada en nuestra realidad judicial (por la escasa importancia dada a la jurisprudencia), es parte de las técnicas de decisión de conflictos en las Cortes del *Common Law*[9] que no debiera causarnos desconcierto si no es frecuente.

Las diferencias de criterio al interior de las Cortes obedecen, entre otras causas, a las razones que antes mencioné. No todos los Jueces deben pensar igual. Ni todos tienen la misma formación y experiencia. No todos tienen las mismas habilidades. Las diferencias habrán de ser más complejas en aquellos casos en los que la ambigüedad de la norma provoca interpretaciones diversas o (evocando de nuevo a Posner) en aquellas áreas abiertas del Derecho Constitucional (o quizá también en otros ámbitos) en las que ni el texto ni los precedentes, ningún material ortodoxo, ofrecen una base para una decisión. Por supuesto, los juristas formados en el *Civil Law* dirán que el sistema de fuentes siempre proveerá una respuesta (aludo de nuevo a los principios generales del derecho).

Por otro lado, he de señalar que existen casos en los que no existe espacio para opiniones disímiles. No está demás recordar que es deseable que los Jueces, de alguna u otra forma, deben tener un acercamiento similar a la justicia de las soluciones que se requieren.

Si en las decisiones también ha de influir (dependiendo de la materia y de los espacios de maniobrabilidad o de discreción) la personalidad del Juez, entonces sus fallos igualmente son pasibles de ser coloreados con los antecedentes, la formación, la proveniencia, la cosmovisión, las impresiones, la extracción y la ideología del Juez. Ellos serán los que, de algún modo u otro, tendrán especial gravitación en los casos en los que la respuesta del Juez se enmarca dentro de un rango de discrecionalidad.

Si trasladamos lo apenas anotado al Derecho Constitucional el asunto adquiere mayor interés, precisamente por el sistema de elección de los Jueces constitucionales. La composición del Tribunal no sólo es producto de la aplicación de las normas constitucionales sino, en lo esencial, del juego de las fuerzas políticas del Congreso. La composición, por ello, proviene de pactos, de alianzas combinadas con una suerte de análisis de méritos y aptitudes. Los perfiles de los candidatos, su pasado, su filiación o simpatía partidaria, sus obras, su actuación previa, etc., son parámetros que permitirán anticipar cómo resolverán en aquellos casos en que los materiales legales o constitu-

9 Uno de los mejores libros escritos en los últimos años sobre la observancia de los precedentes judiciales y las técnicas que usan los Jueces y las Cortes para separarse de dichos precedentes es el libro del conocido y prestigioso profesor Eisenberg, Melvin Aron. *The nature of the Common Law*. Harvard University Press, 1988. El profesor Eisenberg es uno de los más destacados juristas americanos que han contribuido al desarrollo de una visión "dinámica" del Derecho contractual americano y a la mejor doctrina en materia de corporaciones. El *American Law Institute* le encomendó la redacción de los principios para el *Corporate Governance* que ya tienen varios años de publicación y han sido favorablemente acogidos por la crítica.

cionales ortodoxos no bastan y ello es (asumo) considerado de modo especialmente destacado al momento de la elección parlamentaria.

El Juez, a pesar de la presión que ejercen los otros poderes y los protagonistas de la realidad judicial, no tiene por qué ser legalista. Lo puede ser, ciertamente, por convicción o por deseo de mantener su posición. Lo que quiero remarcar, en todo caso, es que si los Jueces son legalistas ello es, en parte, producto de la división de poderes pero también de reglas supuestamente democráticas que asignan al Congreso la responsabilidad de encauzar la labor de los Jueces al ser la legislación (o las normas escritas no jurisprudenciales) la que de modo casi exclusivo marca la pauta de cómo deberán resolver los Tribunales.

IV. MEDICIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LOS JUECES (ESPECIALMENTE EN LOS CASOS ABIERTOS A LA DISCRECIÓN JUDICIAL)

Las afirmaciones apenas formuladas han desencadenado en países como Estados Unidos diversas teorías que analizan el comportamiento de los Jueces, teorías con adecuado sustento científico que son objeto de debate. Posner[10] ha acopiado hasta nueve teorías sobre el comportamiento judicial, entre las que destacan la teoría que llamaré política (*attitudinalism*), la formalista (con algunas vertientes) y la pragmática.

La primera teoría se relaciona con el proceso de selección de los Jueces Federales en los Estados Unidos de América, los cuales son propuestos por el Presidente y ratificados por el Senado. Es previsible que el Presidente elija a alguien que piense como él[11]. Los actuales *Justices* de la Corte Suprema de Estados Unidos son en su mayoría conservadores y elegidos por Presidentes republicanos[12]. Sin embargo, ello, al menos

10 Posner. *How Judges think,* pp. 19 a 56.

11 Posner, Richard A. "The role of the Judge in the Twenty-First Century". En: *Boston University Law Review*, Vol. 86. 2007, p. 1052, dice: "At its crudest, this is the idea that judges and Justice simply vote their political preferences, so if you know whether they are Democrats or Republicans you can predict their decisions; a more refined version substitutes ideology for party affiliation". Dice Chemerinksy, Erwin. "Seeing the Emperor's clothes: Recognizing the realty of constitutional decision making". En: *Boston University Law Review*, Vol. 86. 2007, p. 1078: "Every President in America history, to a greater or lesser extent, has chosen federal judges, in part, based on their ideology".

12 John G. Roberts, Jr. es el actual Presidente de la Corte por decisión de George W. Bush y tomó dicha posición el 29 de Septiembre de 2005. John Paul Stevens fue designado por el Presidente Ford y tomó posición el 19 de Diciembre de 1975. Es el más antiguo. Antonin Scalia, que nos visitó hace algunos pocos años, fue nombrado por el Presidente Ronald Reagan y tomó posición el 26 de Septiembre de 1986. Anthony M. Kennedy, también fue nombrado por Reagan y tomó posición el 18 de Febrero de 1988. David Hackett Souter fue nombrado por el Presidente Bush y se sentó como *Associate Justice* el 9 de Octubre de 1990. Clarence Thomas también fue nominado por el Presidente Bush y tomó posición el 23 de Octubre de 1991. La segunda mujer en ser *Justice* de la *Supreme Court*, Ruth Bader Ginsburg, (la primera fue Sandra Day O'Connor) fue designada por el Presidente Reagan y asumió el cargo el 10 de Agosto de 1993. Stephen G. Breyer fue designado por el Presidente Clinton y tomó posición el 3 de Agosto de 1994. Samuel Anthony Alito, Jr., fue nombrado por el Presidente George W. Bush y asumió el cargo el 31 de enero de 2006. Es el menos antiguo y sustituyó a Sandra Day O'Connor.

en dicho país, nunca significa la pérdida de independencia. Los *Justices* se deben a la Corte y no al Presidente[13]. Su procedencia ideológica (más que partidaria), empero, puede permitir intuir cómo resolverán en las denominadas áreas abiertas aun cuando en algunos casos ello pueda terminar siendo todo lo contrario como ocurrió con el fallo *Bush vs. Gore*[14] en que los Jueces conservadores votaron como liberales y los liberales como conservadores.

Para esta teoría también se debe tener en cuenta otros antecedentes de los Jueces: su visión, experiencia, declaraciones, simpatías políticas o referencias ideológicas, etc., que ofrecen un perfil del Juez y habilitan la predicción en los casos en que las normas y el material jurídico no comprenden una respuesta a casos constitucionalmente abiertos y necesitados de una definición judicial. Quizá habría que decir lo mismo para otros casos no constitucionales en los que el escalón final del sistema de fuentes (nuevamente aparece el recurso "salvador" dado por los principios generales del derecho) tampoco tiene una respuesta inmediata y concreta y la definición no se reduce a un simple juego deductivo.

No debemos olvidar que algunos principios generales del Derecho o de determinadas áreas del Derecho pueden tener ese rango o condición por ser la máxima expresión, a nivel jurídico, de acogimiento de ciertas políticas (*policies*) por parte del sistema legal. Así, por ejemplo, el principio *pacta sunt servanda* responde a la necesidad del tráfico o de una sociedad orientada o que gira en torno al mercado y que requiere el respaldo del Estado para el *enforcement* de los acuerdos. De modo que la aplicación de ciertos principios puede implicar la identificación de la política favorecida, su eventual vigencia o actualidad y saber si los intereses en juego serán adecuadamente protegidos mediante el recurso a tales principios que, por lo demás, exigirán que el Juez cree una norma o regla a partir de la aplicación del referido principio, o lo aplique directamente (como puede darse el caso con las normas constitucionales que plasman principios).

La teoría formalista, a su turno, explica el apego de los Jueces a los materiales ortodoxos: el Derecho escrito, los precedentes, etc., a los cuales acudirán como fuentes de consulta con el fin de dar respuesta a un caso concreto. La regla, para cada juicio, podría ser creada por el Juez a partir de dichos materiales o quizá estar contenida dentro

13 Así lo han sostenido inclusive el ex *Chief Justice* del Supremo Tribunal de Estados Unidos, el conservador republicano, Rehnquist, William H. En: *The Supreme Court.* Vintage Books, New Cork, 2001, y la ex Jueza de misma Corte, Sandra Day O'Connor. *The Majestic of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice.* Arizona: Random House, 2003.

14 *Bush* contra Gore, 531 EE.UU. 98 (2000). La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso el 12 de diciembre de 2000, otorgando la victoria en la contienda presidencial al ex Presidente George W. Bush. Only eight days earlier, the United States Supreme Court had unanimously decided the closely related case of , 531 (2000) , and only three days earlier, the United States Supreme Court had preliminarily halted that was occurring in . El Tribunal consideró que el método de recuento de los votos por parte de la Corte Suprema de Florida constituyó una violación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución americana. Al replantearse el recuento, el candidato republicano, sumó 271 votos (con 25 votos de la Florida) derrotando al candidato demócrata Al Gore, quien terminó con 266 votos de los Colegios electorales. A majority (270) of the electoral votes are needed to win the or in the Electoral College.

de aquellos materiales. El resultado dependerá de cada caso[15]. En los Estados Unidos se encuentran, dentro de esta tendencia, los denominados textualistas y los (como el famoso Jurista y Juez americano conservador Robert Borke o bien el *Associate Justice* de la Corte Suprema americana, Antonin Scalia) originalistas que buscan en la mente (*original intent*) y palabras de los autores (de la Constitución) las pautas para resolver un conflicto[16].

Finalmente, y dentro de las teorías más destacadas, se encuentra la teoría pragmática. Me gusta la síntesis que hace Posner: el Juez americano —a quien considera como el prototipo del Juez pragmático— resuelve de acuerdo a lo que considera una razonable respuesta anticipando los efectos del fallo y aplica tal solución si los materiales legales (ley, precedentes, etc.) no se oponen a ello por contener algún otro tipo de decisión[17].

15 Posner. *The role of the Judge in the Twenty-First Century*. Ob. cit., p. 1051 y ss., considera, siempre dentro del contexto de la realidad americana y de la judicatura de Estados Unidos, que los materiales o fuentes influyen en el resultado pero que no lo determinan y que los formalistas necesitan un meta-principio, como lo hacen los textualistas o los originalistas, u otra justificación (aludiendo entre los ejemplos a la interesante obra del *Associate Justice* de la Corte Suprema, Breyer, Stephen. *Active Liberty: Interpreting our democratic Constitution*. New Cork: Vintage Books 2005) que no se encuentra en dichos materiales. Es una forma bastante diferente de lo que nosotros entenderíamos por formalista en nuestro medio, pues los materiales o las fuentes –en la visión predominante- no dejan espacio para que el Juez cree la regla. La regla ya existe y el Juez debe aplicarla.

16 El originalismo estadounidense es una corriente interpretativa relacionada con la posición que debe asumir el Juez en la interpretación de la Constitución (*judicial review*). El originalismo es la tendencia más radical del *interpretivism* o *stric constructionism* que anula (o pretende anular) la discrecionalidad de los Jueces y que los obliga a actuar mediante criterios neutrales para acoger, sin contaminarlos, los valores recogidos por la Constitución y que fueron incorporados por los *Framers* o *Founders*. Ver Beltrán de Felipe, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional.* Ob. cit., pp. 51 ss. También puede verse Chemerinksy. *Seeing the Emperor's clothes: Recognizing the realty of constitutional decision making*. Ob. cit., pp. 1070 a 1077.

17 Posner. *The role of the Judge in the Twenty-First Century*. Ob. cit., p. 1054 y 1055 considera que los Jueces actúan como legisladores ocasionales, mas no en el estilo únicamente de H.L.A. Hart, es decir, cuando el material ortodoxo falla, cuando señala que: "They start by making the "legislative" judgment as to what decision would have good consequences –would be, in other words, good policy- and then see whether that judgment is blocked by the orthodox materials (...) They do not reach a point in a difficult case in which they say the law run out and nod I will do some legislating; what judge does (shot of palpable usurpation) is, by definition, law". Algo similar decía en los años 50 en los Estados Unidos, el jurista estadounidense, fundador de la *sociological jurisprudence*, Roscoe Pound, cuando afirmaba que: " En gran parte, y cada día con mayor decisión, la práctica de la aplicación del Derecho norteamericano ha consistido en que los jurados o los tribunales, según el caso, tomarán las normas jurídicas como guías generales, establecerán (*en la traducción, que no es de las mejores se dice:* "*establecieran*") cuáles eran las exigencias de la justicia y se esforzarán por llegar a un veredicto o dictar una sentencia que cumpliera con tales exigencias sin violentar demasiado el derecho". Cf. su *Introducción a la filosofía del Derecho*. Buenos Aires: TEA, 1972 (traducción de la edición americana de 1954 publicada por la Yale University Press) p. 82.

En nuestro medio adolecemos de tales enfoques. El comportamiento de los Jueces se mide con parámetros pretendidamente objetivos pero con fines de determinar su permanencia o una eventual promoción dentro de la carrera. Tal vez ello se explique en razón que la ley (me refiero a la Ley de la Carrera Judicial) no aborda ni debe abordar puntos de vista que son dejados a la doctrina y a la literatura judicial.

Creo conveniente precisar que la medición del comportamiento de los Jueces ordinarios puede resultar menos compleja si se tiene en cuenta que ellos laboran en áreas que tienen un más elaborado desarrollo y que dejan poco espacio (o ninguno) a la discreción judicial[18], pero ello no descarta lagunas o vacíos en aquellas otras materias no constitucionales.

V. LA SELECCIÓN O NOMBRAMIENTO DE JUECES NO ES DEMOCRÁTICA

Debo confesar mi simpatía por el sistema estadounidense de selección o designación de los Jueces Federales que se inicia con la propuesta del Presidente de la República y la ratificación del Senado así como el mandato constitucional de garantizar la permanencia en la función de —todos— los Jueces mientras observen buena conducta[19].

Por el contrario, nuestro sistema de elección de los Jueces ordinarios es realmente complejo.

Alguna norma constitucional me produce la sensación de querer encontrar un fundamento democrático en la labor de servidores que no son elegidos democráticamente. Así, el artículo 138 de la Constitución proclama (también como parte de la herencia de la revolución francesa) que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (aunque ello también me hace recordar a las asambleas helénicas que actuaban como Tribunales) y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Quizá la decisión de hacerlo por medio de Tribunales y Jueces se explique como parte del proceso de superación de las formas de autocomposición de conflictos que tienen antecedente en la venganza.

Ese énfasis se repite (de modo inexacto) en el inciso 17 del artículo 139 de la misma Constitución cuando se plasma como principio de la función jurisdiccional: "(…) La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley (…)". Esta última declaración es letra muerta pues los Jueces no son

18 Posner se refiere a un hecho similar en Estados Unidos cuando alude a la aplicación del *Common law* pues a pesar de ser el resultado de la creación de reglas y doctrinas por obra de los propios Jueces (a lo largo de algunos siglos), constituye un cuerpo de reglas definido y consolidado, que lo hace más estable y más objetivo que el Derecho Constitucional, en el que los Jueces a veces actúan como legisladores cuando se enfrentan a esa áreas que califica de abiertas: *The role of the Judge in the Twenty-First Century,* pp. 1049 y 1050.

19 "ARTICULO III, SECCION 1 (Constitución de los Estados Unidos de América): El poder judicial de los Estados Unidos residirá en un Tribunal Supremo y en aquellos tribunales inferiores que periódicamente el Congreso creare y estableciere. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de tribunales inferiores, desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta y en determinadas fechas recibirán por sus servicios una compensación que no será rebajada mientras desempeñen sus cargos". Norma similar existe en el inciso 3) del artículo 146 de la Constitución peruana.

elegidos por voto popular y el mandato del artículo 152 de la misma Constitución sigue viviendo a la espera de una norma que lo desarrolle[20].

La búsqueda desesperada por legitimidad democrática se estrella, además, con el sistema de elección a través del Consejo Nacional de la Magistratura dado que la propia Constitución, en su artículo 150, contrapone la selección y nombramiento de los Jueces por obra de dicho Consejo frente a aquellos que son elegidos popularmente (como ocurre con algunos Jueces estatales de la Unión americana). Aun más: ni siquiera la composición del Consejo Nacional de la Magistratura le da tinte democrático a la selección y designación de Jueces[21].

En suma, debemos reconocer que los Jueces no son elegidos democráticamente (o por voto popular), ni siquiera de modo indirecto, pues los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos por una pequeña fracción de la población.

Sin embargo, ello no debe causar temor ni desconcierto. Simple y llanamente es necesario mirar con otros ojos aquel predicado que advertimos del artículo 138 de la Constitución. Los representantes del soberano (en la Asamblea Constituyente) fueron quienes decidieron (de acuerdo a procedimientos democráticos) crear un sistema de nominación que no es, en esencia, democrático en su origen y que, por ende, debe ser visto como un entramado de reglas que pretende organizar la tarea de administrar justicia por medio de la participación de determinados sectores que definen la conformación del órgano seleccionador de los Jueces.

Este matiz es más crítico en el caso de la selección de los Jueces Constitucionales pues no sólo no son elegidos por voto popular sino que además son Jueces que gozan del poder de derogar normas de, entre otros, órganos o autoridades elegidos democráticamente.

La ley de la Carrera Judicial contiene una serie de pautas sobre la selección de los Jueces ordinarios. Siempre insistente con la idea de "carrera" (típico de los Jueces del *Civil Law:* ser servidores de carrera) garantiza que un 30% de las plazas se destine

20 Aplica el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así lo resolvió el Artículo Primero de la Resolución Administrativa N.º 102-2001-CE-PJ.

21 Artículo 155 (Constitución). Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura
Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:
1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.
Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años.

a Jueces Superiores y Jueces Especializados o Mixtos se destine a aquellos que pertenecen a la carrera.

En mi opinión, las Cortes, especialmente el Tribunal Supremo y las Cortes de Apelación o Superiores, deberían tener una composición balanceada: un tercio debería ser de carrera, un tercio de la Cátedra y el restante tercio de la Barra, es decir, de los Abogados en ejercicio. Cada cual aportaría algo distinto y evitaría que se impongan los usos burocráticos como podría ocurrir en caso que todos fueren de carrera, refrescándose la visión de las Cortes por medio de la experiencia (fuera de los Tribunales) del Abogado en ejercicio y del investigador que proviene de las Universidades y que puede haber sido un crítico de la jurisprudencia. No me he detenido a pensar si una distribución de este tipo merecería el juicio de los constitucionalistas para saber si contraviene alguna norma constitucional.

En los Estados Unidos ser Juez Federal es, en algunos casos, tanto como empezar una segunda carrera. Una parte de los Jueces Federales son personas que acceden a tales posiciones pasado los cuarenta años o bien a los cincuenta años y algo más. Otra parte (en aumento, curiosamente) proviene de Jueces promovidos o ascendidos. Pero el sistema funciona bastante bien con el balance de distintas fuentes de proveniencia y quizá valdría la pena intentar darle alguna oportunidad en nuestro medio.

La composición del actual Tribunal Constitucional se acerca a esta propuesta (pero como consecuencia del juego de las fuerzas políticas del Congreso).

VI. JUECES, ACADÉMICOS Y ABOGADOS

Lo que apenas acabo de anotar no implica que pretenda equiparar la labor de los Jueces con la de los Profesores ni con la de los Abogados. Lo que ocurre es que me parece interesante hacer confluir las visiones de tres experiencias distintas. ¿Y en qué son distintas?

Comienzo con tomar algunas ideas de un notabilísimo jurista americano, Charles Fried[22], que también fue *Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts y que, entre otros méritos, tiene el de haber relanzado la teoría liberal clásica del contrato en un afamado y muy comentado libro[23].

Para el profesor Fried, el Académico tiene libertad de elegir el tema objeto de su investigación y a lo sumo el riesgo de su trabajo es que no sea útil ofreciendo una nueva visión del tópico y no persuada ni sea considerado como material que será empleado por las Cortes. Puede criticar ampliamente la ley, tratando de incidir en la creación de nuevo material legal o jurisprudencial. El Juez, por su parte, no escoge el tema de cada conflicto que resuelve. Puede interpretar libremente (hasta ciertos límites) la ley, el derecho, puede proponer enmendar la ley, pero no puede actuar en contra de ella. El Académico toma los tiempos que la investigación y el financiamiento le permite. El Juez vive constreñido con los plazos.

Los Profesores critican a los Jueces. O los halagan. Los Jueces evalúan si lo que hacen los Académicos les es útil. El profesor ejerce influencia con las razones que elija

22 Fried, Charles. "Scholars and Judges: reason and power". En: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 23, N.° 3. 2000, pp. 811-812.

23 Fried, Charles. *Contract as a promise. A theory of contractual obligation*. Harvard University Press, 1981.

para exponer su punto de vista. El Juez ejerce poder guiado por la razón, ejerce autoridad y, como destaca Fried, es la única autoridad que reclama que las razones que esgrime son parte de esa autoridad[24].

Si bien Jueces y Académicos son también Abogados[25], cuando me refiero a estos últimos aludo a quienes ejercen la profesión como defensores. Algunos pueden ser Académicos, pero la mayoría no lo son lo que, por cierto, no los descalifica.

Los Abogados miran el proceso bajo otra perspectiva: la de ser el mecanismo de resolución de algún conflicto, de afirmación o de acogimiento de una pretensión, de tutela judicial o de protección de los intereses de sus clientes. Y, en esa medida, pueden contribuir con exponer de manera correcta los hechos ante el Juez o bien jugar con las reglas sin ningún propósito saludable que, lamentablemente, termina empañando el rol del Juez y no necesariamente la actuación del defensor. Existe, en mi opinión, un juego dialéctico, una actitud a veces bifrontal o multiforme por parte de algunos Abogados que exigen creatividad al Juez, lo inducen o convencen de ello (de ejercer discreción en un cierto sentido, cuando la ley lo permite) y luego lo acusan de prevaricato. Ese juego hipócrita merece ser puesto en su lugar y no irradiar sus efectos al Juez que tuvo espacio y poder, así como razones para actuar dentro de una de esas zonas o casos en los que se ejerce discrecionalidad o bien cuando la decisión que adopta es producto del ejercicio mismo de la labor judicial que exige la conjugación de un mandato con la realidad (plagada de intereses y de valores con los que se juzgan dichos intereses) a la que se interpreta a través de determinados conceptos, nociones, la aplicación de normas técnicas o de herramientas de ciencias auxiliares a las que el Juez debe recurrir obligadamente. Toda esa tarea, incardinada en el plano de lo sociológico—existencial, puede conllevar decisiones no automatizadas como las que usualmente se espera en casos de sencilla resolución.

Los Abogados, también es cierto, pueden ser grandes defensores y en no pocos casos ser los auténticos forjadores de la impecable argumentación que el Juez acoge en el fallo que emite, sin que ello se sepa tras conocerse el resultado. Pero pueden, igualmente, ser los causantes de que el proceso se dilate o se convierta en un campo de batalla (que, por cierto, el Juez debe evitar).

Muchas veces son los mismos Abogados dedicados a litigios los que más cuestionan la labor judicial. Quizá porque perdieron indebidamente un proceso y no tienen cómo explicar a sus clientes las razones por las que la causa tuvo el final que tuvo. O tal vez porque no sabe cómo explicar su propio descuido en el planeamiento o en el asesoramiento del proceso. Son tan variadas las motivaciones pero por desgracia todas apuntan el dedo hacia el Juez y pocos son los Abogados que reclaman a sus colegas el uso de estrategias vedadas y son menos (o ninguno) los que confiesan sus pecados ante sus clientes.

Esa brecha que existe entre Jueces y Abogados debe ser recortada por obra de la Cátedra, por obra de las Universidades y la necesaria formación ética como parte del aprendizaje que contemple una apreciación renovada de la labor de los Jueces.

24 Fried. *Scholars and Judges: reason and power,* p. 832.

25 También hay Jueces que son académicos.

VII. LA FORMACIÓN DE LOS JUECES Y EL RECURSO A MATERIALES QUE SIRVAN A SU LABOR

Los Jueces, valga verdad decirlo, hoy en día cuentan con mejores ingresos, pero me parece que aún son insuficientes o poco atractivos.

Aunque las verdades suelen ser provocadoras de molestia o enojo, los bajos o insuficientes ingresos que se ofrecen a los Jueces no atraen necesariamente a los Abogados más reconocidos en el medio. Estos prefieren ejercer privadamente organizados en pequeñas, medianas o grandes Firmas en las que sus expectativas pueden ser mejor colmadas. Los Jueces saben eso pero a veces temen asumir el riesgo de incursionar en la práctica privada, lo que no niega, por lo demás, que existan Jueces que son llamados a dicha tarea por vocación y que tienen como objetivo ser buenos Jueces. Y muchos lo son.

Por otro lado, también es cierto que el mercado laboral de los Jueces, como bien ha señalado Posner, muestra un monopsonio pues el Estado es el único que compra los servicios de aquellos a los cuales se admite a la carrera judicial[26]. Los Jueces sólo pueden comparar sus ingresos con los de aquellos que están fuera de la estructura judicial y, por ende, los parámetros de medición son bastante dispares. Quizá la única comparación que les queda es la de Jueces de países de condiciones similares pero no me parece la mejor referencia.

Los Jueces deberían gozar de una remuneración que no tiene por qué estar atada, como lo está constitucionalmente, a los ingresos de los congresistas. Sus ingresos deberían permitirles un alto grado de satisfacción material. Pero la realidad muestra que no sólo sus ingresos son menores a los de los Abogados de Firmas o Estudios prestigiosos sino que, adicionalmente, carecen de condiciones materiales y de soporte en aspectos tan elementales que nada hace avizorar que podrán tener un mejor trato en un futuro inmediato. Siempre me ha llamado la atención que los edificios abandonados por otras dependencias públicas que no son de la simpatía del Ejecutivo sean asignados al Poder Judicial. Ello no me parece ni adecuado ni muestra de un buen trato.

Quiero detenerme en el tema de la formación de los Jueces. Existe, afortunadamente, en la nueva Ley de la Carrera Judicial una clara garantía de respetar la especialidad de los Jueces. La especialidad, claro está, se puede lograr con estudios sectoriales o especializados, por medio de la docencia o a través de la experiencia. A estas observaciones debo añadir que debe ser una marcada característica del rol del Juez el que este exhiba necesariamente el dominio de una determinada área de conocimientos jurídicos. Los Jueces generalistas pueden contar con mucha experiencia pero la falta de profundidad impide un mejor uso de los materiales legales con los que se debe resolver conflictos.

Me preocupa la insistencia de la Ley de la Carrera Judicial en el incremento de cursos relacionados con la gestión judicial. Aunque a algunos les parecerá que mi crítica muestra una posición tradicional, siempre he creído que los Jueces no son administradores de negocios y que, en todo caso, la provisión de medios tecnológicos y la asistencia de profesionales especializados en gestión de recursos humanos y materiales (comúnmente formados como administradores de empresas) podrían ser parte del equipo de los Jueces para que estos se dediquen a la labor que les compete y para

26 POSNER. *How Judges think,* pp. 57 y ss.

la cual son seleccionados. No estoy proponiendo regresar a la imagen de un Juez que no sepa nada de gestión de su propio despacho o agenda, pero me parece exagerada la insistencia de querer convertir a todo funcionario público en una especie de gerente como ha sido usual en la propaganda de algunos políticos candidatos a cargos públicos que exhiben como distintivo el haber sido exitosos en sus empresas o negocios privados. Los programas informáticos pueden ayudar, entre otras cosas, a mejorar la gestión de los despachos judiciales mediante la alimentación de bases de datos que den cuenta de las etapas del proceso o de los vencimientos de los plazos para pasar a la siguiente etapa o para resolver la causa o algún recurso pendiente.

Adicionalmente, me parece que los Jueces deberían tener una formación que trascienda las fronteras del campo legal. Los Jueces bien podrían y pueden valerse de otras ciencias o disciplinas. Ser lo que alguna vez el ex Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William Rehnquist, calificó como "científico amateur"[27]. Y, de esa forma, recurrir a la economía, a las estadísticas, al cálculo probabilístico, antropología o al uso de herramientas de la economía para analizar las reglas jurídicas (como lo hace, y lo he retratado de una manera muy pero muy simplista, el análisis económico del derecho)[28]. Se me ocurre, entre otras cosas, que un adecuado análisis y definición de mayores derechos entre los convivientes podría tener como sustento el Censo del año 2007 que muestra que el 24,6% de la población vive en la situación de concubinos[29].

No son pocos los Juristas y Jueces que han creído que la economía es una ciencia de extrema importancia para el derecho. Pero seguirle el paso a la ciencia en general no es una tarea fácil[30].

El Presidente de la Corte Suprema ha aludido en su discurso a su intención de buscar el auxilio de otras disciplinas; a la necesidad de considerar que los costos de transacción entre agentes económicos institucionales ineficientes elevan los costos, retraen el comercio. La eficiencia, por el contrario, reduce costos y fomenta los intercambios beneficiosos. Villa Stein alude al rol del Poder Judicial en la solución y arbitrio

27 La preocupación por la relación entre el Derecho y la ciencia no es nueva en los Estados Unidos, especialmente el recurso a la historia y a la economía. Ver Holmes, Oliver Wendell. "Law in science, science in Law". En: *Collected Legal Papers*. New York: Peter Smith, 1952, pp. 210-243. También Holmes se refirió al hombre del futuro como el hombre de la economía y el maestro de las estadísticas en Holmes. "The path of the Law". En: *Collected Legal Papers*. Ob. cit., p. 187.

28 Sobre el recurso a las estadísticas y cálculos probabilísticos, ver Faigman, David L. "Judges as 'amateur scientists'". En: *Boston University Law Review*. Ob. cit., p. 1207 y ss.

29 INEI, Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda, segunda edición, agosto 2008, pp. 51 ss. En mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*. Trujillo: Colegio de Abogados de la Libertad, 2005, pp. 106, utilicé el censo del año 1993 que mostraba como promedio la tasa del 16.07% de convivientes entre la totalidad de parejas censadas. La opción del concubinato ha ido *in crescendo*.

30 Posner. *The role of the Judge in the Twenty-First Century*. Ob. cit., p. 1049, considera, no obstante, que el rápido avance de la ciencia va a poner en dificultades a los Jueces. La era de rápidos cambios tecnológicos y científicos los tomará por sorpresa pues el énfasis de su formación es en asuntos legales, opina Posner.

neutral e imparcial[31] de conflictos para garantizar la seguridad, estabilidad y desarrollo económico.

No sé si la Academia de la Magistratura es consciente de la necesidad de ampliar los horizontes y el recurso a otras herramientas que supere los moldes tradicionales de los estudios de post-grado que suelen ser, mayoritariamente, repeticiones de los cursos con los que se que forma (y, en algunos casos, deforma) al estudiante de una Facultad de jurisprudencia. No digo que no sea necesario refrescar conceptos o confrontarlos con hechos nuevos que los ponen en cuestión y que obligan a flexibilizarlos o a dejarlos de lado frente a nuevas realidades. Lo que pretendo afirmar es que la Academia tiene un rol que no puede ser de simple inducción para aspirantes o de mero repaso para los Jueces. Debe ser el más importante espacio de debate, de confrontación de ideas, de análisis de situaciones atípicas, de cuestionamiento de las leyes inaptas o de la jurisprudencia errada o de afirmación de las tendencias judiciales, etc., entre Jueces, Académicos y Abogados, pero también de receptividad de las herramientas que ofrecen o pueden ofrecer las ciencias auxiliares u otras disciplinas. Mientras el arbitraje permite a las partes elegir árbitros no abogados para la solución de controversias que requieren del conocimiento que sólo pueden aportar profesionales especializados, la justicia ordinaria cree que el Juez es capaz de entender e interpretar las opiniones profesionales y técnicas de peritos (que pueden acoger o no) pasándose por alto que una mala lectura, una comprensión errónea o el no entendimiento de una pericia, pueden producir una decisión científicamente insostenible.

Por otro lado, al momento de adoptar una decisión los Jueces pueden recurrir a todos los materiales a su disposición y citarlos de modo expreso. Los Jueces ingleses, por ejemplo, jamás citan opiniones doctrinarias ni a autor alguno, pese al prestigio o a la influencia que algún Académico pudiere tener sobre el Foro. Los Jueces de los Estados Unidos de América, en cambio, son a veces exagerados en hacerlo, pero en todo caso es una costumbre de las Cortes del país del norte citar opiniones doctrinarias que se asumen como autorizadas, racionales o convenientes para el *holding* o bien los *dicta* de los fallos.

No niego que la apoyatura doctrinaria sea persuasiva y seductora, que crea la sensación de consenso, que traduce la necesidad de encontrar respaldo cuando se intenta resolver un caso complejo y no rutinario. No niego, tampoco, la eventual manipulación de las fuentes o de las citas o bien el uso de opiniones no autorizadas. Pero de allí a llegar al extremo de la tesis del Presidente del Tribunal Constitucional hay una gran diferencia.

En su discurso de asunción, Vergara Gotelli dijo[32]:

Nuestras sentencias deben ser cortas, con crisis y sin ella, simples, claras, pues deben dirigirse a los justiciables que no son abogados y no solo a sus defensores que así se convierten en necesarios intérpretes de lo que decimos a través de ellas, sin reflejar

31 Tal apreciación parece revelar que Villa Stein cree en la imparcialidad o en la neutralidad de los Jueces. Si con ello se refiere al hecho de que el Juez no debe tener predisposición para favorecer a alguna de las partes del proceso puedo entenderlo, pero si se refiere a que el Juez no filtra, de alguna u otra manera, su cosmovisión, sus valores, su experiencia, etc., *allí donde debe optar por alguna solución que la ley y los materiales legales no bastan o no contienen una respuesta que no sea la que estructure discrecionalmente*, entonces creo que se equivoca.

32 Extraído de ‹http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/discurso_presidente.html›. Sitio visitado el 09 de marzo de 2009.

disputas académicas ni llenar hojas con citas bibliográficas como si una sentencia fuera una monografía en temática de especialidad, o un libro.

Cada cosa en su lugar. Una sentencia es la decisión de jueces sobre un caso concreto en el que se persigue la solución del conflicto que trae el demandante, en camino hacia la cosa juzgada. Ya Manuel Atienza, filósofo español de la Universidad de Alicante, aquí en nuestra casa se encargó de hacernos una crítica severa sobre este punto.

En dicha oportunidad el maestro español descartó las citas de jurisprudencia extranjera en nuestras sentencias. Creo que en tal sentido esta práctica en nuestro medio resulta peligrosa dado que en materia de jurisprudencia, aquí y allá, ayer y hoy, siempre se podrá encontrar decisiones en un sentido y en otro sobre el mismo tema —porque los tribunales están conformados por jueces de distinta opinión o porque a veces cambian— prestándose a la manipulación. Incluso me atrevería a decir que estamos ante una forma sutil de prevaricación porque es posible buscar la jurisprudencia que más conviene al sentido del fallo que uno quiere. La decisión, pues, debe ser construída en base al Derecho vigente y a los hechos concretos del caso. Las citas deben ceñirse a lo que el propio Tribunal Constitucional viene diciendo homogéneamente en sus resoluciones.

No entiendo por qué no se pueda hacer uso de citas de doctrina, de bibliografía, ni el anhelo de reducir las citas a las resoluciones del propio Tribunal.

Las sentencias, por otro lado, no son diarios ni periódicos dirigidos al ciudadano común. Puede existir una compleja discusión, que inclusive se arrastre desde la doctrina, sobre un determinado asunto sin que por ello se pueda cuestionar el uso de opiniones de terceros. Las sentencias no son siempre cortas ni sencillas, ni se prestan todas a ser vehículos para hacer docencia.

Me sorprende aún más la poco afortunada alusión al Abogado como mediador (en el deseo de Vergara Gotelli, no necesario) de lo que dice el Tribunal en sus sentencias. Sería bueno preguntarle al Presidente de la Corte Constitucional si todos los ciudadanos están en condiciones de defender sus derechos sin la asistencia de un Abogado.

Peor aún. Me golpea el desconocimiento de Vergara Gotelli de que las Cortes en el futuro casi inmediato estarán expuestas a un mayor influjo de la globalización y serán, como dice Posner, más cosmopolitas. La presencia de factores externos (extranacionales y extrajudiciales), la nueva *lex mercatoria*[33], las corrientes migratorias mundiales que ocasionarán la lucha entre diversas idiosincrasias y valores[34], etc., obligarán a los Jueces a renunciar a una actitud localista y de villorrio[35]. Y, por supuesto, para ello deberán co-

33 Francesco Galgano. *Lex mercatoria.* Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 238 ss, señala que: "(…) per nuova *lex mercatoria* si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati".

34 Sobre tan complejo tema como parte de los retos que el Juez deberá afrontar en el futuro, ver Torruela, Juan R. "What will determine the role of the Judiciary in the Twenty-first century?". En: *Boston University Law Review*, Vol. 86. 2007, pp. 1461 y ss.

35 Dice Galgano. *Lex mercatoria.* Ob. cit., p. 236 (en el contexto de una Europa como mercado común, claro está) que: " (…) un tempo si statuiva che il principio *iura novit curia* vale solo per il diritto nazionale. Il diritto straniero era considerato come un fatto, non un diritto, e come tale doveva essere provato dalla parte interessata. Por la Cassazione ha statuito, anticipando la legge (l. 31 maggio 1995, n. 218, artículo 14),

nocer o tendrán que verse precisados a conocer experiencias ajenas o a resolver conflictos de leyes o a aplicar leyes extranjeras y conocer cómo se han actuado tales leyes por la jurisprudencia de otros países. Parece que el Presidente del Tribunal Constitucional solo tuvo en cuenta una crítica del Prof. Atienza que parece haberlo embrujado y conducido por un camino ajeno al contexto mundial.

No veo por qué se deba temer al uso de materiales extranjeros. Las declaraciones de Vergara Gotelli traen a la memoria la polémica desatada en los Estados Unidos por el Juez Supremo Antonin Scalia al pretender que se prohíba la cita de leyes extranjeras, polémica que generó, inclusive, iniciativas legislativas en las Cámaras pero que afortunadamente no llegaron a nada[36] pues a la postre el propio Scalia y quienes actuaron como sus corifeos, olvidaron que en las Cortes americanas y los propios *Framers* de su Constitución siempre utilizaron material no nacional[37].

Creo, sin hesitación alguna, que Vergara Gotelli debe corregir sus aseveraciones y modificar el sesgo que quiere imprimir al Tribunal en este asunto. No existen Cortes ni Tribunales autárquicos ni nos hace bien tener Jueces chauvinistas que sólo confíen en sus fallos como fuente de inspiración.

No le falta razón a Galgano cuando señala que en la era de la globalización, las coordenadas de tiempo y espacio identifican una realidad distinta a la precedente. El Derecho no es más ni puede ser más una comunidad de codificaciones. El Juez ya no es el custodio de valores inmutables. Él produce y aplica en la práctica el Derecho que es necesario[38]. Tal como añade este notable jurista italiano, y es algo que valdría la pena que lo tuviere presente el Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, en la actualidad se da espontáneamente otro fenómeno de uniformidad de la jurisprudencia en el espacio. La discontinuidad de los sistemas legislativos nacionales enfrenta una tendencia homogeneizante de las orientaciones jurisprudenciales[39] basándose en ejemplos como el de la nulidad del contrato por prestaciones desequilibradas que ha resuelto la Corte Constitucional alemana y un juez de mérito italiano. Los Jueces han adquirido una visión cosmopolita que los hace ver al Derecho como un fenómeno universal.

La labor de los Jueces en un mundo globalizado conducirá a colocar a la *jurisdictio* por encima de la *legislatio*, poniendo en tela de juicio la visión tradicional de la división de poderes[40]. Y si a ello se opone el temor a la incertidumbre, habrá que responder, como lo hace el propio Galgano, invocando la autoridad del precedente y de una doctrina tan importante como la del *stare decisis* que da estabilidad al sistema y que elimina el temor a la incerteza, a la inseguridad y a la arbitrariedad que suelen ser invocados como

che il giudice nazionale deve conoscere il diritto straniero e deve applicarlo, ove ne ricorrano i presupposti, anche se la parte interessata non ne ha provato l'esistenza".

36 Seipp, David J. "Our Law, their Law, History, and the citation of foreign Law". En: *Boston University Law Review*, Vol. 86. 2007, pp. 1417-1446.

37 Cf. Calabresi, Steven G. "'A shining city on a hill': American exceptionalism and the Supreme Court's practice of relying on foreign Law". En: *Boston University Law Review,* Vol. 86. 2007, pp. 1336-1416.

38 Galgano, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 127.

39 Galgano. *La globalización en el espejo del derecho*. Ob. cit., p. 128.

40 En este sentido, Galgano. *La globalización en el espejo del derecho*. Ob. cit., pp. 132 y ss.

razones para oponerse a la capacidad creativa de los Jueces, olvidando, además, que un sistema como el *Common Law* tiene esa estructura, sin negar, claro está, el creciente rol del Estado y de las agencias administrativas durante el siglo XX[41].

VIII. ¿QUÉ CLASE DE JUECES QUEREMOS?

Hay algo que me parece acertadísimo en el deseo de perfilar el modelo de Juez más adecuado que intenta (bastante bien, por lo demás) el Prof. galo François Ost[42]: todo ello depende del concepto y modelo que tengamos del derecho.

Ost, siguiendo en parte a Ronald Dworkin, intenta tres modelos. El primero es el modelo jupiterino, basado en la imagen de Júpiter[43]. Como dice el autor, "(…) siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De este foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante momento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterniano está marcado por lo sagrado y la trascendencia".

Al referirse al segundo modelo, Ost señala que el segundo modelo, "(…) el modelo herculeano (de Hércules[44]) (…) nos trae sobre la tierra, toma la figura de revolución —gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido—. En la huella de las diversas corrientes que se declaran realistas —pensamos especialmente en el «realismo americano» y particularmente en la *socio-logical jurisprudence*—, entra en juego un modelo que calificaría de embudo (pirámide invertida). Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura del juez moderno, le da los rasgos de Hércules (…) A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al Código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad de la abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las

41 Friedman, Lawrence M. *Law in America*. New York: The Modern Library, 2004, pp. 123 y ss.

42 Ost, François. "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez". En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.° 14. 1993, pp. 169 y ss.

43 En la mitología romana, Júpiter tenía el mismo papel que Zeus en la mitología griega como principal deidad del panteón. Fue llamado Iupiter Optimus Maximus Soter ('Júpiter el mejor, mayor y más sabio') como dios patrón del estado romano, encargado de las leyes y del orden social. Fue el dios jefe de la Tríada Capitolina, que formaba junto a Juno y Minerva. Se creía que Júpiter estaba a cargo de la justicia cósmica y en la Antigua Roma la gente juraba por Júpiter en los tribunales de justicia, lo que llevó a la expresión común "¡por Júpiter!", usada aún como un arcaísmo en la actualidad.

44 Hércules era el nombre en la mitología romana del héroe de la mitología griega Heracles. Era hijo de Júpiter, el equivalente romano del dios griego Zeus, y la mortal Alcmena. Llevó a cabo doce grandes trabajos, llamados Los doce trabajos de Heracles y fue divinizado. Los romanos adoptaron la versión griega de su vida y trabajos sin cambios esenciales, pero añadieron detalles anecdóticos propios, algunos de ellos relacionando al héroe con la geografía del Mediterráneo occidental. Los detalles de su culto también fueron adaptados a Roma. Lo resaltante es, en todo caso, para efectos de entender el modelo a que se refiere el texto, fue que Hércules representó la encarnación de lo divino en *lo humano*.

cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo real; el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio (…)"[45].

Como bien añade Ost, el modelo jupiterniano satisface las exigencias del Estado liberal o Estado de Derecho del siglo XIX y el modelo herculeano el del Estado asistencial del siglo XX.

Dado que se trata de modelos en crisis que responden (según Ost) a épocas bastante delineadas, nuestro autor considera que la sociedad y el Derecho postmoderno merecen otro modelo, para lo cual representa dicha tercera opción bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses[46]. Como tal, siempre se mueve entre lo divino y lo humano, como un sabio traductor que sabe combinar la majestuosidad de la ley y el pragmatismo de la jurisprudencia, superando el modelo rousseauniano de culto exagerado y fanático de la ley (y del Derecho escrito en general, de aplicación lineal y vertical, desde la primera fuente de validación de las normas de rango inferior hacia estas según la imagen piramidal kelseniana) que respondió a una época y al anhelo de racionalización, de monismo jurídico, de consolidación de la soberanía del pueblo representado en las asambleas y de consagración de un modelo deductivo que perfiló al Juez y al hombre de Derecho como un especialista en lógica. El modelo de Hermes también intenta superar el atomismo jurisprudencial, a no dejar sentada la imagen de un Derecho creado por los Jueces y a no limitar el concepto del Derecho a lo que ocurra en los pasillos de los Tribunales, a las profecías holmesianas o a la proliferación de decisiones judiciales que aterrizan en lo singular, en lo concreto o a veces en lo anecdótico.

Hermes intentaría ser un gran sintetizador y algo más de aquellos dos modelos, por lo que tendrá que dar necesariamente un salto y reconocer los signos de la sociedad

45 Ost. "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez". En: Ob. cit., p. 170.

46 En la mitología helénica Hermes es el dios olímpico de las fronteras y los viajeros que las cruzan, de los pastores y las vacadas, de los oradores y el ingenio, de los literatos y poetas, del atletismo, de los pesos y medidas, de los inventos y el comercio en general, de la astucia de los ladrones y los mentirosos. El rasgo principal en las tradiciones sobre Hermes consiste en su papel de heraldo de los dioses, puesto éste en el que aparece incluso en los poemas homéricos, compartiendo esta función con Iris. De Hermes deriva la palabra "hermenéutica" para el arte de interpretar los significados ocultos. Su carácter original de divinidad desaparece gradualmente en las leyendas. Como heraldo de los dioses, preside sobre la habilidad en el uso de la palabra y la elocuencia en general, pues los heraldos son oradores públicos en las asambleas y otras ocasiones. Como diestro orador, era especialmente empleado como mensajero, cuando se requería elocuencia para lograr el objeto deseado. De ahí que las lenguas de los animales sacrificados le fueran ofrecidas. Como los heraldos y mensajeros solían ser hombres prudentes y circunspectos, Hermes era también el dios de la prudencia y la habilidad en todas las relaciones de intercambio social. Estas cualidades estaban combinadas con otras parecidas, tales como la astucia, tanto en las palabras como en las acciones, e incluso el fraude, el perjurio y la inclinación al robo. Los actos de este tipo eran cometidos por Hermes siempre con cierta habilidad, destreza e incluso elegancia. Hermes fue identificado con el dios romano Mercurio, quien, aunque heredado de los etruscos, desarrolló muchas características parecidas, como ser el patrón del comercio.
Todos los datos relativos a Júpiter, Hércules y Hermes los he tomado de Wikipedia (‹http://es.wikipedia.org›).

postmoderna[47]: (i) la multiplicidad de actores jurídicos y no sólo uno: desde el Estado hasta los particulares y la necesaria asociación entre unos y otros en determinados (y crecientes) sectores de la economía; (ii) la proliferación de funciones diversas a las tradicionales en los poderes tradicionales; (iii) la multiplicación de los entes con poder (p. ej., las regiones, los municipios, los entes autónomos, etc.) que, en efecto, conducen a la necesidad de un adecuado diálogo, de una permanente y necesaria comunicación, de un mensajero entre el Código y la sentencia, entre el Juez y el legislador, entre el Estado y los particulares, entre otras cosas.

El derecho, en mi opinión, y de allí ha de derivar el modelo de Juez que queremos, no sólo se debe asentar en el Derecho escrito sino, y sobre todo, en principios que son la fuente de aquel Derecho escrito pero que también orienta al Juez en la elección del Derecho o en su interpretación y aplicación. Esos principios no son otra cosa que la concreción de valores con los cuales se sopesa los intereses en conflicto o que deben ser balanceados, ya sea por el legislador, ya sea por el Juez. No existe sistema jurídico que deje un caso sin resolver, pero allí donde los materiales legales ortodoxos no bastan, el Juez debe dar una respuesta orientado por aquellos principios a los que me refería y, claro está, cuando encuentra que el caso que tiene frente a sí tiene una respuesta, debe aplicarla sin perder de vista que no sólo aplicará normas sino también conceptos, estándares basados las más de las veces no en criterios técnicos sino de experiencia, prudencia, sentido común e intuición, mirando, a la vez, qué han dicho los Tribunales precedentemente y no sin perder de vista que la Constitución (que recoge principios) puede darle luces y variar el sentido de la aplicación. Esa aplicación, valga decirlo, es ya una tarea creativa del Juez en no pocos casos. La identificación o individualización de la regla al caso concreto a partir del uso de los materiales legales no se agota (como hemos dicho) ni en un puro trabajo deductivo (lineal y vertical, de arriba hacia abajo) ni en una aplicación incolora e insípida de las normas con las que debe trabajar.

Si queremos tener Jueces que no sean legalistas, que superen la mentalidad del Juez parido por el Estado de Derecho del siglo XIX y, por supuesto, que no nos conduzcan a la difuminación de las soluciones por medio de una incontrolada jurisprudencia que no se apresta a las predicciones (a lo que nunca hemos llegado), entonces será necesario que los Jueces se basen en el modelo hermesiano que sepa combinar la dosis adecuada de respeto a la tradición y en el mayor espacio que el mismo sistema debe reconocer al trabajo creativo en la labor hermenéutica de los Tribunales.

IX. IDEAS FINALES

Es curioso notar como en un país como Estados Unidos de América la aproximación a la teoría americana del Derecho atraviesa por la actuación de los Jueces, la que es defendida como una labor creadora de Derecho o perfilada únicamente como una labor de aplicación del Derecho existente o que el Juez declara (porque lo descubre) pero que no crea[48].

47 Ost. "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez". En: Ob. cit., pp. 183 y ss.

48 Como en su momento lo hizo notar el notabilísimo profesor inglés Hart, H. L. A. en su ensayo "Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño". En: Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica,1994, pp. 327-350.

Ese necesario vínculo entre la teoría del Derecho y la labor judicial obedece a que el *Common Law* ha sido y es un sistema históricamente conformado por las decisiones de los Tribunales, lo que trae como resultado que la imagen del Juez sea muy diferente.

El Juez, en los Estados Unidos de América, es un personaje admirado; hace ciencia no sólo desde su Despacho o en las Cortes; también lo hace por medio de enseñanzas universitarias o por una marcada vocación, como es el caso de uno de los Jueces más representativos del siglo XX, Oliver Wendell Holmes, quien apenas fue profesor por unos escasos meses antes de ser convocado a la Corte Suprema de Massachussets, y cuya obra provino de su espíritu creativo y decididamente científico (además de pragmático). Los Jueces han escrito grandes obras o han revolucionado la jurisprudencia, sentando precedentes que han pasado a ser la fuente de inspiración y de decisión de propios los Tribunales.

Los Jueces son reverenciados por los Abogados y por otros Jueces y Académicos, que a su vez escriben biografías sobre Jueces.

Mucho de la conformación y revolución del Derecho americano se estudia por medio de la vida y obra de sus Jueces. La razón, reitero, es que el *Common Law* ha sido fundamentalmente creado por obra de los Jueces.

Puede haber (y de hecho lo hay) cuestionamiento de algunas decisiones de la Corte Suprema norteamericana, pero la estabilidad que da al sistema la doctrina del *stare decisis* y las técnicas de anticipar cómo se tratará o decidirá un conflicto en el futuro (para evitar la aplicación retroactivo de una solución novedosa), son dignas de elogio. El ciudadano común y corriente, los hombres de negocios y los mismos políticos, en los Estados Unidos, confían en las decisiones de los Jueces. Estos son conscientes de ser ese último bastión del sistema democrático y del sistema económico estadounidenses.

No pretendo proponer "trasplantes" que no respondan a la realidad histórica del país. Pero ansío que nos despojemos de prejuicios y que permitamos que los Jueces sean creativos dentro del ámbito institucional en el cual despliegan su labor. Ansío, como muchos, que las resoluciones de los Jueces ordinarios pasen a ser un referente más que necesario para conocer el derecho. Ello exige, por supuesto, no sólo un cambio de actitud de los propios Jueces. También exige, más que solo buenos Jueces, buenos políticos, buenos legisladores, buenos Abogados, mejor formación en las Universidades y mejores condiciones de trabajo y de estabilidad a favor de los Jueces.

¿Es posible el autoritarismo judicial?*

Armando S. Andruet (h)
Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba

SUMARIO: I. Introducción. II. Analítica de la autoridad. III. La analítica autoritaria en casos periodísticos. IV. Consecuencias provisorias de las tipologías propuestas. V. Conclusión provisoria

I. INTRODUCCIÓN

Inicialmente no podemos abrir un tema como el señalado sin superar la aparente *contradictio in adjectus*, puesto que pensar un modelo de juez que a la vez resulte autoritario, es hacerlo en un sentido contraintuitivo; toda vez que desde Aristóteles hasta nuestro días, se ha ido solidificando la imagen proteica de que el juez es como la misma imagen de la justicia andante[1].

De igual manera conocemos casos de jueces que conforman una paleta de conductas sintetizadas en la urdimbre de la corrupción judicial[2]. Aunque cueste aceptarlo, la historia de la administración de justicia, ha estado traspasada por la indecencia y desmesura de todo tipo por parte de los jueces[3].

Sin embargo la indecencia y corrupción de los jueces, no es lo mismo que el autoritarismo de ellos; como tampoco debe ser equiparado el juez autoritario con quien muestra perfiles arbitrarios, caprichosos, subjetivos, iracundos o extravagantes. Cuando

* El presente trabajo es una síntesis de la investigación principal que hemos realizado en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y que ha sido publicado en forma completa en el volumen 11 de dicho ámbito. Ver "Acerca del judicialismo o autoritarismo judicial". En: *Discusiones en Torno del Derecho Judicial*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, pp. 13-95.

1 Anota Aristóteles "Cuando están de desacuerdo, los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia; y el juez quiere ser la justicia animada" (*Ética a Nicómaco*, 1132a 19-22. A tal respecto ilustra Eduardo García Máynez que "Si tomamos en cuenta estas palabras, no podemos dudar de que, para el Estagirita, ser justo es la virtud esencial del juzgador. Este no ignora lo que de él se espera; por ello aspira a que las partes lo vean como una encarnación de la justicia" ("Imagen aristotélica del buen juez". En: *Ensayos Filosófico-Jurídicos*. México: U.N.A.M., 1984, p. 389).

2 Un estado del arte en dicha cuestión en la República Argentina, puede ser consultado en Cárdenas, E. y H. Chayer. *Corrupción judicial- Mecanismos para prevenirla y erradicarla*. Buenos Aires: La Ley, 2005, pp. 48 y ss.

3 Entre algunas obras que ayudan a comprender dicho fenómeno, pueden citarse: Nieto, A. *Crítica de la razón jurídica*. Barcelona: Trotta, 2007.

hablamos de autoritarismo judicial, nos referimos a la mostración de un componente integrativo de la realización operativa del juez que permite calificarlo de esa manera. Se relaciona con el ejercicio que hace del poder[4] dicho juez, y que a la consideración de la mayoría de las personas aparece como ilegítimo, sea por las consecuencias que resultan por las personas sobre las cuales se aplica o por el modo en que se hace valer[5].

El perfil del juez autoritario se espiga sobre los contornos del poder que legítimamente tiene asignado el mismo, y que los abogados conocen bajo la función jurisdiccional[6] o simplemente la *iurisdictio*[7]. Sin un poder legítimo no se puede ser autoritario porque lo que no hay antes, es un adecuado asiento de la autoridad.

II. ANALÍTICA DE LA AUTORIDAD

En términos generales, los jueces puede que sean una vez o varias veces autoritarios, pero que lo hayan sido alguna vez, no autoriza pensar que lo pueda volver a ser.

Pocos autores se han ocupado de estudiar la estructura vertebral de la autoridad; han sido más, los que han orientado su búsqueda intelectual por establecer modelos de autoridad y señalar los caracteres de dichas tipologías. Así la distinción de Max Weber[8] en modos de dominación legítima, a saber: dominación legal con administración burocrática, dominación tradicional y dominación carismática.

Ha sido tendencia de los estudiosos del problema, considerar el autoritarismo como una suerte degenerativa de la autoridad. Lo cierto es que cuando se estudia dicho fenómeno, se ha buscado su anclaje desde el carácter autoritario, antes que desde la

4 Siguiendo autores desde la sociología del poder, definen al mismo "como la relación procesal entre dos partícipes modalmente caracterizada por (1) la influencia asimétrica, en la cual una perceptible probabilidad de decisión depende de uno de los dos partícipes, incluso a pesar de la resistencia del otro, y (2) por el predominio de las sanciones negativas (reales o en cuanto amenaza) como característica de la conducta del partícipe dominante" (SCHERMERHORN, R. *El poder y la sociedad*. Buenos Aires: Paidós, 1963, p. 29).

5 "Por lo tanto, tiende a establecerse una situación de autoritarismo siempre que los que detentan el poder lo consideran legítimo, pero no es reconocido como tal por parte de los subordinados. Y esta situación se acentúa cuando el detentador del poder recurre a la fuerza, o a otros instrumentos de poder, para lograr la obediencia incondicional que ya no logra conseguir con la creencia de legitimidad" ((BOBBIO, N.; N. MATTEUCCI, y G. PASQUINO. *Diccionario de Política*. Madrid: Siglo XXI, 1998, T.I, p. 124).

6 Se ha definido ella como "el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico" (DÍAZ, C. *Instituciones de Derecho procesal- Teoría de la jurisdicción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972, T.II-A, p.17).

7 Tres son las características de la jurisdicción: es inderogable, o sea que las partes no pueden disponer de ella; es indelegable, el Estado inviste a una persona para el ejercicio de la misma y ello es instransferible absolutamente; finalmente su unidad, esto significa que se trata de una función única e indivisible por lo tanto todos los que tienen jurisdicción la tienen completa y no fragmentada. Este último carácter no se pierde, en tanto que por razones de organización y/o especialización se determinen competencias diversas, tanto vertical como horizontalmente.

8 WEBER, M. *Economía y sociedad*. México: F.C.E., 2004, pp. 170 y ss.

filosofía política o jurídica. Así al menos en obras clásicas, por caso Theodoro Adorno[9], Hannah Arendt[10], Erich Fromm[11], sólo secundariamente se ha puesto la mirada más sociológica como lo propusiera Seymour Lipset[12].

Ahora nos ha interesado indagar por una matriz lo más universal posible de lo que es la autoridad y que pueda ser predicable tanto de quien la realiza política como judicialmente[13].

1. Dicha cartografía básica la hemos encontrado en la obra de Jósef Bochenski[14] que dirá su existencia en todo ámbito donde exista una triple relación binaria; que supone tres términos: 1) Aquel que tiene la autoridad y que se nombra como '*portador de la autoridad*', 2) La persona para quien el portador tiene esa autoridad y que se denomina *'sujeto de la autoridad'* y 3) El campo o ámbito en donde se cumple la anterior situación y que se nombra como '*ámbito de la autoridad*'[15]. Haciendo las adecuaciones correspondientes, el juez es quien resulta portador, los ciudadanos son los sujetos y el ámbito de tal autoridad, está limitado por aquello que integra el mundo de lo jurídico. El aspecto que calificará y por ello es una condición necesaria para la relación de autoridad, será la *'comunicación'*. Hasta aquí los *elementos* de la autoridad.

Respecto a las *propiedades,* la que primero se apunta por el autor es que nadie puede ocupar simultáneamente el rol de portador y sujeto de ella.

Otro de los capítulos sobre el cual debemos reparar en el análisis de Bochenski se vincula con las *especies* de autoridad. La autoridad según cual sea la forma comunicacional que utilice —proposición u orden— estará alistándose en una autoridad del saber y también conocida como *autoridad espistemológica,* o una autoridad superior o *autoridad deontológica.* Una es la autoridad del que sabe y la otra del que preside.

2. Desde una consideración *ad extra* de la autoridad, el tópico nos reenvía a dos consideraciones básicas. La primera, la de poder ubicar en los márgenes convencionales de los modelos de dominación a cuál de ellos corresponde el que ejercita el juez; y la segunda encontrar sub tipos judiciales que puedan ser descriptos a partir de realizaciones verificables.

La formulación de tipologías de jueces que poseen parámetros considerados de comportamientos autoritarios, no significa que sean ellos, malas personas moralmente hablando. Dicha conclusión será sólo, para los pocos jueces, en los cuales dichos rasgos se hacen una habitualidad y son dominantes.

---

9 Adorno, T.; E. Frenkel-Brunswik; D. Levinson y R. Sanford. *La personalidad autoritaria*. Buenos Aires: Proyección, 1965.

10 Arendt, H. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, 1987. Conocemos por referencia bibliográfica otra obra de la autora y que parecería estar más en línea a la presente temática así: "Qu'est-ce que l'autorité?". En: *La Crise de la Culture*. Traducción de Patrik Lévy. Gallimard: 'Idées', 1972, pp. 121-185.

11 Fromm, E. *El miedo a la libertad*. Buenos Aires: Paidós, 1998.

12 Lipset, S. *El hombre político*. Buenos Aires: Eudeba, 1960.

13 Tiene autoridad un gobernador o un juez, quienes han accedido a dicho cargo después de cumplirse los requisitos jurídico-legales que a ello lo disponen formalmente.

14 Bochenski, J. *¿Qué es autoridad?* Barcelona: Herder, 1979.

15 Define el autor citado —y luego de desarrollos que evitaremos— "que la autoridad es una relación lógica no unitaria, que media entre dos individuos reales y una clase de formaciones ideales" (Bochenski, J. *¿Qué es autoridad?* Barcelona: Herder, 1979, p. 40).

Destacamos que los tipos y sub tipos de magistratura y de magistrados que se indicarán, se construyen en la ocasión, desde una primaria constatación periodística. Lo adecuado, sería que esta visión se integrara con otro conjunto de referencias que se afirmen en la misma psicología profunda de los magistrados; desde ese punto de vista, el presente aporte es inconcluso. Pero tampoco se puede negar, que la realidad mediatizada por los medios, es el aparato productor no sólo de información para todos, sino de formación también para algunos.

El estudio consagrado al tema de la autoridad, es el de Max Weber, allí se resume el concepto de autoridad en el de dominación y que se relaciona con el poder, aunque no se identifica con él[16]. De allí también resulta que la aquiescencia es un dato esencial a toda relación de autoridad[17]. Para que se pueda concretar la sumisión, se precisa que quien tiene la capacidad de mandar, tenga la legitimación necesaria para ello y al menos exista en quienes obedecen, la creencia en dicha legitimidad[18]. De esta manera, a la *potestas*[19] —poder basado

16 "Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado contenido entre personas dadas (...). La situación de dominación está unida a la presencia actual de alguien mandando eficazmente a otro, pero no está unida incondicionalmente ni a la existencia de un cuadro administrativo ni a la de una asociación; por el contrario, sí lo está ciertamente —por lo menos en todos los casos normales— a una de ambas" (Weber, M. *Economía y sociedad*. México: F.C.E. 2004, p. 43). Otros autores prefieren profundizar en paralelo con la noción de poder la de que el mismo, sea legítimo. Así se escribe que "no todo poder estabilizado en el que la disposición a la obediencia de manera incondicional se funda en la creencia en la legitimidad del poder. La autoridad (...), es el tipo de poder estabilizado al que llamamos poder legítimo" (Bobbio, N.; N. Matteucci y G. Pasquino. *Diccionario de Política*. Madrid: Siglo XXI, 1998, T.I, p. 120).

17 "Ha sido considerado críticamente la llamada voluntad de ser obediente en la relación de autoridad, puesto que, de aceptarse ella en manera definitiva, la desobediencia habitual o la inobservancia general de las normas, constituirán para quien ejerce la autoridad una razón para la pérdida de su legitimidad; lo cual si bien no es completamente cierto, no hay duda que genera un menoscabo a ella" (Bobbio, N. y M.Bovero. *Origen y fundamentos del poder político*. México: Grigalbo, 1984, p. 28).

18 Con la autoridad que caracteriza la opinión de Luigi Sturzo indica que "La necesidad psicológica de la legitimidad de la autoridad, es tal que, donde falta un título adecuado, se hacen todos los intentos posibles para hallar un sustituto, dado que autoridad ilegítima sería una contradicción en los términos (...) Donde falla la tradición o el derecho, los hombres intentan nuevos títulos de legitimación (...) El modo de legitimación varía; pero la búsqueda de legitimidad, es necesaria si ha de subsistir el estado político" (Sturzo, L. *Leyes internas de la sociedad- Una nueva sociología*. Buenos Aires: Difusión, 1946, p. 199).

19 La noción de potestas se vincula directamente con un poder de coacción, con la capacidad de imponer una voluntad que tiene una persona o un grupo. Cicerón al tiempo de predicar los componentes de la República romana se refiere precisamente a los tres conceptos que básicamente constituyen la misma matriz de estudio de este ensayo, así dice que dicha República es un "equilibramiento de los derechos, de los deberes y de las funciones, tal que haya suficiente potestad (*potestas*) en los magistrados, autoridad (*auctoritas*) en el consejo de los primeros ciudadanos, y libertad en el pueblo" (*Sobre la República*, 2,57).

en la fuerza coercitiva— se le agrega la *auctoritas*[20] —poder legitimado y confianza de los subordinados—[21].

Según Weber los tipos de dominación legítima se explican de la siguiente manera. La de carácter racional reposa sobre la creencia en la legalidad de las ordenaciones de quien ejerce la autoridad, la cual a su vez se encuentra estatuida en una forma racional; dicha autoridad esta sujeta a la ley, está dotada de una jerarquía administrativa y la dinámica organizacional de la estructura para dicha dominación, es burocrática[22]. La de carácter tradicional, descansa en la santidad de las ordenaciones y poderes del que manda y heredados de tiempos lejanos y creyéndose en ellos, por los méritos de su santidad[23]. La última es la carismática, que descansa en la misma figura del caudillo, a quien: por razones de confianza personal, por la heroicidad o por la ejemplariedad, los otros lo hacen merecedor de dicho respeto[24].

La matriz dominativa de los jueces, en razón de que todos ellos están sujetos a un mismo esquema disciplinar y similares parámetros de exigencia laboral y en todos los casos, la jurisdicción de cada uno se encuentra acotada por razones de la competencia es que dicho tipo de autoridad, es un perfil dominativo racional[25].

---

20 La etimología del concepto *auctoritas* deriva del verbo *augere*: aumentar (Ver Benveniste, E. *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*. Madrid: Taurus, 1983, voz autoridad). De allí se debe colegir que la autoridad es lo que otorga un 'aumento' que resulta necesario para la validez de un acto emanado de una persona o grupo que no pueden por sí solos validarlo. Bien se ha indicado que "La *auctoritas* es, por tanto, en primer lugar, un modo de acción política principalmente reservado al Senado. Pero hay que recordar que no se ejerce solamente en el ámbito político: importa al máximo en el campo religioso (la *auctoritas* de los pontífices o de los augures), en el del Derecho (la *auctoritas* de los jurisconsultos) y en el de la familia (la *auctoritas* del padre de familia). Sin embargo, en ninguno de estos aspectos se presenta como un poder de mando. La *auctoritas* no ordena. Es la antítesis del *imperium* y de la *postestas*. Propone o rectifica. Ser *auctor* es tanto proponer como confirmar y garantizar" (Revault d'Allonnes, M. *El poder de los comienzos- Ensayos sobre la autoridad*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008). Con mayor detalle y en la evolución histórica se puede ver en Preterossi, G. *Autoridad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002, pp. 5 y ss).

21 "Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal" (Weber, M. *Economía y sociedad*. México: F.C.E., 2004, p. 172).

22 Ver Weber, M. *Economía y sociedad*. México: F.C.E., 2004, p. 173.

23 Ver Ídem, p. 180.

24 Cabe recordar que en el sistema napoleónico de organización judicial, se hacía radicar la garantía de la jurisdicción en que el juez es formalmente legitimado por razón de su investidura y del carisma. Indica De Miguel Garcilópez que se hablaba literalmente de 'unción carismática', vide *Ley penal y Ministerio Público* en *Estado de Derecho: Anuario de Derecho Penal*, (1963), p. 266, citado por Ibáñez, A. "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción". En: Carbonell, M. y P. Salazar, (eds.) *Garantismo- Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta/UNAM, 2005, p. 69).

25 Se puede aprovechar una reflexión de Ferrajoli en la ocasión, cuando destaca que la jurisdicción como función judicial es una combinación de conocimiento —*veritas*— y

Se trata de un caso típico de dominación legal y que requiere de una estructura administrativa burocrática que la sostenga y que los modos de legalidad que ella presume están fuertemente instalados; a tal punto es ello que a lo único que están sometidos los jueces es a la ley misma[26].

Sin embargo hay jueces, que ejercen su magistratura con criterios a veces de: (a) mayor excentricidad desde lo personal e individual, otros, (b) adscriben a tesis de corte claramente vanguardista y por lo tanto, exorbitan en no pocas ocasiones al modelo administrativo legal, el cual es considerado por ellos de corte pasivo y poco comprometido con los roles que contemporáneamente le asignan ellos al Poder Judicial[27]. Ambos jueces descriptos, permiten reconocer un Sub Tipo de Dominación Legítima de corte Carismático (a) y (b).

Además existen jueces —categoría (c)— que adscriben a que los Poderes Judiciales deben ser socio-estamentales y en virtud de ello, no estar abiertos a ser receptivos de cualquier abogado que cumpla las exigencias académicas y morales dispuestas por ley y aspiren integrarlo. Sino que deben poseer, condiciones personales que se hunden en la tradición socio-cultural de la región o lugar donde se cumple el rol profesional. Con lo cual habrá una mayor tendencia a la endogamia profesional de lo judicial y se habrán de privilegiar criterios de selección para constituir la pléyade de jueces tradicionalistas: así lo correspondiente al linaje o abolengo familiar como también, por las naturales relaciones personales de confianza que puedan existir con quien ejercita el poder tradicional en plenitud; este último supuesto sería una suerte de cooptación amical y la anterior por la estirpe. Estos jueces conforman el Sub Tipo de Dominación Legítima de corte Tradicionalista (c).

Los mencionados modelos (a, b, c) Carismáticos y Tradicionalistas también hay que decirlo, no son perceptibles en una manera rápida sino que se evidencian cuando existe algún grado de exceso en ellos y que bien pueden ser asimilados dichos comportamientos, a lo que juzgamos como autoritarismo judicial.

---

de decisión —*auctoritas*—; la gestión del juez importará hacer que prevalezca el primero de los aspectos como condición de legitimidad del segundo. De esta manera "la calidad de verdadero del saber judicial sobre el caso deja de darse por supuesta, y se hace pesar sobre el que juzga la carga de la justificación de esa propiedad de su actuación. Y, con ella, el presupuesto básico de la legitimidad del poder así ejercido, que dependerá de la corrección del modus operandi" (Ibáñez, P. "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción". En: Carbonell, M. y P. Salazar (ed.) *Garantismo- Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta/UNAM, 2005, p. 66).

26 Ver De Otto, I. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, p. 67 y ss.

27 Generalmente quienes adscriben a dicha tesis, también alientan un modelo de garantismo que excede los marcos del Derecho Penal y de una mera garantía individual y lo colocan como una forma adecuada de aseguramiento de los derechos y de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio. Se habla entonces de un 'garantismo dinámico' (Cfr. Ibáñez, A. "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción". En: Carbonell, M. y P. Salazar (eds.) *Garantismo- Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 60).

Resulta importante sumar otras características a cada uno de los Sub Tipos 'A' de Magistrados que hemos descripto[28], para que con ellas a la vista, se advierta la normalidad de lo que estamos considerando.

Son rasgos comunes para los jueces que adscriben al Sub Tipo 'A' de Magistrados que hemos nombrado como Tradicionales al menos las siguientes: 1) Fuerte apego a las formas procesales, 2) Evitan utilizar criterios difusos procesalmente hablando, tales como: equidad, principios y directrices, 3) Se sienten más impuestos de resolver la pretensión deducida, sólo por las piezas procesales obrantes en la causa, antes que por las consecuencias de la sentencia, 4) Preferencia por la ética de la convicción antes que la ética de la responsabilidad, 5) Ejercicio de la magistratura burocratizado y rayano en el legalismo extremo, 6) Sentencias claramente previsibles en términos generales, 7) Invocación en sus resoluciones a los argumentos de autoridad junto a un discurso erudito, 8) La verdad jurídica objetiva queda limitada al propio expediente.

Por otro costado el Sub Tipo 'A' de Magistrados Carismáticos, tienen las siguientes características: 1) La independencia judicial está consustanciada en su ejercicio corriente y por lo cual, se descubren como conductores políticos de la República, 2) Incorporan al juzgamiento respuestas orientadas desde la equidad, tienen una visión creativa de la misma realidad juzgada, 3) Ponderan los resultados obtenidos en la sentencia y evitan criterios antifuncionales, 4) Ejercen la *iurisdictio* en manera fuerte y hasta combativa, 5) Tienen una cuota de razonable imprevisibilidad, 6) Sus resoluciones tienden a ser breves y pragmáticas, 7) Movilizan un fuerte activismo judicial que los orienta como auténticos ingenieros sociales, 8) Hacen presencia efectiva en los espacios públicos y comunicacionales.

Es posible anexar todavía otra clasificación y que podríamos nombrar como Sub Tipos 'B' de Magistrados, entre los cuales anotamos los categorizados como jueces: Funcionarios y Burócratas para el Sub Tipo 'A' Tradicionalistas y por otra parte, los jueces Vedettes[29] y Justicieros, que integran el Sub Tipo 'A' Carismáticos[30].

28 En modo sintético ha dicho Alejandro Nieto que "Un juez conservador —nosotros en la nominación diríamos tradicionalista— estará siempre, en principio, a favor de la ley y el orden, de la vida y la propiedad; mientras que uno progresista —para nosotros carismático—relativizará la importancia de todos estos valores cuando esté en juego la libertad o la dignidad de la persona" (*El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 423).

29 También son conocidos como 'jueces estrellas', así se predica que "Cuando el juez es más famoso que la justicia algo no funciona: cuando la justicia se convierte en espectáculo que tiene al juez como protagonista y supervedette, hay que echarse a temblar. La única explicación posible a la existencia del juez estrella es la necesidad que tiene la sociedad española de confiar en el gran líder político, que lleva a veces a considerarlo como una suerte de 'padrecito', se ha proyectado sobre la justicia" (Navarro, J. *La judicatura.* Madrid: Acento, 1994, p. 23).

30 Ver Nieto, A. *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta, 2004, p. 77. Otros modelos pueden considerarse en Guarnieri, C. y P. Pederzoli. *Los jueces y la política- Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999, p. 66 y ss, dichos autores proponen una relación de tensión entre la autonomía política y la creatividad jurisprudencial, sus designaciones son: juez ejecutor, juez guardián, juez delegado y juez político. También Ibáñez, A. "Ética de la función de juzgar". En: *Jueces para la Democracia*, N.º 40 (2001), p. 21; dicho autor indica el juez del poder y por otra parte el juez de los derechos. Otros autores

Proponemos la siguiente Tabla N.º 1, que resume los conceptos que hemos brindado:

Sub Tipo 'A' de Magistrados	Conductas	Coeficiente de Legalidad (1-3)	Sub Tipo 'B' de Magistrados
Carismáticos	- Excentricidades - Vanguardistas	1	Vedette Justicieros
Tradicionalistas	-Presumida infalibilidad - Conservadores	3	Funcionario Burócrata

III. LA ANALÍTICA AUTORITARIA EN CASOS PERIODÍSTICOS

1. La manera en que no se ejerce la autoridad, permite predicar autoritarismo en quien resulte ser su portador. Es el supuesto de la subestimación de la autoridad por quien es el portador de ella. Pueden darse situaciones (74) de hacer mostraciones o *signos de no-autoridad* por quien efectivamente la posee.

Desde este punto de vista, ciertas actitudes judiciales que se advierten notoriamente próximas a la demagogia política, como es por caso (63) hacer una excluyente red de información pública para *difundir resoluciones jurisdiccionales* que tienen un claro componente social o cuando en modo ostensible se trasmiten privilegiadamente lo que podríamos decir que son buenas noticias jurisprudenciales a la sociedad; pueden llegar a convertirse en comportamientos autoritarios en tanto que con ellos se afecte colateralmente el propio equilibrio de poderes que dentro del estado existe, y que ninguno de ellos está autorizado a perturbar al sólo efecto de lograr una posición de preferencia social comparativamente a cualquiera de los restantes poderes.

2. La relación de autoridad entre quien es su portador y el sujeto de ella, presupone una comunicación entre ambos y si bien las resoluciones están escritas en el idioma nacional, algunas de ellas son verdaderas galimatías y resultan incomprensibles. Cuando ello alcanza niveles de persistencia y la cuestión es achacable a un (75) *estilo discursivo* que no se compadece con la función pública que se cumple; bien se puede decir que estamos frente a una realización autoritaria.

Una variable perceptible de esta falla comunicacional, es también no ya cuando el juez no habla claro; sino (76) cuando la construcción de su discurso argumentativo sentencial resulta *profusamente entimemático*[31].

3. Otro de los aspectos que parece importante describir en forma particular a partir del esquema de Bochenski se relaciona con las propiedades de la autoridad y el supuesto que una misma persona pueda ser portadora de la autoridad para otra y que

prefieren modelos ideales únicos, por caso Asis, R. *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 150; su propuesta es la de juez razonable y en dicha persona sintetiza el plano de validez y de corrección del mismo.

31 "Aplicado al discurso, el enfoque pragmático trata la cuestión de cómo se produce e interpreta el discurso en una situación específica" (Renkena, J. *Introducción a los estudios sobre el discurso*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 36).

esa otra, sea también portadora de la autoridad para la anterior, siempre que ocurran dichas relaciones en campos distintos.

Bajo esa consideración destacamos que en el ámbito de lo judicial, la relación está definida de la siguiente manera: 1) Portador de la autoridad es el juez, 2) Sujeto de la autoridad, primariamente es el litigante aunque subsidiariamente la comunidad toda, 3) El Ámbito de dicha relación es la trabazón que queda establecida entre la *iurisdictio*[32] que tiene el portador y la pretensión que es hecha valer por el sujeto.

De tal manera, que el juez es portador de autoridad en cuanto tiene la *iurisdictio* y por lo tanto sentencia a quien es sujeto de dicha autoridad, quien a la vez se ha sometido a dicha potestad legítima jurisdiccional. A tales efectos y como hemos indicado, habrá de desarrollar un discurso técnico justificatorio que sea comunicado con éxito y del cual resulta que ha ponderado correctamente los hechos alegados por el sujeto de la autoridad —litigantes— y acorde a la prueba colectada en la causa. Dicha relación de autoridad, la nombramos como relación (1).

Sin embargo corresponde agregar, que la mencionada relación (1) en realidad está precedida por otra anterior y que es la que opera a modo de causa material-formal de aquélla, y que nombraremos como relación (2). Esta última está sostenida en los hechos fácticos que habrán de permitir la promoción de una determinada demanda judicial y por ello, son anteriores en el tiempo a la relación (1) que como es sabido resulta *ex post facto*. Lo cierto es que en la relación (2) no son los hechos fácticos sin más los que otorgan sustento, sino en todo caso se fundamentará en ellos y que son validados, mediante la respectiva demanda judicial y cuando ello sucede, el juez que es portador de autoridad en la relación (1), ocupa el lugar de sujeto de autoridad —en la relación (2)— y el portador de ella es el mismo demandante. La evidencia del carácter de autoridad del demandante queda patentizada en razón de que el juez, sujeto de autoridad en esta relación (2), no podrá modificar los hechos en la relación (1) que le han sido determinados en la relación (2), puesto que sólo le estará permitido calificarlos jurídicamente[33] y si se aparta de lo comunicado en la relación (2), su comportamiento en la relación (1) se torna autoritaria.

32 "Así, la jurisdicción es identificada con el decir irrevocable del Derecho en el caso concreto en cuanto función consustancial a todo ordenamiento, que requiere definir el Derecho de forma irrevocable. Un poder judicial que está sometido a la ley y al Derecho pero al que, además, se le vincula a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que configura un papel específico del juez que trasciende la vieja caracterización. Esta concepción estructural va acompañada de la visión funcional basada en la definición constitucional de las atribuciones que sirven para establecer los límites competenciales que acotan su núcleo integral, lo protegen respecto a injerencias externas y determinan, en negativo, los contenidos que no pueden superarse" (García Herrera, M. "Poder judicial y Estado Social: legalidad y resistencia constitucional". En: Andrés Ibáñez, P. (ed.) *Corrupción y Estado de Derecho – El Papel de la Jurisdicción*. Barcelona: Trotta, 1996, p. 62).

33 "La operación procesal y decisional en la que más claramente se pone de manifiesto la interrelación entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo es la 'calificación jurídica' de los primeros, en definitiva su subsunción en una norma jurídica. Esta operación consiste en determinar si los hechos del caso coinciden con los definidos en el supuesto de hecho normativo" (Ezquiaga Ganuzas, F. *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 81).

Cabe agregar que en esta curiosa circunstancia, la filigrana que se realiza a fines de sostener el modelo de Bochenski puede ser considerada excesiva; toda vez, que parecería por un momento que el juez se comporta como portador y sujeto de la autoridad en razón de que existe una obvia continuidad entre lo pretendido y lo resuelto; sin embargo se puede argumentar para mostrar lo contrario, que los ámbitos no son idénticos en la relación(1) y en la relación (2). En la primera opera fundamentalmente la *iurisdictio* y la calificación de los hechos que ha sido realizado por el juez en tanto portador de autoridad, en la restante, relación (2), es sujeto de autoridad en tanto que los hechos al ser ellos pre-procesales aun cuando al juez le conste personalmente que no son tales como la demanda describe, no los podrá modificar y por ello, debe someterse al portador de la autoridad. En (62) la relación (1) se torna autoritario el comportamiento del juez cuando el mismo hace una *recalificación de la base fáctica* de la demanda, con ello también habrá de generar una violación a la congruencia del pronunciamiento[34].

4. Si bien en la relación que tiene el juez con la sociedad en general y con los litigantes en particular es la de ser portador de autoridad. También resulta público y conocido que vencidos los plazos que razonablemente tiene el nombrado juez para cumplir un determinado acto procesal; se genera una actuación antifuncional al sistema de administración de justicia. En síntesis, (73) la *morosidad* indebida en la resolución de las causas, es asimilable a un comportamiento autoritario.

5. Una de las propiedades de la autoridad es su transitividad. Se explica diciendo que si B está promoviendo una demanda con similares características a la iniciada con antelación por A y ante el mismo juez que resolvió el caso de B; el portador de la autoridad —juez— que se ha establecido en la relación(1) con el sujeto A, hace previsible para el sujeto B, que siendo el mismo ámbito —semejantes hechos— la respuesta jurisdiccional igualmente comunicada en dicha relación(2) será la misma. Cuando ello no ocurre, existe una desviación en el portador —juez— para la relación (2) y que, es equiparable ello a un comportamiento autoritario[35] por (72:16) afectación a lo que habitualmente conocemos como seguridad jurídica[36].

34 Dejamos a salvo situaciones en donde la doctrina más autorizada ha señalado la existencia de la necesariedad procesal de la flexibilización de la congruencia aunque no la recalificación de los hechos. A tal respecto se puede consultar el estudio de FERNÁNDEZ, R. *La sentencia como órgano del control social del Derecho en el pensamiento de Alfredo Poviña (Especial referencia al principio de congruencia)*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 2004, p. 79 y ss).

35 Obviamente que queda fuera del marco autoritario, cuando el juez otorga las razones suficientes acerca de la modificación de su criterio jurisdiccional. Allí torna justificado la no continuidad de una relación y de otra y por lo tanto, no se produce autoritarismo de tipo alguno.

36 Son muchas las conceptualizaciones que acerca de ella se han brindado, orientamos nuestra elección por aquella que sostiene que se trata de un "estado psicológico de satisfacción, bienestar y tranquilidad que siente la persona al ser garantizados y realizados una serie de valores jurídicos" (MARTÍNEZ ROLDÁN, L. "La seguridad jurídica: realidad o ilusión". En: *Jornada de Estudios sobre el Título Preliminar de la Constitución Española.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1985, p. 3352). También se ha dicho que "la seguridad jurídica en cuanto a las normas se manifiesta en la exigencia de conocer cuáles han de ser las consecuencias jurídicas de una determinada actuación" (PALMA FERNÁNDEZ, J. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: C.E.P.y C., 1997, p. 38).

6. También se puede hablar de autoritarismo judicial por abuso de autoridad, en el cual cabe diferenciar dos especies, esto es: de ámbito y de sujeto. La primera de las nombradas por lo general se produce en una realización extrajudicial por el juez, en cuanto (77) pretende hacer valer su carácter de portador de autoridad judicial —*iurisdictio*— en un espacio en donde resulta totalmente inane ella. Dicha realización queda asimilada a una falta de autoridad deontológica.

También puede ocurrir dicho abuso de autoridad de ámbito, en una situación en donde el juez, quien tiene su *iurisdictio*, porque está supuesta en él su autoridad epistemológica en función del apotegma *iura novit curia;* que entienda por ello (78) que se puede referir —aún dentro de una causa judicial— a cualquier *materia no jurídica,* o que puede (71) traer en su auxilio todo tipo de *argumentos de autoridad o fuentes* para ilustrar una consideración en el contexto sentencial. Dichos comportamientos son de autoritarismo judicial en cuanto no puedan ser considerados como pasajeros o intrascendentes.

Destacamos que la falta de intencionalidad, equiparable con la no habitualidad del juez, en la comisión de los conocidos *obiter dicta*[37] en las resoluciones, hace que no puedan considerarse autoritarios. De manera tal, que los (79) *obiter dicta en sentido fuerte*, son un signo de autoritarismo judicial.

En cuanto corresponde al abuso de autoridad del sujeto, destacamos que generalmente son afectaciones de tipo endoprocesales y en cuanto no exista una intencionalidad deliberada en su cometido y por lo tanto mute el abuso a la categoría de autoritarismo, son acumuladas como una afectación a la autoridad epistemológica del juez y que también resultan corregibles por las vías recursivas adecuadas. Ello es así, porque se trata de (80) la realización de *afectaciones al razonamiento* particularmente en cuanto se cometen sofismas en virtud de los cuales, se obtienen determinadas conclusiones y donde el vicio ha estado justamente en realizar predicaciones indebidas. Son de esta naturaleza las aplicaciones del sofisma *ab uno disce omnes* —por uno se aprenden todos— o también la conocida de generalización precipitada; otras falacias que acompañan a las generalizaciones son: conclusión desmesurada, falacia casuística, falacia del embudo, falacia del *secundum quid*[38].

7. Destacamos más arriba la diferencia entre autoridad epistemológica y deontológica. Con la primera se hace referencia a la autoridad del saber y con la restante, a la autoridad del que preside.

La formación técnica para la judicatura es el resultado de una persistencia en el estudio y por lo tanto, adquirible por la mayoría de las personas. Por el contrario el perfil moral de las personas, la inclinación natural a la bondad y honestidad; presuponen una formación en valores anterior a cualquier vocación profesional, a lo cual se suma la dificultad de educar en valores morales a las personas después de cierta edad[39].

37 Textualmente 'dichos ocasionales', 'afirmaciones de pasada'. Destaca Víctor Herrero Llorente que "Suele referirse a la advertencia de un juez que, por no formar parte de un proceso, no está ligado" (*Diccionario de expresiones y frases latinas*. Madrid: Gredos, 1995, p. 316).

38 Ver García Damborena, R. *Uso de razón- Diccionario de falacias*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, pp. 247 y ss.

39 A tales efectos las conclusiones que se obtienen en una obra clásica a tal respecto son terminantemente negativas. Ver Kohlberg, L.; F. Power y A. Higgins. *La educación moral*

Como corolario de ello, un buen técnico en Derecho no formado moralmente, no será por ello una mala persona, pero sus respuestas no saldrán del marco disciplinar del que se trate. En oposición, una sólida formación en valores morales, permitirá una apertura más crítica y una problematización[40] adecuada y superior a la de quien sólo dispone, de una concienzuda, pero solitaria formación técnica.

Corresponde también diferenciar que la falta de autoridad epistemológica que deslegitima al sentenciante podrá ser originaria o derivada, lo primero (81) en cuanto no se hayan cumplido correctamente los *procedimientos formales por los cuales accede a la magistratura,* y lo segundo, (72) cuando fácticamente el resultado de su labor profesional deviene cuestionable por una *insuficiente o deficiente formación jurídico-técnica.*

Por definición, los segundos casos son más perceptibles que los primeros, porque su mostración aparece de público acceso y puede ser compendiada en dos grandes bloques causales. Por un lado, cuando la orden que del portador de la autoridad dimana, resulta inviable: a) porque no tiene (72: 1) *competencia* para ello, b) (72: 2) cuando la *resolución dictada no resulta congruente* con lo que fuera reclamado oportunamente, c) (72: 11) cuando deviene la resolución francamente *arbitraria*, d) (72: 4) cuando la resolución resulta *incomprensible comunicacionalmente*, e) (72: 12) cuando aparece ella *lacerante* al sentido común, f) (72: 13) *extravagante*, g) (72: 14) innecesariamente *reñida con elementos atávicos* de la sociedad en la cual ella se dicta, h) (72: 15) también perturbatoria y/o *afectatoria del usus foris* consumado, i) (72: 17) provocadora al menos de una inequívoca *sorpresa social,* j) (72: 18) cuando resulta propiamente *autoritaria,* k) (72: 19) cuando ella *no se atiene a las normas procesales* previstas formalmente, por último l) (72: 20) cuando no se cumple en determinados actos procesales el *principio de bilateralidad* y con ello se afecta la garantía de defensa en juicio.

Corresponde agregar que tampoco se puede desconocer que a los jueces hoy, no sólo se les pide formación en habilidades técnicas en lo positivo-legal y que sostienen la autoridad epistemológica; sino que se les reclama que (90) tengan autoridad para una adecuada *conducción, organización y funcionamiento de su propio tribunal* —respecto a terceros y dependientes— y también (91) aunque con una mayor importancia, que sus *comportamientos morales* sean acordes a la función que cumplen.

Respecto a la deficiencia de autoridad deontológica se pueden apuntar dos variables. El primer supuesto es cuando la disfunción ética aparece ostensible por caso (91: 21) cuando existe una objetiva representación social de la *falta de idoneidad ética* en

– *Según Lawrence Kolhberg*. Barcelona: Gedisa, 1997. Con una mejor orientación a los temas de ciudadanía y democracia, pero siempre sobre el esquema de Kohlberg puede consultarse RUBIO CARRACEDO, J. *Educación moral, postmodernidad y democracia*. Madrid: Trotta, 1996.

40 El concepto en la comprensión de Foucault —y que hacemos propia ahora— se explica del siguiente modo: "Problematización no quiere decir representación de un objeto preexistente ni tampoco creación por el discurso de un objeto que no existe. Es el conjunto de las prácticas, discursivas o no, que hace que algo entre en el juego de lo verdadero y de lo falso, constituyéndolo como objeto para el pensamiento (ya sea bajo la forma de la reflexión moral, del conocimiento científico, del análisis político, etc.)" ("Le souci de la vèrité". En: *Dits et écrits*, T. IV, p. 668 y ss citado por CHARTIER, R. *Escribir las prácticas- Foucault, de Certeau, Marin*. Buenos Aires: Manantial, 1996, p. 121).

el magistrado. El segundo supuesto tiene varias realizaciones, así: a) (91: 22) cuando existe un claro *exceso verbal* del magistrado, b) cuando los modos o la propia prescripción que impone una orden (91: 31) se encuentra *controvertida por una anterior*, c) (91:32) cuando no existe suficiente *claridad en la orden* o *dictum*, d) (91: 33) cuando no existe *suficiente autoridad moral* —o al menos no se vislumbra claramente— para poder dictar la orden en cuestión con determinado alcance de personas, lugares o cosas, e) (91: 34) cuando desde una *moral media* la resolución aparece como cuestionable o f) cuando se (91: 35) evidencia con dicha resolución una afectación a los parámetros de una sociedad civil que comulga en una *ética de mínimos*.

8. Analizando por fuera la propuesta teórica de Bochenski y considerando algunos aspectos que calan en la breve aunque muy medulosa monografía de Kòjeve, se puede concluir que el nombrado autor precisa, que una de las características que tiene el acto de autoridad es que el mismo no encuentra oposición por parte del sujeto de dicha relación. La conceptualización es así: "la Autoridad es la posibilidad que tiene un agente de actuar sobre los demás (o sobre otro), sin que esos otros reaccionen contra él, siendo totalmente capaces de hacerlo"[41]. De tal forma que la autoridad supone, que el portador es quien cambia el dato exterior —en el sujeto— no sólo sin tener una reacción por ello por parte de éste, sino también que lo hace, sin cambiar el mismo portador[42].

Así las cosas, es posible teorizar respecto a que el ejercicio de la autoridad del juez en cuanto cumple el acto primario que hace a su misma razón de ser, como es dictar sentencias; al estar ellas abiertas a un espacio de recurribilidad en varias instancias, pues quedaría demostrado que cuando ello ocurre, existe efectivamente la reacción mediante la cual el carácter de autoridad se vería afectado lo cual en rigor es absolutamente cierto: una sentencia sujeta a revisión por un tribunal superior, es un pronunciamiento que no tiene autoridad sobre los litigantes en la cuestión.

De tal forma en que concluido el proceso recursivo cabrán dos posibilidades: 1) que la resolución haya sido modificada parcial o totalmente, 2) que la resolución resulte confirmada en su integralidad. Si ocurre lo primero, la autoridad del anterior juez en rigor ha desaparecido y ha quedado subrogada en la del tribunal revisor, el cual, al no existir posibilidad de modificación alguna del pronunciamiento, imparte la orden sentencial la cual no genera reacción de tipo alguno en el sujeto de la relación; si es lo segundo, la autoridad del primer juez supera el *lapsus* en que objetivamente quedó ella en suspenso y sujeta a una condición resolutoria y por lo cual, la autoridad se convierte definitivamente en plena.

9. Otro de los capítulos que corresponde agregar en este apartado, se vincula con el funcionamiento de la autoridad epistemológica en los tribunales colegiados —en primer lugar conformados los mismos por tres miembros o eventualmente más, cuando la instancia es superior—. Inicialmente cabe preguntar si la autoridad radica en el tribunal como una suerte de entidad autónoma constituida por tres jueces o por el contrario, si es

41 Kòjeve, A. *La noción de autoridad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005, p. 36.

42 Ejemplificando sería el supuesto en que A es portador de autoridad y le ordena a B —sujeto— que se retire de tal lugar, quien en vez de hacerlo, le pide una explicación acerca de tal orden para que la modifique. En tal caso, no sólo que no hay actuación debida por el portador, sino que el mismo sujeto se ha visto impuesto de cambiar su posición, puesto que ha tenido que explicar el contenido de la orden.

la de cada uno de los jueces individualmente considerados y que agrupados constituyen al nombrado tribunal.

Por de pronto hay que decir, que una resolución que corresponde obtener de un tribunal colegiado, en donde no haya participado del acuerdo y de la ulterior votación alguno de sus integrantes sin existir una razón jurídico procesal que a ello lo explique, sin duda hace que el acto jurisdiccional que así resulte, no sea procesalmente apto para producir ningún efecto. Motivo por el cual, no existe allí un acto de autoridad alguna, puesto que ha habido una reacción severa por parte del sujeto de la autoridad que ha desbaratado la orden dispuesta por el portador. Así las cosas, la autoridad no parece estar asociada a la figura del tribunal, sino a los integrantes del mismo.

Sin embargo, también conocemos sobradamente que la mirada que los jueces tienen sobre los mismos problemas, en modo alguno es una que se pueda predicar como uniforme. Es frecuente que tengan diversidades más o menos graves, todo lo cual, trae las construcciones de mayorías y minorías en los pronunciamientos y que bien puede ser asimilado dicho proceso, a un funcionamiento orgánico de la democracia deliberativa[43]: cada juez tiene no más de un voto y todos equivalen a una unidad, pero las razones brindadas en el voto minoritario pueden ser largamente superiores a las expuestas en el voto mayoritario y en función de ello, en el tiempo transformarse la minoría en posición mayoritaria[44].

Salvando el hecho de que las mayorías estén numéricamente cumplidas y por lo tanto, no exista una dificultad procesal en la resolución de que se trate; a ningún observador atento se le escapa, (51) que hay *mayorías que promocionan resultados jurídicos* disfuncionales y que suman sus votos retahilas de críticas, frente a un voto minoritario que aparece acompañado por la mejor y autorizada doctrina y sentir jurídico corriente.

En dicho cuadro y suponiendo la firmeza de dicha resolución, se advierte hacia dentro de la resolución que existe al menos una tensión respecto a ¿dónde está depositada la autoridad epistemológica?, toda vez que las opiniones que conforman la mayoría y que en realidad es el asiento del portador de la autoridad y por lo tanto, generadora de la obediencia para el sujeto, ha visto desmejorada dicha autoridad epistemológica por una opinión cuantitativamente menor aunque cualitativamente mayor, pero que para el sujeto de la autoridad, resulta totalmente intrascendente porque el poder de obligarlo está en la mayoría. Aun siendo ostensible la debilidad de la autoridad espistemológica de la mayoría, la obediencia se impone y por ello, es que se puede considerar un resultado también autoritario.

En estos casos hay que decir entonces, que el triunfo de la autoridad epistemológica obedece a un mero carácter numérico y es suficientemente conocido, que cuando una

43 La virtud fundamental de la democracia deliberativa —en conceptos de Carlos Nino— es la capacidad para transformar los intereses y preferencias de las personas a través de mecanismos de deliberación colectiva. También señala el autor citado, que a más diálogo deliberativo existen más posibilidades a lograr soluciones más imparciales que las que se pueden obtener mediante otro método (Ver *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003).

44 Ver Waldron, J. "Deliberación, desacuerdo y votación". En: Koh, H. y Slye, R. (comp.) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004. Un estudio meticuloso respecto a mayorías y minorías en los últimos años en la C.S.J.N. se puede consultar en Bercholc, J. y S. Sancari. *La Corte Suprema en el sistema político*. Buenos Aires: Ediar, 2006, pp. 75 y ss

idea o creencia —jurídica o no— se impone sobre otra por la mera sumatoria cuantitativa, la desafiante proposición de Caliclés no puede dejar de ser recordada[45]. De tal manera, que cuando ello no es meramente circunstancial sino que tiene una persistencia absoluta y particularmente enraizada cuando la discusión judicial tiene algún grado de connotación de evidente trascendencia política, se advierte un comportamiento autoritario no del tribunal en cuestión, sino de quienes constituyen su mayoría.

Ejemplificamos los numerados entre paréntesis más arriba, mediante la presente Tabla N.º 2, donde transcribimos el copete y bajada del respectivo diario de donde ha sido tomada la información.

N.º	COPETE DE DIARIO Y BAJADA	FUENTE
71	Causa Río Tercero: apartan al conjuez Estévez – Descartan que la referencia a la página ‹www.elrincondelvago.com› tenga entidad como para desplazarlo del caso	Comercio y Justicia; 28.12.06
71	Ante el Inadi – Denuncia wichi contra la Corte salteña – Es por una niña indígena violada.	La Nación; 24.1.07.
72	El caso de Eldorado. Jury a un juez por una polémica ablación – Había atribuido a ella (la ablación) una muerte.	La Nación; 6.12.06.
72: 1	Apartado Estévez, el caso Río Tercero pasó a la jueza Curtino – La Cámara Federal entendió que el investigador se extralimitó en sus atribuciones. Había imputado a dos testigos por falso testimonio.	La Voz del Interior; 28.12.06.
72: 1	Procesan al juez Gallardo por abuso de autoridad – Por la clausura del casino del puerto.	La Nación; 26.9.06.
72: 4	Justicia, sociedad y sentido común – Elementales criterios sociales y de sentido común deberían primar sobre cualquier fundamentalismo en las decisiones judiciales sobre las políticas públicas de salud sexual y reproductiva.	La Voz del Interior; 11.8.08.
72: 11	Revuelo por un fallo sobre bolivianos – Llueven quejas contra el juez Oyarbide por su presunta justificación del trabajo esclavizante en talleres.	La Voz del Interior; 17.5.08.
72: 12	Polémico fallo en Neuquén – Un embarazo no es prueba de violación – Es el caso de una menor que tuvo un bebe.	La Nación; 15.1.08.
72: 13	Toda una comunidad analiza pedir el jury de un tribunal – Fue comparado el pueblo con un mitológico bosque griego propicio para las francachelas sexuales.	Comercio y Justicia; 14.12.07.
72: 14	Denuncian a una jueza por hablar despectivamente de los inmigrantes – Es la jueza de instrucción S. Ramond. En una entrevista había afirmado que ‘los peruanos manejan la cocaína en las villas y los paraguayos la marihuana’. La denuncian por no actuar con imparcialidad e idoneidad.	Clarín; 25.11.01.

45 Dicho sofista sostenía que la ley y la aplicación de ella, era el resultado de la voluntad de los más fuertes sobre los débiles. Ver Platón. *Gorgias*, pp. 482-484.

N.º	COPETE DE DIARIO Y BAJADA	FUENTE
72: 15	Inédito fallo. Debe pagar alimentos a un hijo que no nació – Medida cautelar de un juez santafecino.	La Nación; 20.8.08
72: 15	Polémico fallo de la Cámara del Crimen porteña – Sancionado por esposar a un preso – Un juez fue apartado de una causa por indagar así a un acusado de robo.	La Nación; 25.5.08.
72: 16	Polémica por fallos judiciales sobre delitos sexuales- Violó a su hija de 8 años y lo benefician – Un tribunal permitió a un acusado salir de la cárcel y cumplir arresto domiciliario porque abusó de la niña 'por única vez'.	La Nación; 6.7.08.
72: 17	Amplitud de criterios en la justicia. Inquietud en la Justicia y en embajadas. Preocupa la acción de un juez en el tráfico de drogas – Dejó en libertad a 19 detenidos en Ezeiza.	La Nación; 18.3.07.
72: 17	Después de 35 años – Reabren la causa por el crimen de Rucci – Un juez aceptó el reclamo familiar.	La Nación; 28.9.08.
72: 18	Insólito pedido de un fiscal – Propuso públicamente enviar delincuentes y presos a campos de concentración. Lo dijo A. Mútolo, fiscal general de Trenque Lauquen.	La Nación; 22.6.02.
72: 19	Fallo de Cámara – Polémica por un caso contra Jorge Yoma.	La Nación; 14.8.08.
72: 19	Otro informe complica al juez Schiavo – El magistrado benefició a Fernández pese a que era negativo el resultado del estudio socioambiental.	La Nación; 7.8.08.
72: 19	Excarcelaciones cuestionadas: otro ladrón violó el sistema de las pulseras electrónicas. Debían estar presos y salían a robar – Uno de ellos asesinó a un policía y había sido liberado por el mismo juez que benefició al autor de la matanza de Campana.	La Nación; 21.8.08.
72: 20	El abuso sexual, ante la Justicia: un caso que involucró a tres niñas de entre 8 y 12 años. Anulan una condena por violaciones – Fue porque el defensor no participó del interrogatorio a las menores víctimas; abre así un precedente para otras causas.	La Nación; 22.8.08.
72: 20	Frustrada requisitoria fiscal – Anulan pedido de juicio por violarse el derecho de defensa.	La Voz del Interior; 27.9.08
73	Justicia Federal Demoras. El drama de los Piccón lleva 17 años sin una respuesta judicial- Los padres del ex cadete V. Piccón, quien quedó cuadripléjico luego de ser obligado a hacer 'movimientos vivos' en el Liceo General Paz, advirtieron que su hijo es víctima de una 'interna' entre los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.	La Voz del Interior; 15.1.08.
73	Aceleran los juicios por la represión – La Corte estudia cómo agilizar el trámite de las causas; la Procuración ordenó a los fiscales impulsar los juicios orales.	La Nación; 5.3.08.

N.º	COPETE DE DIARIO Y BAJADA	FUENTE
74	En Sarmiento, Chubut. Un juez cometió un error y se impuso pagar los honorarios – Dijo que equivocó un procedimiento; abonará $ 7.000 a la abogada del Estado.	La Nación; 29.11.07.
75	Iniciativa de 500 funcionarios judiciales. Piden a los jueces que redacten los fallos en un lenguaje más claro – Se busca acercar las sentencias a la gente.	La Nación; 26.11.06.
78	El juez y El rincón del vago.	La Nación; 28.12.06.
91	Crece el escándalo por pelea entre jueces: camaristas denuncian a colega.	Diario Jurídico; 15.9.06
91: 21	En mayo próximo comenzará el juicio político en Neuquén. Denunciaron a un defensor por abusar de jóvenes – Es Oscar Temis; ocho de sus defendidos lo acusaron de haberlos manoseado.	La Nación; 1.4.07.
91: 21	Sobreseen a magistrado que resistió a la autoridad.	Comercio y Justicia; 22.11.01
91: 21	Suspenden a un funcionario judicial por una presunta estafa – Es un defensor oficial, sospechado de cambiar los códigos de barras en un supermercado para pagar menos por un juguete. Fue en diciembre de 2000 y ahora un Jury lo suspendió y le embargó parte del sueldo.	Clarín; 30.3.01.
91: 21	Un caso que llegó al Consejo de la Magistratura – Denuncian a una jueza por mentir sobre la cantidad de fallos que dictaba.	Clarín; 12.8.01.
91: 22	Bisordi: 'El Presidente es el enemigo número uno mío' – Dijo que se siente 'absolutamente indignado con esta canallada', al referirse a la ofensiva de Néstor Kirchner.	La Mañana de Córdoba; 26.4.07.
91: 31	Años de Plomo. Giro en la justicia – Declaran imprescriptible crimen del ERP – Se trata del asesinato del coronel Larrabure. La medida marcaría jurisprudencia sobre el accionar de grupos guerrilleros.	La Voz del Interior: 23.8.08
91: 32	Amparo Masivo- Obligan a la Nación a dar trabajo para contrarrestar el narcotráfico- La jueza federal N.º 3 dio lugar a una medida cautelar presentada por los vecinos en mayo último.	La Voz del Interior; 13.8.08.
91: 34	Controversia en un colegio de Bariloche – La Justicia admitió que apruebe el año un alumno que repitió.	La Nación; 27.3.06
91: 35	Transexual podrá cambiar de nombre sin operación de sexo – Es el primer caso en América latina. La CHA presentará un proyecto de ley	La Voz del Interior; 23.9.08.
51	Habrá nuevo juicio para 'el Pelado' García – El Tribunal Superior de Justicia anuló la absolución por beneficio de la duda.	La Voz del Interior; 7.6.07

IV. CONSECUENCIAS PROVISORIAS DE LAS TIPOLOGÍAS PROPUESTAS

Con lo efectuado, hemos querido reflejar crítica y parcialmente el ámbito jurisdiccional a través de los medios de comunicación social, utilizando el copete y la bajada dispuestos por los diarios en forma textual. Con ellos, hemos construido enunciados que pueden ser considerados —al menos provisoriamente— dignos de ser ubicados en el campo del autoritarismo judicial. Huelga indicar que la percepción que socialmente existe de la administración de justicia, se corresponde con el tratamiento informativo que de ella se haya brindado mediáticamente[46].

Que tales comportamientos judiciales concluyan siendo benéficos para la sociedad, no es una cuestión que interfiera sobre la noción de autoritarismo; es más, parte de los progresos que jurisprudencialmente se han producido encuentran una génesis en sucesos de este tipo. Pero será el tiempo y la comunidad jurídica crítica, la que irá asimilado dichas decisiones y otorgándoles una forma definitiva, hasta lograr un resultado aceptado.

Por otra parte, generalmente cuando se estudian los comportamientos humanos se señalan en dicha tarea tres ejes principales: 1) El mundo sociocultural, 2) La fase subjetiva o motivacional y 3) La definición de situación[47]. Adviértase que en la ocasión, sólo estamos trabajando con la última de las variables, en tanto confrontamos nuestros casos de la Tabla N.º 2, con lo que resulta ser el modelo ortodoxo suministrado como respuesta habitual o general.

Creemos de todas maneras que los perfiles propuestos como Sub Tipo 'A', tienen características suficientemente precisas que permiten tenerlos por aceptados a la luz de los propios criterios sostenidos por T. Adorno[48]; quien proponía los siguientes: 1) Cada uno de los tipos debe permitir agrupar un conjunto de rasgos que en un contexto muestren alguna identidad de sentido. En el caso, los magistrados Carismáticos además de lo ya señalado, tienen como conductas comunes la de ser excéntricos en sus comportamientos tanto personales como morales y tener una tendencia a la promoción de proyectos jurídico-doctrinarios y aplicaciones práctico-profesionales de vanguardia.

En cuanto concierne al Sub Tipo 'A' Tradicionalistas —cuyas características también hemos apuntado más arriba— resultan rasgos comunes, el tener una cierta confianza en que sus criterios y definiciones aparecen como la encarnación del mejor Derecho y por lo tanto de cierta indiscutibilidad su decisión. Hay en ellos una tendencia al mesianismo judicial; además consideran que el modelo jurídico normativo judicial existente, es de tanta excelencia que tiene que ser preservado de cualquier cambio.

2) Requiere T. Adorno que la tipología esté orientada por un espíritu crítico en el sentido que abarque la tipificación del hombre en su calidad de función social. Dichas huellas del Sub Tipo 'A' Carismático, serán principalmente las de poder visualizar en sus comportamientos el síndrome del 'activismo judicial' con todas las consecuencias que

46 Busquet, J. y L. Sáez. "Los ciudadanos y la justicia – Percepción y expectativas sociales ante el mundo de la justicia". En: *Los Roles de la Justicia en el siglo XXI*. Barcelona: Artes Gráficas Torres, 2000, pp. 158.

47 Ver Colombo, E. En: *Prólogo* a la edición española de *la personalidad autoritaria*, Adorno, Th.; E. Frenkel-Brunswik; D. Levinson y R. Sanford. *La personalidad autoritaria.* Buenos Aires: Proyección, 1965, p. 6.

48 Adorno, Th.; E. Frenkel-Brunswik; D. Levinson y R. Sanford. *La personalidad autoritaria*. Buenos Aires: Proyección, 1965, pp. 689 y ss.

ello como tal puede tener[49]. En lo que concierne al Sub Tipo 'A' Tradicionalistas, sus huellas sociales quedan consumadas en su incuestionado 'originalismo jurídico'.

3) Por último señala el autor ya citado, que los tipos deben ser útiles en el aspecto pragmático, de tal forma que lo pretendido con ellos no es conocer un mero capítulo especulativo, sino buscar un aprovechamiento concreto de tales referencias.

Huelga ponderar, que una comunidad judicial mayormente constituida con jueces del Sub Tipo 'A' Carismáticos, tenderá a ser más dinámica y flexible a los cambios; como que también, un Poder Judicial sólo conformado por jueces de dicho perfil, al poco tiempo se convertirá en una realización anárquica. Como que si la mayor parte de ellos, fueran quienes integran el Sub Tipo 'A' Tradicionales, será un Poder Judicial refractario a cambios y con una previsibilidad absoluta, donde seguramente el imperio de la justicia se verá trocado por el de la seguridad jurídica y nada más. Ahora, un modelo de Derecho judicial sin jueces tradicionales, importará un espacio judicial en permanente nacimiento y por ello, sin mucha perspectiva de afianzamiento en el tiempo.

Anotamos la totalidad de conductas judiciales que hemos enunciado más arriba y calificadas como propias del judicialismo. Tabla N.º 3:

N.º Orden	Conducta – Judicialismo	Carácter
74	Hacer mostraciones de no-autoridad cuando ella existe	
63	Realizar una profusa información pública de resoluciones judiciales cuando tienen un notable contenido social	
75	No hablar claramente en las resoluciones	In actis
76	Hablar con esquemas profusamente entimemáticos	In actis
62	Recalificar los hechos fácticos de la demanda	In actis
73	Promover una morosidad indebida	
72:16	Afectar en la resolución la seguridad jurídica	In re
77	Invocar la iurisdictio en ámbitos no jurídicos	
78	Referirse el juez apodícticamente a materia no jurídica	In actis
71	Utilizar de argumentos de autoridad tomados de cualquier fuente	In actis

49 Elías Díaz indica que el activismo judicial es un resultado no querido de un fenómeno anterior y loable, mediante el cual, los jueces particularmente a partir de la mitad de la centuria pasada han puesto en realización el 'movimiento de liberación de los jueces' a partir del cual, han entrado en interconexión e interdependencia con los demás factores sociales, políticos y económicos (en escrito preliminar al libro de Treves, R. *El juez y la sociedad*. Madrid: Edicusa, 1974, pp. 11). Acontecido dicho suceso se ha producido —se ha dicho— "la pérdida de la inocencia política por parte de la magistratura (la que) ha llevado en muchas situaciones a una actitud de los jueces más comprometida con la voluntad de la sociedad y con los fines y fundamentos de la democracia, pero en otras situaciones ha constituido la plataforma sobre la cual justificar cierta arbitrariedad amparada en un peligroso activismo judicial (García Pascual, C. *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1996, p. 157).

N.º Orden	Conducta – Judicialismo	Carácter
79	Realización de obiter dicta fuertes	In actis
80	Cometer vicios lógicos por sofismas y cuestiones endoprocesales del razonamiento	In actis
81	Juez careciente de formación técnica- Deslegitimación originaria, no haber sido nombrado adecuadamente	
72	Juez careciente de formación técnica- Deslegitimación derivada	
72:1	Juez sin competencia	In actis
72:2	Resolución con falla en congruencia con lo reclamado	In actis
72:11	Resolución que deviene arbitraria	In re
72:4	Resolución incomprensible comunicacionalmente	In actis
72:12	Resolución lacerante al sentido común	In re
72:13	Resolución extravagante	In re
72:14	Resolución reñida con elementos socialmente atávicos	In re
72:15	Resolución perturbatoria o afectatoria del usus fori	In re
72:17	Resolución provocadora de sorpresa social	In re
72:18	Resolución propiamente autoritaria	In re
72:19	Resolución que no atiende las normas procesales previstas	In actis
72:20	Actos procesales que no respetan el principio de bilateralidad y afectan la defensa en juicio	In actis
90	Incapacidad del juez para conducir y organizar un tribunal	
91	Ausencia de comportamientos morales acordes a la función judicial	
91:21	Objetiva falta de idoneidad moral del magistrado	In re
91:22	Excesos verbales del juez	In re
91:31	El dictum de la resolución controvierte una resolución anterior	In actis
91:32	No existe suficiente claridad en la orden o dictum	In actis
91:33	No existe suficiente autoridad moral para el dictum	In actis
91:34	Desde una moral social media, la resolución aparece cuestionable	In actis
91:35	Desconocimiento de la ética de mínimos socialmente aceptada	In actis
51	Resolución donde la mayoría es fuertemente criticada y la minoría goza de aceptación y ponderación	In re

V. CONCLUSIÓN PROVISORIA

Proponemos para cerrar la propuesta ensayística que nos ha ocupado, el destacar que nos hemos preocupado de acompañar al marco teórico una suficiente presentación

de casos judiciales que han sido motivo de noticias en principales diarios de la República Argentina.

Las informaciones periodísticas en cuestión, por la entidad de lo considerado en ellas, judicialmente hablando han causado en un nivel de ortodoxia media y tal como corresponde a un auditorio universal y razonable, al menos una 'atención significativa' y es a partir de dicho dato, que se puede llegar a colegir la existencia de un comportamiento autoritario en cuanto exista reiteración en el mismo.

Por otra parte hemos significado, que con independencia de cualquiera de las taxonomías que han sido formuladas más arriba y que también hemos dicho que existen niveles todavía no suficientemente investigados en ellas y como son los vinculados propiamente con la personalidad de los magistrados; los comportamientos judiciales autoritarios o de judicialismo sin más, se cometen por jueces independientemente de dónde ellos, puedan estar localizados acorde a los parámetros taxonómicos como los brindados más arriba. Así las cosas, si cualquier juez —carismáticos o tradicionalistas— puede llegar a tener comportamientos intoxicados de autoritarismo, el verdadero esfuerzo que los Poderes Judiciales deben hacer, estará en potenciar los esquemas inmunitarios institucionales para evitar que la enfermedad aparezca o en el caso de ser existente, poder rectificar los rumbos con los menores desgastes posibles.

No conocemos definitivamente si los jueces son conscientes que la sociedad advierte en ciertas resoluciones que ellos dictan, aspectos que rompen la continuidad de lo corriente y que cuando ello ocurre con cierta habitualidad e intencionalidad, estamos próximos a poder calificar dichos comportamientos de autoritarios. Mas lo cierto y a la luz de la muestra obtenida, es que podríamos brindar una respuesta provisoriamente afirmativa a nuestra pregunta inicial: existen jueces que ejercitan comportamientos autoritarios.

Virtudes judiciales sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho*

MANUEL ATIENZA
Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante

A la memoria de Genaro R. Carrió

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RAZONES DE UN OLVIDO. III. QUIÉNES Y CÓMO SON LOS JUECES. IV. MODELOS DE JUEZ. V. EN BUSCA DE UN CONSENSO: VALORES JURÍDICOS Y VIRTUDES JUDICIALES. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII: BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como supongo les ocurre a otros filósofos del derecho, siento una cierta inquietud cada vez que soy invitado a participar en mesas redondas con juristas de diversas especialidades y se espera que uno aborde el tema en cuestión —en este caso, el de la selección y formación de jueces— "desde la perspectiva de la filosofía del derecho". Tal inquietud deriva de la imagen no muy clara —y no siempre acertada— que, me parece, suelen tener los juristas teóricos y prácticos sobre lo que cabe esperar de un iusfilósofo. Simplificando mucho las cosas, diré que, a veces, se recurre a la filosofía del Derecho como un mero ornato cultural (en el fondo, más bien inútil, aunque en ocasiones puede ser provechosamente "utilizado" en labores de legitimación) y en cambio, otras veces, como una especie de "instancia superior" que permite ver más allá y más profundamente de lo que harían los simple juristas. Creo que estas dos imágenes del filósofo del Derecho —desenfocadas por defecto o por exceso— se conectan por paradójico que pueda parecer, con la misma tendencia a identificar la iusfilosofía con el Derecho natural y a éste con el tipo de ideología —una mezcla de formalismo metodológico, conservadurismo político y absolutismo moral— que, durante mucho tiempo, se transmitió en las facultades de Derecho españolas, precisamente bajo este mismo rótulo.

Pues bien, como lo sugiere ya la referencia a la "virtud" presente en el título de mi trabajo, aquí trataré de situarme en término medio entre los dos extremos anteriores. Y a fin de lograrlo, voy a elegir una perspectiva no tan abstracta que nos proporcione una visión excesivamente difuminada de la realidad, pero, al mismo tiempo, suficientemente distante —y amplia— como para generar críticas y, quizá también, alternativas.

* Este trabajo es una reelaboración de la intervención del autor en la II Conferencia de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España, organizada por el Consejo General del Poder Judicial y celebrada en Madrid en octubre de 1997.

En concreto, mi exposición girará en torno a cinco preguntas que guardan entre sí un cierto orden lógico, en el sentido de que la contestación a cada una de ellas conduce a plantearse una nueva pregunta, hasta llegar a la última respuesta que podría verse como una propuesta alternativa.

II. LAS RAZONES DE UN OLVIDO

La primera cuestión a plantearse es, lisa y llanamente, la siguiente: ¿Cómo es posible que, tratándose de un problema de semejante importancia, se haya reflexionado relativamente tan poco sobre él? Si casi todos estuviéramos de acuerdo en que "el derecho" es tan bueno como lo son los jueces que lo aplican"[1] o, por lo menos, en que no cabría hablar de un buen Derecho con malos jueces, ¿a qué se debe el hecho de que en España nos hayamos preocupado tan poco por al formación y selección de nuestros jueces? Obviamente, habría alguna excepciones que hacer[2], pero la realidad es que ni la doctrina jurídica ni los propios jueces ni la opinión pública en general se han (pre)ocupado mucho de la cuestión.

En el caso de la doctrina jurídica (lo que solemos llamar también dogmática o ciencia jurídica), la explicación, me parece a mí, deriva del modelo muy formalista de dogmática jurídica que ha sido dominante —aún lo es— en nuestra tradición y que ha llevado a separar muy tajantemente a esta disciplina de la sociología y de la política del derecho. A ellos se suma la tendencia a ver en la dogmática jurídica más una "ciencia" que trata de construir un sistema, que una técnica encaminada a la resolución de problemas prácticos. Y el resultado ha sido la propensión a incurrir en verdaderas "deformas ideológicas", al plantearse —e intentar resolver— problemas que en realidad no lo eran, o que estaban mal enfocados (el mejor ejemplo sigue siendo el de las "naturalezas jurídicas") y a dejar de lado —o, por lo menos a relegar— otros de gran importancia práctica. Así, los dogmáticos del Derecho Penal suelen considerar que la parte "noble", verdaderamente científica, de su disciplina la constituye la teoría del delito (una teoría de gran abstracción y donde el formalismo jurídico llega quizá a su cenit), mientras que la teoría de la pena suele recibir mucha menor atención, y el Derecho penitenciario es, simplemente, menospreciado: ¡como si pudiera estudiarse el estudio del delito, de la pena y de su ejecución! Y, en forma semejante, los procesalistas parecen haber otorgado su favor a la elucidación de ciertas nociones en las que se asienta la "ciencia procesalista" (las de jurisdicción, proceso y acción), en detrimento de la "parte orgánica" del Derecho procesal, bajo la cual, en principio, caería el tema de selección y formación de los jueces. En ambos casos, pues, los juristas teóricos tienden a desentenderse de aquellas cuestiones sociológicas, éticas y políticas, y a las que no parecen considerar como objetos de verdadero interés científico.

1 Van CAENEGAN, Raoul. *I signori del dirito*. Milán: Giuffrè, 1991, p. 1261.

2 Véase, por ejemplo, AUGER, Clemente. "La formación y selección del personal judicial". En: *Documentación española,* núms. 45 y 46, mayo-junio de 1985; AROZAMENA, Jerónimo. "Sistema español de formación judicial. La carrera judicial". En: *Documentación Administrativa*, núm. 210-211, mayo-septiembre de 1987, pp. 269-306; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *Sistemas Jurídico y formación de jueces y abogados*. Barcelona: PPU, 1995 y, sobre todo, ARLET, José Luis. *Jueces, política y justicia en Inglaterra y en España*. Tesis de doctorado (inédito) 1997.

Por lo que se refiere a los jueces (quienes no parecen haber discutido mucho sobre el problema en general, aunque sí sobre concretos procesos de selección), la explicación parece tener bastante que ver con el corporativismo de la profesión y con el hecho de que los jueces españoles han constituido, hasta fecha muy reciente, un estamento sumamente homogéneo desde el punto de vista de su ideología y de su extracción social. Así (tomos los datos de una conocida obra de José Juan Toharia)[3], en 1972 no había ni un solo juez que fuera hijo de obrero, y sólo había una mujer juez; en 1984, sólo el 4% de los jueces tenía un origen obrero, y las mujeres jueces habían llegado a superar el 11% de la profesión; pero en ambas fechas, aproximadamente la cuarta parte de los jueces eran hijos de jueces, abogados, notarios y otros profesionales del derecho. Y, por lo que se refiere a la ideología, es elocuente el hecho de que los cambios a la composición interna de la judicatura (ni la república ni el franquismo ni la democracia efectuaron ninguna verdadera "purga" en la carrera), lo cual, en el caso de regímenes autoritarios como el franquismo, sólo se puede tener una explicación: no era necesario ejercer ningún control político desde el exterior, porque existía una autorregulación interna (vinculada, obviamente, con el origen social antes recordado). Nada de extraño, por ello, que el juez español se haya considerado tradicionalmente a sí mismo como un funcionario (en el extremo, como un sacerdote) que se limita a aplicar las normas dictadas por el legislador (verdadera plasmación de la ley natural o de la ley eterna para quienes, en otro tiempo, gustaban de comparar al juez con el sacerdote). Y, para asegurar, la pervivencia de ese tipo de juez, nada mejor tampoco que un sistema de oposiciones, controlado además por los propios jueces, y dirigido simplemente a comprobar que se poseen ciertos conocimientos técnico-jurídicos o, aún más simplemente, que se conoce cuál es el Derecho vigente que ha de ser aplicado.

Todo ello, como es obvio, ha cambiado de manera bastante radical en los últimos años. El estamento judicial es mucho más heterogéneo, no sólo desde el punto de vista social, sino también geográfico y sexual (o "de genero", como ahora se dice): la espectacular irrupción de las mujeres en la carrera judicial no es todavía un fenómeno muy visible en las instancias superiores de la judicatura, pero, obviamente, es sólo cuestión de tiempo. El pluralismo ideológico se patentiza a través de la diversidad de asociaciones judiciales. Y los cambios sociales, ideológicos y jurídicos sobrevenidos han hecho que el anterior modelo de juez haya dejado, simplemente, de resultar funcional. En este sentido, la promulgación de la Constitución vino a significar el acta de defunción de ese modelo, como desde entonces resultó claro para muchos. García de Enterría —y es sólo un ejemplo— escribió, en el prólogo de un libro dedicado a la historia jurídica y judicial estadounidense[4]: "Me parece evidente que de la Constitución tendrá que derivar una pérdida del legalismo y que el juez va a adquirir una responsabilidad nueva que en buena medida va a hacer de él un protagonista mucho más relevante de nuestra vida jurídica de lo que hasta ahora se le ha permitido". Y Clemente Auger, en el trabajo antes mencionado[5], arrancaba precisamente de la "necesidad inexcusable" de solucionar el problema de la selección, la formación y el perfeccionamiento del personal al servicio

3 Toharia, José Juan. *¡Pleitos tengas!* (...) *Introducción a la cultura legal española*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1987.

4 Schwartz, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Traducción de E. Alonso, prólogo de E. García de Enterría. Madrid: Civitas, 1980, p. 14.

5 Auger, Clemente. Ob. cit., nota 2, p. 199.

de la justicia. "Ahora —señalaba— se mantiene la necesidad de ir al encuentro del juez constitucional, ahora se reconoce la función política del juez y el resultado político de la decisión judicial y su pretensión de plena eficacia. Se reconoce que la independencia del juez ha de configurarse como ámbito de libertad del mismo, donde su preparación técnica y ética, donde su vocación o inclinación profesional le permitirán llegar a ser el juez distinto previsto como tal en la Constitución".

En resumen, cabría decir que, hasta hace poco, el problema de la selección y formación no se lo habían planteado los jueces españoles, simplemente porque no era percibido por ellos como un problema. Ahora ya es percibido como tal, pero parece que aún no ha llegado el momento —o la ocasión— para una discusión a fondo del mismo.

Por lo que se refiere a la opinión pública, parece claro que, hasta hace también muy poco tiempo, la figura del juez se les aparecía a los españoles como algo lejano e impersonal, como la encarnación de un poder que podía infundir temor, pero que resultaba estrictamente ajeno, cuando no incomprensible: la idea de discutir como seleccionar a los jueces y qué tipos de cualidades deberían éstos poseer, no podía estar —consideraciones políticas aparte— en la lista de los intereses de la opinión pública. No hace falta recordar que el fenómeno de los "jueces estrella" es muy reciente y que, con anterioridad, los jueces españoles no gozaban de mucha popularidad, ni siquiera dentro del mundo del derecho. Si en los años setenta y primero de los ochenta se hubiera hecho una encuesta (cosa que ignoro) entre estudiantes de la facultades de derecho, se habría llegado, creo yo, a la conclusión de que prácticamente nadie conocía el nombre de algún juez español, notable por su labor en cuanto juez (dejando, pues, de lado posibles conexiones familiares o de amistad). En nuestra cultura jurídica, el Derecho ha sido encarnado por la figura —generalmente anónima— del legislador, y quizá también, de algún teórico del Derecho especialmente destacado. Pero la figura del juez ha sido relegado a un papel secundario —y bastante "invisible"—, lo que, en cierto modo, se corresponde con un sistema de "Derecho continental" basado en la primacía de la ley, del código, cuyo sentido —al menos originariamente— fue el de establecer un bastión frente a la arbitrariedad de los jueces. Resulta interesante recordar —como muestra de la aversión hacia los tribunales y hacia los jueces con que inicia el Derecho del "nuevo régimen"— que la Revolución francesa abolió por ley las facultades de Derecho (en 1793) e introdujo en las escuelas públicas lecciones elementales de Derecho para crear "ciudadanos virtuosos" que no necesitan acudir a los tribunales[6]. Nosotros, quizá más realistas —y pesimistas— hemos aceptados que los tribunales eran un mal necesario, cuando no una maldición[7]. Y, de manera bien "contrarrevolucionara", hemos encerrado el estudio del Derecho en las facultades universitarias (¿no es extraño que en las recientes polémicas sobre el estudio del latín, el griego, la filosofía o la historia en el bachillerato nadie haya reinvidicado el del derecho?), produciendo así una cultura jurídica con muy pocos contactos hacia el exterior. Un cierto remedio para este aislamiento podría procurarlo el jurado, cuya justificación (dejando a un lado el hecho de su consagración constitucional) debería verse, me parece a

6 Van Caenegan, Raoul. Ob. cit., nota 1, p. 1351.

7 Toharia, José Juan. Ob. cit., nota 1.

mí, más que en su contribución a producir decisiones más justas o a "legitimar" la administración de justicia, en la labor de pedagogía jurídica que supone.

III. QUIÉNES Y CÓMO SON LOS JUECES

Parece, pues, probable que la respuesta a la anterior pregunta haya que encontrarla en el carácter fuertemente formalista de nuestra cultura jurídica, junto con el tradicional corporativismo judicial y una opinión pública escasamente activa. Pero entonces, la siguiente pregunta que surge es esta: ¿de qué manera se seleccionan y forman los jueces en otros sistemas jurídicos y, en particular, en aquellos con las características muy opuestos al nuestro, es decir: poco formalistas, no corporativistas y con una opinión pública preocupada por quiénes y cómo son los jueces?

Van Caenegan[8] en un interesante estudio dedicado al tema, ha señalado que, tradicionalmente, la judicatura fue una profesión nada abierta y muy poco representativa desde el punto de vista social: sus miembros procedían mayoritariamente de la aristocracia o de la pequeña nobleza. Y esto vale también para el caso de Inglaterra (a pesar de una cierta idealización del "juez inglés"), donde la judicatura se independizó del poder político mucho antes que en el continente, pero sus jueces no fueron en absoluto más "populares", al menos desde el punto de vista de su extracción social[9]. En términos generales, Van Caenegan distingue tres sistemas de selección: a) nombramiento por la máxima autoridad política; b) elección popular; c) formación de una casta judicial, a la que se ingresa por razones de nacimiento o por procedimientos de cooptación. En su opinión, "en la vieja Europa prevaleció, formalmente hablando, el nombramiento por parte del soberano pero, en realidad, la elite judicial y profesional tuvo por lo general el control de la situación" (p. 129). Y, por lo que se refiere a momentos más recientes, lo que se encontraría, tanto en relación con los países europeos como con estados Unidos, sería una mezcla de estos tres sistemas, aunque con notables diferencias en cuanto al peso de cada uno de ello. Así, mientras que en Europa sigue teniendo una gran importancia el tercero de los sistemas (obviamente, con modificaciones no banales: los requisitos para ser cooptado no pueden ser otros —en nuestros Estados constitucionales— que el mérito y la capacidad), la situación en los Estados Unidos es notablemente distinta. Por un lado, el primero de los sistemas tiene una indudable importancia, ya que los jueces federales y los miembros de la Corte Suprema son nombrados por el presidente, con la intervención del Senado; además en muchos Estados son los gobernantes quienes nombran a la magistratura. Por otro lado, el elemento democrático tiene un mayor peso que en Europa, no sólo por la importancia del jurado, sino por el hecho de que en algunos Estados los jueces son elegidos por el pueblo. Y finalmente, el elemento oligárquico —típico de la tradición europea— es allí prácticamente inexistente: el único rastro que podría encontrarse de cooptación es que las asociaciones de abogados presentan informalmente una lista de candidatos (que no tiene valor vinculante) al presidente o a los gobernantes.

El caso de los Estados Unidos parece ser, pues, de especial interés para nosotros: no es sólo que el sistema de selección de sus jueces sea el más opuesto al nuestro, sino que la cultura jurídica presenta allí también unos rasgos opuesto a los que —como

8 Van Caenegan, Raoul. Ob. cit., nota 1.

9 Cfr. Arlet, José Luis. Ob. cit., nota 2, pp. 29 y ss. y pp. 335 y ss.

hemos visto— parecen haber determinado que no nos hayamos ocupado mucho de ese problema. Veámoslo brevemente.

Por lo que se refiere al carácter poco formalista de la cultura jurídica de los Estados Unidos, hay un simple dato que resulta elocuente. El autor allí considerado como principal representante del formalismo jurídico es nada menos que Christopher C. Langdell, esto es, el jurista que, desde Harvard, revolucionó la enseñanza del Derecho en su país (a partir, más o menos, de 1870), introduciendo el *case method* y método socrático. Como muy acertadamente ha observado Pérez Lledo[10], aunque la concepción de Langdell puede efectivamente considerarse formalista en diversos sentidos (por un lado, el *case method* buscaba en realidad la sistematización del derecho, aunque fuera a partir del estudio de casos concretos que operaban como una especie de material "en bruto", por otro lado, el método trataba de aislar el estudio del Derecho tanto del mundo del ejercicio profesional como de las demás disciplinas sociales), sin embardo, vista desde el prisma europeo —y más todavía desde el español— sus reformas no nos parecen nada formalista:"Al fin y al cabo —escribe Pérez Lledó— el *case method* por el énfasis en las sentencias concretas de los jueces más que en las reglas generales y abstractas del Derecho legislado; en el estudio de fuentes primarias en lugar de manuales doctrinales; en la discusión participativa en las aulas en lugar en lugar de la pasividad y el dogmatismo de la lección magistral; en la formación metodológica y en la capacidad argumentativa jurídica en lugar de simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas"[11].

El no-corporativismo judicial resulta también bastante patente. Como prueba de ello puede servir —además de los antes indicado— una de las conclusiones a las que llega Bernard Schwartz[12], cuando examina la historia del Derecho estadounidense a través de la biografía —y de la obra práctica— de los que considera como los "diez mejores jueces". Schwartz señala que Earl Warren (considerado hoy en día como el número dos de la lista y que —como se sabe— fue quien presidio la Corte Suprema de ese país en el periodo más innovador de su historia: los años 50 y 60) había sido, antes de ser nombrado por el presidente Eisenhower, básicamente un político (gobernador de un estado). Y que, de los diez de la lista, sólo Holmes podía considerarse como un juez de carrera, aunque, desde luego, un juez muy especial; de él se escribió que "era un hombre de mundo a la vez que un filósofo e, incidentalmente, un jurista"[13]: como se ve, características que probablemente le habrían impedido convertirse en juez en un país como España.

Y por lo que se refiere al interés que en la opinión pública despierta el nombramiento de los jueces —en particular, los de la Corte Suprema—, bastará con remitir el debate que tuvo lugar hace poco más de una época —en 1987— con ocasión de la "nominación" de Robert Bork por el presidente Reagan, y que dio lugar a una amplia literatura, dentro e incluso fuera de los Estados Unidos. "Tras dos meses de activa

10 Pérez Lledó, Juan Antonio. "La enseñanza del derecho en los Estados Unidos". En: *Doxa*, N.º 12. 1992, pp. 41-93; ídem, *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996.

11 Pérez Lledó, Juan Antonio. "La enseñanza del derecho en los Estados Unidos". En: *Doxa*, Ob. cit., nota anterior, p. 75.

12 Schwartz, Bernard. Ob. cit., nota 4.

13 Ídem, p. 581.

campaña (cuestiones callejeras, espacios en radio y televisión, búsqueda de apoyos políticos, gran actividad de los *lobbies* más importantes) comienzan las audiencias el 15 de septiembre de 1987. El procedimiento —explica Miguel Beltrán— consiste en que el candidato se somete a ellas ante la Comisión de Asuntos judiciales del Senado, Compuesta por 14 miembros, y éste eleva una recomendación —no vinculante— al Pleno, que es quien se pronuncia en última instancia"[14].En este caso, las audiencias —que prácticamente duraron un mes— fueron retransmitidas por numerosas cadenas de televisión y suscitaron un enorme interés y apasionamiento por parte de la opinión pública; en las mismas participaron políticos y juristas que debatieron con el candidato sobre numerosos problemas y, en particular, sobre la interpretación de los derechos fundamentales de los individuos; concluyeron el 13 de octubre, con una recomendación negativa de 19 votos contra 5, que venía a reflejar el temor de un amplio sector de la opinión pública a que el nombramiento de ese juez tuviese efectos negativos respecto al futuro de derechos constitucionales polémicos, como el aborto, la eutanasia, determinados aspectos de la libertad de la expresión, etcétera. El contraste con lo que hasta ahora ha ocurrido en nuestro país explica la pregunta que, de manera retórica, formula Alonso García comentando la situación: "¿sabe alguien en España qué pensaban acerca del derecho, la política, la moral, la sociedad, la vida(…)algunos de los candidatos llegados después a magistrados de nuestro Tribunal Constitucional?"[15].

IV. MODELOS DE JUECES

La contestación a las dos anteriores cuestiones lleva a distinguir dos modelos de juez (en cuanto "tipos ideales") que operan en los diversos sistemas jurídicos de los Estados constitucionales y que se corresponden con dos características concepciones del derecho: la formalista y la realista. Simplificando mucho las cosas, podría decirse que la imagen que el juez formalista tiene del Derecho y de su función se resume en las siguientes afirmaciones[16]: 1) el Derecho es básicamente un sistema general de normas, obra del legislador, y que, por tanto, preexisten al juez; el Derecho tiende a identificarse así con la ley, pero ésta no es vista simplemente como producto del legislador histórico, sino más bien del legislador racional; 2) el Derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta por cada caso: un supuesto no regulado explícitamente —o regulado insatisfactoriamente— puede, sin embargo, resolverse dentro del sistema, merced a la albor de los científicos del Derecho —y de los propios jueces— y que consiste en "desarrollar" los conceptos creado por el legislador, 3) en consecuencia, la función del juez es la descubrir el Derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear derecho. Por el contrario, los rasgos que definirían al juez realista sería los siguientes: a) el Derecho es una realidad dinámica, *in fieri*; obra no tanto del legislador, cuanto del juez; b)el Derecho tiene un carácter abierto, indeterminado: el juez no puede realizar su tarea de resolver los cosos que se le presentan sin salirse del sistema, esto es, sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral, y c)

14 Beltrán, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Prólogo de E. García de Enterría. Madrid: Civitas, 1989, p. 30.

15 Ídem, p. 16.

16 Sigo de cerca la caracterización presentada por Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965; Ídem, *Algunas palabras sobre las palabra de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

la función del juez, al menos en un aspecto muy importante, consiste en crear nuevo derecho, y no simplemente en aplicar el ya existente.

Si ahora nos preguntáramos cuál de esos dos modelos de juez (caracterizados de manera inevitablemente tosca) se adecua mejor al Derecho de las sociedades democráticas del presente, la respuesta no seria, me parece a mí, muy clara. Por un lado, el juez formalista (más o menos, una idealización de los jueces que operan en los sistemas de Derecho continental) parecería satisfacer, en mayor medida que el segundo ("típicamente", el juez de la cultura angloamericana), dos requisitos centrales del estado de derecho: el imperio de la ley —expresión de la voluntad popular— y la división de poderes. Sin embargo, por otro lado, el modelo realista parece superior en cuanto permitiría dar cuenta mejor de la complejidad de la labor judicial que los formalistas tienden a simplificar excesivamente; en relación, por ejemplo, con la fundamentación de las decisiones judiciales, la teoría clásica del silogismo judicial —una típica construcción del formalismo jurídico— no es falsa, pero sí insuficiente: la justificación de las decisiones judiciales no es sólo cuestión de lógica[17]. De manera que, cabría concluir, si los jueces siguieran sin más el modelo formalista —que, "en abstracto", parecería preferible—, podríamos encontrarnos con decisiones que no satisficieran nuestra expectativas de justicia.

Naturalmente, la dificultad —o imposibilidad— de optar simplemente por alguno de los anteriores modelos no es, en principio, un problema irresoluble. Así, el positivismo contemporáneo en la teoría del Derecho —representado pro autores como Hart o Carrió— vendría a sostener una concepción intermedia con respecto a las dos anteriores, aunque quizá más inclinada hacia el lado del realismo. Ese "realismo moderado", y tal como lo ha presentado, por ejemplo, Carrió[18], se caracterizaría por: a) negar el carácter cerrado del derecho; las normas jurídicas se expresan en un lenguaje natural que posee ciertos "defectos congénitos", como la vaguedad: los términos y conceptos jurídicos no puede definirse de manera precisa, esto es, además de zonas claras de aplicación (y de no aplicación) existe siempre, al menos potencialmente, una "zona de la penumbra", imposible de cerrar *a priori* por el legislador; b) dividir los casos que tienen que resolver los jueces en casos fáciles (supuestos que caen en la zona de claridad de aplicación de las normas) y en casos difíciles (los que caen en la zona de la penumbra): respecto de los primeros, que son la mayoría, la labor de los jueces consiste tan sólo en descubrir (en las palabras de la ley) un sentido preexistente, esto es, en aplicar reglas; pero respecto de los segundos se trata, en sentido estricto, de decidir, esto es, el caso no puede resolverse sin utilizar un criterio (económico, valorativo, etcétera) que no estaba previamente en las reglas, y c) rechazar tanto el formalismo, que no ve los problemas de la penumbra, como el realismo (extremo) que no ve más que la penumbra.

También podría considerarse como más próximo a la concepción realista (pero sin dejar de incorporar elementos formalistas) el modelo de juez propuesto por un autor "pos-positivista" como Dworkin. Como se sabe, la crítica fundamental de Dworkin al positivismo jurídico (al "modelo de las reglas" de Hart) es que el Derecho no consiste

17 *Cfr.* Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

18 En una famosa polémica de los años sesenta que enfrentó a Genaro Carrió con el penalista Sebastián Soleri; *cfr.* las obras de Carrió. Ob. cit., nota 16.

únicamente en reglas[19], sino también en principios, esto es, pautas de comportamiento que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etcétera (*policies* o directrices), y exigencia de justicia, equidad y moral positiva (principios en sentido estricto). De ahí se seguiría la imposibilidad de mantener la tesis —típicamente positivista— de la separación entre Derecho y moral y, en relación con la función judicial, la negación de la discrecionalidad judicial (en los casos difíciles). Según Dworkin, los jueces no pueden decidir de los casos creando nuevas normas, esto es, arrogándose el papel del legislador. El Derecho (de los Estados democráticos) provee —siempre o casi siempre— una única respuesta correcta para cada caso (como sostendrían los formalistas) y es tarea del juez "Hércules" (un juez ideal, dotado de "capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano") el encontrarla[20]. Obviamente, en esta labor juegan un papel de gran importancia las argumentaciones de carácter económico, político y, especialmente, ético que, por lo demás, no podrían distinguirse netamente de las de carácter estrictamente jurídico. Un rasgo común de la teoría del Derecho post-positivista (en donde cabría incluir a autores como MacCormick, Raz, Alexy o Nino, además del propio Dworkin) consiste en sostener la tesis de la unidad del razonamiento práctico y, en consecuencia, de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación ética.

En fin, los autores que se mueven dentro de la corriente de "crítica" del Derecho han propuesto también en ocasiones (cuando la radicalidad de su crítica no llega a extremos de escepticismo incompatible con la elaboración de cualquier teoría; de todo hay) un modelo de juez distinto tanto del formalista como del realista. Es el caso, por ejemplo, de François Ost[21], quien distingue tres modelos de juez que simboliza con tres personajes mitológicos. Júpiter, Hércules y Hermes; los dos primeros se corresponderían con la modernidad, y el tercero sería la alternativa posmoderna. Así, la figura de Júpiter representa el modelo "clásico" del derecho, visto en forma de pirámide o de código; el Derecho aparece como algo proferido "desde arriba" (desde lo alto del Olimpo), que adopta la forma de ley y traduce (a términos jurídicos) las exigencias del Estado liberal de Derecho del siglo XIX. Y el semidios Hércules ("que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acabar por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo"[22]) encarnaría el mundo realista, el del Derecho jurisprudencial, que plasmaría las exigencias del Estado social o asistencial del siglo XX.

Ahora bien, estos dos modelos(o cualquier combinación que pudiera hacerse de ambos) resultan insatisfactorios para dar cuenta de la complejidad del "Derecho posmoderno", que Ost caracteriza mediante los siguientes rasgos: multiplicidad de actores jurídicos (el protagonismo no lo tienen ya el sólo el juez y el legislador, sino también las asociaciones, los particulares, etcétera); existencia de numerosas instancias (supraestatales, autonómicas, del mundo de los negocios, etcétera); y variedad de tipos de

19 Prescindo aquí de que la caracterización de esa concepción por parte de Dworkin sea o no correcta; sobre eso, *cfr.* Carrió, Genaro. *Dworkin y el positivismo jurídico*. Cuadernos de Crítica. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.

20 *Cfr.* Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de M. Guastavino. Prólogo de A. Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1984.

21 Ost, François. "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez". En: *Doxa*, N.º 14. 1993, pp. 169-194.

22 Ídem, p. 170.

normas (normas de fin, principios, entre otras). La alternativa, por ella, la ve este autor en un nuevo modelo del juez que él propone representar bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses:

Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el transito de unas a otras(…) Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la arbitra a los jueces siempre recomendados. Si —añade— la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo del pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red(…) El Derecho posmoderno, o derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de dato[23].

Lo que resulta de todo esto es, pues, al existencia de una pluralidad de modelos en el plano teórico (naturalmente, hay mucho más que los anteriormente esbozados) que, seguramente, traduce una diversidad de formas de actuación judicial en el plano de la práctica. Si, por ejemplo, proyectáramos el esquemático análisis anterior a la praxis de la judicatura española, seguramente no sería difícil ilustrar cada una de esas concepciones con decisiones —y actitudes— recientes de jueces y tribunales. Me parece incluso que no habría que descartar la posibilidad de que un mismo juez o tribunal adopte uno u otro modelo, según las circunstancias. Sin duda, el modelo "realista" ha ganado posiciones en los últimos tiempos, pero es posible que la mayoría —o, al menos, muchos— de los jueces españoles sigan concibiendo su práctica, básicamente, de acuerdo a la concepción formalista (pero en forma menos extrema que antaño). Quizá no pocos se sientan atraídos por —y próximos al— modelo mixto (el de Hart y Carrió), pero, ¿Cómo negar que hay algo de cierto en las críticas dirigidas desde concepciones como las de Dworkin o el postmodernismo? En definitivamente, parecería que la situación es incierta teórica se corresponde con una notable falta de acuerdo entre los jueces —entre los jueces españoles— con respecto a asuntos fundamentales de su práctica, como el alcance del activismo judicial, los límites dentro de los cuales debe desarrollarse la interpretación de las leyes y la Constitución, la posibilidad de utilizar argumentos morales, políticos, etcétera. La "crisis" de los modelos proviene, en efecto, "no tanto de la ausencia de referencias, como de su excesiva abundancia"[24].

V. EN BUSCA DE CONSENSO: VALORES JURÍDICOS Y VIRTUDES JUDICIALES

El hecho de que no haya un modelo claro —y ampliamente compartido— de lo que debe ser —o de lo que debe hacer— un juez en el Estado de Derecho (esta sería la respuesta a la cuestión anterior) es, a su vez, un aspecto de la crisis jurídica y social existente en in plano más general. Si es difícil saber lo que significa ser un buen juez, se debe, al menos en buena medida, a que tampoco tenemos una idea muy clara de cómo debería ser un buen ciudadano. O, dicho de otra manera, el que no tengamos un único modelo de juez es una consecuencia más del pluralismo que también ha penetrado en la instancia judicial: la mayor representatividad social de los jueces se traduce inevitablemente en una menor homogeneidad desde el punto de vista cultural, ideológico, etcétera.

23 Ídem, pp. 171 y 172

24 Ídem, p. 169

Pero la pregunta ahora es: ¿puede un sistema jurídico funcionar en esas condiciones? Los autores posmodernos, como hemos visto, tienden a aceptar esa "complejidad" y proponen una imagen del Derecho en términos meramente comunicativos; la función del juez, como la de Hermes, no sería otra que asegurar la circulación de los discursos. ¿Pero es eso cierto? ¿Es ésa la única función que ha de desarrollar el Derecho —la comunicabilidad—, o se precisa también la traducción de los "mensajes jurídicos" en acciones destinadas a satisfacer objetivos sociales y valores morales? ¿Y no se necesita para ello contar con un consenso mínimo sobre algunas cuestiones básicas —que no afectan sólo a la inteligibilidad de los mensajes— para que la complejidad, o el pluralismo no degenere en caos?, pero ¿cómo construir ese consenso?

Antes de sugerir una respuesta a esta última pregunta conviene insistir en que el consenso tiene más importancia en el sistema judicial que, quizá, en cualquier otro sector de la sociedad. Por ejemplo, parece claro que algún tipo de consenso, de normas o de pautas aceptadas por todos o por la mayoría, tiene que existir para que pueda florecer el arte; pero, por lo demás, el pluralismo en materia de arte no sólo no parece poner en peligro ningún valor social de importancia, sino que estimula la imaginación y la creatividad de la gente. Que son valores típicamente artísticos. En el extremo opuesto estaría la judicatura: sin una práctica constante y (relativamente) uniforme en la práctica de las normas por parte de los jueces, ni siquiera cabría hablar de sistema jurídico. La diversidad de soluciones judiciales ante casos idénticos o semejantes crea un estado de incerteza —de inseguridad jurídica— que es considerado como disvalioso no sólo por quienes suscriben una ideología de signo conservador. De ahí la importancia que se atribuye, en la teoría del derecho, al problema de la unidad de las fuentes o del ordenamiento; o la existencia de instituciones que, como la casación, tienen como finalidad la unificación de la "doctrina legal". Todo lo cual, por cierto, debería llevar a considerar con mayor cautela de lo que a veces se hace la posibilidad de trazar analogía entre la interpretación artística (por ejemplo, la interpretación literaria) y la interpretación jurídica[25]. En definitiva, los fines del Derecho no podrían lograrse si los jueces no aplicasen las normas en forma (relativamente) homogénea, esto es, de manera que sus decisiones resulten, al menos hasta cierto punto, anticipables.

Y el problema es que, en nuestros Estado de Derecho contemporáneos, como consecuencia de los factores de complejidad ya señalados (además del pluralismo ideológico y cultural, el aumento constante de las materias reguladas jurídicamente y, en consecuencia, de las cuestiones sometidas a decisión judicial, la proliferación de principios estándares normativos muy abiertos, etcétera), esa uniformidad está en peligro. ¿Qué hacer entonces para asegurarla? ¿A qué podría recurrirse para alcanzar ese necesario consenso mínimo?

Una posible vía de solución la proporciona el propio Derecho objetivo, al imponer como normativamente vinculante para los jueces —y no sólo para ellos— las normas constitucionales y, en particular las que consagran los derechos fundamentales de los individuos[26]. Sin embargo, por esa vía, el consenso que se logra es vital, pero, en diversos

25 Cfr. Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

26 La obligatoriedad de la Constitución, sin embargo, no puede derivarse de la propia Constitución, esto es, del derecho positivo, sino de una norma metajurídica: la norma fundamental o rgela de reconocimiento; sobre esto *cfr.* Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

aspectos, insuficientes. Como todos sabemos, las Constituciones contemporáneas —y, en particular, la nuestra— son Constituciones "de consenso" que, precisamente por ello, contienen valores y principios no siempre fácilmente armonizables entre sí. Esa intrínseca ambigüedad hace que, al menos en los casos difíciles, la solución tenga que provenir necesariamente —se sea o no consciente de ello— de alguna de las teorías y políticas que resultan compatibles con la Constitución y que llevan a interpretar en una u otra forma el Derecho vigente.

La otra posible vía de solución —no alterativa, sino complementaria respecto de la anterior— se mueve, podríamos decir, en un plano subjetivo: busca el consenso, no en ciertos valores comunes a los jueces, sino en ciertas virtudes judiciales, en ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizá posean— los jueces.

La contraposición entre una ética del deber y una ética de las virtudes, esto es, basada en la obediencia a las normas, sino en la formación del carácter, en al educación de los sentimientos para disponer de las personas hacia el bien, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría ética contemporánea. Según MacIntyre[27], en nuestras sociedades contemporáneas ya no es posible el discurso ético —el discurso de las virtudes—, pues para ello se necesitaría poseer una noción común y compartida del bien del ser humano, lo cual dejó de existir la Ilustración y la "ética" del individualismo basada en el principio de la autonomía. Su proyecto consiste, por ello, en tratar de reconstruir cierto tipo de asociaciones o comunidades que otorguen unidad de fines a la vida de los seres humanos y permitan que surjan de nuevo las correspondientes virtudes.

Ahora bien, esa contraposición que tanto remarca MacIntyre, entre ética individualista o liberal y ética comunitarista, entre ética de los deberes y ética de las virtudes, quizá admita algún tipo de conciliación. Ésta última es, por ejemplo, la tesis defendida por Victoria Camps[28]. Según ella, el discurso de las virtudes sigue teniendo sentido en nuestras sociedades, pero siempre que se refiera ámbito público, no al ámbito privado. "La vida buena —escribe— tiene como fin la felicidad, la cual puede entenderse de dos maneras: como felicidad individual, en cuyo caso no hay normas generales para alcanzarla, o como felicidad colectiva, esto es, como justicia, y ahí sí que la ética tiene mucho que decir. En el ámbito de vida privada —añade— todo está permitido, no hay normas, salvo la de respetar y reconocer la dignidad del otro con todas sus consecuencias" (p. 20). Sin embargo, en el de la vida pública sí que existen ciertos fines comunes que ella identifica con los valores de libertad e igualdad, los cuales son realizables en el marco de una democracia representativa. Ahora bien, si esto es así, entonces "ha de ser posible hablar de unas prácticas, y de unas actitudes, de unas disposiciones coherentes con la búsqueda de la igualdad y la libertad para todos" (p. 20), y a esas disposiciones es a lo que llama "virtudes públicas": la justicia, la solidaridad, la responsabilidad, la tolerancia y la profesionalidad.

Lo que aquí se trataría de ver es si ese planteamiento puede trasladarse también al campo judicial y hablar, en consecuencia, de "virtudes judiciales", que vendrían a ser, respecto del juez, lo que las virtudes públicas son respecto del ciudadano. Es importante, por ello, insistir en que no se trata, de ninguna manera, de entrar en la vida privada del juez en cuanto individuo, sino de fijar cómo debe ser el juez en cuanto órgano público,

27 MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Traducción de A. Valcárcel. Barcelona: Crítica, 1987.

28 CAMPS, Victoria. *Virtudes públicas*. Madrida: Espasa-Calpe, 1990, colección Austral.

en cuanto titular de uno de los poderes —quizá el mayo— del Estado, y en la medida en que ejerce ese poder. Por lo demás, lo que aquí voy a decir no pasa de ser un simple bosquejo que necesitaría, sin duda, de un desarrollo mucho mayor. Los puntos que me parecen esenciales vienen a ser los siguientes.

5.1. Qué significa "buen juez"

En primer lugar, conviene recordar que los que nos había traído hasta aquí era la necesidad —y las dificultades— de contar con un modelo de juez que contuviese ciertos rasgos comunes a todas las diversas formas de ser un buen juez; esto es, quizá no podamos —o no tenga sentido— proponer u único modelo de juez, peor los diversos modelos tendrían que coincidir en alguna propiedades comunes, pues, en otro caso, la administración de justicia no podría funcionar adecuadamente. Ahora bien, el concepto de "buen juez" (como el de "buen profeso") no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos[29]. Un buen juez —me parece que en esto todos estamos de acuerdo— no es sólo quien aplica el Derecho vigente sin incurrir en el ejercicio de esa actividad, en la comisión de delitos o de faltas sancionables disciplinariamente —quien no es corrupto—[30] sino quien es capaz de ir "más allá" del cumplimiento de las normas; y ello, no porque se exija de él —al menos, normalmente— un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez —las virtudes judiciales— no podrían plasmarse normativamente; son, justamente, rasgos de carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión si, a su vez, se tiene cierta disposición para ello.

5. 2. Qué son las virtudes

MacIntyre ofrece una definición de virtud ("parcial y provisional") que puede servirnos como punto de partida para descubrir cuáles pueden ser las virtudes judiciales. Según él, "una virtud es una cualidad human adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes"[31]. Las virtudes necesitan pues, de una práctica, de una comunidad, donde pueda haber bienes internos. Veamos lo que esto quiere decir con algún ejemplo.

Supongamos que un recién licenciado en Derecho decide abrir un bufete de abogado con el propósito de ganar, en un lapso más o menos breve suficiente dinero como para poder dedicarse a la literatura, que constituye su verdadera vocación. Si él concibe su trabajo en cuanto abogado en términos puramente instrumentales, entonces no adquirirá las virtudes del abogado: podrá llegar a ser un técnico habilidoso, ganar

29 Sobre la independencia e imparcialidad como notas definitorias de los jueces (en el estado de derecho), *cfr.* Aguilo, Joseph. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En: *Fisonomía*. N.º 6, 1997.

30 Sobre el fenómeno de la corrupción judicial puede verse Andrés Ibáñez, Perfecto. "La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del estado de derecho". En: Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.) *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997; Auger, Clemente. "La justicia ante el fenómeno de la corrupción". En: La-porta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.) *La corrupción política*, citado en esta nota: Málem, Jorge. *Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción*, inédito. 1997.

31 MacIntyre, Alasdair. Ob. cit, nota 27, p. 237.

fama y dinero (bienes externos), pero no habría contribuido a desarrollar los bienes internos de la abogacía. Ahora bien, imaginemos que en el ejercicio de la profesión, comienza a encontrarse, de cuando en cuando, con casos que le interesan —y en los que trabaja— no —o no sólo— por obtener un beneficio económico de cualquier otro tipo, sino por la satisfacción que le producen en sí mismos considerados, esto es, por puro "interés profesional". Nuestro abogado habría descubierto entonces los que son bienes internos a esa práctica, y estaría probablemente en vías de pasar de ser simplemente un buen abogado, a un abogado bueno, virtuoso. MacIntyre piensa que cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, puede ser una práctica, de manera que no habría inconveniente, por ejemplo, en hablar de la práctica de un juego como el fútbol: Di Stefano o Maradona (la vida privada —conviene insistir en ello— no entra aquí en juego) serían probablemente candidatos a ser considerados como virtuosos del fútbol, modelos del futbolista excelso: para ellos, el fútbol parece haber constituido mucho más que un simple *modus vivendi*, pues habrían sido capaces de captar la belleza que en sí mismo encierra el juego y de encontrar satisfacción en el hecho mismo de jugar bien, extraordinariamente bien.

Por tanto, una práctica —en el sentido señalado— supone no sólo la existencia de bienes internos a la misma, sino también de ciertos modelos de excelencia: "los bienes externos son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad que participa en la práctica"[32]. Ahora bien, cualquiera que sea nuestro punto de vista moral privado o los códigos particulares de nuestra sociedad, las prácticas no podrían subsistir sin las virtudes de l justicia, el valor y la honestidad[33]; estas últimas son componentes necesarios de cualquier práctica que contenga bienes internos y modelos de excelencia" (p.238). Por tanto, puesto —como parece razonable hacerlo— que el ejercicio de la judicatura —no la judicatura en cuanto institución— puede ser una de las prácticas sociales, las virtudes de la misma tendrían que ser un desarrollo o una especificación de las anteriores".

5. 3. Las virtudes del juez

Esas cualidades o rasgos de carácter que estamos buscando tendrían, pues, que referirse, no tanto al juez técnicamente competente, cuanto al juez vocacional; además, tendrían que ser independientes —por lo menos, relativamente independientes— de la ideología política y de las concepciones morales que cada juez puede suscribir. Pero ¿existe tal cosa —se me preguntarán—? Me parece que sí y que, además, no es anda difícil lograr un consenso al respecto; dicho en otra forma, ese consenso ya existe.

Por ejemplo, MacCormick[34], al exponer los criterios de racionalidad que han de guiar al juez en su tarea de justificar las decisiones, indica una lista de las propiedades, además de la capacidad argumentativa y —obviamente— el conocimiento del Derecho vigente, que debería poseer un juez: buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, valentía. Dudo que alguien pudiera discutir

32 Ibídem.

33 El gol que Maradona metió con la mano en el mundial de México sería un serio obstáculo al anterior juicio, salvo que pensemos –como el propio jugador afirmó en alguna ocasión- que se trató de la "mano de Dios".

34 MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, 1978.

la pertinencia de todas estas virtudes, aunque seguramente —como es mi caso— se le ocurriera añadir alguna a la lista.

Me parece que si se confronta ese elenco con el tradicional de las virtudes cardinales o fundamentales (tradición, por cierto, que no comienza con el cristianismo, sino con Platón), hay una que parece estar ausente: la de templanza. Aristóteles daba, en *la Retórica*, esta definición de templanza: "es una virtud por la cual se está dispuesto para los placeres del cuerpo en la mediad en que la ley manda; desenfreno es loo contrario"[35]. Pues bien, me parece que, trasladad al ámbito judicial, la virtud de la templanza podría llamarse autorrestricción y, en mi opinión, es, junto a las otras, de importancia fundamental: es la cualidad que debe disponerse al juez a usar moderadamente el —extraordinario— poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicios de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, ideologías, etcétera[36].

5. 4. El juez prudente

Si se reflexiona sobre la anterior lista de las virtudes judiciales (que —como decía— no hay por qué considerar tampoco como un elenco cerrado), creo que se llega con cierta facilidad a la conclusión de que hay una de ellas que ocupa un lugar de especial importancia y que, en cierto modo, viene a suponer una especie de síntesis de todas las otras. Se trata de la virtud de la prudencia, pero entendida no tanto —o no sólo— en el sentido que hoy atribuimos a la expresión, sino en el de la frónesis aristotélica. Para Aristóteles —como explica MacIntyre— la prudencia (la frónesis) no tiene ninguna conexión particular con la cautela o con el interés propio, sino que es la virtud de la inteligencia práctica, de saber cómo aplicar principios generales a las instituciones particulares[37].

En un par de artículos relativamente recientes, Anthony Kronman[38] ha efectuado un análisis de lo que debería entenderse por prudencia o sabiduría práctica, que me parece particularmente penetrante. Lo que dice se refiere al jurista en general pero, obviamente, no hay ninguna dificultad de aplicarlo a los jueces.

La prudencia, según él, sería, desde luego, una virtud intelectual, pero no sólo eso, ya que para ser prudente no basta con poseer habilidad dialéctica, capacidad discursiva o argumentativa. Por otro lado, la prudencia implica algún tipo de intuición, pero no se reduce tampoco a la mera intuición, pues una característica suya es el ejercicio de la deliberación, de la reflexión: el juicio prudente es, necesariamente, un juicio reflexivo. La prudencia sería más bien, una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y

35 Aristóteles. *Retórica*. Ed. de A. Tovar. Madrid: Instituto de estudios Políticos, 1971, I, 9. 15.

36 Dicha virtud se corresponde con lo que Martens ("sur les loyautés démocratiques dujuge". En: *La loyauté. Mélanges E Cexhe*. Bruselas: Larcer, 1997) llama "modestia".

37 MacIntyre, Alasdair. *Historia de la ética*. Traducción de R. J. Walton. Barcelona: Paidós, 1981, p. 80; Aristóteles. *Ética a Nicómano*. Traducción de M. Araujo y J. Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. 1141b1-1142a.

38 Kronman, Anthony T. "Practical Wisdom and Professional Character". En: *Social Philosophy and Policy*, N.º 4, 1986; idem, "Living in the Law". En: *The University of Chicago Law Review*, N.º 54, 1987.

la experiencia del mundo. Y lo que permita que pueda llevarse a cabo esa síntesis es la facultad de la imaginación en la que, a su vez, pueden distinguirse dos aspectos. Uno es el aspecto que podría llamarse estético; es la imaginación como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema. El otro aspecto de la imaginación tiene carácter moral, y consta, a su vez, de dos elementos: la simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro; y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad a la que los romanos llamaban *gravitas*. Eso no tendría nada que ver con el "desprecio olímpico", sino más bien con el adagio romano "nada humano me es ajeno" que, en opinión de Kronman, muestra expresivamente en qué ha de consistir esa combinación de simpatía y distancia. En conclusión, las cualidades que constituirían el carácter profesional del jurista (y, por tanto, del juez) serían, para Kronman: "conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos"[39].

5. 5. Cómo evaluar las virtudes

Me parece obvio que cuando enjuiciamos las actuaciones de un juez (insisto: del juez en cuanto juez, en cuanto órgano público, no su vida privada), tenemos en cuenta, de alguna forma, todas las anteriores virtudes. Por ejemplo, tiene perfecto sentido decir que el juez A no incurría en ninguna causa de recusación o abstención para ocuparse del asunto W, pero que, sin embargo, un juez prudente se habría retirado del mismo. O que la ley autorizaba al juez B a dictar una orden de detención contra X, pero que no debería haberla dictado. O que el juez C ejerció, en efecto, su derecho a la libertad de expresión cuando sobre el caso Y opinó de determinada forma, pero que hubiese sido mejor que guardara silencio. O que la decisión del juez D en el caso Z no iba en contra el Derecho vigente, pero, sin embargo, no era la mejor posible o la que hubiese debido tomar. El reproche, en todos estos casos, no proviene de que se hayan infringido normas jurídicas, sino de que esos jueces no se habrían comportado como lo habría hecho un juez modélico.

Si esto es así, si existe —como yo lo creo— una exigencia de que el juez sea virtuoso, entonces una cuestión importante es la de cómo controlar —o si cabe controlar— la falta (o la existencia) de virtud. Por razones que me parecen obvias descarto que ello pueda —o deba— hacerse mediante mecanismos disciplinarios. Quedan, sin embargo, otras posibilidades de actuación, pues las "virtudes" podrían no hacerse en la selección o en la promoción de los jueces.

A decir verdad, cuando los jueces se seleccionan entre personas que carecen de experiencia práctica en el derecho, lo que podría controlarse no sería propiamente la existencia de virtudes, sino de ciertas cualidades, sin las cuales no parece probable que puedan surgir luego —en el ejercicio de la práctica— las virtudes. La utilización de test psicológicos podría jugar aquí algún papel, aunque seguramente mínimo: no parece que fuera razonable utilizarlos más que como método para excluir a candidatos con rasgos de personalidad muy marcados (que, es de suponer, pocos poseerían). De manera que

39 Kronman, Anthony T. "Practical Wisdom and Professional Character". En: Ob. cit., nota anterior, p. 232.

las virtudes tendrían que hacerse jugar cuando se trata de proporcionar a los jueces a puestos superiores o de elegir para esos puestos a profesionales del Derecho que hayan tenido la oportunidad de desarrollar los rasgos de carácter a los que antes se aludía. Por supuesto, no es asunto precisamente sencillo establecer quiénes y cómo deberían valorar que en efecto se poseen tales virtudes. No es difícil imaginar, además, cuáles pueden ser los principales inconvenientes: que se invada la vida privada de los candidatos, que se efectúes un juicio más político que propiamente profesional, que la inevitable discrecionalidad que han de tener quienes tomen la decisión se transforme en mera arbitrariedad, amiguismo, etcétera. Pero quizá no haya por ello que renunciar a elaborar un posible sistema que elimine —o, al menos, minimice— esos inconvenientes.

5. 6. Cómo se adquiere las virtudes

Vinculada con la anterior cuestión está la de si puede enseñar —y hasta qué punto— a ser virtuoso. Un asunto, desde luego, peliagudo, pero sobre el que quizá quepa decir algo con sentido.

En primer lugar, parece claro que, de ser posible tal enseñanza, no podría tener carácter teórico; las virtudes son hábitos que sólo pueden adquirirse mediante la práctica, mediante la experiencia. Por eso .como ya sabía Aristóteles—[40], pueden existir "niños-prodigio" en cálculo matemático, pero no en prudencia; sin una amplia experiencia no se puede, simplemente, ser prudente.

En segundo lugar, aunque haya, probablemente, quien es capaz de volverse virtuoso en las condiciones más adversas, parece razonable pensar que la existencia de ciertas instituciones y de ciertos modelos de conducta —de jueces ejemplares— estimula en otros el desarrollo de las virtudes. De ahí que renunciar a proponer algún modelo de juez tenga consecuencias muy graves, como las tiene también un tipo de enseñanza del Derecho que, en España, ha pasado de ser simplemente errado a ser también (tras los nuevos planes de estudio) errático. Tiene razón, en ese sentido, Kronman, cuando señala que el "método socrático" contribuye a desarrollar ciertas virtudes (como, por ejemplo, la imaginación)[41], lo que, desde luego, no puede decirse ni de las clases magistrales ni del método para la presentación de oposiciones.

Finalmente, creo que en la enseñanza de las virtudes judiciales, en el cine y, sobre todo, la literatura podría jugar un papel de cierta importancia. Las relaciones entre el Derecho y la literatura (incluyendo tanto las obras literarias como la crítica literaria y la teoría de la literatura) son muy variadas y han dado lugar, en los últimos tiempos, a

40 En la Ética a Nicómano (cit., nota 37, 1142ª) escribe Aristóteles: "Señal de lo dicho es que los jóvenes pueden ser geómetras y matemáticos, y sabios en cosa de esa naturaleza, y, en cambio, no parece que puedan ser prudentes. La causa de ello es que la prudencia tiene por objeto también lo particular, con lo que uno llega a familiarizarse por la experiencia, y el joven no tiene experiencia, porque es la cantidad de tiempo lo que produce la experiencia. Uno podría preguntarse también por qué un niño puede indubitablemente ser matemático y no sabio. Ni físico. ¿No será porque los objetos matemáticos son el resultado de una abstracción mientras que los principios de los otros proceden de la experiencia, y de cosas así los jóvenes hablan sin convicción, mientras que les es patente ser de los primeros?".

41 Kronman, Anthony T. "Practical Wisdom and Professional Character". Ob. cit., nota 38, pp. 227 y ss.

toda una corriente de teoría de derecho[42]. Puede ser de interés, por ejemplo, mostrar las analogías existentes entre la interpretación de una obra literaria y la de un texto jurídico (aunque tampoco conviene, como antes señalaba, llevar la analogía más allá de ciertos límites). O entre los esquemas narrativos presentes en la literatura y en los antecedentes de hecho de las sentencias. O bien —éste es el punto que aquí interesa— mostrar de qué manera la literatura puede ser de utilidad en la justificación de las decisiones judiciales, esto es, en qué forma puede contribuir a la formación del carácter que se necesitaría tener para ser un buen juez.

En un libro reciente, Marta Nussbaum[43] defiende precisamente la tesis que la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etcétera, que la literatura puede ayudar a poseer. La autora no niega la importancia de la argumentación racional (y, en partícula, de la racionalidad económica) para la justificación de las decisiones judiciales, pero considera que las emociones (o cierto tipo de emociones) no sólo no enturbian la razón, sino que la potencian. Su interés se dirige, de manera particular, hacia la novela realista, y analiza, como prototipo del género *Tiempos difíciles*, de Charles Dickens. En su opinión, en la propia estructura de ese tipo de novelas existiría algo así como un elemento igualitario, en cuanto que podría decirse que los diversos personajes están a disposición de cualquier lector; habría también una apelación a la imaginación, a la fantasía, a la capacidad de "vivir otras vidas"; y, en definitiva, a la empatía, a ponerse en el lugar de otro, a ser capaz de entender otras circunstancias, aunque resulten muy ajenas a nuestras experiencias reales. Nussbaum termina mostrando de qué manera la existencia o no de esa "empatía emocional" se refleja en las decisiones (y fundamentaciones) de algunos casos judiciales difíciles.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La última cuestión a plantear es la de cómo aplicar —o se cabe aplicar— lo anterior al modelo español de selección y formación de los jueces. Desde luego, es sumamente arriesgado pretender decir algo al respecto desde fuera de la judicatura, como es mi caso. Seré, por ello, extremadamente sintético, aunque soy conciente de que uno puede equivocarse mucho diciendo muy poco. Pero en fin(…)

Mi impresión es que el modelo de selección de los jueces que se está aplicando en España en los últimos años es, en términos generales y consideradas todas las circunstancias, adecuado, por más que existan problemas en su aplicación que derivan, en buena medida, de ciertas deficiencias "estructurales": ningún modelo de selección —de jueces o de cualquier otra cosa— puede funcionar bien si no existe lo que podría llamarse una cultura de la objetividad y del reconocimiento del mérito ajeno. Pero parece razonable que, en su mayoría, los jueces españoles sean reclutados mediante un sistema de oposiciones libres al que puede presentarse cualquier licenciado en derecho; una buena prueba de que eso promueve —seguramente en mayor medida que cualquier otro procedimiento— que los candidatos sean, de

42 *Cfr.* POSNER, Richard A. *Law and Literatura. A Misunderstood Relation*. Harvard University Press, 1988; ídem, *The problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.

43 NUSSBAUM, Martha. *Justicia poética*. Traducción de C. Gardini. Barcelona: Andrés Bello, 1997.

hecho, seleccionados por sus méritos y capacidades, la ofrece el hecho de que el porcentaje de mujeres que ingresa en la judicatura sea muy superior al que lo hace, por ejemplo, en la abogacía: no parece que ellos pueda deberse únicamente a una cierta "propensión" femenina hacia una profesión (la judicatura) en la que —según lo dice— la "agresividad" y otros rasgos de carácter "típicamente" masculinos cuentan menos que en otras (como la abogacía)[44].

Como también que el sistema ofrezca, limitadamente ciertas "ventajas" a quienes ya trabajan en la administración de justicia, aunque no sea como jueces. Que se dé algún valor a la experiencia en la judicatura o al prestigio obtenido en el ejercicio de alguna otra profesión jurídica. Y que se trate de fortalecer la escuela judicial: ¿no cabría pensar incluso en la posibilidad de un sistema "mixto" en el que la escuela cumpliera también una cierta función de selección?

El mayor déficit se produce, en mi opinión, en el aspecto propiamente de la formación (que, obviamente, está íntimamente conectado con el anterior). Es cierto que el marco general de la cultura jurídica en nuestro país no facilita la "formación" de los jueces que de alguna forma se entrevé tanto en el temario de las oposiciones como en el plan de estudios de la escuela judicial o en los cursos de formación no es —creo yo— plenamente satisfactorio. Desde luego, debe reconocerse el esfuerzo (que se refleja en los planes de estudio de la escuela) por superar el formalismo jurídico en dirección hacia un cierto realismo[45]. Pero quizá esto no sea suficiente.

Una conclusión que podría extraerse de todos los análisis anteriores es la idea de que para ser un buen juez no basta con corner el Derecho positivo; eso, por si solo, no garantiza que sea capaz de alcanzar soluciones adecuadas y de justificarlas satisfactoriamente. Esto último requiere no sólo "estar al día" con respecto a los cambios legislativos, conocer la práctica jurisprudencial, algunas disciplinas "auxiliares" (como la criminología), o ciertas técnicas de gestión (como la informática). Se necesita, además de todo eso, poseer una extensa cultura general (incluida la cultura "de ciencias": piénsese, por ejemplo, en los problemas de prueba)[46]. Y sobre todo, me parece, una buena formación teórica. Puede sonar a paradoja, pero no hay nada más práctico que la buena teoría; para los jueces: que la buena teoría jurídica. Ahora bien, las disciplinas que constituyen el núcleo de la teoría contemporánea del Derecho están prácticamente ausentes de los programas de formación; yo no he visto al menos que en los mismos se haga mucha referencia a los problemas de interpretación, de argumentación o de ética.

Lo cual, por cierto, me lleva a terminar mi exposición por donde la había empezado. Se me pedía que tratase el tema de la selección y formación de los jueces desde la perspectiva de la filosofía del derecho, y termino proponiendo, en cierto modo, un modelo de juez filósofo. A algunos les parecerá un despropósito, pero yo podría darles el nombre de no poco grandes jueces que han sido también eminentes filósofos del derecho.

44 *Cfr.* Lautrnann, Rüdiger. "Mujeres y hombres en la sociología del derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas". En: Bergalli, R. (ed.) *El derecho y sus realidades*. Barcelona: PPU, 1989.

45 Esta tendencia se advierte también en el reciente Libro Blanco sobre la justicia, cuyas referencias al problema de la selección y formación de los jueces me parecen llenas de buen sentido.

46 *Cfr.* Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridic. Nozioni generale*. Milán: Giuffrè, 1992.

Sin ir más lejos, el de mi entrañable amigo y maestro a cuya memoria he dedicado estas páginas: Genaro Carrió.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILO, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Fisonomía*, núm.6, 1997.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del estado de derecho*, en Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Aristóteles, *Ética a Nicómano*, trad. de M. Araujo y J. Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

----------, *Retórica*, ed. de A. Tovar, Madrid, Instituto de estudios Políticos, 1971.

Arozamena, Jerónimo, "Sistema español de formación judicial. La carrera judicial", *Documentación Administrativa*, núm. 210-211, mayo-septiembre de 1987.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

-------- y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

Auger, Clemente, "La formación y selección del personal judicial", *Documentación española*, núm. 45-46, mayo-junio de 1985.

-------, *La justicia ante el fenómeno de la corrupción*, en La-porta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Arlet, José Luis, *Jueces, política y justicia en Inglaterra y en España*, tesis de doctorado (inédita).

Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional* (prólogo de E. García de Enterría), Madrid, Civitas, 1989.

Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrida, Espasa-Calpe, 1990, colección Austral.

Carrió, Genaro R., *Algunas palabras sobre las palabra de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

--------, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de Crítica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.

--------, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-doPerrot, 1965.

Dworkin, Ronald, Law's Empire, Harvard University Press, 1986.

--------, *Los derechos en serio*, trad. De M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1984.

Kronman, Anthony, "Living in the Law", *The University of Chicago Law Review*, núm. 54, 1987.

--------, "Practical Wisdom and Professional Character", *Social Philosophy and Policy*, núm 4, 1986.

Lautrnann, Rüdiger, "Mujeres y hombres en la sociología del derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas", en Bergalli, R. (ed.), *El derecho y sus realidades*, Barcelona, PPU, 1989.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, trad. de R. J. Walton, Barcelona, Paidós, 1981.

---------, *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987.

Málem, Jorge, *Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción* (inédito).

Martens, Paul, "sur les loyautés démocratiques dujuge", *La loyauté. Mélanges E Cexhe*, Bruselas, Larcer, 1997.

Nussbaum, Martha, *Justicia poética*, trad. de C. Gardini, Barcelona, Andrés Bello, 1997.

Ost, François, "Júpiter, Hèrcules y Hermes: tres modelos de juez", *Doxa*, nùm. 14, 1993.

Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

----------, "La enseñanza del derecho en los Estados Unidos", *Doxa*, núm. 12, 1992.

Posner, Richard A., *Law and Literatura. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988.

----------, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990.

Schwartz, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. de E. Alonso, prólogo de E. García de Enterría, Madrid, Civitas, 1980.

Taruffo, Michele, *La prova dei fatti giuridic. Nozioni generale*, Milán, Giuffrè, 1992.

Toharia, José Juan, *¡Pleitos tengas!... Introducción a la cultura legal española*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1987.

Van Caenegan, Raoul, *I signori del dirito*, Milán, Giuffrè, 1991.

Vásquez Sotelo, José Luis, *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*, Barcelona, PPU, 1995.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Doctrina Constitucional Comparada

- JESÚS M. CASAL
  "Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional"
- JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
  "Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional"
- ELISE CARPENTIER
  "La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales: principales aportes de un estudio comparado"
- HELMUTH SCHULZE-FIELITZ
  "Informe de los Estados Federados de Alemania: Tesis sobre los precedentes del Tribunal Constitucional"

Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional

Jesús M. Casal
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello

SUMARIO. I. Relevancia de la indagación acerca de las funciones de la jurisdicción constitucional. II. Pautas para el tratamiento de las funciones de la jurisdicción constitucional. 2.1. Funciones y competencias de la jurisdicción constitucional. 2.2. La jurisdicción constitucional frente al legislador y frente a los jueces ordinarios.2.3. Las funciones de la jurisdicción constitucional, la Constitución y las teorías de la Constitución. 2.4. Visión expansiva o limitada de las funciones de la jurisdicción constitucional. III. Algunas funciones de la jurisdicción constitucional. 3.1. Garantizar la supremacía e integridad de la Constitución. 3.2. Contribución a la limitación y control del poder y a la protección de los derechos fundamentales. 3.3. Resguardar aspectos fundamentales del proceso político democrático

I. RELEVANCIA DE LA INDAGACIÓN ACERCA DE LAS FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Las funciones de la jurisdicción o justicia constitucional a menudo se exponen como un tópico complementario, en ocasiones decorativo, en los estudios sobre la jurisdicción o la justicia constitucional. Así, en algunos análisis jurídicos sobre los tribunales (o salas) constitucionales se aprecia la tendencia a pasar directamente al examen de las competencias de estos órganos, sin perjuicio de consideraciones introductorias sobre el papel que ellos han de desempeñar, las cuales implícitamente comprenden planteamientos referidos a sus funciones. Sin embargo, es importante prestar atención a las funciones de la jurisdicción constitucional, entre otras razones porque la actuación de un tribunal constitucional puede estar altamente influenciada por la concepción imperante en un sistema jurídico y en sus operadores en relación con la función que aquél debe cumplir.

La conciencia que tengan los integrantes de un tribunal constitucional sobre el rol institucional que han de desempeñar, que es a su vez reflejo de las ideas dominantes en la comunidad jurídica, puede determinar el sentido de sus decisiones tanto como lo hace el parámetro normativo concreto que empleen en cada caso para desarrollar el control jurisdiccional[1]. La idea que se tenga de las funciones de la jurisdicción constitucional es precisamente uno de los factores que concurren en el perfilamiento de esa conciencia institucional y el estudio científico acerca de ellas permite comprenderla y depurarla. El interés en el tratamiento de las funciones de la jurisdicción constitucional adquiere además

1 Al respecto son reveladoras las reflexiones expuestas por Zagrebelsky con apoyo en su experiencia como Magistrado de la Corte Constitucional italiana; *cfr.* Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos.* El *Tribunal Constitucional y la política.* Madrid: Trotta, 2008, p. 21.

especial significación en el contexto de la tendencia doctrinal a precisar las funciones de la Constitución y, en general, a subrayar las dimensiones funcionales del Estado.

Nuestra aproximación a la temática bosquejada es jurídico-constitucional, mas no puramente normativo-literal. No sólo porque raramente las Constituciones se refieren a las funciones de la jurisdicción constitucional, pues suelen aludir únicamente a sus aspectos orgánicos y a sus competencias más importantes, sino también porque el examen de las funciones de esta jurisdicción presupone una visión global de la Constitución y de su garantía jurisdiccional. Tales funciones también han sido objeto, aunque escasamente, de investigaciones de corte politológico, que intentan esclarecer, por ejemplo, la relación existente entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia[2]. Ambas perspectivas de análisis son fructíferas y pueden alimentarse de manera recíproca, sin llegar a confundirse, ya que el enfoque jurídico-constitucional, al centrase en las funciones que la jurisdicción constitucional debe desempeñar, ofrece un antecedente o premisa fundamental para orientar indagaciones provenientes de la ciencia política y, a la inversa, los resultados de estas últimas pueden conducir a un replanteamiento de concepciones prevalecientes entre los juristas.

En las páginas siguientes procuraremos enunciar algunos criterios que estimamos primordiales en el tratamiento jurídico de las funciones de la jurisdicción constitucional y luego esbozaremos algunas de éstas, a partir de datos normativos del ordenamiento jurídico venezolano pero con apertura a categorías abstractas propias del Estado constitucional.

II. PAUTAS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. Funciones y competencias de la jurisdicción constitucional

Una distinción capital para el estudio de las funciones de la jurisdicción constitucional es la que las diferencia de las competencias que los tribunales correspondientes pueden ejercer. Las primeras y las segundas se sitúan en distintos niveles de análisis; éstas aluden a las facultades de actuación o control atribuidas por la Constitución o la ley, mientras que aquéllas se refieren a las tareas o cometidos generales que la jurisdicción constitucional ha de cumplir. Las competencias son los cauces por medio de los cuales las funciones se realizan.

Las funciones y las competencias no están incomunicadas entre sí, pero es imprescindible distinguirlas y evitar extrapolaciones de uno a otro ámbito, sobre todo del primero al segundo. Los tribunales constitucionales han de ejercer las competencias efectivamente atribuidas por la Constitución o las leyes y no deben inferir competencias a partir de las funciones que genéricamente se asignen a la jurisdicción constitucional. De lo contrario, la definición de estas funciones pudiera conducir a una alteración del ámbito competencial de los tribunales constitucionales que termine desfigurando su propio diseño funcional, todo ello en detrimento de la división de poderes dentro del Estado, respecto tanto del parlamento como de los jueces ordinarios. Conviene insistir en que el éxito de los tribunales constitucionales depende en gran medida de su

2 Nohlen, Dieter. *La democracia: instituciones, conceptos y contexto*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 231 y ss.

autocontención o moderación, entendida no como el acortamiento de posibilidades de control jurisdiccional normativamente establecidas, sino como una especial cautela para no sobrepasar su esfera de atribuciones.

Esto puede ilustrarse con la alusión a la función que corrientemente se asigna a la jurisdicción constitucional: la garantía de la Constitución, a secas, o la de su integridad o supremacía. Si de esta función genérica se pretende extraer el conjunto de competencias necesarias para llevarla a cabo, pudieran ocasionarse efectos devastadores sobre el equilibrio constitucional y democrático. Téngase presente, ante todo, que el aseguramiento de la integridad o de la efectiva vigencia de la Constitución no es una tarea exclusiva de los jueces. Es una responsabilidad que también incumbe a otros órganos del Estado, como la Defensoría del Pueblo, allí donde exista, o el parlamento, en su respectiva esfera de actuación. Sostener que la jurisdicción constitucional ha de ser una especie de instancia última o de cierre que garantice la integridad de la Constitución, en todo aquello que no haya podido ser alcanzado por los demás órganos del Estado, supondría desquiciar el andamiaje de la democracia constitucional para pasar a un Estado hiperjurisdiccional que rápidamente se haría inviable desde postulados democráticos. Dicho de otro modo, implicaría sacrificar una parte de la Constitución, la que dispone la organización del poder conforme al principio democrático, con el pretexto de asegurar su integridad o supremacía.

Una jurisdiccional constitucional total no es pues el ideal que deban preconizar las democracias constitucionales. Más bien ha de perseguirse, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre las funciones de la jurisdicción constitucional, un óptimo en el que la jurisdiccional constitucional cuente con competencias suficientes para realizar intervenciones puntuales que garanticen que la Constitución rija como norma suprema del ordenamiento. Ello ha de procurarse en la fase de formulación constitucional y legal de esas competencias. Antes dijimos que el plano de las funciones de una jurisdicción constitucional ya instaurada no está incomunicado con el de las competencias, no sólo porque éstas son tenidas en consideración al determinar aquéllas, sino también porque la comprensión de las primeras repercute en la complementación legal de las competencias constitucionalmente previstas y eventualmente en su interpretación. Pero ello no autoriza a disolver la barrera conceptual que las separa.

Es por ello criticable la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, que se ha atribuido competencias a partir de su comprensión de las funciones de la jurisdicción constitucional. Según esta doctrina jurisprudencial:

> "(…) visto que el carácter supremo de la Constitución es un principio político de primer orden, siendo a este carácter fundamental (en los términos expresados más atrás) al que responde el Poder de Garantía de la Sala Constitucional, las potestades que de esta derivan se expresan tanto en las reglas conforme a las cuales es declarada, por ejemplo, la nulidad de actos con rango de ley o la armonización de los conflictos interorgánicos, como aquellas potestades que se deduzcan de este principio fundamental. Una visión tal, puede imponer a esta Sala el examen de actos o actuaciones producidas bajo circunstancias especiales, vinculadas al orden público, a la paz social o que deriven de ciertos órganos judiciales, contra cuyas decisiones no haya sido previsto recurso alguno"[3].

3 Sentencia de la Sala Constitucional N.º 33/2001, del 25 de enero.

En suma, las atribuciones que a dicha Sala atribuye la Constitución, en los distintos numerales del artículo 336, incluyendo lo que determine la legislación correspondiente:

> "(…) deben entenderse como expresiones jerárquicas y procesales del sistema de salvaguarda de la Constitución y de las actividades a través de las cuales, históricamente, se han venido desempeñando los tribunales con competencia en materia de garantía constitucional. Tales atribuciones, en función del principio de supremacía constitucional, definen una determinada tarea, que, por derivada, corresponde a la naturaleza mas no cubren la esencia toda de la materia constitucional, lo cual es tanto como decir que, si bien esos perfiles están presentes en la propia Constitución y aun en normas de rango inferior, cumplen en gran medida un rol procesal en el campo restringido para el cual el constituyente o el legislador los previó, pero, no pueden ser usados como criterios de interpretación que agoten la institución de la tutela constitucional que le corresponde a esta Sala"[4].

De esta forma la Sala construyó, a partir de la determinación de la que sería su función primordial, un poder general de tutela o garantía constitucional, frente al cual las competencias normativamente enunciadas sólo tendrían un valor referencial. Esto ha conducido a una voracidad competencial de gran calado, que no se ha traducido en una potenciación de la supremacía o integridad de la Constitución[5].

2.2. La jurisdicción constitucional frente al legislador y frente a los jueces ordinarios

Es importante observar el desplazamiento que se ha producido en el tratamiento dogmático de la jurisdicción constitucional. En una primera etapa el mismo giraba en torno al control de la constitucionalidad de las leyes, a partir de los estudios y propuestas precursoras de Hans Kelsen en el ámbito europeo y bajo el influjo del modelo concreto de la *judicial review* desarrollado en los Estados Unidos de América. Pero la puesta en escena de los tribunales constitucionales en algunos países de Europa Occidental tras la Segunda Guerra Mundial ha desembocado en una intensificación de las tareas de control de esos tribunales sobre los jueces ordinarios, a través de mecanismos como el amparo constitucional. Así ha sucedido en Alemania y, tras la adopción de la Constitución de 1978, en España, donde la inmensa mayoría de las sentencias proferidas por los tribunales constitucionales provienen de procesos de amparo[6].

Adicionalmente, la preocupación por asegurar el respeto a Constituciones cuya gestación estuvo signada por la superación de regímenes totalitarios o dictatoriales ha llevado a dar especial relieve a la observancia por todos los jueces de los criterios interpretativos sentados por los tribunales constitucionales, con el propósito de favorecer la rápida instauración de un nuevo orden de valores y el abandono de concepciones

4 Ibídem. Véase también el antecedente de la sentencia de la misma Sala N.º 1252/2000, del 24 de octubre de 2000.

5 Casal, Jesús M. "Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela". En: *Estado de Derecho, administración de justicia y derechos humanos*. Barquisimeto: IEJEL, 2005, pp. 287 y ss.

6 Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Madrid: CEC, 1997, pp. 559 y ss.

jurisprudenciales incompatibles con la Constitución naciente. De ahí la importancia otorgada al efecto vinculante de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, con el cual se propicia la uniformidad en la interpretación de la Constitución.

La acentuación de esta faceta del control ejercido por los tribunales constitucionales, que recae no sobre la legislación sino sobre las sentencia de los tribunales ordinarios y sobre su interpretación de la Constitución[7], necesariamente incide en el examen de las funciones de la jurisdicción constitucional, las cuales aún en la actualidad suelen perfilarse con la vista puesta en la revisión de la constitucionalidad de la legislación, pese a que ésta no es en muchos ordenamientos el principal campo de actuación de esta jurisdicción. Así, cuando se le atribuye una función de depuración del ordenamiento jurídico se está pensando en el control de la constitucionalidad de la ley, el cual es ciertamente una función, aunque no la más importante, de los tribunales constitucionales.

2.3. Las funciones de la jurisdicción constitucional, la Constitución y las teorías de la Constitución

Resulta esencial indicar algunas pautas para la determinación de las funciones de la jurisdicción constitucional. El punto de partida y la fuente primordial para el reconocimiento de tales funciones debe ser la misma Constitución. La concreta Constitución cuya supremacía se quiere garantizar, con su específica significación histórico-normativa. Con este objetivo es preciso atender a lo dispuesto en el texto constitucional, que puede contener orientaciones expresas al respecto, como sucede cuando la Constitución venezolana asigna al Tribunal Supremo de Justicia la función de garantizar, especialmente en Sala Constitucional, "la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales" y, a todos los jueces de la República, la de asegurar "la integridad" de la Constitución (artículos 334 y 335). A lo anterior se suma lo establecido en aquel texto en relación con las competencias del tribunal (o sala) constitucional.

Pero estas formulaciones constitucionales son por lo general insuficientes, ya que pueden pecar, corrientemente por defecto aunque también por exceso, al momento de delinear tales funciones, por lo que se hace necesaria una determinación interpretativa, la cual ha de estar iluminada por el diseño institucional del orden constitucional examinado. En particular, ha de considerarse la estructura del poder público, la distribución de las funciones del Estado, el principio de legitimación política y los contenidos axiológicos de la Constitución.

Lo dicho implica tener en cuenta el trasfondo ideológico de la Constitución, el cual puede hacer visibles relieves o complejidades en una superficie o materia constitucional aparentemente lisa u homogénea. La frecuente alusión a posiciones preferentes, a principios fundamentales o a valores superiores dentro de la Constitución es demostrativa de la diversidad ontológica entre contenidos que comparten un mismo rango normativo, y lo concluyente para tal diferenciación no siempre es el texto expreso de la Constitución, que puede pecar, de nuevo, por exceso o por defecto. La identificación de principios estructurales o valores superiores dentro de la Constitución es, pues, una tarea interpretativa. Una lectura global de la Constitución, que incluya en el análisis su texto y su trasfondo valorativo, ha de orientar la precisión de las funciones de la jurisdicción

7 *Ver* Ahumada Ruiz, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Navarra: Aranzadi/ Thomson-Civitas, 2005, pp. 49 y ss.

constitucional. Ello supone igualmente examinar el contexto histórico-político de la gestación de la Constitución y la dinámica de su compromiso fundacional.

El reconocimiento de las funciones de un tribunal constitucional está además influenciado por el concepto de Constitución del que se parte, entendido no como la idea concreta que de ella se tiene en un contexto específico, sino como una idea abstracta que se entrecruza inevitablemente con aquélla. Aquí seguramente convergen o compiten distintas teorías que intentan prevalecer en la comprensión de la Constitución. No obstante, el punto de partida no radica en buscar de manera abstracta la teoría de la Constitución más adecuada y en asumirla y desarrollarla con la mayor coherencia, sino más bien en adoptar bases conceptuales abiertas o flexibles, proclives a asimilar los contenidos específicos del sistema constitucional objeto de estudio. Por ello, ha de evitarse todo lo que implique imponer mediante la jurisdicción constitucional la particular teoría de la Constitución de los magistrados de un tribunal constitucional o de algunos de ellos.

La importancia del contexto al tratar las funciones de la jurisdicción constitucional ha sido puesta de manifiesto desde ángulos diversos. Ella también es apreciable en la identificación de los desafíos específicos que un tribunal constitucional deba asumir. Así, la Constitución de Sudáfrica, aprobada tras la caída del régimen del a*partheid*, ha sido definida como una Constitución de la transformación[8], en la medida en que pretende superar las profundas desigualdades socio-culturales subsistentes al desmoronamiento de un sistema jurídico-político de vieja data basado en la segregación racial. En un contexto así las tareas de un tribunal constitucional ostentarán naturalmente perfiles ajenos al de sociedades con altos niveles de igualdad y de integración socio-cultural y política, lo cual es fácilmente constatable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país. Los tribunales constitucionales también han asumido cometidos peculiares en Europa en el marco de procesos de transición política[9].

2.4. Visión expansiva o limitada de las funciones de la jurisdicción constitucional

Pudiera existir la tentación de procurar hacer un listado amplio y detallado de las funciones de la jurisdicción constitucional, orientado por la voluntad de atribuir a los tribunales constitucionales todas los cometidos útiles para la plena realización de la Constitución. Tal postulado nos parecería altamente problemático. Colocar en manos de los jueces constitucionales la función de realizar la Constitución puede conducir a un sobredimensionamiento de la jurisdicción constitucional y, con ello, a la alteración de la distribución de las funciones públicas y al deterioro del proceso político democrático. Sabemos que la enunciación de las funciones de esta jurisdicción no debe trasladarse al elenco de competencias del tribunal constitucional, pero aun con esta salvedad aquéllas poseen una innegable significación en la interpretación de las competencias efectivamente otorgadas e incluso en el contenido mismo de las sentencias dictadas.

El contexto es relevante, como ya dijimos, en el examen funcional de la jurisdicción constitucional, lo cual es aplicable a lo arriba afirmado. Una tesis según la cual los

8 *Cfr*. Ackermann, Lourens. "The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution". En: *New Zealand Law Review*. 2004, pp. 633 y ss.

9 Ahumada Ruiz. Ob. cit., pp. 35 y ss.

tribunales constitucionales deban garantizar la realización o eficacia de la Constitución ha sido sostenida por algunos autores desde la perspectiva de la evolución de sistemas europeos de control, en los que se habría pasado de una concepción defensiva de la jurisdicción constitucional a otra más ambiciosa, en el marco de democracias bien establecidas. No obstante, tal visión de la garantía de la Constitución en modo alguno pretende abonar el terreno para una jurisdicción constitucional omnipresente o forzosamente activista sino llamar la atención sobre experiencias en las que la consolidación democrática ha llevado aparejada una actuación de los tribunales constitucionales que pudiera llegar a ser minimalista y aun así poseer una gran trascendencia institucional desde la óptica de la renovación del compromiso de la comunidad política con los valores constitucionales[10].

Una jurisdicción constitucional que se considere responsable de garantizar la vigencia social o eficacia de la Constitución sería particularmente riesgosa en países en los que no se haya alcanzado ni la consolidación democrática ni el asentamiento de dichos tribunales en ese entorno[11]. Más aún en ordenamientos en los que la Constitución esté llena de disposiciones-programa, que bajo la denominación textual o doctrinal de derechos sociales, principios rectores de la política económico-social o de determinaciones normativas de los fines del Estado señalen los objetivos que el Estado debe alcanzar en el diseño e implementación de sus políticas sociales y económicas.

En todo caso, nos parece que la aproximación al tema bajo estudio ha de evitar concepciones expansivas que sobrecarguen a la jurisdicción constitucional y generen desajustes en las relaciones entre los poderes públicos. Resulta aconsejable identificar funciones fundamentales, que permitan a la jurisdicción constitucional preservar el marco formal o procedimental y axiológico dentro del cual ha de escenificarse el juego democrático en el que concurrirán diversas propuestas ideológicas y programáticas, que también podrán ofrecer respuestas políticas ante el compromiso colectivo de desarrollar la Constitución.

III. ALGUNAS FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Seguidamente aludiremos a algunas funciones de la jurisdicción constitucional. Con ánimo puramente enunciativo, nos referiremos a dos funciones generales de la jurisdicción constitucional, para luego detenernos en otras más específicas relacionadas con el proceso democrático.

3.1. Garantizar la supremacía e integridad de la Constitución

Una función general y básica de los tribunales constitucionales es asegurar la supremacía constitucional. El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución hace natural y aconsejable la previsión de mecanismos judiciales que garanticen la primacía de la Constitución sobre las leyes u otras normas del ordenamiento y que permitan censurar actuaciones u omisiones de los poderes públicos que la vulneren.

La misión de asegurar la supremacía constitucional es la que ha estado siempre asociada a la creación de los tribunales constitucionales y la que explica la significación que en su fase de gestación han tenido los procedimientos de control normativo. Esta

10 Ídem, pp. 49 y ss., 304 y ss.

11 En este sentido *cfr*. Nohlen. Ob. cit., pp. 242 y ss.

tarea de la jurisdicción constitucional es un requerimiento de la coherencia del sistema jurídico y de la certeza jurídica, en ordenamientos que se han resistido a otorgar a los jueces ordinarios la facultad de desaplicar las leyes contrarias a la Constitución o que, aun haciéndolo, en principio desconocen un efecto vinculante de la jurisprudencia similar al del *stare decisis* del *common law*.

A esta función primigenia se ha agregado la de preservar la supremacía o la integridad de la Constitución frente a actuaciones de los órganos del poder público distintas a las leyes o normas, en situaciones concretas en las que el poder ejecutivo o los jueces hayan emitido actos o sentencias, respectivamente, contrarios a la Constitución. Sin embargo, en estos casos la tarea cumplida viene determinada no tanto por la finalidad genérica de asegurar la supremacía o integridad constitucional sino está signada por un cometido específico, normalmente dirigido a proteger los derechos fundamentales de la persona, como veremos.

3.2. Contribución a la limitación y control del poder y a la protección de los derechos fundamentales

Desde un enfoque ya no formal sino material, la misión principal de la jurisdicción constitucional estriba en coadyuvar a limitar y controlar el ejercicio del poder público. Esta esencia de la Constitución conserva vigencia en las actuales democracias y marca la actuación de los tribunales constitucionales. El *telos* de la Constitución sigue siendo "*la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político*"[12], lo cual tiene como fin último la protección de los derechos fundamentales. Ha cambiado la idea que se tiene de estos derechos, cuyos contenidos sociales o prestacionales se han incrementado o hecho más visibles. Se ha transformado la manera de entender la limitación del poder público por la Constitución, dado que preocupan no sólo los abusos contra la libertad individual que puedan cometer los órganos del Estado sino también las vulneraciones de derechos originadas en su inacción o negligente desempeño. Pero la idea de la fijación de límites para la preservación de espacios de autonomía es capital en el constitucionalismo de hoy, como lo es la de procurar condiciones de vida que no atenten contra la dignidad de la persona. La limitación y control del poder público no es una tarea exclusiva de la jurisdicción constitucional, pero ha de distinguir el funcionamiento de los tribunales constitucionales.

A nuestro juicio esta función de los tribunales constitucionales les otorga una impronta que ha de caracterizar su actuación en todos los ámbitos. El papel de un tribunal constitucional no es asumir como tarea principal la configuración del orden social o económico o de las condiciones de vida acordes con un programa o proyecto constitucional, sino instrumentar controles racionales adecuados frente a la ilicitud, activa u omisiva, de las autoridades. En este sentido, el carácter reactivo que suele atribuirse a la jurisdicción y que contribuye a su perfilamiento como la rama más débil del poder público está enlazado con un talante más moderador que constructor. Esto no excluye que ocasionalmente la jurisdicción constitucional abra caminos que las instancias democráticamente legitimadas para gobernar hayan cerrado, quebrantando la Constitución. A veces los órganos del Estado primariamente competentes para el manejo de la cosa pública perpetúan en su obrar prejuicios sociales, o los cauces democráticos para el debate racional se bloquean en detrimento de ciertas minorías. Entonces los tribunales

12 Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p. 151.

constitucionales pueden vencer resistencias injustificadas y coadyuvar a la realización de la Constitución.

3.3. Resguardar aspectos fundamentales del proceso político democrático

Junto a las funciones generales antes esbozadas concurren otras que adquirirán mayor o menor relevancia según los tiempos y contextos. Una de ellas consiste en resguardar aspectos básicos del proceso político democrático constitucionalmente consagrados, como los comentados a continuación.

A. Preservar la apertura de la Constitución al pluralismo político

Es fundamental que los jueces constitucionales efectúen una lectura democrática de la Constitución, que afiance todo lo que ella tenga de apertura a diversas corrientes políticas y sociales, todo lo que favorezca el valor de la Constitución como denominador común de la democracia, como factor de unidad gracias a la diversidad.

Certeramente se ha señalado que la Constitución no debe ser vista como un programa político particular[13] que logra elevarse al rango más alto e inmutable dentro de un sistema jurídico, sino como un marco o cauce que acoge las más diversas corrientes de pensamiento y los más variados planes de acción para la satisfacción de las necesidades colectivas. Este derrotero ha de seguirse tanto durante la elaboración de las Constituciones como a la hora de su interpretación. El "momento cooperativo" que ha de distinguir la etapa gestacional de una Constitución[14] no debe fenecer con la sanción de la misma, sino ser rescatado por la jurisdicción constitucional cada vez que se planteen conflictos relacionados con los principios fundamentales que sostienen la arquitectura constitucional. Los frutos de la etapa constituyente, originados por la sana confluencia de elementos diferentes, no deben ser luego usados para arrinconar o avasallar a determinados grupos políticos; por el contrario, están llamados a ser símbolos, periódicamente vivificados, de la mesa u hogar común que la Constitución representa en medio de la natural diatriba democrática.

Incluso aquellas Constituciones que, por cualquier razón, no hayan nacido de circunstancias en las que haya predominado la búsqueda de consensos o de puntos de encuentro entre fuerzas políticas divergentes, deberían ser reconducidas al pluralismo constitucional mediante una interpretación y una acción jurisdiccional que recomponga la unidad en la diversidad, sin la cual la democracia se resiente y las Constituciones tienden a degenerar en signos de parcialidad política o, peor aún, en simples instrumentos de dominación, de vigencia frecuentemente efímera. La historia venezolana es al respecto particularmente elocuente, pues los Textos Constitucionales que han tenido más larga vida, los de 1830 y 1961, surgieron de alianzas o de la búsqueda de acuerdos políticos, en el primer caso de un entendimiento cívico-militar y en el segundo del espíritu de consenso que presidió el restablecimiento de la democracia tras la caída de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez. En ambos procesos hubo en sus orígenes algún elemento de rechazo o ruptura, en el primero respecto de la Gran Colombia y en el segundo respecto de la dictadura y sus factores de poder, pero predominó el logro de acuerdos políticos para el inicio del nuevo ciclo. En otras latitudes es igualmente ilustrativa la experiencia

13 *Cfr*. Otto, Ignacio de. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1988, pp. 44 y ss.

14 *Cfr*. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, p. 115.

de la Constitución española de 1978 o, yendo mucho más atrás, la de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

La necesaria apertura de la jurisdicción constitucional al pluralismo democrático termina siendo además un factor de moderación frente a la tentación constante a que aquélla se ve expuesta de inmiscuirse en la lucha política y de convertirse en un actor más dentro de la trama partidista, a veces en beneficio de la mayoría gobernante. Con razón sostuvo Bickel, inspirado en Hamilton, que no debía suscitar tanto temor el desarrollo del control judicial de la constitucionalidad, o *judicial review*, ya que el poder judicial era la rama menos peligrosa entre los poderes públicos[15]. Sin embargo, la experiencia indica que en contextos institucionales determinados puede erigirse en altamente peligrosa y dañina para los valores democráticos. Precisamente cuando coloca sus facultades hercúleas, en especial la de sentar la última palabra en la interpretación de la Constitución, al servicio del poder establecido. Es difícil imaginar una forma más severa de opresión que la que provenga de un órgano rodeado de la majestad del Derecho y capaz de declarar lo que resulta vinculante para una sociedad de manera definitiva e inalterable —salvo la apelación al poder constituyente, no siempre fácil, mucho menos para las minorías, o el cambio de criterio por parte del órgano respectivo, lo cual en último término depende de sí mismo—, y que, a pesar de ello, actúa mediante trámites jurisdiccionales, los cuales están lejos de garantizar el control ciudadano y la deliberación democrática.

B. Amparar la democracia procedimental

Una tarea relevante de la jurisdicción constitucional es proteger la denominada democracia procedimental. Aunque a nuestro juicio ello no agota los cometidos del control de constitucionalidad de las leyes, es innegable que uno de sus aspectos medulares es *el despeje de los canales del cambio político* o *el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático*[16], lo cual comprende temas como la observancia de procedimientos parlamentarios que permitan la defensa de las posiciones de los diferentes partidos políticos, el respeto de la existencia y autonomía de estas organizaciones, la libertad de pensamiento y expresión y otros elementos conexos, algunos de los cuales luego serán objeto de un examen particular.

El *ethos* que anima la democracia en su dimensión procedimental o deliberativa consiste en la necesidad de fortalecer todo aquello que implique espacios u oportunidades para la participación, la discusión y la construcción de acuerdos políticos. Democráticamente hablando, no es suficiente que las decisiones sean adoptadas por la mayoría, pues es igualmente imperativo que tales decisiones hayan estado precedidas de consultas a los grupos interesados y de un debate racional, abierto a la modificación de las posiciones de partida en aras de una solución que cuente con una aceptación más plural.

Las posibilidades de corregir disfuncionalidades en el procedimiento de toma de decisiones públicas mediante la jurisdicción constitucional no son demasiado amplias, pero tampoco resultan insignificantes. El control del fin que persigue una disposición legislativa o la revisión de su procedimiento de formación puede desembocar en la anu-

15 *Cfr*. las referencias y la opinión de Cappelletti, Mauro. "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional". En: Favoreu y otros. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 610.

16 De acuerdo con el pensamiento de John Hart Ely, plasmado en la obra *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores–Universidad de Los Andes, 1997.

lación de las normas correspondientes, y ello vendrá exigido cuando estén en juego las bases de la deliberación democrática. En ocasiones el propio marco constitucional ofrece preceptos específicos que prevén formas de participación de ineludible acatamiento para la validez de la ley, tal como lo prescriben los artículos 206 y 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Una destacada expresión de las ideas esbozadas se encuentra en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los vicios en el procedimiento de elaboración de las leyes. De una primera etapa en la cual en varios ordenamientos los vicios formales, sin distinción entre ellos, eran los únicos admitidos en el control de constitucionalidad de las leyes, se ha llegado a otra en la cual caben también los vicios materiales o de contenido y, en cuanto a los formales, se distingue entre las irregularidades que pueden cometerse en el trámite legislativo para precisar cuáles poseen efecto anulatorio. Un criterio fundamental de distinción es el de la afectación del principio democrático que se derive de la omisión de requisitos formales. Junto a la prescindencia de aquellas formalidades indispensables para la existencia o validez de la norma —constitución del cuerpo legislativo, cumplimiento de las reglas sobre el quórum, entre otras—, se considera que tienen fuerza anulatoria aquellas irregularidades que se hayan traducido en un quebrantamiento del principio democrático, es decir, que hayan distorsionado la formación de la voluntad democrática o que hayan impedido a las minorías hacer valer sus posiciones o facultades o que obstaculicen sus posibilidades de participación en el debate y en la adopción de decisiones.

Conviene no olvidar que la actuación de los Diputados está respaldada por el derecho a la participación política de los electores, que pueden ejercerlo indirectamente, a través de sus representantes. De ahí que sea la propia soberanía popular la que está comprometida cuando se desconocen las reglas que propugnan un debate plural y abierto para la toma de decisiones.

La jurisprudencia colombiana enseña de manera paradigmática la importante función que los jueces constitucionales pueden desempeñar en defensa de la democracia procedimental. Un ejemplo reciente y relevante de este aserto lo hallamos en la sentencia de la Corte Constitucional C-816/04, del 30 de agosto de 2004, en la cual se declaró la inconstitucionalidad y nulidad (inexequibilidad) de un acto legislativo mediante el cual se modificaron varios artículos de la Constitución Política de Colombia con el objeto de dar cabida a disposiciones legales que ampliaran los poderes de las autoridades para afectar derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo (Estatuto Antiterrorista). Dicho acto legislativo generó una gran polémica en el vecino país y se inscribía en una política gubernamental de endurecer las acciones policiales y militares contra la guerrilla y otras formas de terrorismo. La Corte Constitucional no entró a analizar las poderosas razones de fondo esgrimidas contra la reforma constitucional, pues fue suficiente con la constatación de vicios en el procedimiento legislativo para declarar su inconstitucionalidad.

Para revisar la constitucionalidad del procedimiento legislativo, la Corte realizó un examen minucioso de los hechos que servían de fundamento a la denuncia de inconstitucionalidad, incluyendo toda clase de detalles sobre el curso de la sesión en que fue considerado y sometido a votación el informe de ponencia sobre el acto legislativo modificatorio de la Constitución. Al hacerlo se apoyó en el acta de la sesión parlamentaria en cuestión así como en los videos y las grabaciones magnetofónicas correspon-

dientes. También fueron analizadas sesiones previas que representaban antecedentes significativos.

La Corte Constitucional reconoció al Reglamento del Congreso, no sólo al Texto Constitucional, como parámetro para la determinación de la validez del acto legislativo y de la reforma constitucional. En particular, se consideró vulnerado el artículo 132 de tal Reglamento, según el cual iniciada una votación no puede interrumpirse. El *quid* del asunto estribó en que la mesa directiva del Congreso había dilatado y luego suspendido una votación en curso, ante la evidencia de que la voluntad de la mayoría de los presentes era adversa a la aprobación del informe de ponencia respectivo, lo que conforme a la práctica e interpretación reglamentaria predominante implicaba el definitivo rechazo del proyecto de acto legislativo. Para evitar el "hundimiento" de la propuesta de reforma, la mesa aplicó una "maniobra" dirigida a continuar la votación en una ocasión en que la mayoría respaldara el informe de ponencia, como en efecto posteriormente ocurrió. Las tácticas dilatorias y luego el levantamiento de la sesión a que acudió la mesa contrastaban con su actuación en votaciones previas relacionadas con el mismo tema, en las cuales con gran celeridad se había dejado constancia de la voluntad de la mayoría, favorable a la reforma constitucional. Todo ello motivó la declaratoria de la inconstitucionalidad del acto legislativo, en atención a las irregularidades procedimentales observadas, que no eran insustanciales y que se habían traducido en una distorsión de la formación de la voluntad democrática del Congreso. La circunstancia de que, al retomarse la votación en sesión ulterior a la de la abusiva interrupción, la mayoría se hubiese pronunciado claramente a favor del informe y del acto legislativo, no fue óbice para la declaratoria de su inconstitucionalidad, pues esta última votación no podía considerarse válida jurídicamente, en virtud de la votación negativa precedente.

Resulta conveniente reproducir algunos párrafos de la sentencia de la Corte Constitucional, en los que se subraya la valiosa misión que ha de cumplir la justicia constitucional mediante el control de los vicios en el procedimiento de elaboración de las normas:

> "A nivel general, el control de los vicios de procedimiento en la formación de las leyes o en la aprobación de las reformas constitucionales es sin lugar a dudas una de las funciones más trascendentales de la justicia constitucional, en las democracias contemporáneas. La razón de esa importancia es clara: la soberanía popular hoy se expresa, en gran medida, a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas procedimentales, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática de las asambleas representativas, que exprese obviamente la decisión mayoritaria, pero de tal manera que esas decisiones colectivas, que vinculan a toda la sociedad, sea un producto de una discusión pública, que haya permitido además la participación de las minorías. Y es que en una democracia constitucional como la colombiana, que es esencialmente pluralista, la validez de una decisión mayoritaria no reside únicamente en que ésta haya sido adoptada por una mayoría sino además en que ésta haya sido públicamente deliberada y discutida, de tal manera que las distintas razones para justificar dicha decisión hayan sido debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía y que, además, las minorías hayan podido participar en dichos debates y sus derechos hayan sido respetados. Por consiguiente, para esta concepción, la democracia no es la tiranía de las mayorías, pues los derechos de las minorías deben ser respetados y protegidos. Además, en la democracia constitucional, las decisiones colectivas deben ser deliberadas en público pues de esa manera se logran decisiones más racionales,

> justas e imparciales. Por ello, Kant consideraba que uno de los principios trascendentales del Derecho era el siguiente: "*son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados*". El proceso legislativo no debe ser entonces únicamente un sistema de agregación de preferencias o que simplemente legitima acuerdos privados o negociaciones ocultas sino que debe constituirse en una deliberación pública, en la cual los representantes de los ciudadanos, sin olvidar los intereses de los votantes que los eligieron, sin embargo discuten públicamente y ofrecen razones sobre cuál es la mejor decisión que puede adoptarse en un determinado punto".

Estas declaraciones de la Corte Constitucional, que se corresponden con la función de control jurídico que en este ámbito ha desempeñado, deberían orientar la actuación de otros tribunales o salas constitucionales, para superar así concepciones sobre la revisión judicial del procedimiento de formación de las leyes, o de adopción de otras decisiones del parlamento de relevancia externa, aún ancladas en la teoría de los actos *interna corporis,* invocada a veces como pretexto para amparar atropellos de las fuerzas mayoritarias.

Si algo es esencial a la democracia, en sistemas parlamentarios o presidenciales, es el funcionamiento de un cuerpo plural y representativo que gracias a la deliberación pública se pronuncie sobre los temas fundamentales para la vida de la comunidad, y la justicia constitucional puede proporcionar un notable apoyo al asegurar el acatamiento de las reglas que dotan al debate parlamentario de la imprescindible racionalidad, transparencia y equilibrio.

C. Proteger el pluralismo social, la participación ciudadana y la libertad de expresión

La vigencia de los derechos humanos es hoy un presupuesto de los sistemas democráticos, y una función primordial de la justicia constitucional es justamente la de garantizarlos. Pero entre el conjunto de estos derechos algunos alcanzan una singular importancia para la marcha de la democracia, tales como la libertad de asociación en el ámbito civil y político, la participación ciudadana y la libertad de expresión e información. A ello se ha referido Dahl, quien pone el énfasis en la noción de *ciudadanía inclusiva*, la cual comprende:

> "el derecho de sufragio; a concurrir a cargos electos; a la libertad de expresión; a formar y participar en organizaciones políticas independientes; a tener acceso a fuentes independientes de información; y derechos a otras libertades y oportunidades que puedan ser necesarias para el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas de la democracia a gran escala"[17].

La jurisdicción constitucional tiene un papel que jugar en la defensa de esta ciudadanía inclusiva. En primer lugar a través de los procesos que cursen ante el propio tribunal o sala constitucional, los cuales han sido considerados cauces para la participación de la ciudadanía en asuntos de relevancia pública, lo que exige la publicidad de los procedimientos, el reconocimiento de una amplia legitimación o de la posibilidad de la

17 Dahl, Robert. *La democracia*. Madrid: Taurus, 1999, pp. 100-101.

intervención de terceros interesados, la oportuna tramitación de las causas y la respuesta motivada con arreglo a Derecho. Pero también y sobre todo mediante la adopción de decisiones que favorezcan el ejercicio de los derechos señalados, entre los cuales la libertad de asociación y la libertad de expresión merecen comentarios adicionales.

Junto al derecho a constituir partidos u organizaciones políticas, es primordial para la democracia que sea protegida la libertad de asociación en su más amplio sentido, al igual que la libertad para la creación y el funcionamiento de organizaciones sindicales. El pluralismo social permite la formación de un tejido social denso y diverso que, tal como ha sido advertido desde variadas ópticas, sirve de muro de contención frente a los poderes del Estado, en el contexto de sociedades individualistas o fragmentadas a menudo carentes de capacidad de reacción ante amenazas autoritarias o simplemente ante los abusos de las autoridades. Estos cuerpos intermedios entre la persona y el Estado son además factores de integración social y motores de la participación ciudadana que la democracia reclama. La justicia constitucional ha de prestar especial atención a este tejido social y ha de procurar, en su esfera de atribuciones, el respeto de su existencia y de sus posibilidades de acción.

En cuanto a la libertad de expresión, es indudable que ocupa un lugar capital en el sistema democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consonancia con el acervo jurisprudencial de la Corte Suprema norteamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sido rotunda al destacar la significación de la libertad de expresión para las democracias:

> "(…) la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[18].

Una muestra de los aportes de la Corte Interamericana en esta materia, que han repercutido en la jurisprudencia constitucional de nuestra región, es la sentencia dictada en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*[19], en el que confluye la rica jurisprudencia que al respecto se ha ido construyendo. El señor Canese había difundido, en medio de una campaña electoral a la Presidencia de la República, información sobre presuntos hechos de corrupción en los que estaría implicada una compañía que tenía entre sus accionistas a uno de los candidatos presidenciales, lo cual motivó una denuncia penal que desembocó en el enjuiciamiento y condena de Canese. La condena fue posteriormente revocada, pero ya se habían dictado medidas que afectaron los derechos de Canese, entre ellos la libertad de expresión. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la vulneración de este derecho se produjo porque la sanción penal impuesta había sido innecesaria en una sociedad democrática y desproporcionada, pues desconocía el con-

18 Opinión Consultiva OC-5/85, sobre *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985, Serie A N.° 5, párr. 70.

19 Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C N.° 111.

texto en el cual se habían realizado afirmaciones que podían repercutir en la reputación de algunas personas:

> "El Tribunal estima que en el proceso seguido contra el señor Canese los órganos judiciales debieron tomar en consideración que aquel rindió sus declaraciones en el contexto de una campaña electoral a la Presidencia de la República y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático. En el presente caso, el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública"[20].

En armonía con sus precedentes, la Corte Interamericana puso de relieve la distinción entre las expresiones o mensajes relacionados con asuntos de interés público, que se inscriben en el control social sobre la actuación de las autoridades o funcionarios o en el debate político propio de la democracia, y aquellos que están al margen de tal interés. En el primer supuesto debe existir un margen estricto para cualquier restricción de la libertad de expresión, lo que tiene especiales implicaciones en el campo de la responsabilidad penal, por el singular efecto inhibitorio que de ella cabe esperar. Sin llegar a decir que la protección penal del honor de los funcionarios públicos esté completamente excluida, la Corte Interamericana obliga a amparar la libre circulación de las ideas o informaciones revestidas de interés público, que contribuyen a la formación de la opinión pública y al desarrollo del control y deliberación democráticos.

Huelga subrayar la importancia de este criterio jurisprudencial, bastante consolidado en el Derecho comparado, para el funcionamiento de la democracia. En este ámbito la jurisprudencia constitucional de numerosos ordenamientos jurídicos también ha intervenido para corregir excesos cometidos por los jueces ordinarios al aplicar tipos penales de difamación, injuria, calumnia, desacato o vilipendio sin tomar en cuenta la dimensión constitucional del problema y, en especial, sin considerar que la libertad de expresión e información es un derecho fundamental que no puede ser ignorado ni menospreciado al determinar la eventual responsabilidad de quien difunde ideas o informaciones relevantes para la formación de la opinión pública en una democracia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es al respecto muy ilustrativa, pues ha permitido el control mediante amparo de decisiones judiciales dirigidas a tutelar penalmente el honor o la reputación, que no valoraban la significación pública de las expresiones difundidas o que exigían del comunicador una veracidad extraña al parámetro de la diligencia en la verificación de la información o de la ausencia de ánimo injurioso. Este es, por tanto, un campo en el que la justicia constitucional generalmente ha contribuido notablemente a la preservación de los valores democráticos.

D. Velar por el carácter democrático de las restricciones a los derechos humanos

Una relevante función de la justicia constitucional estriba en la revisión de la compatibilidad con la democracia de las restricciones legalmente establecidas a los derechos fundamentales. Las condiciones que ha de colmar cualquier ley restrictiva de

20 Ídem, párr. 105.

derechos humanos o de derechos constitucionales son de variada índole y sería osado ensayar aquí un análisis de todas ellas. Sí interesa subrayar que una de esas condiciones es la conformidad de la restricción, desde una óptica material, con los principios democráticos. Con independencia de que dicha condición merezca un valor autónomo o complementario dentro del conjunto de los requisitos exigibles, resulta claro que las limitaciones a los derechos humanos no pueden ir dirigidas a obstaculizar el ejercicio de la oposición política o de las libertades sin las cuales ésta se hace nugatoria. Tampoco son aceptables cuando, por la naturaleza de la restricción, inciden en los derechos hasta el punto de quebrantar las exigencias de una sociedad democrática.

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen que las limitaciones a los derechos humanos sólo son admisibles cuando los fines públicos que con ellas se persigan estén en consonancia con una "sociedad democrática"[21]. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la regulación de varios de los derechos consagrados, también sujeta la licitud de las restricciones a su concordancia con los requerimientos de una "sociedad democrática", lo cual ha sido interpretado como una exigencia general aplicable a todos los derechos reconocidos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos ha acudido con frecuencia al concepto de sociedad democrática para medir la validez de leyes restrictivas de derechos humanos, siendo emblemáticos los criterios sentados en materia de libertad de expresión, sin que esto agote el alcance de la cláusula[22].

La redacción del artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos muestra con gran acierto la significación de la noción de sociedad democrática en el examen de la licitud de las restricciones a los derechos humanos:

> "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Nótese que la alusión al bien común engloba el conjunto de intereses colectivos que reclaman satisfacción y que pueden motivar limitaciones a los derechos humanos. La ley es naturalmente el medio en que tales limitaciones encuentran concreción, pero su licitud también depende de requisitos materiales que comprenden la exigencia de compatibilidad con la democracia. En particular, el bien común al que se refiere la Convención no es de cualquier clase, sino aquel propio de una sociedad democrática, lo cual implica que las categorías tradicionalmente empleadas para abarcar conceptos ligados a ciertos intereses colectivos, como el orden público, las buenas costumbres, la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado, entre otros, han de ser reinterpretados a la luz de los imperativos democráticos, siendo preciso deslastrarlos de aquellos contenidos que conspiren contra la realización de la democracia.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado:

21 Artículos 29.2 de la Declaración Universal y 32.2 de la Convención Americana.

22 *Ver* Casal H., Jesús María. "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales". En: *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI (Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*). Madrid: Civitas, 2003, pp. 2533-2534.

"'Bien común' y 'orden público' en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos 'requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa' (Carta de la OEA, artículo 3.d); y los derechos del hombre, que tienen como fundamento los atributos de la persona humana , deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

(...) La Corte expresó al respecto en anterior ocasión que: Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (*La colegiación obligatoria de periodistas artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67)"[23].

En el ámbito interno, los tribunales o salas constitucionales han de incorporar la exigencia de compatibilidad con la democracia al arsenal de recursos técnicos que permiten controlar racionalmente la imposición normativa de limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados. Ello es un corolario del principio democrático, que de manera expresa o implícita late en todas las Constituciones de igual signo.

Los parámetros generales utilizados para el examen de la licitud material de las limitaciones legales de derechos constitucionales, como lo son la revisión de la conformidad con la Constitución de la finalidad perseguida por la ley, el principio de proporcionalidad y la intangibilidad del contenido esencial del derecho, han de resultar iluminados por los requerimientos de la democracia, traduciéndose esto en la aplicación de un escrutinio muy estricto frente a aquellas restricciones que puedan repercutir desfavorablemente en el proceso democrático y en el disfrute de las libertades que le son consustanciales.

23 Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, sobre *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos,* Serie A N.° 6, párrs. 30 y 31.

Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional*

José Julio Fernández Rodríguez
Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO. I. introducción. II. en torno al derecho procesal constitucional. III. análisis en particular. 3.1. Legitimación. 3.2. Plazos de interposición. 3.3. Desarrollo del procedimiento y principio inquisitivo. 3.4. Partes y principio de contradicción. 3.5. El principio de congruencia. 3.6. Pluris petitio. 3.7. Efectos de las sentencias. 3.8. Sentencias atípicas. IV. consecuencias (a modo de conclusión): el Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional posee una autonomía científica que se sustenta en los límites que marca el fenómeno jurídico. Esta autonomía corre paralela a una serie de peculiaridades cuyo origen está en el propio objeto del Derecho Constitucional, objeto que no es otro que la Constitución, entendida como norma jurídica suprema y abierta que organiza el poder político, estableciendo mecanismos de control del mismo, y que regula los aspectos esenciales de la vida en sociedad desde unos postulados democráticos.

Así las cosas, la jurisdicción constitucional bebe de estos rasgos propios del Derecho Constitucional, lo que da lugar a que presente determinadas peculiaridades. La jurisdicción constitucional sería aquella actividad, obviamente jurisdiccional, que recae sobre los procesos constitucionales típicos (control de constitucionalidad de la ley, garantía extraordinaria de los derechos fundamentales y defensa de la distribución vertical y horizontal del poder). Tal actividad suele ser ejercida por órganos especializados, denominados genéricamente en castellano tribunales constitucionales. Por lo tanto, la jurisdicción constitucional hace referencia al órgano *ad hoc* que monopoliza la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En ocasiones se usan como sinónimos las expresiones jurisdicción y justicia constitucional. En cambio, en otros momentos se emplean para referirse a conceptos diferentes en la medida en que justicia constitucional se entiende como la actividad de aplicación y defensa de la Constitución que realizan todos los órganos judiciales y no sólo los tribunales constitucionales.

En este trabajo pretendemos hacer un recorrido selectivo, desde un punto de vista fundamentalmente teórico, por diversas cuestiones propias del proceso constitucional con el fin de analizar determinadas especificidades del mismo. Y ello en gran parte con relación a lo que es la Teoría General del Proceso, o, si se prefiere, el Derecho Procesal general. Una vez hecho esto nos aventuramos en el último epígrafe a extraer una serie

* Un trabajo sustancialmente igual se publicó en el libro homenaje a Héctor Fix-Zamudio *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, tomo I. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

de consecuencias que funcionen como conclusión. Se trata de corroborar, en fin, la hipótesis de partida de que el proceso constitucional forma parte del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal. Un trasunto de dicha afirmación podría ser el siguiente: el Derecho Procesal Constitucional es Derecho Constitucional. En esta línea se sitúan autores como Häberle, que habla de una "idiosincrasia" particular de esta disciplina jurídica, que la considera Derecho Constitucional concretizado[1]. En cambio, otros autores, como Fix-Zamudio o González Pérez, consideran que pertenece al Derecho Procesal en general[2]. También existe quien lo entiende como una interrelación entre elementos constitucionalistas y procesalistas[3]. Se ponen así de manifiesto las discrepancias doctrinales sobre el particular. Al margen de las mismas, es indubitado el relevante rol que juegan las investigaciones de Fix-Zamudio en este tema, que han orientado y estimulado multitud de trabajos posteriores, y que se han convertido en referente inexcusable para los estudiosos[4].

Para nuestra argumentación hemos centrado la vista en los tres procesos constitucionales típicos[5]: el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder. Ellos forman parte de la naturaleza de la jurisdicción constitucional y presentan la densidad explicativa que nos interesa en este momento. Téngase en cuenta que el control de constitucionalidad de la ley suele articularse a través de dos mecanismos, uno abstracto (acción o recurso de inconstitucionalidad) y otro concreto (de carácter incidental, que se llama en España cuestión de inconstitucionalidad).

Lógicamente, no es éste el lugar para una aproximación profunda a esta abigarrada cuestión, más bien prototípica para una monografía. La finalidad es incidir tan sólo es ciertos aspectos seleccionados. Las afirmaciones que hacemos tienen un corte abstracto, desvinculado de un ordenamiento jurídico concreto, aunque algunas las ejemplificaremos en alguna norma de Derecho Positivo. Esto significa que esta aproximación, como toda aproximación que se mueve en el predio de una teoría general, necesitará concreciones y matizaciones a la hora de aplicar a un ordenamiento en concreto, cosa que ahora no

1 HÄBERLE, Meter. "Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts". En: *Juristenzeitung*. 1973, pp. 451 y ss. Recogiendo esta idea César Landa alude que este Derecho Constitucional concretizado "implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales" (LANDA, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra: Lima, 2003, p. 13).

2 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (ensayo de una estructuración procesal del amparo)*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1955, p. 57; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980, p. 50.

3 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Recurso extraordinario*, tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 12 y ss.

4 Palomino y Eto nos recuerdan el carácter pionero de la labor del maestro Fix-Zamudio en el Derecho Procesal Constitucional. Hablan de Fix como "pontífice" de dicha rama (PALOMINO MANCHEGO, José y Gerardo ETO CRUZ. "Estudio preliminar". En el libro por ellos coordinado *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio*. Lima: Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005, p. 24).

5 Sobre procesos constitucionales típicos y atípicos, y sobre procesos no constitucionales, permítasenos remitir a nuestro libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Segunda edición, Madrid: Tecnos, 2007, pp. 72 y ss.

vamos a hacer pero que el lector especializado sabrá realizar sin problemas desde su propio ordenamiento. Entendemos que ello no le hace perder virtualidad a las reflexiones que siguen, al tiempo que permite extraer conclusiones operativas en un artículo de este tipo, forzosamente de dimensiones contenidas.

II. EN TORNO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Desde hace años se viene empleando la expresión Derecho Procesal Constitucional para designar el conjunto normativo procesal que regula la jurisdicción y/o justicia constitucional. Más en concreto podría definirse como el sector del ordenamiento jurídico que regula los procesos constitucionales. Así las cosas, las cuestiones sustantivas y orgánicas estarían ubicadas fuera del Derecho Procesal Constitucional. Se trata, por lo tanto, de una disciplina preferentemente adjetiva.

Esta terminología se ha asentado en diversos países, no, en cambio, en otros. Sin duda ha sido en el ámbito de América Central y del Sur donde más difusión ha tenido la expresión. En Europa su uso ha sido mucho más restringido y se ha optado por términos que engloban tanto aspecto sustantivos como adjetivos (los ya aludidos jurisdicción y justicia constitucional, también j*ustice constitutionnelle*, *giustizia costituzionale*). El caso alemán tal vez sea el más cercano al uso de la América hispana con la categoría del *Verfassungsprozessrecht*, que literalmente se traduciría también por Derecho Procesal Constitucional. Sin embargo, no semeja que haya habido en este punto influencias en uno u otro sentido entre los juristas germanos y los americanos.

Las principales áreas del Derecho Procesal Constitucional vienen conformadas por el estudio de los procesos constitucionales. Dichos procesos pueden definirse en un sentido material: un proceso constitucional es una acción cuyo objeto afecta a una cuestión básica del poder público que, por ello, se encuentra de una u otra forma tratada en la Constitución. Los contenciosos constitucionales típicos, como dijimos más arriba, son el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución vertical y horizontal del poder. No obstante, al margen de ellos existen otros contenciosos o procesos que también son constitucionales ya que afectan a la delimitación del poder político y, por ende, al concepto material de Constitución (*v. gr.*, control de constitucionalidad de tratados internacionales, control de omisiones inconstitucionales, contencioso electoral o control de partidos políticos).

Esta cuestión también podría analizarse desde una perspectiva formal y establecer que las áreas del Derecho Procesal Constitucional son las competencias que el ordenamiento jurídico le otorga al órgano(s) de justicia constitucional, pero esta remisión a lo que en cada caso establezca la legislación positiva nos puede sumir en un reduccionismo positivista que nos hace preferir la postura anterior (además, esta segunda postura podría oscurecer el tema ya que hay competencias de los órganos de justicia constitucional que no son procesos constitucionales y que hacen recordar las atribuciones propias de la justicia ordinaria).

III. ANÁLISIS EN PARTICULAR

Tras las reflexiones de corte genérico anteriores, abordamos ahora algunas cuestiones de tipo preferentemente adjetivo relativas a determinadas peculiaridades del proceso constitucional. La razón de ello es el propio objeto y trascendencia de lo sustanciado. Favoreu afirma que "le procès constitutionnel présente certaines caractéristiques par

rapport aux autres types de procès"[6]. Rolla, a su vez, indica que "el proceso constitucional —a diferencia de otros procesos de naturaleza jurisdiccional— se caracteriza por una significativa elasticidad de las reglas procesales". Y ello "no tanto porque falten normas significativas sobre el proceso constitucional, sino porque el juez constitucional disfruta de una notable elasticidad en materia de interpretación y de aplicación de las reglas procesales"[7].

3.1. Legitimación

La legitimación para interponer un proceso constitucional suele presentar importante especificidades, sobre todo en lo que respecta al control abstracto de constitucionalidad. Las entidades y personas que la ostentan deben encarnar un interés general que se conecta con la propia idea de lealtad o sentimiento constitucional. De esta forma, este control abstracto da lugar a una legitimación de ciertas autoridades públicas, o sea, una serie de sujetos prefijados que por la posición que ocupan están llamados a velar por el citado interés general. Esta restricción de la posibilidad de incoar determinadas acciones ante el Tribunal Constitucional, u órgano equivalente, se corresponde con la lógica de los contenciosos objetivos, de inspiración kelseniana, que es común en el Derecho Comparado. En este sentido Brage Camazano apunta que "la acción de inconstitucionalidad tiene como característica común (…) una legitimación restringida"[8].

Así las cosas, encontramos como legitimados, entre otros y según los casos, al Presidente de la República, a un grupo de diputados (a veces identificados con números naturales, a veces con números quebrados), a un grupo de senadores (otra vez, números naturales o quebrados), al Parlamento, al Presidente del Parlamento, al Presidente del Senado, al Gobierno, al Presidente del Gobierno, a un Gobierno regional, a una Cámara regional, o a un alto órgano judicial ordinario. Esta lista, insisto, no es exhaustiva sino meramente ejemplificativa. Los supuestos más importantes políticamente hablando son aquellos activados por los parlamentarios, casi con total seguridad de la oposición, que tratan de compensar ante la opinión pública su minoría parlamentaria con la razón jurídica que les puede otorgar el Tribunal Constitucional.

Para completar lo dicho semeja oportuno matizar que hay algunos casos (como Austria, Bélgica, Hungría, Montenegro o Serbia) que suponen una excepción a esta restricción en la legitimación en los procesos abstractos y objetivos en tanto en cuanto prevén una acción popular que permite a cualquier persona denunciar directamente la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, en estos casos la acción que se incoa sigue siendo objetiva porque se entiende que el particular actúa en interés del buen funcionamiento del Estado.

En el control concreto la legitimación suele caer en todas las jurisdicciones ordinarias (por ejemplo, Alemania, España, Italia, Polonia, Rusia) o en las jurisdicciones superiores (Bulgaria o Lituania), que pueden plantear ante el Tribunal Constitucional

6 Favoreu, Louis. *Et alii*, *Droit constitutionnel*. Cuarta edición, París: Dalloz, 2001, p. 224.

7 Rolla, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. México D. F.: Porrúa, 2006, p. 94.

8 Brage Camazano, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 165.

la duda sobre la constitucionalidad de la ley que resulta aplicable al caso que están sustanciando.

En los procesos de garantía de derechos y de defensa de la distribución vertical y horizontal del poder la legitimación sí tiene más semejanza con la ordinaria del Derecho Procesal. Se trata de sujetos o entes que defienden sus derechos o intereses legítimos, lo que le da un cariz subjetivo al proceso en sí. Es el caso de la persona vulnerada en uno de sus derechos fundamentales o de los órganos afectos por una invasión de sus competencias. No obstante, incluso también aquí, en algún caso, existe una legitimación genérica desvinculada de un interés particular: serían los supuestos de legitimación del Defensor del Pueblo o del Fiscal o Procurador para la defensa de los derechos, y de órganos no afectados directamente en los conflictos de atribuciones y competencias (Polonia o Rumania).

Aún podemos añadir un dato más que sigue la línea de la especial legitimación en los procesos constitucionales. En algún ordenamiento existe una legitimación genérica para todos los procesos ante el Tribunal Constitucional, que no diferencia entre las distintas competencias. Sirven de ejemplos Bulgaria (Presidente de la República, un quinto de diputados, el Presidente del Gobierno, el Tribunal Supremo de Casación, el Tribunal Supremo Administrativo y el Fiscal General) o Bielorrusia (el Presidente de la República, el Parlamento, el Senado, El consejo de Ministros y el Tribunal Supremos).

3.2. Plazos de interposición

Por razones de seguridad jurídica la interposición de acciones procesales está sometida a plazos, o sea, deben ejercitarse en un período temporal determinado y no estar indefinidamente abiertas. El día inicial del cómputo (*dies a quo*) suele conectarse con lo que será después el propio objeto procesal. En principio, las acciones procesales constitucionales tienen que practicarse también en un plazo o período. Sin embargo, la peculiar naturaleza de algunos contenciosos constitucionales da lugar a que la articulación de dicho plazo responda a una lógica diferente e, incluso, repercuta en la propia existencia del mismo.

En efecto, con relación a la acción abstracta de inconstitucionalidad, en un elevado número de supuestos, casi la mayoría en el Derecho Comparado, no existe plazo de interposición. Se entiende que la defensa de la supremacía de la Constitución, que es lo que se pretende al fiscalizar la ley, es un principio de tanta relevancia que debe estar siempre abierta la posibilidad de recurrir. La interpretación de la ley puede cambiar y lo que en un momento determinado se entiende constitucional a lo mejor se interpreta de una forma muy distinta tiempo después. Esta solución, desde el punto de vista técnico, parece más acorde con los efectos habituales de una declaración de inconstitucionalidad en la medida en que ésta suele significar que la normativa es nula (y no solamente anulable). La inexistencia de plazo es, por lo tanto, la consecuencia correcta de la sanción de nulidad con la que puede acabar este procedimiento. Si el vicio es tal que hace que la ley afectada se tenga por no existente, si impone una naturaleza declarativa a la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad porque implica sacar a la luz un defecto intrínseco y consustancial a la norma desde su origen, en este orden de cosas no debe cerrarse temporalmente el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Asimismo, la ausencia de plazo también puede verse como más acorde con la naturaleza objetiva y abstracta de esta acción. La existencia de plazo puede originar que la disputa entre partidos que se produce al elaborarse la ley continúe en sede de la justicia constitucional de manera

inmediata, lo que se vería relativizado si el plazo no existiese al abrirse de manera indefinida el abanico temporal que permite la presentación de la acción, subrayándose, así, su objetividad. El distanciamiento temporal entre la aprobación de la ley y el momento del control de constitucionalidad desactivaría en parte la carga política de semejante control. Ausencia de plazo para esta acción abstracta lo encontramos, por ejemplo, en Alemania, Portugal, Croacia, Hungría, Polonia o Rusia[9].

En el control concreto de constitucionalidad de la ley no hay plazo de interposición: hay que dejar al juez ordinario libertad para que cuando la interpretación del precepto que va a aplicar da lugar a una norma de cuya constitucionalidad duda, eleve esa duda ante el Tribunal Constitucional. La construcción técnica de este mecanismo procesal provoca que no sea procedente la existencia de un plazo contado desde la entrada en vigor de la ley analizada. La naturaleza del control concreto reclama esta apertura temporal indefinida en tanto en cuanto busca ser un cauce de depuración continua del ordenamiento jurídico.

Para los procesos de defensa de derechos y de control de la distribución vertical y horizontal del poder sí hay plazos construidos desde el Derecho Procesal general. Para el primer caso se cuentan a partir del momento en que se ha producido la vulneración del derecho; para el segundo desde la entrada en vigor o publicación de la norma recurrida.

3.3. Desarrollo del procedimiento y principio inquisitivo

La peculiar naturaleza de las funciones de la jurisdicción constitucional hace que el procedimiento, más que en el principio de justicia rogada (principio dispositivo), se base en el principio inquisitivo[10]. El principio dispositivo se traduce en que las partes son los sujetos activos del proceso, asumiendo del juez un rol más pasivo. En cambio, el principio dispositivo coloca al juez en un papel diferente en el impulso procesal, si bien el inicio del proceso no le corresponde a él en los procesos constitucionales.

Además, la presencia en el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal Constitucional de autoridades políticas, tal y como vimos al referirnos a la legitimación, origina ciertas especifidades con respecto a lo que viene siendo la tónica general del Derecho Procesal, aunque los trazos básicos que marca éste para la tramitación de los procesos se mantienen. No vamos a dar cuenta de los abundantes particularismos que, conforme a las tradiciones nacionales y a las regulaciones positivas, encontramos en el Derecho Comparado, ya que nos alejaría de la finalidad que pretendemos en esta trabajo, más

9 No obstante, creemos que la opción más correcta *de lege ferenda* es la existencia de plazo de interposición, no sólo por la ya citada seguridad jurídica sino también porque la existencia de plazo busca evitar situaciones políticas inestables. Las leyes, de lo contrario, siempre estarían sometidas a una eventual impugnación que las sumiría en una especie de provisionalidad continúa. Al margen de todo ello, está claro que cuanto más se demore en el tiempo la impugnación de la ley más efectos negativos provocará en las relaciones jurídicas suscritas al amparo de dicha ley. Una vez que transcurre el plazo establecido la posibilidad de atacar la ley por esa vía desaparece, aunque pueden existir otras, si bien con un sentido diferente (control concreto, *v. gr.*).

10 Leibholz, Gerhard. "El Tribunal constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política". En: *Revista de Estudios Políticos*, N.º 146. 1966, p. 91.

próxima a la sistematización y exposición de algunas claves explicativas. Hagamos ahora, por lo tanto, otro tipo de reflexiones más genéricas.

Las reglas generales de procedimiento hacen de los procesos constitucionales esencialmente escritos y contradictorios (la contradicción puede verse como básica para mantener la naturaleza jurisdiccional del órgano). Los intervinientes en los contenciosos constitucionales hay que considerarlos partes del litigio, aunque para el Derecho Procesal general ello resulte discutible. Sobre esto volvemos más abajo.

Respecto a la prueba también tenemos destacadas peculiaridades. En efecto, en el control abstracto no tiene sentido la existencia de una fase de prueba ya que no hay un elemento fáctico sobre el que practicar dicha prueba. Incluso, en otro tipo de procesos tampoco tiene mucho sentido la prueba. No obstante, en ocasiones un Tribunal Constitucional sí recaba informes diversos, por ejemplo, relativos a la norma impugnada, que le puedan ayudar al análisis que efectúa de la compatibilidad lógica entre ésta y la Carta Magna, o solicita informes a las partes implicadas en un conflicto de atribuciones o de competencias.

En la finalización del proceso tampoco son trasladables sin más las reglas procesales genéricas. En efecto, la presencia del principio dispositivo, que permite a las partes actuar unilateralmente al desistir o renunciar, está relativizada por el interés público que transita un proceso constitucional y que lleva a que el propio órgano de control asuma de oficio su tramitación. Dicho órgano, como regla general, tendrá que esperar que actúe uno de los legitimados, pero una vez que ha actuado el Tribunal Constitucional asume la responsabilidad de llevar hasta el final el litigio. De la misma forma, las ideas de caducidad o preclusión por inactividad de las partes no semejan aplicables una vez que el proceso está en marcha (aunque sí se podría hablar de caducidad en la formalización del proceso porque ha pasado el plazo de interposición o porque no se han subsanado los defectos de admisión en el plazo establecido). No obstante, en España sí se ha admitido en alguna ocasión el desistimiento bajo ciertas condiciones, como en acciones de perfil conflictual cuando los entes enfrentados logran satisfacer sus intereses por otras vías. El Tribunal Constitucional, claro está, no estará vinculado a la decisión unilateral de una de las partes. De idéntico modo, se ha admitido el allanamiento como término de un conflicto, por medio del cual una parte le da la razón a la otra desapareciendo, así, la controversia competencial, y produciéndose, como en el caso anterior, una satisfacción extraprocesal de la pretensión.

3.4. Partes y principio de contradicción

Las partes del proceso constitucional difícilmente pueden asimilarse con exactitud a las partes de la teoría procesal general. Pensemos, de nuevo, en el control de la ley. En él no asistimos ante un demandante que trata de proteger sus derechos o intereses frente a un demandado, sino a un legitimado activamente que actúa en defensa de la supremacía de la Carta Magna. Para la ordenación racional del pleito, tratando de responder al principio de contradicción, habrá otra "parte" que defienda la constitucionalidad de la ley. Ello más bien parece ser producto del intento de no hacer perder la fisonomía básica del proceso, en la que la contradicción es esencial para el concepto de jurisdicción.

En efecto, el carácter jurisdiccional de una actividad requiere de contradicción, esto es, de la oposición dialéctica y jurídica de dos partes que tratan de convencer con la fuerza de sus argumentos al tercero imparcial, el juez. Ello también hay que sostenerlo

en el proceso constitucional. En este orden de cosas, en el control de la ley hay que dar entrada a representantes del Estado que defiendan la validez de la misma. Desde esta óptica hay que considerar que los intervinientes en los contenciosos constitucionales son partes del litigio, aunque para el Derecho Procesal general ello resulte discutible (desde este último en el control abstracto tal vez no habría partes habida cuenta su carácter objetivo, y en el concreto sólo serían partes las del proceso principal donde surge la duda de constitucionalidad). La modulación que en este sentido introduce el Derecho Procesal Constitucional da lugar a que hablemos de verdaderas partes de los contenciosos constitucionales.

La situación en los procesos de defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y de garantía del reparto territorial del poder las cosas sí son similares al Derecho Procesal general. En ellos hay verdaderas partes enfrentadas (ciudadano y poder público que presuntamente violó su derecho fundamental; distintos órganos que reclaman o rechazan alguna competencia).

3.5. El principio de congruencia

El funcionamiento del principio de congruencia en el campo de los procesos constitucionales puede tildarse de relativo. Es decir, por un lado está presente y se aplica, pero por otro se matiza hasta desaparecer. Expliquémonos teniendo como referente el control de constitucionalidad de la ley. El principio de congruencia significa, desde la teoría procesal, la necesidad de que la respuesta del juez esté en correlación con lo solicitado por las partes.

Como decimos, este principio se aplica desde cierto punto de vista, pero no desde otro. Así es, en el control de constitucionalidad de la ley el principio de congruencia funciona en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional examina sólo la ley recurrida. El Tribunal Constitucional no incoa de oficio el proceso sino que lo hacen los legitimados para ello. Éstos son lo que determinan el objeto, es decir, la ley que va a ser controlada. Por el contrario, el principio de congruencia no funciona en este tipo de proceso porque se examina toda la ley en cuestión y no sólo los artículos recurridos. Además, ello se hace usando como parámetro cualquier artículo constitucional y no sólo los alegados por las partes.

3.6. Pluris petitio

Lo expuesto en el subapartado anterior se conecta con el presente dado que ambos aluden a la respuesta de un tribunal ante cierta solicitud procesal. La expresión *pluris petitio* se refiere al exceso que comete el juez que va más allá de lo solicitado por la partes.

En el proceso constitucional de control de constitucionalidad el Tribunal Constitucional no incurre en *pluris petitio* porque puede ir más allá de lo pedido por el recurrente: el Tribunal puede anular otros artículos de la ley recurrida diferentes a los que el demandante considera inconstitucionales.

3.7. Efectos de las sentencias

El abigarrado campo de las sentencias constitucionales es otro argumento a favor de la consideración del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional. El contenido tipo de cada sentencia está en función, lógicamente, de la naturaleza del

proceso de que se trate. Sin embargo, pueden hacerse una serie de consideraciones relativas a sus efectos que refuercen nuestra línea argumental. Estos efectos son propios de las decisiones de la jurisdicción constituiconal

Las sentencias de los tribunales constitucionales acarrean, dada la posición en que se encuentra el órgano que las dicta, una vinculación general, lo que lleva a su imposición a los distintos poderes públicos. Semejante obligación de cumplir lo resuelto no sólo afecta, en opinión de parte de la doctrina, corroborada por diversas jurisprudencias constitucionales, a la parte dispositiva de las sentencias, o sea, al fallo, sino que también alude a los llamados *tragende Gründe* o los elementos del razonamiento que sustentan la decisión, elementos que por su cualidad de *ratio decidendi* se pueden oponer a los *obiter dicta*. Otra cosa diferente será discernir con seguridad entre unos y otros puesto que tal distinción no se refleja en la redacción de las sentencias[11]. Sirven de ejemplos el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, el artículo 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, y el artículo 62 de la Constitución francesa. El momento en que comienza tal vinculación se conecta, por lo general, con la publicación de la sentencia (normalmente el mismo día o al día siguiente).

Otro efecto característico de las sentencias constitucionales es el denominado efecto *erga omnes*. La eficacia *erga omnes* alude a los efectos frente a todos que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional y no sólo frente a las partes o a quienes han llevado a cabo la contradicción. La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del Derecho Procesal Constitucional impone otra visión diferente, la de la esta eficacia *erga omnes* o efectos generales. Precisar lo que ello significa no está exento de dificultades. No se trata de la acabada de ver vinculación de los poderes públicos, ni del efecto de cosa juzgada que trataremos a continuación, que lo que persigue es que no se vuelva a tratar la cuestión litigiosa. Hace referencia a una específica consecuencia de las sentencias que eliminan un precepto por inconstitucional, de modo tal que dichas sentencias llenan el espacio que éste ocupaba[12]. Como indica Jiménez Campo, "el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta así una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada"[13]. Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general carecerá de este efecto frente a todos limitándose a una eficacia *inter partes*.

El efecto de cosa juzgada sí sigue, en cambio, los derroteros del Derecho Procesal general, aunque es posible hacer alguna precisión adicional. Como es sabido, este efecto pretende que no se vuelva, por razones de seguridad jurídica, sobre cuestiones ya resuel-

11 Esta postura es objeto de críticas, como la de Rubio Llorente que ve cómo la difícil definición dogmática de la figura de la vinculación de los poderes públicos ha permitido atribuir a la fundamentación de las decisiones "una mal precisada capacidad de obligar" a todos los órganos del Estado (Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

12 Caamaño Domínguez, Francisco; Ángel Gómez Montoro; Manuel Medina Guerrero y Juan Luis Requejo Pagés. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 153.

13 Jiménez Campo, Javier. "La declaración de inconstitucionalidad de la ley". En: Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 118.

tas por los tribunales. En un sentido formal significa que la sentencia no será objeto de impugnación y, en sentido material, impide que el mismo contenido sea objeto de otro litigio. De esta forma, se evita el riesgo de una nueva decisión sobre el mismo asunto contradictoria con la anterior. Las sentencias de los tribunales constitucionales también conllevan este efecto de cosa juzgada. Desde su vertiente formal las cosas están claras pues no existe posibilidad de recurso alguno (salvo algún caso excepcional, que resulta por ello criticable[14]). Este carácter definitivo e irrecurrible, que se basa en la posición que ocupa el propio órgano de justicia constitucional y en el carácter jurisdiccional de su función, es predicable tanto para las sentencias estimatorias como para las desestimatorias de la inconstitucionalidad. Esta situación es la que fundamenta la máxima que se predica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos consistente en que dicho Tribunal no tiene la última palabra porque sea infalible, sino que, más bien, es infalible porque tiene la última palabra.

Desde una óptica material de la cosa juzgada hay que introducir alguna precisión adicional. Está claro que los tribunales ordinarios no podrán volver sobre un asunto decidido por el Tribunal Constitucional. Pero para el propio Tribunal Constitucional parece adecuado no cerrar cualquier posibilidad en este sentido y permitir, así, la evolución de su jurisprudencia. Esta apertura de la rigidez del efecto material de cosa juzgada no operaría con las sentencias estimatorias, en las cuales el efecto sería absoluto, sino con las sentencias desestimatorias, que no deben excluir una futura fiscalización del mismo precepto impugnado. Desde el punto de vista teórico, las sentencias que desestiman la inconstitucionalidad no deben tener el mismo alcance que las estimatorias, siendo su valor de cosa juzgada material relativo, con lo que no cierran, en principio, un nuevo análisis de la ley puesta en tela de juicio en un momento posterior, pero imposibilitan, como ya se dijo, ser recurridas. En todo caso, cabe decir que valen como precedente. Una norma que es constitucional en un determinado momento histórico puede no serlo con la evolución temporal y el cambio de perspectiva jurídico-social. Así, la jurisprudencia constitucional es capaz de estar más cerca de la realidad y no petrificarse. Con relación a esta posibilidad de un nuevo control de la ley, puede aludirse a la jurisprudencia constitucional alemana que, cuando entiende que las nuevas circunstancias pueden dar lugar a una apreciación diferente, permite volver a cuestionar la validez de la misma ley. Y ello a pesar de que el ya citado artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán atribuye "fuerza de ley" (*Gesetzeskraft*) también a las decisiones desestimatorias. Igualmente debemos citar el artículo 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en cuya virtud la desestimación por razones de forma de un recurso (abstracto) de inconstitucionalidad no es óbice para el ulterior planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (acción concreta), lo cual hay que interpretarlo de una manera que vaya más allá de la mera literalidad para admitir un principio general de compatibilidad entre los dos procedimientos, el abstracto y el concreto, tal y como se deduce del artículo 38.2 de la misma Ley. Sólo así cobra sentido la necesaria correspondencia con la realidad de un contexto histórico determinado, que puede ser muy diferente al de otro tiempo, con el consiguiente cambio en los parámetros de adaptación o inadaptación de determinada normativa a la Constitución. En Italia esto es más evidente, y la jurisprudencia constitucional permite cuestionar (recurso concreto) nuevamente la misma ley siempre

14 Por ejemplo, Eslovaquia, Lituania, Polonia y Portugal (*Ver* Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Ob. cit., p. 121).

que se invoquen circunstancias nuevas o motivos diferentes (la doctrina italiana afirma que las sentencias desestimatorias carecen de la autoridad de cosa juzgada).

En sede del control de constitucionalidad de la ley, si el órgano de justicia constitucional estima dicha acción procesal, la sentencia declarará el carácter contrario a la Carta Magna de esa norma y, como sanción anudada a tal declaración, su nulidad, con lo que la disposición será expulsada del ordenamiento, por regla general, con efectos retroactivos, es decir, *ex tunc* (aunque hay algún ordenamiento que prevé efecto irretroactico, pero son minoritarios). La naturaleza de esta sentencia es, por lo tanto, declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional). Éste es un rasgo que hoy en día forma parte de la típica sentencia estimatoria en el control de constitucionalidad (sin embargo, no se encontraba en el esquema de Kelsen, para el cual, como ya se ha señalado en el capítulo I, los efectos debían ser *ex nunc*, o sea, irretroactivos, los propios de un órgano legislativo, aunque sea negativo, con lo que la sentencia era constitutiva dado que creaba una situación antes inexistente). El vicio de una norma que contradice la Ley Básica es tan grave que merece la máxima sanción jurídica, la nulidad, con la consiguiente eliminación desde su nacimiento de la propia norma y de los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones, que impone la seguridad jurídica. La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que ésta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que ésta entra en vigor.

No obstante, a lo dicho no se puede aplicar en todos su términos la construcción de la nulidad de la Teoría General del Derecho. En efecto, la nulidad como categoría general consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del Derecho Procesal Constitucional.

3.8. Sentencias atípicas

Desde hace años la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala su tradicional configuración sino que va más allá de los límites que le habían atribuido. Así es, los tribunales constitucionales se enfrentan, en ocasiones, a supuestos que no pueden ser disciplinados satisfactoriamente con los clásicos patrones[15]. No consideramos desencaminado este modo de actuar más allá del modelo teórico siempre que el Tribunal sea consciente de su posición y de sus funciones en el entramado del Estado de Derecho, ante lo cual una sólida formación técnico-jurídica de sus miembros es condición sine qua non para lograrlo. Surgen, de esta forma, decisiones

15 La doctrina ha subrayado la insuficiencia de un esquema teórico que identifica de manera simplista norma legal y enunciado de la ley y que pretende reducir la sentencia al fallo (Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Ob. cit., p. 515).

que podríamos denominar atípicas, decisiones que evidencian, una vez más, las peculiaridades del Derecho Procesal Constitucional. Las posibilidades de actuación con que las diversas leyes fundamentales dotan a los tribunales constitucionales son tensadas, a veces de manera importante, para alcanzar estos resultados expansivos. No deja de ser una actuación un tanto peligrosa: una prolijidad excesiva en las decisiones que adopten los tribunales constitucionales genera un riesgo de inseguridad jurídica. Pero este riesgo no tiene por qué traducirse necesariamente a nivel práctico si los jueces de los órganos de justicia constitucional unen a una sólida formación jurídica el conocimiento correcto de la tarea que tienen asignada en el conjunto del sistema y de las consecuencias de sus decisiones, no simplemente jurídicas sino también políticas.

Hagamos ahora tan sólo un breve recorrido, de carácter más bien conceptual, por alguna de estas sentencias atípicas[16].

De esta forma, tenemos, por ejemplo, las denominadas sentencias interpretativas. Este tipo de sentencias son aquellas en las que la resolución se basa en la discriminación entre las distintas posibilidades interpretativas que ofrece la disposición legal tachada de ser contraria a la Constitución. Como es sabido, todo precepto jurídico debe ser objeto de interpretación, por lo que resulta erróneo el famoso aforismo latino *in claris non fit interpretatio*. Con esta labor se busca precisar el sentido y alcance de dicho precepto con el objeto de poder aplicarlo a la realidad fáctica. Este proceso de interpretación puede llegar a soluciones muy diferentes en función de las más variadas circunstancias. Así las cosas, es probable que alguna de estas opciones interpretativas resulte inconstitucional, por lo que, gracias a la distinción entre la disposición o enunciado legal y la norma que se deriva por interpretación del mismo, se procede o bien a declarar contrarias a la Carta Magna ciertas interpretaciones o bien a señalar las que son acordes con el Texto Básico. Por lo tanto, a una resolución de este tipo se llega tras el análisis minucioso de las normas que se derivan de la disposición puesta en tela de juicio. Se están atribuyendo, en suma, diversos significados a un único significante. El fundamento de estas sentencias se halla en el principio de conservación de las normas. Se conjuga, así, la idea de evitar la aparición de lagunas innecesarias con el principio de supremacía constitucional. De esta forma, si de las posibles interpretaciones que se coligen de un precepto una de ellas es acorde con la Carta Magna, ello será suficiente para conservarlo dentro de los límites constitucionales, resultando innecesario declararlo inconstitucional. La naturaleza de estas sentencias es declarativa en la medida en que el órgano de justicia constitucional saca a la luz las interpretaciones que pueden realizarse de una disposición legal, interpretaciones que ya existen desde el momento en que nace dicha disposición, aunque todavía no estén explicitadas. Desde el punto de vista formal, el fallo de la sentencia debe limitarse a rechazar la declaración de inconstitucionalidad del enunciado legal, quedando la labor interpretativa en los fundamentos jurídicos que preceden a ese fallo. No obstante, en ocasiones, los órganos de justicia constitucional incorporan al dispositivo o *decisum* el razonamiento realizado con la técnica de la sentencia interpretativa, buscando, quizá, superar la problemática consistente en que el carácter vinculante y *erga omnes* de la decisión se encuentre limitado a dicho dispositivo, lo que podría dejar en letra muerta la discriminación interpretativa efectuada en los argumentos anteriores. Sin embargo, como acabamos de decir, ello no se aviene bien con la naturaleza de la

16 Para mayores precisiones, remitimos a nuestra obra ya citada *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, pp. 128 y ss.

sentencia interpretativa. Las vías para buscar la vinculación de la línea interpretativa tienen que ser otras diferentes, como el tema, ya aludido, de los *tragende Gründe* o un entendimiento de dispositivo más allá de sus límites formales. En todo caso, habrá que resolver un problema previo a éste de la vinculación de los motivos: cuál es la eficacia de una sentencia desestimatoria como es la interpretativa (el enunciado legal siempre se salva), teniendo en cuenta la idea extendida en el Derecho Procesal Constitucional de que los efectos generales *(erga ommes*) se producen sólo en las sentencias.

Las llamadas recomendaciones al legislador engloban un conjunto de sentencias que contiene formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo en cierto sentido, por lo que suelen estar estrechamente ligadas a una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Estas exhortaciones, que aparecen como *obiter dictum*, señalan los principios que han de seguirse en la elaboración de la nueva ley y admiten varias formas de enunciarse, que van desde el simple consejo hasta fórmulas más coactivas. La peculiar posición en cada ordenamiento del órgano de justicia constitucional y la praxis establecida en la dinámica relacional con el legislador determinarán el concreto alcance de semejantes recomendaciones y su misma eficacia. Dentro de este tipo de sentencias estarían ciertas prácticas del Tribunal Constitucional germano. En este sentido, podemos citar las declaraciones de inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*), las cuales exigen la posterior actuación del legislador para remover el estado de inconstitucionalidad, y las llamadas al legislador en aquellos casos en los que la situación jurídica aún no se convirtió en inconstitucional (*Appellentscheidung*), en las cuales se reconoce que la situación todavía es constitucional pero que puede devenir contraria a la Carta Magna si no interviene el legislador. En la declaración de inconstitucionalidad que no lleva aparejada la nulidad la norma es meramente inconstitucional (*bloss verfassungswidrig*). En las llamadas al legislador la norma es aún constitucional (*noch verfassungsmässig*). Los casos que responden a esta última técnica suelen conectarse con una inconstitucionalidad sobrevenida provocada por la alteración de las circunstancias, que hace que la norma camine hacia la imperfección y, por lo tanto, sea preciso adecuarla a la nueva realidad. No siempre es fácil distinguir con nitidez ambos supuestos ya que las declaraciones de mera inconstitucionalidad en ocasiones contienen las típicas llamadas al legislador de la *Appellentscheidung*. Con estas distinciones entre casos de mera inconstitucionalidad y aún ajustados a la Carta Magna, el órgano de justicia constitucional federal alemán trata de controlar las consecuencias exageradas que a veces lleva aparejado el binomio inconstitucionalidad-nulidad.

Las sentencias aditivas se originan en Italia (sentencias *additive* o *aggiuntive*). Se construyen técnicamente con base en una decisión de estimación parcial que "no se limita a analizar el texto de la disposición o disposiciones para extraer la norma inconstitucional, distinguiéndola de las que son conformes a la Constitución, sino que llega, una vez declarada inconstitucional cierta norma positiva o negativa construida mediante la interpretación, a crear una norma, por adición o por sustitución, de significado opuesto a la declarada inválida"[17]. No se busca eliminar la norma impugnada o establecer la interpretación que es conforme a la Constitución, sino que se altera el significado de esa norma a través de la declaración de ilegitimidad de aquello que no

17 Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,1984, p. 52.

está previsto en la ley y que tenía que haberlo sido. Se incorpora, como puede verse, un nuevo elemento al enunciado legal al llevarse a cabo una extensión del contenido normativo del precepto fiscalizado, que pasa a abarcar un supuesto de hecho no contemplado inicialmente. Se introduce, así, una norma distinta a la que es sometida al control; de ahí que también se hable de sentencias *creative di norme sostitutive*[18] (Sandulli, 1967, 51 ss.). Esta incorporación de un nuevo elemento no es obra de la discrecionalidad del juez que monopoliza el control de la inconstitucionalidad, sino que es impuesto por las exigencias de la Ley Básica.

En último lugar podemos citar las sentencias prospectivas, cuyos efectos se dirigen hacia delante en el tiempo. En ciertos casos los tribunales constitucionales ostente (o se arrogan) facultades para modular en el tiempo sus decisiones, tratando, de esta forma, de encontrar una solución más justa que escape de rigideces que obstaculizarían la buena marcha de su proceder jurisprudencial. Su origen está en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano (Sentencia *Linkletter* vs. *Walker*, 381 US 629) con la doctrina de la *prospectivity*.

En fin, estos diversos tipos de sentencias ponen de manifiesto los intentos de la justicia constitucional de encontrar para la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, en el control de normas, a la correlación inconstitucionalidad-nulidad. Se busca una mejor adecuación a esa realidad social a la cual la Constitución está llamada a regir, una adaptación a los nuevos contextos y condiciones con el deseo de asegurar una *living Constitution*. Se trata de una labor jurisprudencial de singular trascendencia en todos los órdenes, cuya marcha atrás ya no parece posible y cuya construcción no deja de ser un paso más en la evolución que los tribunales constitucionales han ido experimentando desde su nacimiento. Las peculiaridades del Derecho Procesal Constitucional posibilitan esta forma de actuar.

IV. CONSECUENCIAS (A MODO DE CONCLUSIÓN): EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Tras lo expuesto parece oportuno extraer ciertas consecuencias que ayuden a cerrar nuestra exposición. El Derecho Procesal Constitucional, científicamente hablando, se integra en la materia denominada justicia o jurisdicción constitucional, materia que, a su vez, conforma un sector del Derecho Constitucional. De esta forma, entendemos que la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional lo sitúa en el Derecho Constitucional antes que en el Derecho Procesal. A pesar de que las reglas que rigen los diversos contenciosos o procesos constitucionales se asientan en el Derecho Procesal general, las especificidades propias de la justicia constitucional son de tal importancia que le otorgan unos presupuestos metodológicos y epistemológicos propios al Derecho Procesal Constitucional. Estas especificidades, más intensas que las existentes en el proceso laboral o en el proceso contencioso administrativo, están, por ejemplo, en la legitimación, en las partes, en los plazos de interposición, en el desarrollo del procedimiento (articulado en torno al principio inquisitivo) o en la relativización del principio de congruencia. Los presupuestos metodológicos y epistemológicos propios impiden considerar a esta rama jurídica como un mero apéndice del Derecho Procesal general.

18 Sandulli, Aldo M. *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè. Milán, 1967, pp. 51 y ss.

En todas estas cuestiones hay que usar una óptica interpretativa específica del Derecho Constitucional al margen del Derecho Procesal general. En efecto, no estamos exclusivamente ante una cuestión académica sino que presenta consecuencias prácticas. Al integrar el Derecho Procesal Constitucional en el Derecho Constitucional lo sometemos a los rasgos específicos de la hermenéutica constitucional, lo que tendrá que ser tenido en cuenta por todo aplicador del Derecho[19].

De todos modos, entiéndasenos bien. El actual estado de la Ciencia Jurídica favorece la interdisciplinariedad y no los análisis estancos, en bloques radicalmente separados. Ello también hay que predicarlo del Derecho Procesal Constitucional, disciplina de primer nivel para el adecuado funcionamiento del proceso democrático, preparada para ser estudiada desde las fronteras del Derecho Constitucional pero igualmente abierta a otros sectores jurídicos que permitan un estudio en profundidad de la misma, tanto teórico como práctico.

19 Sobre interpretación constitucional, en castellano, se puede ver, por ejemplo, a Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985; Alonso García, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Requena López, Tomás. *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*. Granada: Comares, 2001.

La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales: principales aportes de un estudio comparado* **

Elise Carpentier
Maître de conférences. Universidad Paul Cézanne, Aix-Marseille III. Francia.

SUMARIO. I. Los Aportes Correspondientes al Derecho Extranjero. 1.1. La presentación comparada de los procedimientos alemán, italiano y español de resolución de conflictos entre órganos constitucionales. 1.2. El análisis del proceso original como recurso por exceso de poder en materia constitucional. II. Los aportes correspondientes al Derecho francés. 2.1. La identificación de los "actos de gobierno ". 2.2. La justiciabilidad de los " actos de gobierno". III. los aportes correspondientes al Derecho en general. 3.1. La contribución a la teoría jurídica de la separación de poderes. 3.2. La contribución a la teoría de la justicia constitucional

Presentación del artículo:

El presente artículo es un informe de la tesis de doctorado de la autora consagrada a *"La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales"*. Los principales aportes de este estudio comparado son planteados siguiendo una tríada inspirada en la idea de que *el Derecho comparado permite comprender mejor no solamente el Derecho de otros países, sino también el propio Derecho, e inclusive el Derecho en general*. Es así que, por lo que concierne al Derecho extranjero, el trabajo presentado fue la ocasión de ofrecer una presentación analítica realmente comparada del proceso de resolución de controversias entre órganos constitucionales en Alemania, Italia y España, el cual finalmente pudo ser en tanto que *recurso por exceso de poder* en materia constitucional.

* Traducción del francés hecha por Marco Huaco.

** El estudio comparado, cuyos aportes serán revisados aquí, se ha llevado a cabo en el marco de una tesis de doctorado, realizada bajo la dirección del decano Luis Favoreu y defendida en Aix-en-Provence (Francia) el 18 de diciembre de 2004. Dicha tesis fue galardonada con una mención honrosa del Centro Francés de Derecho Comparado, con el premio a la mejor tesis en Derecho Constitucional de la Fundación Varenne, así como con el premio a la mejor tesis en Derecho público de la Universidad de Aix-Marseille III, y finalmente, honrada como publicación (*La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnelles*. Paris: LGDJ, 2006). El informe sobre la misma fue publicado en la *Revue Internationale de Droit Comparé (Revista Internacional de Derecho Comparado)* N.º 4/2007, p. 805.

Tratándose del Derecho francés, el examen de este ignorado proceso ha incitado a proseguir la reflexión sobre el "acto de gobierno", el cual resultó susceptible de recibir una calificación que rindiera buena cuenta de su real naturaleza y, en consecuencia, facilitar la identificación, así como un tratamiento contencioso adaptado a sus características inherentes. Finalmente, en cuanto al Derecho en general, el estudio del contencioso inter-orgánico ha permitido contribuir a las teorías de la separación de poderes y de la justicia constitucional.

"*La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales*" —fórmula elegida para el título del estudio— designa una competencia con la cual el juez constitucional francés no está, a diferencia de numerosos de sus homólogos vecinos, directa ni plenamente investido. De hecho, en Francia, la cuestión de la resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales —cuando no era eludida—, se planteaba por otro lado aún a menudo en términos de posibilidad.

Sin embargo, la constatación de la existencia en el extranjero de un procedimiento especial previsto a este efecto naturalmente llevó a superar la cuestión de la posibilidad de confiar a un juez la misión de resolver los conflictos entre órganos constitucionales —se imponía la afirmativa—, y a situar la problemática sobre el campo del interés, de la oportunidad, así como de la necesidad de tal opción : ¿no debería Francia, a imagen de buen número de sus vecinos, considerar instituir un procedimiento de resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales?

Si bien no estaba libre de dudas la conveniencia de responder a esta pregunta mediante la realización de un examen, por avanzado que fuera, del proceso mencionado, en cambio pareció totalmente apropiado servirse de ello como matriz de una reflexión global sobre la situación francesa. Partiendo de esta idea, un planteamiento en dos tiempos se imponía: primero, se debía abordar un estudio suficientemente profundo del Derecho positivo extranjero relativo a esta matriz, permitiendo identificar precisamente la sustancia y el alcance, con la finalidad de poder; seguidamente, confrontar los conocimientos así adquiridos con la experiencia institucional francesa.

Dado el cariz conferido a la problemática, el estudio no podía ser sino ampliamente comparativo. Importaba, para abordar exactamente el objeto del asunto, el partir del Derecho extranjero, comparado en sí mismo. La elección de los Estados se apoyó de manera principal entonces sobre consideraciones jurídicas (tales como la inserción en los modelos europeos de justicia constitucional y de separación de poderes), a las cuales se añadieron inevitablemente un cierto número de consideraciones prácticas. Sobre todo, importaba retener de manera primordial sólo a aquellos Estados susceptibles de proveer materia prima científica, doctrinal y jurisprudencial que representasen aportes significativos para realizar el estudio. Esta serie de preocupaciones condujeron finalmente a elegir a Italia, Alemania y España, tres Estados en los que la experiencia en materia de resolución jurisdiccional de conflictos entre poderes era de una diversidad desconcertante ya desde un primer abordaje, pero cuya comparación se vendría a revelar grandemente enriquecedora.

Tal como lo subraya el profesor Picard, "el Derecho comparado permite comprender mejor no solamente los otros derechos (para ello bastaría estudiar el Derecho extranjero), sino el propio Derecho y aún el Derecho en general"[1]. De hecho, los

1 PICARD, E. " L'Etat du droit comparé en France en 1999 ". En: *RIDC* 1999, p. 897.

principales aportes de nuestro estudio comparado sobre la resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales provenientes se refieren al mismo Derecho extranjero (I), al Derecho francés (II) y al Derecho en general (III). Se hará el esfuerzo entonces de seguir sustancialmente esta tríada.

I. LOS APORTES CORRESPONDIENTES AL DERECHO EXTRANJERO

Los principales aportes de nuestro trabajo correspondientes al Derecho extranjero son de dos órdenes. En primer lugar, era necesario proceder a una presentación verdaderamente comparada de los procedimientos alemán, italiano y español de resolución de controversias entre órganos constitucionales (1.1)[2]. Esto nos permitiría, en segundo lugar, analizar este proceso original en cuanto recurso por exceso de poder en materia constitucional (1.2).

1.1. La presentación comparada de los procedimientos alemán, italiano y español de resolución de conflictos entre órganos constitucionales

La descripción de los procedimientos de resolución de controversias entre órganos constitucionales era un pasaje obligado para tratar el asunto. Convenía, en efecto, el proporcionar al jurista francés, y al potencial legislador que ella pudiera atraer, una visión no solamente sintética, sino también suficientemente clara y precisa, del proceso matriz de la reflexión, ampliamente ignorado en el *Hexágono* (Francia, *N.T.*). Ahora bien, el descubrimiento del procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales conduce a distinguir tres grandes elementos: los órganos susceptibles de tomar parte en dichos conflictos (los "sujetos") (1), los actos sobre los cuales ellos

2 A este respecto, no sería superfluo subrayar que, para parecer natural dentro de un ejercicio de Derecho extranjero y comparado, esta opción constituye una originalidad de nuestro trabajo. Los estudios realizados en el extranjero sobre el tema proponen, en efecto, generalmente descripciones del procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales, sea en el único orden jurídico en cuyo seno ellas son elaboradas, las referencias al Derecho extranjero siendo empleadas con la más grande parsimonia (Cf. por ejemplo, las obras de Mazziotti, M. *I conflictoti di attribuzione fra i poteri dello Statu*. Milan: Giuffrè, 1972, 2 vol.; Pisaneschi, A. *I conflictoti di attribuzione tra i poteri dello Stato – Presupposti e processo*. Milan: Giuffrè, 1992, y de Bin, R. *L'ultima fortezza – Teoria della Costituzione e conflictoti di attribuzione*. Milan: Giuffrè, 1996), sea en diversos ordenamientos jurídicos sucesivamente, dicho de otra manera Estado después de Estado (Cf. por ejemplo, las obras de Gomez Montoro, A. J. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, colección " estudios constitucionales ", 1992 ; Trujillo Rincon, M. A. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995, et de Garcia Roca, F. J. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Tecnos, 1987). Esta elección no es del todo sorprendente para cualquiera que haga un rápido vistazo a los textos y la jurisprudencia relativos a los conflictos entre órganos constitucionales en distintos Estados que instituyen un recurso especialmente destinado a solucionarlos. No podemos, a primera vista, sino ser afectados por la extrema diversidad que los caracteriza, de modo que podríamos ser llevados a dudar que se trate efectivamente de un mismo y único proceso, o de procedimientos idénticos dentro de su principio. Pero precisamente, se presiente que la revelación de la finalidad última, la utilidad concreta y la naturaleza profunda de este proceso no podía resultar sino del estudio lo más comparativo posible de los derechos extranjeros en la materia.

son susceptibles de darse (los "objetos") (2), y las reglas que rigen los procesos a los que ellos pueden dar lugar (3).

1.1.1. Los sujetos de conflictos entre órganos constitucionales

La exposición de los sujetos del contencioso inter-orgánico suponía considerar sucesivamente la capacidad del Jefe de Estado y de los órganos gubernamentales, de los órganos parlamentarios (incluyendo las cámaras y sus partes integrantes, tales como las comisiones o individualmente los parlamentarios), los órganos jurisdiccionales (ya se trate de jurisdicciones ordinarias o de la jurisdicción constitucional), y finalmente de los órganos llamados "de relevancia constitucional", incluyendo los órganos "auxiliares" (como el Consejo de Estado en el ejercicio de sus funciones no jurisdiccionales o el Consejo Superior de la Magistratura) y los órganos "externos", para tomar parte en la organización horizontal del poder en el Estado (entre los cuales la doctrina extranjera considera habitualmente, de manera particular, el cuerpo electoral, los partidos políticos, así como las colectividades infra-estatales).

Al fin de esta descripción, el observador extranjero no puede sino estar sumergido en un perturbador sentimiento de confusión, al menos abrumado por la variedad de las soluciones adoptadas en cada Estado sobre la materia. En efecto, para no citar sino sólo algunos grandes aspectos de esta diversidad, el círculo de estos sujetos es extremadamente limitado en España; aparece como considerablemente más vasto en Alemania, en donde se incluye también individualmente a los parlamentarios y los partidos políticos; y es prácticamente ilimitado en Italia, donde la principal originalidad del sistema reside en su apertura a las jurisdicciones ordinarias.

Esta confusión, estas divergencias, sin ninguna duda debemos relacionarlas con las manifiestas diferencias entre las disposiciones textuales aplicables, excesivamente precisas en España, mientras que en Italia y en Alemania ellas no tienen en común sino —además de su inspiración— su imprecisión[3]. La determinación de los sujetos que

3 Así pues, en España, el artículo 59.1.c) de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) prevé que "el Tribunal Constitucional conocerá conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución (…) y que opongan (…) Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí". Según el artículo 93-1-1 de la Ley fundamental alemana de 23 de mayo de 1949, el Tribunal constitucional federal se pronuncia "sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo" (se habla de *"organstreit"*). Y el § 63.1 de la ley del 12 de marzo de 1951 relativa a la organización y al funcionamiento del Tribunal (*BVerfGG*) precisa que "solo pueden ser demandante y demandado: el Presidente federal, el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el Gobierno federal así como las fracciones de estos órganos dotados de derechos propios por la Ley fundamental o por los Reglamentos internos del *Bundestag* y el *Bundesrat*". En Italia, finalmente, el artículo 134-2 de la Constitución del 22 de diciembre de 1947, haciendo referencia a "conflictos de atribución entre poderes del Estado", es completado por el artículo 37-1 de la ley N.º 87 del 11 de marzo de 1953, relativa a la constitución y funcionamiento del Tribunal Constitucional, según el cual "el conflicto entre poderes del Estado se lleva ante el Tribunal Constitucional cuando

tienen calidad para actuar en los procedimientos alemán e italiano ha sido ampliamente pretoriana, y los jueces constitucionales, procediendo generalmente caso por caso, se han manifestado faltos de experiencia en la materia susceptible de constituir un referente fiable y además —lo que no deja de tener vinculación— carentes de una idea precisa en cuanto a la finalidad de la institución de la que les corresponde trabajar el acceso.

1.1.2. Los objetos de los conflictos entre órganos constitucionales

La presentación de los objetos de los procedimientos alemán, italiano y español de resolución de controversias inter-orgánicas suponía examinar, en primer lugar, el origen del conflicto. Al respecto, una fuerte convergencia se deduce del estudio del Derecho en vigor en los tres Estados examinados. Primero, el litigio puede siempre encontrar su fuente tanto en un acto como en un hecho jurídico. Incluso, una simple omisión puede ser teóricamente una fuente de conflicto. Luego, siempre es necesario que este acto o hecho haya causado potencialmente una lesión en las competencias del demandante, quedando entendido que dicha afectación podría proceder bien de una grosera invasión de competencias por parte del demandado (un juez que se hiciera legislador, por ejemplo), bien de una simple interferencia, cuando el demandado no sale de su esfera de competencias pero las ha ejercido de tal manera que ha interferido en las atribuciones del demandante (un ministro que opone el *secret-défense* (el "altamente secreto", o "*top secret", N.T.*), por ejemplo, o un *Bureau* de Asamblea que reconozca la inmunidad a uno de sus miembros). Finalmente, el demandante siempre debe estar en condiciones de prevalerse de un interés actual y directo en recurrir, exigencia que no obstante apareció impresa de una cierta plasticidad.

En segundo lugar, nos debíamos interesar en la configuración normativa del conflicto, es decir en las normas que pueden ser invocadas por las partes en conflicto y sobre las cuales el juez constitucional es susceptible de apoyarse para basar su decisión. Sobre este punto, los Derechos positivos alemán, italiano y español se mostraron menos homogéneos, no tanto tratándose del contenido y de la forma de esas normas (las que incluyen generalmente, además de las normas atributivas de competencia, las reglas relativas al estatuto de los órganos que podrían ser no escritas) cuanto de su rango (de manera particular, la ley ordinaria es excluida de los parámetros de referencia del contencioso inter-orgánico español).

En último lugar, fue necesario elaborar una tipología de los conflictos que retenga, en razón de sus objetos, la atención de la doctrina extranjera. Esta fue la ocasión para tratar la delicada cuestión de la admisibilidad de los conflictos suscitados en torno a leyes (los llamados conflictos *" sub specie legis"*), eludida por el Tribunal Constitucional español, que fuera resuelta positivamente desde los orígenes del contencioso en Alemania y que diera lugar a una jurisprudencia evolutiva y crecientemente comprehensiva en Italia.

Como resultado de esta presentación, que permitió puntualizar textos aún relativamente oscuros[4], el "criterio objetivo" del contencioso de la resolución de conflictos entre

surge entre órganos competentes para declarar definitivamente la voluntad del poder al cual pertenecen (…)".

4 La Ley fundamental alemana se refiere a las "controversias sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano" (artículo 93-1-1) y el primer párrafo del § 64 de la ley de 1951 sobre el Tribunal Constitucional precisa que la demanda no es

órganos constitucionales apareció impresa de poca especificidad, pero no desprovista de toda consistencia: de una parte, un órgano puede emprender la defensa de una de sus competencias por esta vía solamente si la norma que la establecía puede ser relacionada con la Constitución, y más precisamente a una atribución específica dada por su calidad de órgano constitucional; de otra parte, debe poder necesariamente prevalerse de un interés de acción en justicia. Es la razón por la que la "condición objetiva" del conflicto entre órganos constitucionales ha podido finalmente ser definida como la posibilidad abstracta de una lesión de una relación constitucional institucional, dicho de otro modo, de una relación entre órganos constitucionales.

1.1.3. El proceso de resolución de conflictos entre órganos constitucionales

La descripción del contencioso inter-orgánico es acabada por aquella del proceso mismo, la utilización del término "proceso" estando justificado por la naturaleza no solamente objetiva sino igualmente subjetiva de este contencioso y la existencia, cada vez menos rebatible, de un verdadero Derecho procesal aplicable[5].

Al respecto, aparece que el compromiso del proceso no se supedita a las mismas exigencias en los diferentes Estados examinados. Así, por ejemplo, la reglamentación española presenta la particularidad de exigir una decisión previa, permitiendo vincular el contencioso y, cuando proceda, de encontrar una solución consensual y extra-jurisdiccional a la controversia. En Italia, las demandas dan lugar sistemáticamente a un juicio preliminar de admisibilidad. Además de desempeñar un papel de "habitación de enfriamiento" de los conflictos, este filtro presenta la ventaja de autorizar una pre selección de los recursos, con miras a aliviar al Tribunal y a preservar la especificidad de la institución del conflicto, así como a permitir una buena instauración del contradictorio antes de la decisión sobre el fondo de la controversia.

admisible sino en la medida que "el demandante alegue que sus derechos y obligaciones constitucionales, o los del órgano al cual pertenece, han sido violados o están amenazados de manera inmediata por una medida o una omisión del demandado". En Italia, el artículo 37, para. 1, de la ley N.º 87 del 11 de marzo de 1953, referente a normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional, encarga a ésta el delimitar "la esfera de competencias determinada para los distintos poderes por las normas constitucionales". Según el artículo 38, el Tribunal soluciona el conflicto sujeto a su examen "declarando el poder al cual pertenecen las atribuciones en debate y, en el supuesto de que exista un acto viciado de incompetencia, lo anula". En España, finalmente, el artículo 73 LOTC prevé que "cuando uno de los órganos constitucionales a los cuales se refiere el artículo 59.3 (59.1.c)) de esta ley, con el acuerdo de su Pleno, considera que otro de dichos órganos adopta decisiones que asumen atribuciones que la Constitución o las leyes orgánica confieren al primero, éste lo hará saber en el plazo de un mes que sigue a la fecha en la cual tuvo conocimiento de la decisión de la que resultó la asunción indebida de las atribuciones (…)".

5 Aparte de algunas disposiciones específicas, los procesos de resolución de conflictos entre órganos constitucionales se desarrollan a menudo según normas procesales generales que regulan el conjunto de los procesos abiertos ante el juez constitucional, si procede el caso precisadas por la jurisprudencia, de modo que, aunque la densidad de la reglamentación no sea la misma en cada uno de los Estados examinados, existe siempre un mínimo de normas —cualquiera que sea su origen— que se imponen al juez y a las partes a la instancia.

El desarrollo del proceso, en cambio, obedece a normas muy parecidas de un Estado a otro, las facultades ofrecidas a las partes e intervinientes, los poderes del juez — en la instrucción, en particular—, y las modalidades según las cuales se toman en cuenta los incidentes de procedimiento son bastante similares.

En cuanto a las decisiones que las jurisdicciones constitucionales pueden emitir como resultado del proceso, éstas tienen un contenido y efectos variables según cada ordenamiento jurídico considerado. Ciertamente, la declaración sobre las atribuciones controvertidas es un constante. Pero mientras que el Tribunal Constitucional Federal alemán hace figura de excepción no disponiendo del poder de anular el acto objeto del conflicto, la reglamentación española presenta la originalidad de reconocer al Tribunal Constitucional la facultad de pronunciarse sobre las situaciones jurídicas resultantes del acto viciado.

Finalmente, el juez constitucional italiano no dispone, a diferencia de sus homólogos alemán y español, de poderes que le permitan garantizar la ejecución de sus decisiones.

Como resultado de esta serie de desarrollos, forzoso es destacar que más allá de algunas diferencias innegables entre las reglamentaciones alemana, italiana y española del proceso estudiado, aparecen importantes elementos de convergencia, como la competencia sistemática del juez constitucional, o también la fisonomía general de este "proceso hecho a un acto" (*"procès fait à un acte"*, proceso hecho por alguien contra un acto y no contra otra persona, N.T.), que no deja de recordarnos una institución bien conocida en Derecho público francés.

1.2. El análisis del proceso original como recurso por exceso de poder en materia constitucional

Una vez acabada esta presentación de los procedimientos de resolución de conflictos entre órganos constitucionales, convenía intentar poner en luz toda la especificidad y, aún aquí, su naturaleza profunda. Ahora bien, precisamente, la segunda contribución de nuestro trabajo relativo al Derecho extranjero residió en el análisis de este proceso original como recurso por exceso de poder (REP) en materia constitucional, la aparente o actual heterogeneidad de los sistemas alemán, italiano y español no consiguiendo encubrir completamente su profunda unidad.

Decir que se trata de un recurso por exceso de poder en materia constitucional implicaba sin embargo tomar algunas precauciones. En primer lugar, la "materia constitucional" debe ser entendida en su sentido más estricto, de materia institucional. Luego, no se trataba de decir que eran dos instituciones idénticas en todos los puntos, es decir que los procedimientos extranjeros descritos permiten al extranjero el paliar la ausencia de recurso por exceso de poder y que, recíprocamente, la presencia de este recurso en Francia constituye un sucedáneo de un proceso especialmente dedicado a la resolución de las controversias inter-orgánicas. Aunque responden a aspiraciones comparables de control de los órganos del Estado, no es menos cierto que estos recursos son sustancialmente diferentes en la medida que tienen vocación a jugar a niveles distintos de ejercicio del poder público: mientras que el REP francés sólo se refiere a

los actos administrativos, los procedimientos de resolución de conflictos entre órganos constitucionales sólo permiten, en principio, juzgar los actos constitucionales[6].

El objeto de nuestro propósito, en realidad, era doble. Se trataba, en primer lugar, de dar un referente al lector francés ya que, entre lo que le es familiar, es al recurso por exceso de poder al que a fin de cuentas se parece más el contencioso inter-orgánico. A este respecto, el carácter bastante general del proceso examinado es un elemento esencial. Se trata, en efecto, de un proceso ampliamente objetivo —aunque no desprovisto de elementos de subjetividad— que presenta una notable complementariedad con relación a los otros procedimientos de control de las autoridades públicas constitucionales existentes en los distintos ordenamientos jurídicos estudiados[7]. Bien lejos de superponerse a éstos, les acompaña provechosamente y tiende, por la amplitud de su objeto, a colmar algunas lagunas, que sean de carácter estructural o coyuntural, de modo que numerosos han sido los autores en advertir un mecanismo de cierre del sistema de justicia constitucional. Otros argumentos han podido ser mencionados con el fin de consolidar el análisis del contencioso inter-orgánico como REP constitucional. Se piensa en particular, en la exigencia, en España, de una decisión previa dictada sobre una clase de recurso gracioso previo obligatorio, en el carácter a la vez contradictorio y relativamente inquisitorio del procedimiento, o también en los criterios que determinan la admisibilidad de la demanda[8]. Pero no es tanto a vista de estos elementos "estáticos"

6 Sobre este punto, cfr. *infra*, 2.1.

7 Tratándose, para empezar, de las relaciones entre el contencioso inter-orgánico y los procedimientos, típicamente extranjeros, de protección constitucional directa de los derechos y libertades fundamentales (como el recurso de amparo) por una parte, y de resolución de los conflictos resultantes de la división vertical de los poderes por otra, ellas resultaron bastante distantes. Aunque fundamentalmente de la misma naturaleza, los segundos se despliegan a nivel institucional distinto de aquellas, y los puntos de encuentro que de hecho aparecen, desaparecen en el plano de análisis estrictamente contencioso. En cuanto a los primeros, a pesar de algunos puntos en común, tienen manifiestamente una vocación de garantía del Derecho Constitucional sustancial distinta de la esencialmente institucional del contencioso inter-orgánico. Las intersecciones aparecieron en cambio mucho más importantes, superando la simple relación de incidencia, con los procedimientos de control de constitucionalidad de las normas. Permitiendo a veces disipar controversias entre órganos, éstas son ampliamente duplicadas y completadas por el procedimiento matriz de la reflexión, que aumenta de manera no desdeñable las potencialidades de control de las normas en cada uno de los Estados examinados. Respecto a las vías de compromiso de la responsabilidad de los órganos constitucionales y de sus titulares, fue posible percibir que la existencia de un procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales tiene como naturaleza, no suplir, sino evitar así como permitir la sanción del mal uso que podría hacerse. Tratándose, para terminar, de los procedimientos de tratamiento de los conflictos "de jurisdicción", el conocimiento del contencioso de resolución de conflictos entre órganos constitucionales volvió patente la necesidad de repensar esta vieja institución.

8 A eso se añade el hecho de que se trata para el juez, en todas las hipótesis, de pronunciarse sobre la conformidad de la actividad de los órganos estatales con las normas que supuestamente deben respetar, las cuales eventualmente no son escritas y no son le revelan al juez sino a partir del espíritu general del sistema constitucional. Por fin, el juez dispone generalmente —fuera del caso de Alemania— del poder de

que el procedimiento examinado merecía calificarse de REP constitucional en potencia, sino debido a la dinámica particular en la cual parece inscribirse.

En segundo lugar, en efecto, parecía pertinente mostrar cómo es que la evolución que sigue el contencioso inter-orgánico en el extranjero —especialmente en Italia— nos recuerda aquella que conoció el recurso por exceso de poder administrativo en Francia para convertirse en lo que es hoy. De manera general, se debe decir que las jurisdicciones constitucionales extranjeras debieron y pudieron, sobre la base de disposiciones textuales a menudo ambiguas o incompletas, desempeñar un papel considerable en la configuración del contencioso de la resolución de conflictos entre órganos constitucionales. Ahora bien, la política jurisprudencial adoptada en esta obra creativa consistió en una ampliación progresiva de los accesos al contencioso inter-orgánico, al cual a veces se añadió una extensión del control efectuado por el juez sobre el fondo. Así se asistió, en primer lugar, a una flexibilización de las condiciones de admisibilidad de los recursos, especialmente sensible tratándose de la condición relativa al interés de actuar del demandante y entonces al abandono progresivo por el Tribunal Constitucional italiano de la condición relativa a la ausencia de recurso paralelo en materia de conflictos *sub specie legis*. Por otra parte, fue posible constatar un aumento de los casos de apertura, la progresiva aceptación de las jurisdicciones constitucionales de sancionar, además de la incompetencia en sentido estricto del autor del acto, el mal uso por éste de un poder que le pertenece. Finalmente —y vinculado a ello—, en una profundización del control jurisdiccional que le asiste, el paso reciente del Tribunal de Roma, (en el contexto relativo a las inmunidades parlamentarias, de efectuar un control limitado) es decir del error manifiesto de apreciación de la calificación jurídica de los hechos, a un control "normal"[9].

Esta dinámica es indudablemente reveladora de importantes potencialidades. De otro lado, las virtualidades hoy desarrolladas por el proceso examinado,al no tener exactamente aquellas previstas por sus instigadores, hubo que preguntarse sobre el punto de saber si nuestro recurso por exceso de poder constitucional *en potencia* no sería, en ciertos aspectos, un recurso por exceso de poder constitucional *impotente*. En definitiva, no obstante, resultó que los límites que él comporta no son otros que aquellos que afectan, más generalmente, al poder de jurisdicción constitucional[10].

anular el acto controvertido y no puede, nunca, reformarlo o condenar pecuniariamente a su autor.

9 No es evidente, por lo demás, que esta extensión del control tenga vocación para realizarse en todas las ramas del contencioso inter-orgánico. A diferencia, en efecto, de lo que puede decirse del contencioso por exceso de poder administrativo, el pleno control de la calificación jurídica de los hechos no parece, dada la tasa de discrecionalidad naturalmente más elevada en el jefe de los órganos constitucionales que en el de las autoridades administrativas, tan "normal" en los procedimientos de resolución de los conflictos entre órganos constitucionales. Tal es la razón por la cual nos pareció necesario entrecomillar el calificativo "normal", significando que lo normal, es decir el principio, en el contencioso que nos ocupa, debería permanecer siendo aquél del control restringido. Sin embargo, dado que los hechos susceptibles de justificar una medida se determinan jurídicamente, no hay nada de chocante —al contrario— en que el juez habilitado a controlarlo pueda proceder a un examen a la altura de la reglamentación.

10 Sobre este punto, cf. *infra*, 3.2.2.

II. LOS APORTES CORRESPONDIENTES AL DERECHO FRANCÉS

Más allá del Derecho extranjero, es el propio Derecho francés al que ha aportado el estudio la resolución jurisdiccional de los conflictos entre órganos constitucionales, permitiendo proseguir la reflexión sobre ese espectro, tan imperceptible para la doctrina como para el juez, que constituye el "acto de Gobierno". A medida que las investigaciones y reflexiones progresaban, en efecto, el "acto de Gobierno" resultó susceptible de recibir, no sólo una calificación que rindiera buena cuenta de su verdadera naturaleza y susceptible de facilitar su identificación (2.1), sino también un tratamiento contencioso adaptado a sus características intrínsecas (2.2).

2.1. La identificación de los "actos de gobierno"

Es evidente que la dificultad de identificar los "actos de Gobierno", generalmente presentados como reacios a toda definición, no está desligada de los debates relativos a su calificación. Al respecto, si es cierto que el recurso al concepto de "actos no justiciables" ha constituido un progreso, este último no obstante no era todavía plenamente satisfactorio, ya que puede ser fuente de confusión entre la naturaleza del "acto de Gobierno" y su régimen, mientras que aquélla es inmutable, éste es indudablemente contingente. Y, precisamente, ella se integra mal en la perspectiva comparatista, de la que resulta —como se verá— que el "acto de Gobierno" no es absolutamente no justiciable. Por lo tanto, pareció conveniente recalificar el "acto de Gobierno", por una parte teniendo en cuenta aquello que no tiene su especificidad del órgano del que emana y, por otra parte, reteniendo una fórmula que dé cuenta más de su naturaleza profunda que de las características actuales de su régimen contencioso. Ahora bien, esta doble preocupación podía perfectamente estar satisfecha recurriendo al concepto de "acto constitucional institucional", opción que justificaría tanto la misma definición (1) como el régimen contencioso (2) del acto constitucional institucional.

2.1.1. La definición del acto constitucional institucional

Respecto al acto constitucional institucional, siendo especie del género de los "actos constitucionales", convendría, antes de presentar los diferentes tipos de actos que reagrupa esta categoría genérica (b), comenzar por precisar lo que es un " acto constitucional " (a).

a. La noción de "acto constitucional" nació en la doctrina extranjera. Ella designa los actos adoptados por los órganos constitucionales en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales específicas. El autor del acto constitucional es pues necesariamente un órgano constitucional, es decir, una entidad dotada con una atribución constitucional que le permite ejercer, en nombre y por cuenta del Estado, la soberanía. En cuanto a la "atribución constitucional", no designa necesariamente un poder que es dado por la Constitución en sí, como una lectura "formalista" de la expresión podría sugerir. El adjetivo "constitucional" debe entenderse en un sentido material, como calificativo de un atributo de naturaleza constitucional. A la inversa, toda atribución constitucional no hace necesariamente de su titular un órgano constitucional. Faltaría aún que dicha

atribución fuera "específica", es decir que presente una determinada cualidad: permitir el ejercicio de la soberanía[11].

Concretamente, y sin obviamente pretender la exhaustividad, la categoría de los actos constitucionales engloba a los Reglamentos de las Asambleas, las leyes cualesquiera que sean desde que entran en vigor posteriormente a la Constitución, la presentación o la adopción de una moción de censura, los actos legislativos adoptados por los órganos gubernamentales, los decretos de promulgación, de disolución, de nombramiento de los miembros del Gobierno (y más generalmente las medidas de nombramiento adoptadas en virtud de la Constitución), los actos adoptados en el ejercicio del poder jurisdiccional, la decisión de ratificar o de aprobar un compromiso internacional, la decisión de reconocer o no a un parlamentario la inmunidad de jurisdicción, la decisión de oponer el *secret-défense*, la decisión de iniciar el procedimiento de ilegalización, así como la de iniciar el "procedimiento de impedimento" de Presidente de la República, etc[12].

b. Precisado esto, resultó posible, y necesario, operar una distinción dentro de los actos constitucionales, en función de su(s) destinatario(s), o de su alcance, esencialmente individual o institucional. Así pues, los actos constitucionales cuyos primeros destinatarios son individuos pueden calificarse de "actos constitucionales individuales", mientras que los que van dirigidos esencialmente a los órganos constitucionales pueden denominarse "actos constitucionales institucionales". Mientras que los primeros (como los nombramientos, por el Jefe del Estado o el Primer Ministro, para puestos civiles y militares, cuyos destinatarios no deben asumir ninguna función constitucional específica) pueden interferir directamente en los derechos e intereses subjetivos de las personas, los segundos (como un decreto de disolución o la presentación de un proyecto de ley) no pueden en principio afectar directamente a los derechos y libertades de los individuos.

Queda claro que la calificación de un acto como acto constitucional, y *a fortiori* su caracterización como acto constitucional institucional o individual, puede en algunos casos resultar delicada y no se podría excluir absolutamente todo margen de apreciación en favor de quien deba proceder a él[13]. A este respecto, el primer implicado debería ser

11 La doctrina extranjera que se interesó por los conflictos entre órganos constitucionales considera generalmente que una atribución sólo cumple esta condición si es susceptible de ser ejercida de manera autónoma e independiente; que debe ser imposible identificar una relación jerárquica en el ejercicio de esta competencia y, por lo tanto, que para ser calificado de órgano constitucional, el órgano no debe sufrir, en la aplicación de sus atribuciones, ninguna injerencia por parte de otros órganos. Ahora bien, siendo la soberanía la negación de todo obstáculo o subordinación, el carácter supremo de un poder plenamente independiente, que excluye todo obstáculo o limitación, no es inconsecuente sostener que la atribución constitucional específica apta para caracterizar un órgano constitucional es aquella cuyo ejercicio traduce la aplicación de la soberanía

12 En cambio, las decisiones tomadas en el ejercicio del poder reglamentario de ejecución de las leyes, aunque éste sea previsto por la Constitución, no constituyen actos constitucionales. Estando siempre subordinadas a la ley, no podrían considerarse como constituyendo el ejercicio de la soberanía.

13 Eso se debe en primer lugar a la dificultad que puede haber para definir las atribuciones materialmente constitucionales y, asimismo, los órganos constitucionales (siendo

el juez, puesto que es en el contencioso que la distinción operada en los actos constitucionales revela su alcance.

2.1.2. El régimen contencioso del acto constitucional institucional

Mientras que la norma general querría que solamente el juez constitucional pudiera conocer los actos constitucionales (a), una excepción ha debido ser acondicionada respecto a los actos constitucionales individuales (b). Tratándose de los actos constitucionales institucionales, en cambio, el principio no podría sufrir ninguna excepción (c).

a. En tanto actos del poder público, el acto constitucional y el acto administrativo se parecen. No obstante, no deben ser confundidos. Los actos administrativos proceden generalmente de autoridades administrativas y, en todo caso, se producen en el ejercicio de un poder administrativo, sujeto a la ley. A fin de distinguirlos bien de los actos constitucionales, es posible decir que éstos se adoptan en el ejercicio de prerrogativas (materialmente) constitucionales, o supremas, de poder público, mientras que aquéllos resultan de la aplicación de prerrogativas administrativas de poder público.

   Ahora bien, si el juez administrativo es el juez natural de la administración y sus actos, no puede conocer de los actos constitucionales. Los autores extranjeros que los definen concuerdan por otra parte en considerar que respecto a ellos, el juez constitucional es exclusivamente competente. Y si este principio nunca ha sido formulado tan explícitamente por las jurisdicciones ordinarias extranjeras y francesas, su jurisprudencia en materia de actos parlamentarios o actos de Gobierno parece bien impregnada de la idea según la cual los actos adoptados por los órganos constitucionales en el ejercicio de sus prerrogativas constitucionales presentan una naturaleza particular, justificando que ellos sean sustraídos de su competencia, para no depender sino del juez constitucional[14].

---

evidente que el Jefe del Estado o el Parlamento son órganos constitucionales, puede ser más delicado pronunciarse tratándose de los Ministros o parlamentarios individualmente considerados). En segundo lugar, el problema puede proceder de la dificultad de disociar bien el órgano, o su responsabilidad, de la persona que lo personifica (el *organträger* de la dogmática alemana). Si esta disociación se opera más fácilmente tratándose de órganos colegiales o de aquellos a los cuales corresponden las funciones constitucionales "más importantes", puede resultar diferente en otras hipótesis (la decisión por la cual el *Bureau* de una Cámara se niega a conceder la inmunidad de jurisdicción a un parlamentario, ¿debe ella misma considerarse como un acto constitucional institucional o individual?, ¿y el decreto de gracia?).

14 Antes de preguntarse respecto a la posibilidad, en algunas hipótesis, de derogar al principio de incompetencia de los jueces ordinarios para conocer actos constitucionales, conviene hacer tres observaciones. La primera es que la especificidad del régimen contencioso de los actos constitucionales se extiende a los actos que, aunque no constituyendo directamente la aplicación de un poder constitucional, son indisociables en tanto constituyen, si se puede decir, los "accesorios indispensables". La segunda se refiere al carácter a veces engañoso del "criterio" que podría extraerse del rango de los parámetros de referencia aplicables a la actividad litigiosa. Los parámetros de juzgamiento, y al mismo tiempo los vicios alegados, pueden eventualmente constituir un índice para determinar el juez competente para el juzgamiento de tal o cual acto, pero no deberían en principio, bajo reserva de lo que se dirá cuando se mencionen

b. El principio —del cual se puede presumir el valor constitucional— de la no justiciabilidad de los actos constitucionales por los jueces ordinarios puesto bajo examen, las exigencias constitucionales y convencionales de protección de los derechos y libertades fundamentales, consideradas respecto a las características de la organización jurisdiccional francesa, implicaban relativizar su alcance. El riesgo a poner bajo consideración era el de la denegación de justicia, es decir, el incumplimiento del Estado a su deber de protección jurisdiccional del individuo, en el entendido de que el alcance de este deber está definido por lo que el Derecho le impone al juez. Ahora bien, mientras que la garantía del derecho al recurso pertenece, no exclusivamente, sino inevitablemente a las jurisdicciones ordinarias, el carácter estrecho del esquema de competencias en el cual está encerrado el Consejo Constitucional le impide conocer un número no desdeñable de actos constitucionales[15]. Siendo real el riesgo de denegación de justicia tratándose de actos constitucionales individuales, parece razonable admitir que mientras el Consejo Constitucional no pueda conocerlos, los jueces ordinarios pueden hacerlo[16].

c. Frente a los actos constitucionales institucionales, en cambio, el juez ordinario debe sistemáticamente declinar su competencia. Además que estos actos no implican en principio ningún atentado a los derechos y libertades fundamentales de los individuos, la exclusividad de la competencia del juez constitucional es, respecto a ellos, doblemente fundada.

La primera justificación es común al conjunto de los actos constitucionales. Ella se conecta a los principios generales que presiden la organización constitucional del poder en todo Estado de Derecho; más concretamente a las exigencias inherentes a la separación de poderes y a la posición específica del juez constitucional dentro de dicha

los conflictos constitucionales, ser decisivos. La tercera observación tiene por objeto precisar que la incompetencia de las jurisdicciones administrativas respecto a los actos constitucionales no se limita a los órganos constitucionales "más importantes". Cubre todos aquellos que se relacionan al ejercicio de sus atribuciones constitucionales específicas por un órgano, cualquiera que sea (Consejo superior de la magistratura, Consejo económico y social, Ministros en algunos casos, etc). El principio no encuentra pues ninguna restricción "orgánica". El único límite que puede asignársele es de orden material.

15 En primer lugar, Francia no dispone de un procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales, especialmente adaptado al juicio de los actos constitucionales institucionales. Pero esto no sería aún lo más grave, en la medida en que éstos no pueden en principio interferir directamente en los derechos y libertades de los individuos. Luego, y sobre todo, no existe en Francia una vía de recurso directo que permita a los individuos acudir al juez constitucional para obtener la protección de sus derechos fundamentales (del tipo recurso de amparo español o el recurso directo alemán). Ahora bien, tal parece ser la vía ideal para obtener el juzgamiento de actos constitucionales individuales. Los mecanismos de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad se prestan también, pero como es sabido, el proyecto emprendido en este sentido a principios de los años noventa nunca tuvo éxito.

16 Algunas sentencias del Consejo de Estado pueden por otra parte analizarse como habiendo aplicado esta excepción, aunque el reconocimiento por el juez administrativo de su competencia respecto a los actos constitucionales individuales pasa a menudo por una operación de descalificación del acto.

organización. La segunda razón del monopolio de competencia en favor del juez constitucional para juzgar los actos constitucionales es más específica y sólo se refiere a los que de entre ellos puedan calificarse como "institucionales". Ella procede de la constatación que cuando un acto semejante se encuentra en el corazón de una controversia, lo que se pide al juez no se limita al juzgamiento de un acto constitucional, sino que se extiende a la resolución de un conflicto constitucional, es decir de una controversia entre sujetos titulares de funciones constitucionales y respecto a la interpretación o la aplicación de la Constitución, quedando entendido que el término "Constitución" debe aquí comprenderse en su sentido más estricto, como norma que establece la separación de poderes, es decir, que distribuye las funciones constitucionales permitiendo la realización de la soberanía. Ahora bien, esta consustancialidad del conflicto constitucional que puede ser considerada como el corazón, o la esencia de la Constitución, implica que solamente el juez constitucional la pueda conocer[17].

Si ella no siempre ha sido presentada de esta forma y de hecho, nunca explícitamente, la especificidad del régimen contencioso debiendo haber sido reservada a los actos constitucionales institucionales, potencialmente al centro de los conflictos constitucionales, aparece sutilmente en la doctrina y la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinarias francesas relativas a los "actos no justiciables". Mientras que los autores admiten generalmente que son las relaciones de carácter constitucional entre autoridades públicas, y no solamente las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, las que están incluidas en la categoría de los actos de Gobierno, los jueces declinan hoy su competencia para juzgar los litigios relativos, no solamente a los informes del poder ejecutivo con el Parlamento, sino también a las relaciones entre las autoridades públicas constitucionales, los cuales escapan por allí incluso a su jurisdicción.

El conocimiento del contencioso inter-orgánico presenta pues la ventaja de ofrecer los instrumentos de definición del "acto de Gobierno". Puede ser calificado de acto constitucional institucional, objeto potencial de conflicto constitucional, es decir, de una controversia cuestionando la separación de poderes, entendida como la distribución de atribuciones constitucionales entre los órganos constitucionales. Y eso no es todo. El conocimiento del proceso examinado ha igualmente revelado cómo y en qué medida los "actos de Gobierno" podrían dar lugar a un control jurisdiccional.

2.2. La justiciabilidad de los "actos de gobierno"

La tradición francesa de los actos de Gobierno prácticamente desapareció en Alemania, en Italia y, aunque en menor medida, también en España. Esto no deja claramente de tener vinculación con la existencia, en cada uno de estos Estados, de un

17 Conviene precisar, por otra parte, que si los conflictos constitucionales se refieren en principio a la interpretación o aplicación de las disposiciones constitucionales fundamentales que organizan, horizontal y verticalmente, el ejercicio del poder del Estado, no se excluye absolutamente que se establezcan en torno a la aplicación o el interpretación de disposiciones infra constitucionales. El juez ordinario no es más competente en ese caso. En cuanto los parámetros de referencia aplicables a un conflicto institucional encuentran su anclaje en una disposición de la Constitución formal relativa a la organización del poder, o pueden observarse como participando del Derecho Constitucional material, el litigio concierne a la categoría de los conflictos constitucionales, y su resolución no puede resultar sino de la competencia de la jurisdicción constitucional.

procedimiento de resolución jurisdiccional de litigios entre órganos constitucionales. En efecto, en el momento que la función en el ejercicio de la cual es tomado el acto objeto del conflicto no presenta ninguna especie de importancia respecto a la calificación del litigio en tanto que conflicto entre órganos constitucionales, el proceso analizado podría ciertamente constituir el medio adecuado para garantizar la regularidad jurídica de toda una serie de actos actualmente no justiciables en Francia.

Si parecía ser con toda seguridad fastidioso, y probablemente inútil, el elaborar una lista exhaustiva de estos actos, en cambio pareció muy conveniente mostrar, siguiendo una clasificación basada en un criterio orgánico y recurriendo a algunos ejemplos significativos, buen número de ellos que han podido, en el extranjero, gracias al procedimiento de resolución de los litigios entre órganos, ser objeto de un control jurisdiccional.

Tratándose en primer lugar de los actos del Jefe del Estado actualmente no justiciables en Francia, es necesario reconocer que numerosos de ellos han podido —en el extranjero— o podrían integrar el contencioso inter-orgánico, sea que se trate de decisiones suyas que tienen una incidencia sobre "la vida" de los otros órganos constitucionales (como aquellas relativas a la composición del Gobierno, como lo prueba la jurisprudencia italiana, o aquellas tomadas en el ejercicio del derecho de disolución, como fue el caso en Alemania), o de sus intervenciones en procesos de elaboración de normas internas (como la negativa a firmar una resolución, el decreto de promulgación de una ley, o la decisión de revisar la Constitución que pasa por el artículo 11 de la Constitución), o también de sus decisiones tomadas en calidad de Jefe de las fuerzas armadas (como las decisiones de enviar fuerzas militares francesas al extranjero o de reanudar, antes de la negociación de un compromiso internacional, una serie de pruebas nucleares).

La misma observación ha podido hacerse, en segundo lugar, acerca de los actos de los órganos gubernamentales. Aún allí, un procedimiento de resolución de los litigios entre órganos permitiría someter a un juez un gran número de actos momentáneamente no justiciables en Francia. Pensamos, en particular, en las iniciativas gubernamentales dentro del proceso de elaboración de leyes (decisiones fijando sus posiciones en la agenda de debate; decisiones de declarar, o no, la urgencia ante el Parlamento de la aprobación de un proyecto de ley), así como en las decisiones ministeriales de oposición del *secret-défense*, sobradamente susceptibles de obstaculizar el ejercicio de sus misiones por los jueces o las comisiones parlamentarias de investigación.

Por otra parte, y en tercer lugar, si bien la esfera de no justiciabilidad de los actos de los órganos parlamentarios se encontró considerablemente reducida bajo la Quinta República, ello no logró que un cierto número de decisiones de estos órganos dejen de ser no susceptibles de ser sometidos a un juez. Ahora bien, tal como lo destaca generalmente la doctrina extranjera, como expresión de las funciones constitucionalmente confiadas a las Cámaras o a los órganos en los cuales ellas se articulan, todo tipo de acto procedente del Parlamento debe poder constituir el objeto del conflicto de atribuciones. Esta afirmación se refiere tanto a los actos que tienen un alcance externo al Parlamento (como las medidas parlamentarias que se producen en el proceso de elaboración de las leyes, los actos parlamentarios de control del Gobierno o las decisiones de denegación de levantar la inmunidad de un parlamentario) como a aquellos cuyo alcance no excede la esfera parlamentaria (como las medidas disciplinarias y de policía adoptadas contra los parlamentarios o aún los actos que obstaculizan sus derechos de iniciativa, de expresión, de información y de representación, o de participación en las comisiones).

En cuarto lugar, finalmente, apareció que —en el examen del Derecho italiano, en particular— la instauración del proceso examinado permitiría también controlar algunos actos de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Ciertamente, su no justiciabilidad está en Francia tradicionalmente mucho menos desprestigiada que constatada, pero algunas voces comienzan a elevarse hoy en favor de tal control. Concretamente, un procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales permitiría comprobar la "constitucionalidad institucional" de algunos de dichos actos. Se piensa por ejemplo en las sentencias del Tribunal de Casación pronunciándose sobre la responsabilidad de los parlamentarios en desconocimiento del artículo 26, al. 1, de la Constitución; en aquellos actos por los cuales las jurisdicciones ordinarias supremas se arrogan un poder normativo que el constituyente no se propuso reconocerles; y también aquellos que usurparían las competencias del Alto Tribunal de Justicia y del Tribunal de Justicia de la República.

Muchas otras decisiones de los órganos constitucionales franceses actualmente no justiciables, a imagen de los actos de Gobierno, podían haber sido mencionadas. Sin embargo, los ejemplos citados serían sin duda suficientes para comprender que el Consejo Constitucional podría perfectamente conocer si él está investido de una competencia general para zanjar los conflictos entre órganos constitucionales. El interés de un control semejante, es evidente en cuanto estas decisiones no son completamente discrecionales sobre el fondo, o incluso simplemente formalmente condicionadas, y que ellas sonde naturaleza que pueden afectar a las atribuciones de otros órganos constitucionales. Por lo demás, sería erróneo pensar que esta competencia haría de Francia un Estado "totalmente-jurisdiccional". Al mismo tiempo que él testimonia de la justiciabilidad de los "actos de Gobierno", en efecto, el conocimiento del contencioso inter-orgánico pone de manifiesto que una serie de actos y de cuestiones pueden y deben, en un Estado de Derecho, permanecer, en cierta medida al menos, no justiciables. Pensamos, en particular, en los actos del juez constitucional mismo, que pueden a lo máximo concernir a una jurisdicción "doméstica"[18], y a las cuestiones políticas, lo que las contribuciones de nuestro estudio al Derecho en general han confirmado.

III. LOS APORTES CORRESPONDIENTES AL DERECHO EN GENERAL

Más allá de los derechos extranjeros y francés, es al Derecho en general, y más concretamente a la teoría jurídica del Estado, que el estudio de la resolución jurisdiccional de los conflictos entre órganos constitucionales ha contribuido. Este trabajo en efecto

18 El juez constitucional, aunque es un órgano constitucional, nunca es admitido en el círculo de los temas de los procedimientos de resolución de los conflictos entre órganos constitucionales. La *ratio* fundamental de esta "descalificación" es doble. Ella debe, por una parte, ser relacionada al principio general del derecho, inmanente en todo ordenamiento jurídico respetuoso de las libertades, según el cual nadie puede ser juez de su propia causa (*nemo iudex in causa propria*). Por otra parte, resulta de un principio fundamental del Derecho Constitucional en virtud del cual es imposible recurrir contra las decisiones del juez constitucional. Esta norma se formaliza por otra parte en un gran número de constituciones, en particular, en los artículos 164-1 de la Constitución española, 137-3 de la Constitución italiana y 62-2, de la Constitución francesa. Y si algunas varianzas se admiten a veces, no consisten generalmente sino en las posibilidades de recurso ante el juez constitucional mismo.

permitió aportar modestamente a la teoría de la separación de poderes, por una parte (3.1), y a la teoría de la justicia constitucional por otra (3.2).

3.1. La contribución a la teoría jurídica de la separación de poderes

La constatación de la proliferación de los sujetos de los conflictos entre órganos constitucionales ha conducido a preguntarse en cuanto al destino verdadero del proceso explorado. En efecto, el objetivo generalmente asignado a este nuevo proceso por sus inspiradores era la garantía de la perpetuidad del Estado, de su forma de Gobierno, es decir de la Constitución y, más específicamente, de la separación de poderes. Ahora bien, según tal perspectiva, habría sido consecuente el reconocer la legitimación para actuar a los tradicionales poderes del Estado, ejecutivo, legislativo y —eventualmente— judicial. No obstante, hay que reconocer que la realidad es otra y no puede vincularse a este esquema teórico. Entonces, la eficacia de un método midiéndose por el mismo rasero de su propensión a realizar el objetivo en vista del cual se instituyó, implica una de dos cosas: o es que el procedimiento es ineficaz, lo que no significa necesariamente que no es de ninguna utilidad, pero no permite lograr el objetivo contemplado por sus instigadores; o es que este concepto no tiene el sentido que se le atribuye comúnmente, en cuyo caso el procedimiento puede ser eficaz en la medida que todos los "poderes" a los cuales reenvía dicha "separación de poderes tienen acceso. Esta dialéctica constituyó el punto de partida de una serie de reflexiones que consistían en mostrar que la renovación de la finalidad del contencioso de los conflictos entre órganos constitucionales (1) revela, y acentúa, una renovación del concepto de separación de poderes (2).

1. Mientras que los redactores de los textos instituyentes de los procedimientos de resolución de conflictos entre órganos constitucionales alegaban generalmente su vocación a garantizar el respeto de la separación de poderes, la doctrina interesada por la institución tiende en adelante a reconocerle una doble virtud.

   En el plano del análisis estrictamente jurídico, el permitiría proteger las atribuciones constitucionales específicas de los órganos constitucionales. No es pues un simple medio de conservación, o de reconstrucción, de la separación de los tres poderes del Estado, es decir de la forma de Gobierno, tal como fue establecida por el constituyente; es un instrumento de protección de las competencias del conjunto de los órganos constitucionales del Estado resultante de sus atribuciones constitucionales específicas. Siguiendo una perspectiva más jurídico-política, el procedimiento de resolución de controversias entre órganos constitucionales sería un instrumento de protección de las minorías políticas, y más específicamente de la oposición parlamentaria: gracias al contencioso inter-orgánico, ésta no está obligada a soportar una regla de juego unilateralmente establecida por la mayoría.

   Aunque la protección de las atribuciones específicas de los órganos constitucionales y la defensa de los derechos de la oposición constituyen indudablemente virtudes del proceso examinado, son sin embargo *a priori* distintas de las relievadas por sus inventores. Esto habría podido conducir a estigmatizar una desviación del mecanismo, si la evolución descrita no se hubiera revelado como la traducción de una necesidad, al menos latente, de renovar el concepto de separación de poderes.

2. En verdad, dadas las críticas que constantemente sufrió el principio de separación de poderes, la idea no era tan sorprendente y no tenía, en sí, nada muy original.

Pero aún era necesario precisar de qué manera (a) y en qué medida (b) se opera la renovación observada.

a. En cuanto al alcance de esta renovación, en primer lugar, pareció necesario distinguir, en la teoría de la separación de poderes, entre dos series de exigencias. La primera es de carácter sustancial. Se refiere al objetivo contemplado por la separación de poderes: es necesario fraccionar el ejercicio del poder estatal con el fin de evitar los abusos de poder, el despotismo vinculado a la confusión de los poderes en un mismo cuerpo y, de esa manera, garantizar las libertades individuales. La segunda es de carácter formal. Ella concierne al medio elegido para alcanzar este fin, y más concretamente a las modalidades según las cuales el poder debe dividirse: el fraccionamiento del poder se opera por distribución de las tres grandes funciones del Estado entre tres grandes conjuntos de órganos cualificados, por metonimia, de "poderes", legislativo, ejecutivo y judicial. Ahora bien, es ineludible convenir que las distintas propuestas para reformular la teoría nunca se han referido a su aspecto sustancial, lo que aún parece ampliamente admitido hoy, y no siempre ha afectado más a que su dimensión formal[19]. El estudio de la resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales no ha conducido a ir más allá.

b. En cuanto a las modalidades de la renovación considerada, luego, dos ideas pueden ser adelantadas. Estas dos ideas constituyen, ciertamente, dos aspectos de una misma realidad, pero no se sitúan sobre el mismo plano.

Así pues, y en primer lugar, según una perspectiva estrictamente jurídica, la separación de poderes debería hoy ser entendida como significando una distribución del poder entre órganos constitucionales. La complejidad de los textos constitucionales contemporáneos a menudo ha conducido a la doctrina a estigmatizar la falta de adaptación de la teoría tradicional de la separación de poderes a la realidad jurídico-institucional. Es cierto que los textos constitucionales contemporáneos son generalmente de una tal complejidad que es prácticamente imposible, fuera de algunas reminiscencias esporádicas, encontrar los cánones, por demasiado simplistas, de la concepción clásica de la separación de poderes[20]. Por otra parte, estos poderes no se presentan siempre, como complejos de órganos, estructurados según una arquitectura piramidal y encapsulados por un órgano supremo[21]. Finalmente, la teoría clásica de la separación de poderes define los poderes por la función que les es atribuida: a cada poder corresponde una de las tres funciones del Estado, desarrollada por el conjunto de los órganos integrando el poder. Ahora bien, es precisamente sobre la concepción tradicional de la función, criterio

19 La doctrina opera así a menudo una distinción entre el alcance permanente y el alcance histórico del principio, o entre el sentido preceptivo (la necesidad de proceder a un fraccionamiento del poder para evitar el absolutismo y garantizar las libertades; evitar la confusión de los poderes, con el fin de garantizar el equilibrio institucional) y el sentido descriptivo (la indicación de un modelo que asigna funciones específicas a poderes determinados) de la teoría.

20 El lugar particular del Jefe del Estado y la existencia de una jurisdicción constitucional son más que reveladores a este respecto.

21 Los dos poderes mencionados a la nota anterior son también aquí bastante característicos, y a ellos se les puede agregar los jueces.

de definición del poder del Estado, que las críticas fueron más intensas. Esta toma de conciencia cada vez más importante sobre la insuficiencia del criterio de la función como denominador que permitía operar, o describir, el fraccionamiento del poder estatal[22], condujo a la doctrina a proponer un criterio de sustitución, mucho más en fase con las realidades constitucionales contemporáneas: la atribución constitucional. Las ordenanzas constitucionales contemporáneas están en efecto caracterizadas por una atomización de funciones, perdiendo su unidad en favor de atribuciones constitucionales específicas, y por una pulverización de poderes, abandonando su globalidad en beneficio de órganos constitucionales, a los cuales se confían dichas atribuciones[23]. Los esquemas constitucionales actuales son pues mucho más complejos de lo que sugiere la concepción clásica de la separación triangular de los poderes, cuyos estándares deben ser repensados: el denominador pertinente de la división del poder no es ya la función, sino la atribución constitucional, y la unidad fundamental de la fragmentación horizontal del poder estatal no es ya el poder, sino el órgano constitucional. La división del poder estatal operada por las Constituciones contemporáneas no da por lo tanto nacimiento a una separación de poderes en el sentido tradicional de la expresión, sino a una separación de órganos constitucionales, es decir, a una distribución de las atribuciones constitucionales específicas entre órganos constitucionales[24].

22 Es bien raro, en efecto, que un poder esté investido exclusivamente con una sola y misma función; al contrario, los mismos órganos son generalmente pluri-funcionales, es decir que pueden ser llamados a participar en el ejercicio de varias funciones, mientras que no pueden considerarse como dependiendo del mismo "poder". Las funciones no son pues, conjuntos homogéneos; son transversales y policéntricas, lo que las vuelve difícilmente aptas para servir de criterio satisfactorio de definición del poder del Estado.

23 Sobre el concepto de órgano constitucional, cf. *supra*, 2.1.1, a.

24 Este análisis no es nuevo. Ya había sido propuesto, en particular, por un autor italiano (L. Volpe) desde el final de los años sesenta. Las conclusiones que éste extrajo no obstante nos parecieron excesivas. Mientras que para él, el concepto de separación de poderes debía abandonarse completamente, para nosotros simplemente debe renovarse. En primer lugar, la separación de órganos debe ser considerada como una clase de derivado, o de perfeccionamiento, de la separación de poderes; como un método más elaborado de distribución horizontal del poder estatal, cuya bi o tripartición podría constituir el grado mínimo. En seguida, queda claro que la "separación de órganos" podría perfectamente ser designada por la fórmula "separación de poderes", a condición no obstante de admitir la renovación semántica que se impone. No se duda, en efecto, que los órganos constitucionales constituyen poderes, y sería incluso posible calificar sus atribuciones constitucionales específicas de "poderes" (en sentido material) o también de "funciones", a condición, aún así, de interpretar estos términos como es debido, es decir, como significando habilitaciones a ejercer la soberanía. En cuanto a la "separación" no ha designado nunca otra cosa sino una distribución del poder entre al menos dos unidades, relativamente independientes. Finalmente, desde una perspectiva teleológica, es cierto que el fraccionamiento del poder estatal, cualquiera que sea el denominador elegido para operarlo y la unidad fundamental de poder en el Estado que él lleva a definir, constituye siempre una fórmula organizativa de ejercicio de las funciones del Estado que tienen, en cierta medida al menos —la búsqueda de eficacia de funcionamiento de la máquina estatal que no puede ser ignorada—, por objetivo evitar los abusos de poder, el despotismo vinculado a la confusión de los poderes en un mismo cuerpo y, por eso mismo, garantizar las libertades individuales.

En segundo lugar, y a nivel más político, la separación de poderes tomaría hoy la forma de una distribución del poder entre la mayoría y la (las) minoría(s) política(s). La idea no es nueva. Procede de la constatación que la realidad del régimen parlamentario tiende naturalmente a favorecer la concentración del poder en una sola entidad política: la mayoría. El peligro para las libertades procedente entonces, en régimen parlamentario, del riesgo de omnipotencia de la mayoría política —respecto de la cual ya no es necesario demostrar que ella no siempre tiene la razón jurídica—, su protección pasa necesariamente por el reconocimiento de derechos en favor de la minoría política, único verdadero contrapoder político en régimen parlamentario[25].

Por último, la separación de poderes aparece siempre como un principio fundamental de organización del poder estatal comandando una división de poder indispensable para su limitación y, al mismo tiempo, para la garantía de las libertades individuales. Son las modalidades según las cuales ella se presenta en los Estados parlamentarios contemporáneos que cambiaron, para tener en cuenta el pluralismo —en sentido amplio del término— jurídico-constitucional y político-institucional que caracteriza en adelante a la mayoría de los Estados democráticos. Esta es la razón por la que fue posible concluir que la evolución de la finalidad de los procedimientos de resolución de conflictos entre órganos constitucionales mencionada anteriormente no es realmente más que la traducción, a nivel contencioso, de la doble renovación sustancial afectando al tradicional principio de separación de poderes[26].

3.2. La contribución a la teoría de la justicia constitucional

Last but not least. El último aporte del estudio de la resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales al Derecho en general residió en una contribución a la teoría de la justicia constitucional, en la cual hemos creído poder destacar a la vez la esencia (1) y los límites (2).

3.2.1. La esencia de la justicia constitucional

Las reflexiones que condujeron a dirigir la constatación de la competencia sistemática y exclusiva del juez constitucional para conocer conflictos entre órganos constitucionales, construidos en torno a los conceptos de acto y conflicto constitucionales[27], dejaron aparecer lo que podría ser la esencia de la Constitución: la separación de poderes, es decir la organización y la definición de las modalidades de ejercicio de la soberanía

El principio de "separación de poderes" no es, en definitiva, completamente anticuado; debe solamente actualizarse.

25 De hecho, no hay ningún régimen parlamentario que no acuerde un mínimo de prerrogativas a las minorías políticas. La institucionalización de ellas procede en particular de los roles que se da a los partidos políticos para jugar o a los grupos parlamentarios y, más generalmente, del lugar reconocido a las minorías políticas en las instituciones, por el Derecho Constitucional y Parlamentario.

26 Por otro lado, forzoso es igualmente el reconocer que si la asimilación de las nuevas modalidades de realización de la separación de poderes en el contencioso inter-orgánico puede indudablemente mejorar la aplicación, no puede de ninguna manera impedir una multiplicación de los temas de los conflictos, inherente al pluralismo que caracteriza las ordenanzas constitucionales (y sociedades) contemporáneas.

27 Sobre estas nociones, cf. *supra*, 2.1.

en el Estado. Si las Constituciones modernas van generalmente mucho más allá, eso no podría hacer olvidar que la Constitución está hecha antes que todo y esencialmente para realizar la separación de poderes. En cuanto a la justicia constitucional —en el sentido más fuerte posible de la fórmula—, la que no puede (en el modelo europeo) estar incluida sino que en la jurisdicción constitucional, ella consiste básicamente en el control del respeto de la organización de la soberanía y las modalidades según las cuales debe ejercerse, es decir en la garantía jurisdiccional de la separación de poderes. Es decir, en resumen, que la justicia constitucional se refiere esencialmente a todo lo que afecta a la aplicación de la soberanía en el Estado.

Paralelamente, las reflexiones llevadas sobre el contencioso de resolución de conflictos entre órganos constitucionales han contribuido naturalmente a la delimitación de la esfera de competencia de las jurisdicciones ordinarias. En particular, abrieron la vía a una mejor delimitación del ámbito del recurso por exceso de poder administrativo. Si el límite "superior" de este ámbito y esta esfera ya se mostraba sutilmente en la jurisprudencia, sobre todo pragmática, relativa a los actos constitucionales no justiciables (esencialmente institucionales), la puesta en relieve del fundamento de la competencia propia del juez constitucional para conocer del contencioso inter-orgánico permitió una determinada teorización de este límite. Se ha visto, sin embargo, que los principios, según los cuales el juez constitucional debería ser el único competente para juzgar los actos constitucionales y para zanjar los conflictos constitucionales comportan importantes excepciones, que justifican las necesidades para el juez ordinario, y más específicamente el juez administrativo, de ejercer un control completo de los actos administrativos y de proteger los derechos y libertades fundamentales.

Al final, parece que la competencia exclusiva del juez constitucional, y en consecuencia la incompetencia de las jurisdicciones ordinarias, sólo presenta carácter absoluto por lo que se refiere, precisamente, a los litigios que suponen a la vez el pronunciarse sobre la regularidad de un acto constitucional y el decidir sobre un conflicto constitucional, es decir, en resumen, dirimir un conflicto entre órganos constitucionales.

3.2.2. Los límites de la justicia constitucional

La puesta en evidencia de la impotencia del contencioso inter-orgánico relativa a ciertos aspectos fue la ocasión para ser más sensibles los límites consubstanciales al poder de jurisdicción constitucional.

a. El primero de estos límites es relativo. Corresponde a la no justiciabilidad de las "cuestiones políticas". En efecto, a diferencia de los "actos de Gobierno" —sobre los que se ha demostrado que podrían concernir al juez constitucional—, las cuestiones políticas parecen no justiciables de manera natural. Es claro que estos conceptos no están desligados: ambas designan objetos no susceptibles de control jurisdiccional. Pero los prejuicios y caracteres de la no justiciabilidad que se les asocia son bien distintos. Las decisiones correspondientes a las cuestiones políticas son no justiciables porque no existe parámetro jurídico de referencia para operar un control; porque el Constituyente eligió dejar a los poderes políticos libres para decidir; porque están referidas, en último análisis, al poder discrecional de los órganos constitucionales. Por consiguiente, queda claro que el juez, aún fuera constitucional, no podría, sin exceder la esfera propiamente jurisdiccional de sus atribuciones, conocer de cuestiones políticas. Sobrepasar estos límites volvería de nuevo, de hecho, para el juez, a arrogarse un poder de decisión político que

el ordenamiento jurídico sólo se propuso reconocer al órgano competente para asumir el acto objeto del control.

Eso no significa sin embargo que cuando se encarga a un juez constitucional el conocer de conflictos entre órganos constitucionales y, por lo mismo, sobre "actos de Gobierno", su control está prácticamente desprovisto de todo alcance. En primer lugar, los actos constitucionales institucionales no se resumen a puras decisiones políticas. Además de las normas de competencia, no es raro que la Constitución plantee las condiciones de forma, de procedimiento y a veces incluso de fondo, del ejercicio por los órganos constitucionales de sus atribuciones constitucionales. Ahora bien, salvo que se niegue el carácter de norma jurídica de la Constitución, parece coherente admitir que el respeto de estas condiciones pueda ser comprobado por un juez. Luego, todo indica que incluso las cuestiones políticas no están necesariamente sustraídas de todo control jurisdiccional. En primer lugar, es posible que una cuestión aparentemente no regulada, lo sea en realidad, no por los textos, sino por principios no escritos. En segundo lugar, parece que incluso el ejercicio de un verdadero poder discrecional pueda dar lugar a un examen jurisdiccional. Basta, para concebirlo, con pensar en el contencioso administrativo del exceso de poder. Por supuesto, no puede tratarse sino de un control extremadamente limitado, limitado al error manifiesto de valoración en la calificación jurídica de los hechos a la cual procedió el órgano constitucional para justificar su acción.

Este límite al poder de jurisdicción constitucional es pues doblemente relativo: por una parte porque depende de las previsiones constitucionales aplicables en cada Estado; por otra parte porque él implica su propio límite.

b. El segundo límite consustancial al poder de jurisdicción constitucional presenta por su parte un carácter absoluto. Preguntándose, antes de cerrar el estudio de la resolución jurisdiccional de los conflictos entre órganos constitucionales, sobre la eficacia del proceso examinado, éste apareció claramente afectado de una debilidad. Mientras que sus instigadores le asignaban generalmente un papel de garantía de la rigidez de la Constitución y de la separación de poderes, pareció más sabio el decidirse a admitir su impotencia a satisfacer esta doble ambición.

En primer lugar, resulta que el juez de los conflictos entre órganos constitucionales interviene generalmente una vez que "el mal ya está hecho". Y sea que es o no el caso, es la cuestión de la ejecución de las decisiones del juez constitucional la que se plantea. ¿Cómo obligar a un órgano constitucional a hacer algo a lo que se niega?. Si el problema de la ejecución de las decisiones del juez del exceso de poder administrativo puede solucionarse sin demasiadas dificultades, parece mucho más delicado tratándose de fallos emitidos sobre exceso de poder constitucional[28]. Raros son los conflictos en los cuales se oponen los órganos constitucionales más importantes políticamente ya que estos poderes a menudo prefieren el intentar llegar a compromisos políticos, a lo

28 De hecho, parecería que es necesario reconocer que en caso de conflicto negativo, resultante no de una omisión sino de la negativa de un órgano constitucional a realizar lo que uno de sus homólogos considera que es su deber, ya no nos encontramos realmente frente a un conflicto de interpretación constitucional susceptible de ser solucionado por la vía jurisdiccional, sino ante a una crisis política, cuya solución no puede residir sino en un mecanismo de idéntica misma naturaleza.

que la dinámica del régimen parlamentario se presta naturalmente, o incluso utilizar, o aún usan cuando el conflicto no presenta una dimensión exclusivamente política, de los instrumentos políticos más radicales de resolución de conflictos —como la disolución o la moción de censura—, puestos a su disposición por la Constitución. En este sentido, es posible hablar de la residualidad del contencioso inter-orgánico, que no es más que la *extrema ratio* a la cual los órganos constitucionales más importantes recurren cuando ninguna solución puede encontrarse en terreno político. Pero cuando esta solución se encuentra, nada dice que no resultará en una revisión tácita de la Constitución, es decir, en una violación de la Constitución[29].

Seguidamente, mientras que sus instigadores veían a menudo en el contencioso inter-orgánico, establecido inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, una defensa contra las derivas tiránicas y un instrumento que permitiría garantizar completamente la separación de poderes, parece que esta ambición no podía sino ser inútil. Quizá podría, por un determinado tiempo, poner un freno al curso hacia la hegemonía de uno de los poderes del Estado, necesariamente en detrimento de los otros. Pero es muy evidente que él sería completamente impotente si todas las instituciones se abandonasen a la confusión de los poderes. Y aunque algunos órganos vieran emerger el peligro, es dudoso que el compromiso de un procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales hubiera sido de una gran ayuda. Se duda, en efecto, de la eficacia de los medios de defensa constitucionales en período de crisis muy graves.

Se percibe bien, finalmente, el límite superior del poder de jurisdicción constitucional: la aceptación por los órganos que supuestamente deben someterse a su propio principio y, más allá, al principio del Estado de derecho. La justicia constitucional presupone una determinada homogeneidad política y social; no puede desempeñar su papel sino fuera de toda situación políticamente excepcional, donde el Derecho corre el riesgo de callarse, y donde sólo le corresponde hablar a la política; no puede nada contra los golpes revolucionarios. Esta constatación forma indudablemente parte de aquellas que conducían a C. Schmitt a impugnar el interés de la jurisdicción constitucional. Si hoy parece difícil no darle razón respecto a este punto, dista mucho de ser cierto que la intervención de un guardián político de la Constitución habría sido suficiente para cambiar el curso de los acontecimientos.

A decir verdad, en semejante hipótesis, la única defensa se encuentra probablemente en el poder del pueblo para resistir a la opresión, apropiándose de nuevo de la totalidad de la soberanía cuyo ejercicio había delegado al Estado y a sus órganos, a la espera de poder prever la creación de un nuevo orden constitucional. El destino político de un Estado está entonces, en primer y último análisis, en las manos del pueblo, quien libera finalmente al juez constitucional de la aporía en la cual el procedimiento de resolución de conflictos entre órganos constitucionales parece encerrarlo.

29 Es cierto que la facultad reconocida a las fracciones de órganos de acción, como es el caso en Alemania, para la defensa de las competencias del órgano al cual pertenecen puede constituir una defensa contra este tipo de desviaciones institucionales. ¿Pero la jurisdicción constitucional puede de verdad oponerse a los consensos políticos que implican los más altos órganos del Estado, que son también aquellos que se benefician de la más fuerte legitimidad y entre los cuales algunos —en particular el Presidente— a veces son investidos por la propia Constitución de un papel de intérprete de la Constitución?

Ha resultado inevitable, como colofón del estudio, el formular una conclusión ampliamente favorable sobre la institución considerada. Esta valoración positiva no tiende —lejos de ello— a una suerte de necesidad inconsciente de justificar cuatro años de estudios mediante la valorización de dicha institución central al estudio. Ciertamente, ella no deja de conllevar algunos límites, pero encumbre importantes potencialidades.

Del restablecimiento de los equilibrios institucionales tan amenazados, al refuerzo de la normatividad de la Constitución, pasando por la protección de los derechos de las minorías políticas, o también a la propensión a convertir en justiciables y científicamente identificables los actos que escapan a todo control jurisdiccional en Francia, el procedimiento objeto de este estudio implica un potencial de regulación institucional tal como ha podido presentarse como una de las competencias más significativas de la jurisdicción constitucional.

Desde el origen siempre percibido como una injerencia indebida en un ámbito donde la política debía permanecer soberana, este proceso se considera hoy generalmente como el más propicio a la consecución del Estado de derecho.

Informe de los Estados Federados de Alemania. Tesis sobre los precedentes del Tribunal Constitucional* **

Helmuth Schulze-Fielitz
Catedrático de Derecho Público. Universidad de Würzburg

1. Las barreras lingüísticas de los fallos jurisdiccionales que constituyen precedentes se actualizan ante la interrogante del efecto vinculante de las sentencias jurisdiccionales para terceros. En la República Federal de Alemania, los fallos emitidos por jueces supremos sólo tuvieron efectos vinculantes efectivos para juzgados subordinados;[1] en tanto que las sentencias divergentes de instancias inferiores son legalmente admisibles en el resultado o en la fundamentación. Los problemas lingüísticos de un efecto de precedente prácticamente no tienen ningún papel. Las dificultades hermenéuticas con la fundamentación de jueces supremos son decididas por jueces sin riesgo en independencia jurisdiccional (artículo 97, inciso 1, GG) como si se consideraran correctas; los malentendidos lingüísticos se aclaran en la vía jerárquica.

2. La fundamentación de precedentes se convierte en un problema legal regido por el Derecho positivo donde las divergencias respecto a lo fallos emitidos por jueces supremos están legalmente prohibidas. Esto se cumple en el estado federal en lo que respecta a las obligaciones de presentación de Juzgados Territoriales Superiores ante el Tribunal Supremo Federal cuando éstos desean apartarse de la jurisprudencia de otros juzgados territoriales de mayor jerarquía para acercarse al Derecho federal (véase § 121, inciso 2 GVG), a la divergencia entre las salas de justicia de las cortes superiores de la Federación o de los Estados Federados (véase por ejemplo §§ 132, incisos 2 y 3 de GVG, 11 inciso 2, 12 VwGO) o a la admisión de apelaciones o revisiones (véase por ejemplo §§ 124, inciso 2, Numeral 4, 132, inciso 2, Numeral 2 VwGO), pero sobre todo también a todos los tribunales y autoridades de la Federación y Estados Federados cuando éstos desean apartarse de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional (§ 31, inciso 1 de BVerfGG) y para el Tribunal Constitucional mismo cuando una sala de justicia desea apartarse del criterio contenido en un fallo emitido por otra sala de justicia (§ 16 de BVerfGG).

3. En relación con el efecto vinculante legal de fallos emitidos por tribunales constitucionales, existe una amplia discusión sobre el alcance de este efecto vinculan-

* Traducción del alemán hecha por Erika Jess.

** El presente texto conforma la Parte III de la obra *El precedente y su lenguaje*. Nomos:Dike.

1 Fundamentos: Esfuerzo por la igualdad en la resolución de casos: exoneración individual de mayores requerimientos de fundamentación mediante la orientación a los precedentes; apelación a cortes superiores a modo de intensificación de la argumentación; evitación de los riesgos de costas para las partes al apartarse de los precedentes de cortes de mayor jerarquía.

te.[2]. De conformidad con la jurisprudencia continua del Tribunal Constitucional, no sólo alcanza el resultado del fallo tal como se manifiesta en su tenor, sino también a los "fundamentos sustentadores" del fallo pero no a los obiter dicta como fundamentos no sustentadores. La gramaticalidad de los precedentes plantea el problema del deslinde de fundamentos sustentadores y no sustentadores.

4. Los fundamentos sustentadores para un fallo son los principios de derecho de la fundamentación que fueron decisivos para el fallo en su contenido objetivo, "pero también reconocible para los extraños" porque no se puede hacer abstracción de los mismos sin que el resultado concreto del fallo sea improcedente según el curso de razonamiento expresado en el fallo"; las afirmaciones no sustentadoras son "explicaciones legales brindadas con ocasión de una sentencia que quedan fuera de la relación de argumentación entre la regla jurídica general y el fallo concreto"[3].

5. En medio del litigio para decidir sobre la clasificación correcta de fundamentos sustentadores y no sustentadores pueden hacerse valer reclamaciones válidas de interpretación y de dominio, y aplicarse conflictos positivos de competencia, incluso dentro del Tribunal Constitucional. Eso se hace evidente en la controversia de si los costos de manutención de menores que han nacido contra la voluntad de los padres debido a un mal tratamiento médico, deben ser contemplados como "daños" en el derecho de responsabilidad civil médica sujeto al Derecho Civil. En 1997, la Segunda Sala de Justicia del Tribunal Constitucional buscó, mediante un dictamen adoptado en mayoría (conforme al Derecho procesal aunque no previsto) de fecha 22 de octubre de 1997, los fundamentos de su fallo de fecha 28 de mayo de 1993 en el cual se consideró incompatible con el artículo 1, inciso 1 de GG, la calificación jurídica de la existencia de un niño como fuente de daño[4], para calificar el resultado del fallo como "sustentatorio" y así sentar como precedente el fallo anterior inmediato de la Primera Sala competente en temas de responsabilidad civil médica de fecha 12 de noviembre de 1997[5], y autorizar a la Sala de Justicia para convocar el pleno del Tribunal Constitucional[6]. La interpretación como "sustentatorio" depende evidentemente también de la identificación preliminar hermenéutica con la que se (re)construyen los contenidos del fallo: Únicamente hay precedentes interpretados.

6. Vistos en forma ideal, los fundamentos (sustentadores y no sustentadores) de un fallo y las reflexiones dogmáticas que le subyacen (= interpretaciones) pueden ser más orientados al pasado o más orientados al futuro. Una vista orientada al pasado principalmente tiene por finalidad resolver el caso en cuestión concreto, busca insertar la solución en la continuidad jurídico dogmática de la interpretación de la ley y/o la práctica de sentencias hasta la fecha y, por lo demás, se esfuerza por una limitación de lo necesario para el fallo y su fundamentación. Los argumentos funcionan más tenden-

2 Véase SCHULZE-FIELITZ, H. "Efecto y Cumplimiento de los Fallos del Tribunal Constitucional". En: Badura, P. y H. Dreier (Editores). *Homenaje a los 50 años del Tribunal Constitucional*, Vol. 1. 2001, pp. 385 y ss. (pp. 388 y ss.) con más referencias.

3 *BVerfGE* 96, 375 (404)

4 *BVerfGE* 88, 203 (296); cinco de los siete jueces que decidieron en 1997 estuvieron presentes en el fallo de 1993 cuya fundamentación fue compartida.

5 *BVerfGE* 96, pp. 375 y ss.

6 *BVerfGE* 96, pp. 409 y ss; otro *BVerfGE*96, pp. 375 (393 y ss. y pp. 403 y ss.)

cialmente que tópicamente, se desarrollan en forma inductiva, puntual, se orientan a las circunstancias del caso en cuestión histórico, se equilibran de manera pentadimensional y se desea dajar abierta la forma cómo se decidiría bajo otras circunstancias que rodeen el caso. Esta forma de vista más orientada al pasado y a la continuidad de una práctica de sentencias debe predominar en los jueces profesionales con experiencia de décadas en sentencias.

7. Sin embargo, los fundamentos de un fallo también pueden ser más orientados al futuro en tanto que al mismo tiempo esbozan respecto al caso en cuestión directrices generalizadoras y propuestas de solución para nuevas constelaciones de casos en el futuro a fin de presuntamente procurar más seguridad jurídica en la aplicación futura del derecho. Los argumentos funcionan tendencialmente en vez de sistemáticamente, deductivamente, buscan generalizar tomando por base un caso particular y vincular la decisión del caso en cuestión con una dogmática de ser el caso nueva que también intente solucionar preventivamente otros casos conflictivos. La teoría dogmática es por lo menos tan importante como el resultado del fallo en el caso de partida. De esta forma, las normas demasiado abstractas, como aquellas contenidas en los textos constitucionales, se concretizan en un plano de abstracción intermedio. Los juristas más que los jueces profesionales tienden a otorgar un peso especial a la astringencia sistemática y a la coherencia dogmática también para casos conflictivos futuros concebibles.

8. Tal vez también bajo la influencia de juristas catedráticos sobredimensionados (50% de todos los jueces constitucionales fueron previamente profesores titulares en una universidad), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tiende, en parte, a trasladar teoría dogmático científica con motivo de los casos pertinentes directamente a considerandos sustentadores y hacer reflexiones generalizadoras respecto al objeto de la interpretación de la constitución. Aquí radica el peligro real de crear en vez de resolver más problemas a través de una generalización rápida, ya que la variedad de conflictos legales es imprevisible y más grande de lo que la línea jurídico dogmática levantada para la dogmática de la jurisprudencia con motivo del caso en cuestión está en condiciones de brindar.

9. Un primer ejemplo es la jurisprudencia respecto al concepto y el contenido de legitimación democrática que mediante transposición de las teorías científicas desarrolladas por el Juez Ernst Wolfgang Böckenförde[7], persigue, entre otras cosas, para todos los fallos democráticos un determinado nivel de legitimación que personalmente por regla se determina mediante una cadena de legitimación ininterrumpida de actos de reconocimiento que reduce el fallo de la autoridad en el caso en cuestión a la voluntad parlamentaria del pueblo[8]. En su rigurosidad, varias partes de la autonomía funcional, incluso la creación de las Asociaciones del Agua y del Suelo como entidades autónomas con la participación preponderante de personas privadas resultarían con ello anticonstitucionales, debido a una contravención del principio democrático. En consecuencia, el Tribunal Contencioso Administrativo Federal sometió al Tribunal Constitucional Federal

7 E. -W. Böckenförde. "La Democracia como Principio Constitucional". En: *HStR* 1. Primera edición de 1987, § 22 Rn. 11 y ss, 16 y ss. y HStR II, Tercera edición 2004, § 24 Rn., 11 y ss., 16 y ss.

8 *BVerfGE* 83, 37 (53 y ss.) – Derecho a voto de Extranjeros I; 83, 60 (72 y ss.) – Derecho a Voto para Extranjeros II; 93. 37 (66 y ss.) – Ley de Gestión Conjunta Schleswig-Holstein.

la cuestión sobre el fallo[9]; en primer lugar, una modificación reflexiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hizo posible preservar el contenido democrático indubitable de décadas de la creación de las asociaciones del agua y del suelo ante una declaración de inconstitucionalidad —al precio de una fundamentación a decir no precisamente consistente[10].

10. Un segundo ejemplo todavía más actual es la jurisprudencia del Tribunal respecto al artículo 72, inciso 2 de GG recién promulgado en 1994; de conformidad con el mismo, la Federación tiene el derecho de legislar sólo en el marco de la legislación competente "siempre y cuando la creación de condiciones de vida igualitarias en el ámbito de la federación o la salvaguarda de la unidad jurídica o económica en el interés nacional requieran una reglamentación de legislación federal". Al determinar cuándo la creación de condiciones de vida similares requiere leyes federales ante los cambios en la constitución, el Tribunal Constitucional Federal de nuevo tiene que introducir una línea interpretativa muy restrictiva en contraposición a su transcendental jurisprudencia fuera del tiempo[11]. Desde el fallo sobre el Cuidado de Ancianos del 24 de octubre de 2002, los fórmulas de los fallos dicen: "Sólo en el caso de que el Derecho federal a condiciones de vida igualitarias esté amenazado y la Federación esté facultada para adoptar acción cuando las condiciones de vida en los Estados Federados de la República Federal de Alemania se hayan apartado de forma tan notable que influya en las estructuras sociales federales o perfilen concretamente un desarrollo similar[12]. En el otro supuesto de "la salvaguarda de la unidad jurídica y económica en el interés nacional", el Derecho federal únicamente se impone cuando se genera una variedad de Derecho interno "bajo circunstancias de inseguridades jurídicas notables y, con ello, impedimentos irrazonables para las relaciones jurídicas que trascienden los estados federados"[13] o sino puede acarrear consigo "desventajas considerables para la economía general"[14]. Estas fórmulas buscan tendencialmente (y en tanto conforme a derecho) obedecer al legislador que modifica la constitución[15], pero en su formulación concreta sigue disparando contra el blanco; dicho de otro modo, si una legislatura federal competente prácticamente apenas es posible,

9 *BVerGE* 106, 64 – Emschergenossenschaft; BVerwG NVwZ 1999, 870 – Asociación de Lippe.

10 *BVerfGE* 107, 59 (86 y ss.) – Asociación de Lippe; crit. Jestaedt, M. "Legitimación Democrática – quo vadis?". En: *JuS*. En: 2004, pp. 649 y ss.

11 Véase también Hain, K.E. y S. Uecker. "El Fallo sobre las Tasas de Estudios (2 BvH 1/03 de fecha 26.1.2005)–Continuidad Conceptual en la Jurisprudencia Jurisdiccional del Tribunal Constitucional". En: *Jura*. 2006, pp. 48 y ss; Waldhoff, C. "Requerimientos del Tribunal Constitucional sobre el Ejercicio de las Competencias Legislativas (Artículo 72, inciso 2; Artículo 75, inciso 2; Artículo 175a, inciso 2 de GG) – Derecho Material de Atribución de Competencia como Elemento de una Reforma del Federalismo". En: H.G. Henneke (Editores). *Reforma del Federalismo en Alemana*. 2005, pp. 55 y ss. (pp. 60 y ss.); Lechleitner, M. "la Cláusula de Necesidad del Artículo 72, inciso 2 GG". En: Jura 2004, pp. 746 y ss.

12 *BVerfGE* 106, 62 (144) – Cuidado de ancianos.

13 *BVerfGE* 106, 62 (146).

14 *BVerfGE* 106, 62 (147).

15 Zust. Ispen. *Derecho Público I*. Décimo séptima edición, 2005, Rn 558 y ss.; Waldhoff. *Requisitos* (Fn. 11), p. 80; Fassbinder. Una aclaración de intento de Karlsruhe sobre la

entonces: ¿En qué área jurídica se manejaron las condiciones de vida en una medida que influyó en dichas estructuras sociales del estado federal para separarse tanto? ¿En qué momento la variedad jurídica federal creó impedimentos irrazonables para relaciones jurídicas que trasciendan los estados federados? Las nuevas fórmulas ya varias veces constatadas en el interín[16] por sí solas no conducen a una inseguridad jurídica (ni siquiera con las obligaciones de fundamentación para la burocracia ministerial en el proceso de legislatura ni a una arbitrariedad de competencia de numerosas tentativas de regulación de la ley federal[17], sino más bien a una reforma del estado federal que de momento hace imposible leyes federales en el marco de la legislatura federal competente y por último invierte la polaridad de la competencia colectiva de la Federación a favor de los estados federados[18]. No por casualidad las conclusiones de ambos presidentes de la Comisión de Reforma del Federalismo (de diciembre de 2004) querían excluir expresamente 15 de los títulos de competencia mencionados en el artículo 74 de la GG de los requisitos del artículo 72, inciso 2, de GG; el convenio de coalición de la Gran Coalición de noviembre de 2005 contempla incluso 22 exclusiones en la Reforma de Federalismo prevista. Aquí prácticamente hay una revocatoria a la modificación de la constitución de 1994 —debido a la judicatura del Tribunal Constitucional Federal que se extiende al artículo 72, inciso 2 de GG.

11. Por lo tanto, detrás de las formulaciones de fundamentos sustentadores también pueden descubrirse intenciones que pueden cambiar permanentemente las relaciones jurisdiccionales entre la Federación y los Estados Federados, las mismas que de hecho pueden desplazar funcional y jurídicamente la preferencia entre el legislador y la administración por cuenta del legislador o entre la práctica estatal y el Tribunal Constitucional Federal a favor de una restricción del Tribunal Constitucional.

12. El desarrollo global de fallos del Tribunal Constitucional y de los fundamentos que los sustentan aumenta la probabilidad de que la jurisprudencia califique una cantidad de fundamentos y puntos de vista opuestos como fundamentos sustentadores que progresivamente no refuercen por sí solos la jurisprudencia constitucional. Por otro lado, también puede desembarazarlos "escogiéndolos" entre puntos de vista opuestos (fundamentos) que le agradan. Al desarrollo de los fundamentos para un fallo le corresponde un crecimiento de las posibilidades distintamente ponderadas de fallos que debilita más aun la previsibilidad de los fallos del Tribunal Constitucional.

distribución de jurisdicción legislativa en la Federación, *JZ* 2003, 332 (337); Kenntner, el Federalismo (todavía) es justiciable; NVwZ 2003m 821 y ss.

16 *BVerfGE* 110, 141 (175 y ss.) – Perros Peligrosos; 111, 226 (253 y ss.) – Profesor Junior; 112, 226 (243 y ss.) – Derechos de Estudio.

17 Así como también para la legislación sobre universidades Krausnick, D. "Fuera de lo Coriente: La Legislación sobre Universidades de la Federación ante la salida?". En: *DÖV*. 2005, pp. 902 (905 y ss.).

18 Waldhoff, A.A. *Requerimientos* (Fn. 11), 70 y ss. – Además cabe la exigencia de una posibilidad plena de revisión del tribunal constitucional porque aquí no existe ningún margen para evaluación de los legisladores. Véase *BVerfGE* 106, pp. 62 (135 y ss.); pp. 110, 141 (175).



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (semestre: julio-diciembre, 2007)
- Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (semestre: enero-junio, 2008)

Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (Semestre: julio-diciembre de 2007)

JULIO

1. STC N.º 5637-2006-PA/TC. Caso Roberto Woll Torres

Esta sentencia del Tribunal Constitucional fue expedida en virtud de la demanda de amparo interpuesta por Roberto Woll Torres contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI), por considerar que la Resolución N.º 327-2004-TDC/INDECOPI vulneraba sus derechos constitucionales al honor, a la buena reputación y a la tutela jurisdiccional efectiva.

El demandante sostenía haber sido notificado con dos cartas mediante las cuales se le requería el pago de una deuda bajo amenaza de embargo y secuestro de sus bienes en caso incumpla con el pago, ello a pesar de no haber realizado los consumos consignados en las cartas antes referidas ni haber sido notificado en su domicilio. Atendiendo a ello, el señor Woll acude a INDECOPI, que declaró infundado su requerimiento sosteniendo que dichos actos no constituían infracción a la Ley de Protección al Consumidor.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional reafirma que tratándose de requerimientos de pago efectuados por empresas privadas, estos deben realizarse con respeto a las condiciones que para tal fin impongan las normas jurídicas. Así pues, el que hecho que una empresa se atribuya la potestad de establecer medidas cautelares y ejecutarlas, a pesar de que esta constituye una atribución de la función jurisdiccional, supone una trasgresión a las condiciones que exigen las normas jurídicas a los requerimientos de pago.

Resalta también en la presente sentencia el reconocimiento que efectúa el Tribunal Constitucional de los denominados deberes de protección que tienen los poderes públicos. Así, en el fundamento jurídico 11 de la presente sentencia menciona:

"Los poderes públicos, en general, tienen un *deber especial de protección* de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas *actuaciones positivas* que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano administrativo tiene lugar aquí no como consecuencia de una acción, sino por la "omisión" de una actuación positiva".

* Agradecemos la colaboración en esta Sección de Aldo Blume Rocha, Jocabed Canchari Soto, Hernán Carrillo Claudio, Gonzalo Muñoz Hernández y José Saldaña Cuba.

2. STC N.º 7704-2005-PA/TC. Caso Julio Bernabé Ccamaña

El señor Julio Bernabé Ccamaña interpone demanda de amparo contra el Casino de la Policía con la finalidad de que se le permita retirarse como socio de dicha entidad y se proceda a suspender los descuentos que se le viene realizando por concepto de aportaciones, por considerar que se viene vulnerando su Derecho Constitucional de libre asociación.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional estima que se encuentra ante una ocasión propicia para desarrollar los alcances y contenido de la libertad de asociación, a la que define como "(…) aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades, los mismos que, aunque pueden ser de diversa orientación, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley" (Fundamento Jurídico N.º 3).

Tomando como punto de partida la citada definición, el supremo intérprete de la Constitución no recuerda que si bien la libertad de asociación es un derecho de titularidad individual, la misma solo podrá concretizarse colectivamente, esto es, cuando un grupo de personas decide ejercer conjuntamente y con una misma finalidad, su libertad de asociación.

Por otra parte, vinculado directamente a la presente controversia, el Tribunal Constitucional desarrolla los contenidos de la libertad de asociación:

- Libertad de asociarse.
- Libertad de no asociarse.
- Libertad de desvincularse asociativamente.

Resulta importante, además, recordar tanto la distinción que se efectúa entre el ejercicio de la libertad de asociación (que no requiere autorización alguna) como la realización de determinado tipo de actividades en virtud de la asociación constituida en el ejercicio del referido derecho fundamental (que en determinados casos, sí requiere de autorización).

Asimismo, conviene mencionar que para el supremo intérprete de la Constitución, la libertad de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna como podría ser el fin no lucrativo, ello porque como lo señala el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico N.º 9:

"(…) En lo que respecta al primer argumento, el mismo texto constitucional reconoce, en el inciso 17) del artículo 2, el derecho de toda persona a participar no sólo en forma individual, sino también *asociada*, en la vida política, *económica*, social y cultural de la nación, lo que en concreto significa que, desde una perspectiva amplia (la que ofrece el derecho de participación), no sólo cabe el ejercicio del derecho de asociación para propósitos no lucrativos, sino también para objetivos que, al revés de lo dicho, sean lucrativos (no otra cosa representan los consabidos fines económicos)".

Lo que se ve reafirmado en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, conforme se advierte de las siguientes afirmaciones:

"Como es fácil advertir la respuesta que dispensan los instrumentos internacionales a la temática que rodea a los fines del derecho de asociación es absolutamente concluyente en todos los casos. En ninguno de ellos se condiciona el ejercicio de dicho atributo fundamental a presuntos fines de carácter no lucrativo. Las únicas restricciones, pasibles de considerarse como tales son, como lo dicen las propias normas, las que puedan derivarse de las exigencias impuestas por un Estado democrático, la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas y los derechos y libertades fundamentales. Es conveniente

recalcar que la Convención Americana es absolutamente enfática al justificar el carácter abierto o multidimensional del derecho de asociación en los alcances o ámbitos en los que se manifiesta" (Fundamento Jurídico N.º 14)

AGOSTO

1. STC N.º 0002-2006-PI/TC. Caso Colegio de Abogados de Arequipa

Proceso de inconstitucionalidad iniciado con la interposición de la demanda presentada por el Colegio de Abogados de Arequipa, mediante la cual cuestionaba la constitucionalidad de la Única Disposición Transitoria de la Ley N.º 28647, que interpretó los alcances del numeral 2 del artículo 18 del Texto Único Ordenado del Código Tributario mientras el Decreto Legislativo N.º 953 estuvo vigente.

El Colegio Profesional demandante sostuvo que la alegada norma interpretativa constituía en sí una norma con efectos retroactivos, puesto que la norma impugnada pretendería alterar el ámbito temporal de aplicación del Decreto Legislativo N.º 953 y no un significado implícito en esta norma.

Al respecto, cabe recordar que el numeral 2 del artículo 18 del Código Tributario regula la figura de los responsables tributarios, específicamente, los casos de los agentes de retención y percepción del pago de la obligación tributaria.

Atendiendo a los argumentos expuestos por las partes, el Tribunal Constitucional desarrolla y precisa algunos conceptos como los siguientes:

- Retención, que ocurre cuando un sujeto que adquiere un bien o servicio extrae cierto monto del precio que debe cancelar. Dicha suma retenida debe ser entregada al fisco para su aplicación al pago de cierto tributo cuyo contribuyente es el proveedor del bien o servicio.
- Percepción, que se produce cuando un sujeto que vende bienes o presta servicios incluye en el precio por cobrar un determinado tributo que es de cargo del cliente. Este tributo percibido debe ser entregado al fisco, por cuenta del contribuyente.
- Responsable solidario, que es aquel sujeto que sin tener la condición de contribuyente (es decir, sin haber realizado el hecho imponible) debe cumplir con la prestación tributaria atribuida a éste por un imperativo legal si su cumplimiento es requerido por el acreedor tributario. Esta responsabilidad surge en razón de ciertos factores de conexión con el contribuyente o como un mecanismo sancionatorio.[1]

Respecto al problema de la aplicación de normas en el tiempo, el Tribunal Constitucional reconoce que nuestro ordenamiento jurídico ha acogido la teoría de la aplicación inmediata de las normas, lo que aplicado a la controversia jurídica que suscita el presente proceso constitucional, lo conduce a expresar lo siguiente:

"Resulta, por ello, evidente que cuando entra en vigencia la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N.º 953, la relación jurídica surgida en virtud del artículo 18.2 del Código Tributario, en determinados casos, no se había consumado; pues mientras no se hubiera declarado la prescripción a solicitud del deudor tributario (prescripción a la que estaba sujeta dicha responsabilidad solidaria surgida a la luz del mencionado Código), o se hubiera extinguido la obligación tributaria, los agentes de retención o percepción omisos continuaban siendo responsables solidarios.

1 Dichas definiciones se encuentran expresamente señaladas en los fundamentos jurídicos 7 y 8 de la sentencia objeto de comentario.

Consecuentemente, a dicha responsabilidad solidaria —no consumada— se le debía aplicar la nueva regulación introducida por el Decreto Legislativo N.º 953; es decir, la responsabilidad solidaria sujeta a un plazo de caducidad, computado desde el momento en que se incurrió en la omisión. Ciertamente, para aquellos sujetos que ya hubieran cumplido dicho plazo (un año) a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo, esta responsabilidad solidaria recién se entenderá caduca a partir de la vigencia de éste".

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también esboza una definición de norma interpretativa y el momento en la que esta debe entrar en vigencia. En efecto, en el fundamento jurídico N.º 20 de la sentencia comentada, el supremo intérprete de la Constitución señala lo siguiente:

"Las normas interpretativas son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque, al promulgarlas el Legislador, generalmente, utiliza palabras como "interprétese", "aclárese" o "precísese". El objetivo de una norma interpretativa es eliminar la ambigüedad que produce una determinada norma en el ordenamiento jurídico. Así, ambas normas —la interpretada y la interpretativa— están referidas a la misma regulación; por consiguiente, la norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada".

Así las cosas, remitiéndose a una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, desarrollan los elementos que debe tener una norma para ser identificada como interpretativa, siendo estos:

- El referirse a una norma anterior.
- El fijar el sentido de la norma anterior enunciando uno de los múltiples significados posibles de la norma interpretada.
- El no agregar a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material.

Atendiendo a dichos parámetros, el Tribunal Constitucional concluye que la norma cuya inconstitucionalidad se alega no cumple con el segundo requisito para ser identificada como norma interpretativa, siendo por lo tanto inconstitucional. Ello se desprende directamente de las afirmaciones siguientes:

"Sin embargo, no satisface el segundo requisito necesario para configurarse como norma interpretativa, pues la Disposición no interpreta un aspecto ambiguo del artículo 18.2 del Código Tributario modificado por el Decreto Legislativo N.º 953, toda vez que, como ya se explicó en el Fundamento 16, *supra,* la aplicación de esta nueva regulación se da de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas aún vigentes, aunque éstas hayan nacido con la normatividad anterior, siempre y cuando no se encuentren consumadas. Por lo tanto, no existe oscuridad que aclarar ni justificación para emitir esta supuesta norma interpretativa, más aún si se considera que la Administración Pública (a través de la Resolución del Tribunal Fiscal Nº. 09050-5-2004) ya había emitido pronunciamiento sobre la aplicación inmediata del Decreto Legislativo N.º 953, en un sentido que resultaba acorde con el ordenamiento jurídico constitucional y que no empeoraba la situación de los contribuyentes.

En este punto, es oportuno mencionar que si bien el Legislador está facultado para establecer, mediante disposiciones transitorias, un tratamiento específico a las relaciones o situaciones jurídicas iniciadas con la normatividad anterior, cuyas consecuencias estaban en proceso de desarrollo (no consumadas) al momento de entrar en vigencia la modificatoria del Decreto Legislativo N.º 953, ello era pertinente dentro del mismo Decreto Legislativo, y no posteriormente" (Fundamento Jurídico N.º 26)

Pero no solamente por ello declara inconstitucional la norma impugnada el supremo intérprete de la Constitución. Y es que el Tribunal Constitucional identifica también una trasgresión al principio de legalidad tributaria, conforme lo manifiesta en el fundamento jurídico N.º 33 de su sentencia, que menciona:

"Fluye de autos que la aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647 contraviene no sólo el *principio de irretroactividad de las normas* consagrado en los artículos 103 y 109 de nuestra Constitución, y en el artículo X del Título Preliminar del Código Tributario, sino también el *principio de legalidad,* que dispone el sometimiento de la potestad tributaria a la Constitución y las leyes. Esta violación del principio de irretroactividad de las normas y, consecuentemente, del principio de legalidad previsto en el artículo 74 de la Constitución, obliga a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma sometida a enjuiciamiento".

2. STC N.º 2440-2007-PHC/TC. Caso Alejandro Toledo Manrique

José Eduardo Flores Milla interpone demanda de hábeas corpus a favor de Alejandro Toledo Manrique con la finalidad de que tanto el Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado como el Procurador Público *Ad hoc* Gino Ríos Patio, se abstengan de requerir la aplicación de las medidas de impedimento de salida del país y detención preliminar en las denuncias que se presente ante el Ministerio Público contra el favorecido. Asimismo, solicita se disponga que los emplazados se abstengan de formular denuncias ante el Ministerio Público (Fiscalía de la Nación) contra el favorecido por la presunta comisión de delitos contra el patrimonio del Estado, sin contar con la previa intervención, evaluación e informe de la Contraloría General de la República sobre la legalidad de la ejecución de los recursos públicos que fuesen materia de denuncia penal; por considerar dichos hechos lesivos de sus derechos constitucionales a la libertad individual, debido proceso, honor y buena reputación.

Respecto a la función de los procuradores públicos en el ejercicio de la defensa judicial del Estado, el Tribunal Constitucional concluye que, atendiendo a su labor eminentemente postulatoria y al carácter relativo del derecho a la presunción de inocencia,

"(…) las actuaciones del Procurador Público consistentes en solicitar que se imponga una medida que restrinja los derechos del imputado (detención, impedimento de salida del país) o el denunciar el hecho ante la Fiscalía de la Nación no implican en modo alguno una amenaza cierta e inminente contra la libertad individual del beneficiario" (Fundamento Jurídico N.º 6)

Por otra parte, respecto a la alegada vulneración del derecho al honor y buena reputación del señor Toledo Manrique, el Tribunal Constitucional recuerda que la protección del mencionado Derecho Constitucional sería, en principio, materia del proceso de amparo. No obstante lo expuesto, el supremo intérprete constitucional, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, estima que resultaría poco eficaz la interposición de una demanda de amparo contra declaraciones que ya se han producido, por lo que resultaría imposible reponer las cosas al momento anterior a la vulneración del derecho. En todo caso —entiende el Tribunal Constitucional— en el supuesto de que el recurrente pretenda que el procurador demandado se abstenga de seguir realizando declaraciones en el mismo sentido de las que considera lesiva de su derecho al honor, el artículo 2 numeral 4 de la Constitución proscribe la censura previa.

No obstante lo expuesto en las últimas líneas del párrafo anterior, el Tribunal Constitucional manifiesta que:

"(…) la función constitucional de los procuradores públicos constituye la defensa judicial de los intereses del Estado, tal como lo establece el artículo 47 de la

Constitución. Por lo que no está dentro de la esfera de sus funciones, como defensores del Estado, proferir frases agraviantes o difamatorias a la persona, en tanto que ésta y el respeto de su dignidad, de acuerdo con el artículo 1, son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En todo caso, de considerar que las frases proferidas por el procurador emplazado tiene contenido difamatorio puede, de ser el caso, accionar penalmente por delito contra el honor previsto en el artículo 132 del Código Penal, con la sanción establecida en el artículo 46-A de ese mismo Código" (Fundamento Jurídico N.º 9)

Finalmente, atendiendo a la calidad de ex Presidente de la República que ostenta el beneficiario del proceso de hábeas corpus, el supremo intérprete de la Constitución aborda brevemente el tema del antejuicio político, concluyendo que:

"(…), el procedimiento de antejuicio pretende analizar hechos presuntamente ilícitos cometidos por los funcionarios mencionados en el artículo 99 de la Constitución, hasta 5 años después de haber dejado el cargo. Por lo que, el beneficiario del presente hábeas corpus, de manera previa a un proceso judicial, detenta el derecho de no ser procesado en sede penal por el órgano jurisdiccional, sin haber sido sometido previamente a un procedimiento político jurisdiccional debidamente regulado ante el Congreso de la República, quien determinará la verosimilitud de los hechos materia de acusación, así como la subsunción de los mismos en los tipos penales establecidos legalmente" (Fundamento Jurídico N.º 13)

SEPTIEMBRE

1. STC N.º 4223-2006-PA/TC. Caso Máximo Medardo Mass López

Emitida como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta contra Máximo Medardo Mass López contra la empresa Nextel del Perú S.A., cuya pretensión consistía en que se ordene el desmantelamiento de una antena de telecomunicaciones en un Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, puesto que consideraba que su permanencia constituye una grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización.

Manifestaba el demandante que en el mes de diciembre del año 2000, la demandada inició la instalación de los equipos, sobre la base de un contrato de arrendamiento nulo y sin contar con los informes favorables del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de Defensa Civil.

Atendiendo al Derecho Constitucional involucrado en el presente proceso, el Tribunal Constitucional estima por conveniente reconocer los deberes que comporta el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el Estado. Así pues, en el fundamento jurídico N.º 5 señala:

"El derecho al ambiente equilibrado y adecuado comporta un deber *negativo* y *positivo* frente al Estado. Su dimensión *negativa* se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana. En su dimensión *positiva* le impone deberes y obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Claro está que no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado".

El supremo intérprete de la Constitución identifica también como uno de los trasfondos de la presente controversia, la vinculación necesaria que debe existir entre la democracia, la economía y los derechos fundamentales, advirtiendo la necesidad

de dotar de un contenido constitucional el concepto de mercado. Por tal motivo menciona:

"Pero también una economía, por más que sea eficiente pero que desconozca los valores y principios constitucionales, y los derechos fundamentales no es compatible con un sistema democrático, toda vez que "confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo, supone desconocer el valor y la esencia de la democracia"[2]. *De ahí que sea necesario arribar a un concepto constitucional de mercado. Lo cual se justifica por cuanto éste no puede ser entendido en términos puramente económicos sino también, desde la perspectiva del Derecho Constitucional*, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa —en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (artículo 1 de la Constitución)— no sólo sea declarativamente respetada sino prácticamente realizada a través del mercado y de las libertades económicas" (Fundamento Jurídico N.º 13) (énfasis agragado).

Lo expuesto en el punto anterior acarrea como consecuencia que una perspectiva constitucional del mercado no puede desconocer elementos constitucionales tales como:

1. la persona humana y su dignidad
2. las libertades económicas que la Constitución reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales
3. el respeto de los derechos laborales dentro del marco constitucional y legal establecido y
4. el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas.[3]

Además de hacer referencia a los elementos que comprende el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado (el derecho a gozar del mismo así como la preservación de éste) y de los principios que rigen la vinculación existente entre este derecho fundamental y las actividades económicas; ambos analizados en su oportunidad por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 0048-2004-PI/TC; el supremo intérprete de la Constitución recuerda que constituye una obligación constitucional del Estado el establecimiento de una política nacional del ambiente.

En efecto, en el Fundamento Jurídico N.º 24 de la presente sentencia, el Tribunal Constitucional menciona:

"El artículo 67 de la Constitución establece la obligación ineludible del Estado de instituir la *política nacional del ambiente*. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional —entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente— debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia".

Por otra parte, resulta importante mencionar la distinción que se realiza —a pesar de la vinculación existente entre ambos— de los principios de prevención y precautorio. Así, se afirma lo siguiente:

"(…) El *principio precautorio* se encuentra estrechamente ligado al *principio de prevención*. El primero se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. La falta de certeza científica no es óbice para que se adopten acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas. El segundo exige la adopción de medidas de protección antes de que

2 Ehmke, Horst. "Economía y Constitución". En Revista de Derecho constitucional Europeo, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.ugr.es/~REDCE5/articulos)

3 Fundamento Jurídico N.º 15

se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente" (Fundamento Jurídico N.º 28)

No obstante esta distinción, el supremo intérprete de la Constitución realiza una precisión adicional respecto al principio precautorio, específicamente en lo relacionado a la falta de certeza científica, ya que exige la existencia de por lo menos indicios razonables de un riesgo de daño al medio ambiente. Ello se advierte de las siguientes afirmaciones:

"(…) se ha señalado que el *principio precautorio* se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica —aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo—, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables" (Fundamento Jurídico N.º 34)

Atendiendo a la exigencia de indicios razonables es que, respecto al caso concreto, el Tribunal Constitucional estima necesario que se disponga la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población.

2. STC N.º 0009-2007-PI/TC, 0010-2007-PI/TC (Acumulados). Caso Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la República del Perú

Esta sentencia del Tribunal Constitucional resuelve dos demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley N.º 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación; y la Ley N.º 28925, que modifica la Ley N.º 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI; por considerar dichas normas lesivas de sus derechos constitucionales a la igualdad, vida privada, autodeterminación informativa, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, la libertad de contratación, la libertad de asociación y el derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, el derecho al trabajo, el derecho al libre acceso a la función pública, así como los principios constitucionales del Derecho administrativo sancionador.

Atendiendo a la relevancia constitucional, social y política de esta controversia; el Tribunal Constitucional consideró oportuno abordar el problema jurídico desde diversas aristas, entre las que resaltan:

La Relaciones entre el modelo de Estado democrático y social de Derecho con la sociedad civil

En este punto, el Tribunal Constitucional reconoce la gran trascendencia del incremento de la participación de la sociedad civil en los procesos de cambio del Perú contemporáneo. Así pues, reconoce como ventajas de los programas creados por la sociedad civil la disminución de sus costos operativos y la mayor flexibilidad operativa de estos en relación al Estado, por lo que estima por conveniente analizar las causas ya no solo respecto de la eficiencia de los servicios que presta, sino a la eficacia en el área de los denominados servicios sociales.

Bajo este escenario, el supremo intérprete constitucional entiende que resulta necesario en el análisis de la presente controversia constitucional, enfatizar en lo que se suelen denominar ONG's y que son entendidas de la siguiente manera:

"(…) aquellas organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto servir a los intereses públicos aludidos mediante la prestación de servicios específicos. Son mayoritariamente organizaciones de afiliados que comparten diversos intereses sociales" (Fundamento Jurídico N.º 5)

Función constitucional del Sistema de Cooperación Técnica Internacional peruano

Respecto a las organizaciones privadas que reciben la denominación de "Organización No Gubernamental de Desarrollo receptora de Cooperación Técnica Internacional" (ONGD - Perú), el Tribunal Constitucional identifica su relevancia constitucional afirmando que:

"Así, estas entidades —ya sea bajo la forma de asociaciones o fundaciones— coadyuvan en la implementación de dichos fines del sistema, y también en la existencia plena del Estado social y democrático de Derecho. Siendo que su incansable labor devino esencial en el restablecimiento de la democracia y; hoy en día, en un contexto de normalidad constitucional, su actuación no es de menor relevancia; por el contrario es esencial para el proceso de fortalecimiento de la democracia peruana. Participación que no se da en términos de política partidaria, sino que alude a una dimensión política extraestatal de carácter cívico y social, vinculada íntimamente con las consideraciones sobre el pluralismo y la promoción del diálogo, evitando la atomización y la destrucción misma de la estructura del sistema institucional".

Competencias de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI)

Manifiesta el Tribunal Constitucional que:

"La Cooperación para el Desarrollo o Ayuda Oficial al Desarrollo o Cooperación Técnica Internacional (CTI) se entiende como un conjunto de actuaciones y herramientas de carácter internacional orientadas a movilizar recursos e intercambiar experiencias entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo para alcanzar metas comunes estipuladas en la agenda mundial y basadas en criterios de solidaridad, equidad, eficacia, sostenibilidad, co responsabilidad e interés mutuo[4]".

Sobre la base de dicho escenario es que se crea la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, que tiene como competencias las de conducir, programar, organizar, priorizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable; las mismas que recaen sobre:

(i) Entidades que gestionan cooperación internacional a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado, en función de la política nacional de desarrollo, y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece.

(ii) Entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio, beneficio tributario, exoneración, utilicen de alguna forma recursos estatales o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.[5]

Del artículo 1 de la Ley N.º 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del principio-derecho de igualdad

Tomando en consideración que los demandantes alegan la vulneración del principio-derecho de igualdad, el Tribunal Constitucional desarrolla en este punto el test de proporcionalidad aplicado al referido derecho fundamental.

Así pues, respecto al sub principio de idoneidad o adecuación, el Tribunal Constitucional concluye que sí es aprobado por la norma impugnada, tal como se desprende de las siguientes afirmaciones:

"De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado social y democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social

4 Fuente APCI. En http://www.apci.gob.pe/portal4/cooperacion_conceptos-definicion.html

5 Fundamento Jurídico N.º 12

y económico de la Nación; especialmente, como señala la Constitución (artículo 59) "(…) los sectores que sufren cualquier desigualdad (…)". Para lo cual, el Estado no está impedido de controlar y fiscalizar a todas aquellas entidades que comprometen fondos de la CTI orientados a la realización de intereses públicos" (Fundamento Jurídico N.º 22)

Por su parte, entiende el supremo intérprete de la Constitución que la disposición impugnada cumple también con el sub principio de necesidad, toda vez que:

"(…) esta medida no es gravosa ni tampoco vulnera el derecho-principio a la igualdad, sino que por el contrario equipara el tratamiento jurídico, en lo que corresponde, de entidades que en sus finalidades son las mismas; dejando librada la posibilidad en dicha entidades de no someterse al íntegro del régimen de control y fiscalización d la APCI, no pudiendo en razón a ello acceder a los privilegios y beneficios otorgados por el Estado (renuncia a dichos beneficios patrimoniales). Y si ello es así, con mayor razón, aquellas entidades que optaron por no inscribirse en la APCI y prescindir de los beneficios derivados del régimen de CTI administrado por la APCI, no se verían obligados a someterse a la fiscalización y control desarrollados a través de dicha agencia estatal" (Fundamento Jurídico N.º 22)

Finalmente, respecto al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional concluye que la norma cuya inconstitucionalidad se alega cumple también con el mismo, al considerar que "(…) una fiscalización proporcional por parte de la APCI, redundará en el propio fortalecimiento de las ONGD que actúen seriamente en la esfera del desarrollo, ayuda de emergencia o protección ambiental o que representen intereses de segmentos pobres o vulnerables de la población".

Del artículo 1 de la Ley N.º 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del derecho a la vida privada y a la autodeterminación informativa

En el presente extremo de la sentencia, el supremo intérprete de la Constitución estima que si bien la fuente de financiamiento de las ONGD's es identificada por ellas mismas, la trascendencia pública de los proyectos que realizan legitimaría un mayor control —aunque siempre proporcional— por parte del Estado.

Por tal motivo, menciona:

"(…) si bien el financiamiento de las ONGD nacionales proviene fundamentalmente de fuentes de financiamiento identificadas por ellas misma; en este sentido, la relación y condiciones bajo las cuales se celebran los acuerdos o contratos de ejecución son de absoluta y total responsabilidad de las partes, debe remarcarse que estas relaciones trascienden del ámbito estrictamente privado (cual relaciones exclusivamente sinalagmáticas) en la medida que se vinculan a intereses públicos, sobre los cuáles el Estado tiene un especial deber de tutela y promoción.

36. Sin embargo, este Colegiado debe señalar que la relevancia de la realización de dichos intereses públicos, no supone extender sobre la base de simples suposiciones que no pueden ser corroboradas por acciones concretas, la deducción de un actuar irregular de las entidades[6]. Con ello queremos decir, que no es posible impedir *ex ante* la inscripción (ni en el Registro Público de Personas Jurídicas, ni en este Registro de la APCI) de aquellas ONGD que cumplan con las previsiones legales en la materia, y siempre que conste su voluntad para ello" (Fundamentos Jurídicos Nros. 35 y 36)

De la alegada vulneración a la vida privada y el contenido de la inscripción

De acuerdo con la disposición impugnada, deberán registrarse a la APCI lo siguiente:

6 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia, de 10 de julio de 1998.

(i) Los proyectos, programas o actividades.

(ii) Ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.

Entiende entonces el Tribunal Constitucional que dicho requerimiento encuentra su fundamento en el derecho del público a la información y que se concretiza esencialmente en tres principios constitucionales:

- *Principio constitucional de publicidad*.— que constituye una medida institucional de carácter preventivo destinada a fortalecer las normas de conducta para el legítimo cumplimiento de las finalidades de las entidades que gestionan cooperación internacional. De ahí que para que la publicidad sea legítima debe encontrarse fundamentada en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad; lo que permitirá preservar la confianza ciudadana en la gestión y funcionamiento de dichas entidades.
- *Principio constitucional de transparencia*.- habida cuenta que el mayor reto que enfrenta el Estado Constitucional y Democrático en el aspecto institucional es la necesidad de legitimar su existencia y las competencias de las instituciones que lo conforman, a través del reconocimiento de la eficacia jurídica de los valores superiores de transparencia y responsabilidad.
- *Principio constitucional de proscripción de la corrupción*.- que permitirá consolidad jurídicamente los principios constitucionales anteriores, que permitirá una cooperación abierta entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Y es que, como bien menciona el Tribunal Constitucional "(…), sólo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos" (Fundamento Jurídico N.º 57)

Naturaleza de los recursos y fondos de la CTI

Si bien el Tribunal Constitucional reconoce que los recursos y fondos de la CTI son bienes que integran el dominio privado, su regulación no puede venir dada exclusivamente desde una perspectiva civilista del derecho real de propiedad, ya que van a ser destinados para fines sociales consagrados constitucionalmente. Ello se debe a que:

"Dado que están afectos a fines de alta significación económica y social, desde la perspectiva de su mejor utilización social; de allí que no sea sustentable jurídicamente derivarlos y dejarlos al manejo antojadizo y arbitrario de quiénes podrían no asumir con lealtad constitucional la responsabilidad de su gestión. Sobretodo si se atiende a su carácter limitado y las diversas amenazas que se ciernen a este flujo de recursos —crisis en las economías de los países desarrollados, erosión del compromiso asumido en la década del 70 por estos mismos países de destinar el 0,7% de su PBI a la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD)[7], adicionalmente, los actuales indicadores macroeconómicos califican al Perú como un país de renta media, por lo que paulatinamente dejamos de ser receptores de cooperación no reembolsable y cada vez más, somos candidatos a recibir sólo cooperación reembolsable-" (Fundamento Jurídico N.º 71)

Estado y contratos de ejecución de CTI

El Tribunal Constitucional entiende, respecto a este punto, que los contratos de

7 Concepto desarrollado en la década de 1970 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de la Organización de las Naciones Unidas.

ejecución de la CTI deben encontrarse subordinados al interés público, lo que supondrá consecuentemente, un control estatal de la ejecución del mismo. Respecto al control de la ejecución del contrato, el supremo intérprete de la Constitución menciona:

"En ese sentido, dicho control no deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse. La Administración sólo puede realizar intervenciones legítimas sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la realización de estas actividades, con la finalidad precisamente de asegurarla y garantizarla para los terceros beneficiarios" (Fundamento Jurídico N.º 81)

De los artículos 2 y 3 de la Ley N.º 28925, y el artículo 5 de la Ley N.º 28875 respecto a la alegada afectación del derecho de asociación

En este extremo, el Tribunal Constitucional desarrolla el contenido esencial del derecho a la libertad de asociación, el mismo que está constituido por:

a) el *derecho de asociarse*, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas;

b) el *derecho de no asociarse*, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y

c) la *facultad de auto organización*, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización.[8]

En ese sentido, concluye que las disposiciones impugnadas no vulneran el contenido esencial del derecho a la libertad de asociación, debido a que:

- La inscripción en los registros de la APCI no constituye una condición obligatoria para ejecutar la CTI. Pues, tal como se desprende de la interpretación realizada por este Colegiado, dicha obligación sólo correspondería a aquéllas que gozan del beneficio patrimonial, a partir del ámbito *ratione personae* de la norma impugnada, y
- Las obligaciones que se generan del registro ante la APCI tienen una naturaleza eminentemente autónoma, dado que es la manifestación de voluntad de la entidad respectiva la que determina la inscripción.

Del artículo 9 de la Ley N.º 28925 y régimen de infracciones y sanciones sujeto a la potestad sancionadora de la APCI

Régimen de infracciones

El derecho de asociación, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional en el presente caso, cuando manifiesta que:

"Este derecho no es absoluto y hay que admitir que cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades de otros, la presente ley ratifica la facultad de la Administración Pública competente para proteger estas instituciones o personas. Sin embargo, se deberá verificar en las vías correspondientes la legítima utilización de dicho poder, de forma que se hilvane la necesaria integración entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos.

Y dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración. En ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya inter-

8 Fundamento Jurídico N.º 89

vención y cuidado le han sido previamente encomendados" (Fundamentos Jurídicos Nros. 101 y 102)

Atendiendo entonces a que el trasfondo de la fiscalización de las asociaciones sería el principio de orden público, el Tribunal Constitucional desarrolla el doble contenido del mismo. Así, menciona respecto al primer contenido que:

"(…) es comprehensivo del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. De esta forma, el orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad" (Fundamento Jurídico N.º 111)

Mientras que del segundo contenido, entiende por este principio

"(…) también hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que ningún Derecho Constitucional o situación subjetiva de origen legal o infralegal, pueda ser apreciado como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido de todo derecho fundamental (como los comprometidos en el presente caso, *v.gr.* asociación, igualdad, vida privada, entre otros), actuando sobre ellos, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún derecho fundamental puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona (natural o jurídica) una actuación privada, siempre que no se afecte el contenido esencial de otros derechos fundamentales, así como se tenga por objeto concederles debida protección" (Fundamento Jurídico N.º 112)

3. STC N.º 5976-2006-PA/TC. Caso Carlos Alberto Alarcón del Portal

Sentencia emitida como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por Carlos Alarcón del Portal contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) con la finalidad que se declare la nulidad del Acuerdo N.º 183-2004, de la Resolución N.º 020-2004-PCNM y de todas las resoluciones emitidas con posterioridad a la Resolución N.º 065-2003-PCNM, que dio por concluido el procedimiento disciplinario seguido en su contra, alegando la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso, defensa, igualdad ante la ley, a la cosa juzgada, a la petición y a obtener una respuesta escrita y debidamente motivada.

El presente proceso constitucional le permite al Tribunal Constitucional abordar el tema de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura. Así las cosas, recuerda que no cabe ni resulta legítima una interpretación aislada del artículo 142. º de la Constitución que dispone que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materias de evaluación y ratificación de magistrados. En efecto, el supremo intérprete de la Constitución recuerda que las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas a la luz de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, concordancia práctica, corrección funcional y eficacia integradora.

Precisamente atendiendo a dichos principios de interpretación constitucional, se concluye que:

"Siendo ello así, debe quedar claramente establecido que el Tribunal Constitucional,

en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura que eventualmente puedan resultar vulneratorias de los derechos fundamentales de las personas" (Fundamento Jurídico N.º 22)

Por otra parte, el Tribunal Constitucional analiza también la atribución del Consejo Nacional de la Magistratura para imponer sanciones y que se encuentra prevista en el artículo 154 numeral 3 de la Constitución. En ese sentido, recuerda que todas las funciones constitucionales deben ejercerse dentro del marco establecido en la Constitución, lo que resulta de mayor importancia aún en el caso del ejercicio de la potestad sancionadora. Así lo entiende el supremo intérprete de la Constitución, al mencionar que:

"La exigencia de observar estos límites es aún más intensa si de lo que se trata es de ejercer funciones en el ámbito de la imposición de sanciones. En estos casos, los derechos fundamentales se erigen no sólo como facultades subjetivas e instituciones objetivas valorativas, sino también como auténticos límites a la facultad sancionadora de un órgano constitucional. Sólo de esta manera la sanción impuesta incidirá legítimamente en los derechos fundamentales de las personas, pues estos, cuando se trata de imponer sanciones, son, a su vez, garantía y parámetro de legitimidad constitucional de la sanción a imponer" (Fundamento Jurídico N.º 27)

Respecto al caso específico de la potestad sancionadora del Consejo Nacional de la Magistratura, se advierte la existencia de dos exigencias constitucionales: audiencia previa al interesa y resolución debidamente motivada.

OCTUBRE

1. STC N.º 1078-2007-PA/TC. Caso José Miguel Ángel Cortez Vigo

El señor José Miguel Ángel Cortez Vigo interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones con la finalidad que se declare la nulidad de dos resoluciones del referido órgano constitucionalmente autónomo y consecuentemente, se disponga la convocatoria a referéndum para la aprobación del "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo".

El Tribunal Constitucional concluye que las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998, por no constituir este un tributo, conclusión a la que arriba sobre la base de lo siguiente:

- El Decreto Ley 22591 no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente
- No puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado;
- No se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio directo al contribuyente,

actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591.

- La ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo

De ahí que cuestione el Tribunal Constitucional que el Jurado Nacional de Elecciones haya motivado sus resoluciones denegatorias de la solicitud de referéndum en una norma con rango legal como el Código Tributario, y no así en la Constitución, específicamente el artículo 74 que consagra los principios constitucionales tributarios, los cuales a entender del supremo intérprete de la Constitución no habrían sido cumplidos por las normas primigenias del FONAVI.

2. STC N.º 4972-2006-PA/TC. Caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.

Los recurrentes interponen demanda de amparo contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited, solicitando que se determine la incompatibilidad constitucional por el uso abusivo del derecho y se declaren inaplicables: a) la Cláusula 20.3 del Contrato de Otorgamiento de Licencia, Prestación de Servicios y Transferencia de *Know-How*; b) La Cláusula 18.3 del Contrato de Transferencia de Equipos, y c) La Cláusula 19 del Contrato de Compraventa de Máquinas Tragamonedas, puesto que mediante las mismas se les pretende someterlos compulsivamente a un arbitraje. Por tal motivo, consideran dichas cláusulas lesivas de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la contratación válida según las normas vigentes, a la proscripción del abuso del derecho, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Este proceso constitucional constituye una ocasión para que el Tribunal Constitucional establezca de manera expresa, en virtud de lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, doctrina constitucional vinculante tanto respecto a los derechos fundamentales de las personas jurídicas como sobre amparo arbitral.

Con relación a los derechos fundamentales, manifiesta que resulta constitucionalmente legítimo el reconocimiento de éstos a las personas jurídicas. Sin embargo, señala que:

"(…) conviene puntualizar que tal consideración tampoco significa ni debe interpretarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona natural sean los mismos que corresponden a la persona jurídica" (Fundamento Jurídico N.º 13)

Por otra parte, en lo que se refiere al control constitucional de la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional indica tres situaciones que habilitarían el mismo:

a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.), para lo cual deberá agotarse la vía previa.

b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben;

c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).[9]

3. STC N. º 10340-2006-PA/TC. Caso Justina Bedoya Trejo

El presente proceso constitucional se inicia con la interposición de una demanda de amparo de Justina Bedoya Trejo contra don Abel Godofredo Loli Rodríguez, titular del Segundo Juzgado Mixto de

9 Fundamento Jurídico N.º 17.

Huanuco, y contra los vocales de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, a fin de que se deje sin efecto las resoluciones de fecha 8 de agosto de 2005 y 21 de septiembre de 2004, alegando la vulneración de su Derecho Constitucional al debido proceso, pues omitían valorar los medios probatorios presentados por ella en el proceso laboral ordinario.

Atendiendo a que la demanda de amparo constitucional provenía de Huanuco, el supremo intérprete de la Constitución estimó pertinente realizar algunas consideraciones respecto a su sede institucional.

Así pues, entiende que el si bien la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fija como la sede de este en Arequipa, nada obsta, en virtud de la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional reconocida en el artículo 201. º de la Constitución, para que sesione entre otra ciudad de la República. Ello se debe a que el supremo intérprete de la Constitución considera que la autonomía consagrada en la referida disposición constitucional, supone distintos tipos de autonomía, como:

- La autonomía administrativo- jurisdiccional, que le permite definir su gobierno y función jurisdiccional.
- La autonomía funcional.- respecto a los demás poderes del estado y órganos constitucionales.
- La autonomía procesal.- facultad que le permite al Tribunal Constitucional llenar los vacíos y deficiencias legislativas procesales.[10]

Sobre la base de dicha consideración, el Tribunal Constitucional estima que su gestión jurisdiccional constituye una cuestión orgánica que no puede ser sometida a controversia jurídica, más aún si le reconoce a dicho órgano constitucionalmente autónomo el principio de competencia de la competencia consagrado en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que dispone que "(…) en ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente Ley".

Sin perjuicio de lo expuesto, entiende el supremo intérprete de la Constitución que lo constitucionalmente relevante es que el Tribunal Constitucional garantice, a través de su gestión jurisdiccional, el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; ello con prescindencia del lugar donde sesione.

Lo mencionado en el párrafo anterior tiene como sustento la percepción por parte del Tribunal Constitucional de que el acercamiento real de la justicia constitucional a los ciudadanos forma parte de su política jurisdiccional. Para ello expone dos razones fundamentales:

- El cumplimiento del mandato constitucional de descentralización (artículo 188), en el entendido de que el proceso de descentralización también alcanza a la justicia constitucional.
- El cumplimiento, por un lado, del principio constitucional procesal de inmediación, según el cual el juez constitucional debe tener el mayor contacto posible tanto con los sujetos —demandante, demandado, por ejemplo— como con los elementos objetivos del proceso constitucional a resolver; por otro, del principio de economía procesal, el cual no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del mismo, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que supone desplazarse a la sede del Tribunal Constitucional; y también del principio de socialización de los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[11].

10 Fundamento Jurídico N.º 2.

11 Fundamentos Jurídicos Nros. 7 y 8.

Finalmente, respecto al análisis del caso concreto, consideramos pertinente mencionar que el Tribunal Constitucional expone de manera somera la forma cómo puede vulnerarse el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales cuando señala que:

"(…) Un juez puede violar el deber de motivación tanto cuando omite exponer las razones que justifican la decisión, como cuando, exponiéndolas, la motivación pueda ser calificada de aparente o defectuosa, sea por una deficiente aplicación de las normas que disciplinan el caso, sea por una errónea valoración de los hechos que inciden directamente en la decisión pronunciada" (Fundamento Jurídico N.º 17)

4. STC N.º 6135-2006-PA/TC. Caso Hatuchay E.I.R.L

La empresa Hatuchay E.I.R.L. interpuso demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (Indecopi) y la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), con la finalidad que se inaplique el primer párrafo del Art. 147 del Decreto Legislativo 822, por considerarlos lesivos de sus derechos fundamentales de igualdad ante la ley y a la libertad de empresa y comercio.

Para analizar la presente controversia constitucional, el Tribunal Constitucional analiza la norma cuestionada de la siguiente manera:

"Esta norma atribuye legitimación a las sociedades de gestión colectiva para instar procesos judiciales o administrativos a efectos de hacer valer los derechos confiados a su administración, estableciéndose una *presunción relativa* respecto a la titularidad de tales derechos. Esto significa que, en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador como el que aquí se analiza, se tiene una presunción relativa de que la sociedad colectiva detenta el título del derecho y que, como consecuencia de ello, la parte denunciada no puede cuestionar dicho título, salvo que demuestre lo contrario. Ahora bien, ¿afecta el derecho a la igualdad de armas en un proceso el que se exija a la parte denunciada que tenga que acreditar que la sociedad colectiva denunciante carece del título que dice poseer?" (Fundamento Jurídico N.º 4)

Respondiendo el supremo intérprete de la Constitución afirmativamente dicha interrogante, sobre la base de la siguiente consideración:

"En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada debe probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de "prueba diabólica", dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención".

Por tal motivo, habiendo concluido que la norma impugnada presente un vicio de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional considera que, en mérito al especial deber de protección de los derechos

fundamentales que tienen los Tribunales Administrativos, el que estos últimos no ejercieran el control difuso administrativo de la norma cuya inaplicación se pretende el presente proceso constituye precisamente una vulneración al deber de protección antes mencionado.

NOVIEMBRE

1. STC N.º 0014-2006-PI/TC. Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima

Esta sentencia se expide como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima con la finalidad que se deje sin efecto la Ley N.° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal, debiendo extenderse los efectos de la sentencia a la Ley N.° 28730; por considerar dicha norma lesiva del artículo 139 numeral 3 de la Constitución.

El demandante fundamenta su demanda en la consideración de que la ley impugnada, al incorporar institutos procesales como la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, transgrede el Derecho Constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una pena, lo que atenta contra el principio *ne bis in ídem*.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional aborda diversos temas, entre los que resaltan:

Constitución y Derecho Penal

El Tribunal Constitucional parte de considerar que todas las instituciones jurídicas deben ser desarrolladas a la luz de la Constitución, que es donde finalmente se encuentran las bases y fundamentos de todas las disciplinas del Derecho, como el Derecho Penal.

Así pues, señala que:

"La influencia del Derecho Constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones "propias" del Derecho Penal y *desde* el Derecho Penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal" (Fundamento Jurídico N.º 3)

Constitución y "Derecho Penal del enemigo"

En el mencionado extremo de la sentencia, el supremo intérprete de la Constitución se remite a la STC N.º 0003-2005-PI/TC para reafirmar su posición de que resultaría contrario al principio-derecho de dignidad humana y al propio principio democrático efectuar una distinción entre el Derecho Penal de los ciudadanos y un Derecho Penal de los enemigos, teniendo dicha distinción la finalidad de eliminar y negar los fines constitucionales de la pena para estos últimos.

Fines constitucionales de la pena

Habida cuenta que en el punto anterior el Tribunal Constitucional había hecho referencia a los fines constitucionales de la pena, estimó pertinente desarrollar los mismos, valiéndose para ello de la STC N.º 00019-2005-PI/TC en la que desarrolló las principales teorías sobre los fines de la pena.

En ese sentido, sobre las referidas teorías menciona:

- *Teoría de la retribución absoluta.*- según la cual la pena no cumple ninguna

función social, puesto que tendría por finalidad la venganza del Estado en representación de la sociedad por la afectación de un bien jurídico relevante. A juicio del Tribunal Constitucional, esta teoría no resultaría constitucional, por contravenir el principio-derecho a la dignidad humana.

- *Teoría de la prevención especial.*- que centra los fines de la pena en los beneficios que la misma debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. En ese sentido, entiende que la finalidad de la pena cuenta con dos fases: a) al momento de la aplicación misma cumpliría una finalidad disuasiva y b) en el momento de la ejecución de la pena, esta deberá estar orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo en la sociedad, encontrándose esta última finalidad reconocida expresamente en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución.
- *Teoría de la prevención general.*- que entiende que la pena tiene la finalidad de influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de importancia en el ordenamiento jurídico.
- *Teoría de la unión.*- que sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.[12]

Concluyendo, en líneas generales que:

"(…) , las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática" (Fundamento Jurídico N.º 13)

No obstante lo expuesto, independientemente de las teorías que desarrollan los fines de la pena, el Tribunal Constitucional señala que:

"(…), desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (*principio de lesividad*)".

La noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú

Tomando en consideración que la norma impugnada estaba relacionada con las figuras de la reincidencia y la habitualidad, el Tribunal Constitucional estimó que era conveniente realizar una aproximación conceptual al la expresión reincidencia.

Así las cosas, afirmar que:

"(…), la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley" (Fundamento Jurídico N.º 17)

12 Fundamentos Jurídicos Nros. 6 al 10.

Pasando luego a efectuar un análisis directo de la norma cuestionada, entendiendo que la misma comprendería a la reincidencia como una calificación de la conducta delictiva adicional a la prevista en el Código Penal, de forma tal que el juzgador tendrá que realizar dos calificaciones:

1. Analizar si la conducta realizada puede subsumirse en algún delito específico.
2. Analizar si la misma conducta que fue calificada en un primer momento con el nombre de un delito en particular califica también como reincidencia, atendiendo a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito.

Lo que acarreará como consecuencia que, de constatarse la comisión del delito y el carácter de reincidente del imputado, se atribuirán dos sanciones: una por la comisión del delito y la agravación de la sanción primera por ser considerado como reincidente.

En vistas que la parte demandante alegó la vulneración del principio *ne bis in idem*, el Tribunal Constitucional analiza la figura de la reincidencia a la luz del referido principio constitucional, concluyendo que no existe vicio de inconstitucional alguno en este extremo debido a que:

"El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente —es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento— no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*" (Fundamento Jurídico N.º 24)

La reincidencia y el principio de culpabilidad

Otro de los argumentos esgrimidos por la parte demandante para cuestionar la figura de la reincidencia es la vulneración del principio de culpabilidad. El referido principio que se extrae de los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas no solo constituye una de las bases fundamentales del Derecho Penal, sino también constituye la justificación de la imposición de las penas, que solo podrá operar cuando pueda ser reprobable su comisión.

Sobre la reprobabilidad del delito es un requisito menciona:

"La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado".

En esa misma dirección, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido. Por ello se sostiene que:

"(…) el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella" (Fundamento Jurídico N.º 27)

Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la habitualidad

Además de la figura de la reincidencia, otra de las figuras cuya constitucionalidad se cuestiona en el presente proceso constitucionalidad es la habitualidad. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional efectúa una primera aproximación a la referida figura desde la perspectiva del Derecho Penal, tanto normativa legal como dogmática.

Así pues, afirma que:

"En el Derecho Penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en

tiempos diversos e independientes unos de otros. En esa misma sede se han formulado determinadas críticas a la habitualidad, por entender que ésta no puede ser explicada en cuanto hecho antijurídico que se materializa repetidamente a través del tiempo, sino a partir de una justificación psicológica atendiendo a que el delincuente habitual, al manifestar una proclividad al delito, revela una personalidad de naturaleza patológica expuesta en una conducta antisocial, renuente a internalizar los mandatos legales y a actuar en virtud de ese conocimiento normativo" (Fundamento Jurídico N.º 48)

No obstante dicha aproximación, el supremo intérprete de la Constitución menciona que sin desconocimiento de las críticas existentes a la figura de la habitualidad por parte de la dogmática penal, el control abstracto de constitucionalidad de las leyes se efectuará sobre la base de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución, no así en la doctrina. Por ello concluye que la habitualidad no se encuentra viciada de inconstitucionalidad, argumentando para ello lo siguiente:

"El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44 de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegiado no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139, inciso 3, de la Constitución" (Fundamentos Jurídicos Nros. 52 y 53)

2. STC N.º 00013-2007-PI/TC. Caso más de cinco mil ciudadanos.

Más de cinco mil ciudadanos representados por Jorge Santistevan de Noriega interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión, que disponía que la participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen; por considerar dicha norma legal lesiva de sus derechos constitucionales a la igualdad.

La demanda de inconstitucional fue declara fundada por el Tribunal Constitucional, que en su parte considerativa abordó, entre otros, los siguientes temas:

Derechos comunicativos y medios de comunicación social

Si bien es cierto que no son los únicos mecanismos a través de los cuales se ejercen las denominadas libertades comunicativas (expresión e información), el Tribunal Constitucional entiende que son los medios

de comunicación la forma más concreta de ejercer los referidos derechos.

Por tal motivo, el supremo intérprete de la Constitución califica a los medios de comunicación como instituciones constitucionales. Y es que:

"Cabe recordar que las instituciones son realidades con efectiva vida social y política que ameritan una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes" (Fundamento Jurídico N.º 5)

Precisamente debido a que los medios audiovisuales son instituciones constitucionales es que se exige una participación más activa de los ciudadanos, de forma que se preserve un proceso de preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades desde la propia sociedad.

La LRT como reflejo de la radio y la televisión en tanto instituciones constitucionales

El Tribunal Constitucional advierte que el sector audiovisual (radio y televisión) cuenta con singularidades que obligan al legislador a imponer restricciones al ejercicio de dicha actividad. Fundamentalmente, la razón radica en el doble estatus de la radio y televisión:

- Es un derecho subjetivo, en tanto actividad empresarial que desarrollan las personas en virtud de la libertad empresarial;
- Es un derecho objetivo, en tanto cumplen una función social de comunicación pública, ya que la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales, para que sea legítima constitucionalmente debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar sin manipular, y, por tanto, formar libremente la opinión pública.[13]

Dado también su carácter de institución constitucional, el Tribunal Constitucional entiende a la radiodifusión nacional como un servicio esencial, pero a su vez como un servicio privado de interés público; por esto último es que se obtienen mediante concesiones bajo la forma de autorizaciones.

Las reglas de las autorizaciones para radio y televisión

En este punto, el Tribunal Constitucional concluye que resulta válido constitucionalmente que la Ley de Radio y Televisión se refiera a la actividad de los medios como una forma de autorización por parte del Estado, pues deberá de ser entendida la misma —entiéndase, la autorización— como una concesión.

El sustento, en líneas generales, de dicha afirmación la encontramos en el siguiente fundamento de la sentencia:

"(…), la autorización a favor de las empresas radiodifusores debe ser entendida como una forma de aprovechamiento válido de los recursos naturales del Estado, en el caso concreto del espectro radioeléctrico" (Fundamento Jurídico N.º 17)

En este extremo el Tribunal Constitucional cuales son los fines que deben buscar, en tanto institutos constitucionales, principalmente lo siguiente:

- Que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino que ésta sea coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, toda vez que en el país se debe buscar el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44 de la Norma Fundamental), además que existe el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38 de la Norma Fundamental).
- Que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Consti-

13 Fundamento Jurídico N.º 8.

tución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4, una titularidad superreforzada de derechos fundamentales, más aún si también se ha previsto que el único límite a la proscripción de censura previa en el ámbito hemisférico dentro de los espectáculos públicos se refiere a la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- Que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61 *in fine* expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.
- Que la publicidad no sea engañosa, desleal o subliminal, máxime si la Constitución señala en su artículo 65 que se ha de defender el interés de los consumidores y usuarios, exigiéndose una adecuada información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velándose por la salud y la seguridad de la población.[14]

La reciprocidad en el tratamiento igualitario entre la inversión extranjera y nacional

Si bien luego de la aplicación del test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional concluye que la disposición impugnada era inconstitucional, señala adicionalmente que resulta imperativo que se provea un trato similar a los extranjeros en nuestro país que a los nacionales en los países extranjeros.

Por tal motivo señala lo siguiente:

"(…), pero es necesario, en pos de tutelar intereses como país soberano, y en la necesidad de demandar reciprocidad económica con otros países, buscar que el trato que podamos brindar a los capitales de un país extranjero sea equitativo al que puedan recibir los nuestros cuando accedan a dicho país.

(…)

Por eso, consideramos imperioso a la luz del propio artículo 63 de la Constitución que se exija en el ámbito del territorio un trato similar, con no menos derechos, al de nuestros nacionales en los países extranjeros, por eso es el mandato expreso de la propia Norma Fundamental" (Fundamento Jurídico N.º 32)

3. STC N.° 3501-2006-PA/TC. Caso Ricardo David Chávez Caballero.

Sentencia emitida en virtud del proceso de amparo interpuesto por Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú, con la finalidad de que se disponga su reposición en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, puesto que alegaba haber sido despedido de manera injustificada e imputándosele la comisión de hechos falsos, más aún si el "retiro de confianza" como causal de despido no se encuentra contemplada en la legislación laboral.

Atendiendo entonces a la naturaleza del cargo que ostentaba el demandante al momento de ser despedido, el Tribunal Constitucional desarrolla un amplio análisis respecto a los denominados trabajadores de confianza.

En ese sentido, la primera aproximación que se realiza es a la luz de lo que dispone expresamente la Constitución, advirtiéndose que la misma solo hace referencia a los trabajadores de confianza del sector público, mas no a los del sector privado. No obstante ello, ya se identifica la existencia de un régimen particular para ellos que supone un mayor compromiso y consecuentemente, algunas restricciones a derechos fundamentales que son libremen-

14 Fundamento Jurídico N.º 18.

te ejercidos por los trabajadores comunes, como la sindicalización, por ejemplo.

Precisamente este mayor compromiso y las particulares funciones de un trabajador de confianza acarrean como consecuencia la necesaria implementación de un régimen especial, siendo estas particularidades las siguientes:

a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.

b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.

c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.

d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.

e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42 de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza.

f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza.

h) No tienen derecho al pago de horas extras. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada.

i) No tienen derecho a una indemnización vacacional.[15]

Por otra parte, el Tribunal Constitucional aborda la distinción normativa existente entre los trabajadores de confianza y de dirección, suscribiendo la misma, conforme se aprecia de las siguientes afirmaciones:

"Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con

15 Fundamento Jurídico N.° 11.

el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, *la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación*" (Fundamento Jurídico N.° 13. énfasis nuestro).

Asimismo, entiende el supremo intérprete de la Constitución que existen dos formas de acceder a un cargo de dirección o confianza, pero que ambas no deberían tener un mismo tratamiento respecto a las causales legítimas de despido. Estas formas de acceder al cargo serían:

- Cuando los trabajadores son contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza, por lo que tienen pleno conocimiento de las consecuencias que ello supone.
- Cuando los trabajadores ingresaron al centro laboral para efectuar funciones comunes u ordinarias pero que, posteriormente, le son asignadas funciones propias de un trabajador de confianza.[16]

Es precisamente dicha distinción la que le permite al Tribunal Constitucional concluir que en aquellos supuestos en los que un trabajador común es promovido o se le asignan funciones propias de un trabajador de confianza, la misma que posteriormente le es retirada, debe retornar a sus labores ordinarias inmediatamente anteriores y no disponerse el cese de la relación laboral, salvo que se acredite la comisión de falta grave, ya que:

"(...), cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del *jus variandi* que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido" (Fundamento Jurídico N.° 20).

4. STC N.° 0007-2006-PI/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari.

El presente proceso constitucional resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, con la finalidad que se deje sin efecto las Ordenanzas N.° 212-2005 y 214-2005, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada *Calle de las Pizzas*, por considerarlas lesivas del principio - derecho de igualdad.

Un punto destacable de la sentencia lo constituye el reconocimiento —a la luz tanto de las disposiciones constitucionales como aquellas que integran el bloque de constitucionalidad, como la Ley Orgánica de Municipalidades— de la competencia que ostentan las municipalidades para regular en materia de servicios de recreación y planificar el desarrollo urbano y la zonificación.

En consecuencia con dicho reconocimiento de competencias, el Tribunal Constitucional señala que constituye materia propia de las Municipalidades Distritales la regulación de las condiciones relativas a la "apertura de establecimientos comerciales", concepto que a su vez no se limita a las condiciones y requisitos que deben

16 Fundamento Jurídico N.° 14.

satisfacerse para la apertura de los mismos —entiéndase, los establecimientos comerciales—, sino también cualquier otro que se encuentre relacionado con esta materia, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales ni los principios consagrados en la Constitución.

Otro aspecto de la sentencia que merece mencionarse es el análisis que realiza el Tribunal Constitucional respecto a la delegación de facultades por medio de ordenanzas municipales, entendiendo esta como una manifestación de la potestad reglamentaria, conforme se aprecia de la siguiente afirmación:

"(...), el dictado de *normas complementarias* a través de Decreto de Alcaldía no puede interpretarse sino como alusión a la potestad reglamentaria que el Alcalde puede ejercer a efectos de desarrollar o concretizar la Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como *reglamento ejecutivo*. En consecuencia, en tanto la facultad de dictado de *normas complementarias* por Decreto de Alcaldía está aludiendo, en realidad, a la potestad reglamentaria de la Ordenanza, la primera norma de la disposición no resulta inconstitucional" (Fundamento Jurídico N.° 17)

Sin embargo, dicha delegación de facultades no debe interpretarse de forma similar a como ocurre en el ordenamiento nacional respecto al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, ya que ello sí supondría que la ordenanza se encuentre viciada de inconstitucionalidad, ya que no está permitido que mediante dicha norma —la ordenanza—, se delegue al Alcalde la potestad de regular mediante Decretos de Alcaldía materias que son propias de ésta primera.

Principio de generalidad de las normas

Habida cuenta que la Ordenanza cuestionada tenía por finalidad regular una zona en particular de todo el distrito, el supremo intérprete de la Constitución consideró oportuno abordar la controversia constitucional desde la perspectiva del principio de generalidad de las normas.

Sobre este punto, manifiesta que una norma satisface dicho principio requiere de un supuesto abstracto y un indeterminado número de destinatarios. No obstante ello, reconoce el Tribunal Constitucional que:

"(...) una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas. Para tal efecto, ha de analizarse la restricción del horario en aplicación del principio de proporcionalidad. Si la medida satisface las exigencias de este principio, entonces resulta constitucional; lo contrario supondrá su inconstitucionalidad" (Fundamento Jurídico N.° 26)

Atendiendo entonces a la necesaria aplicación del test de proporcionalidad, la sentencia expresa que la restricción horaria de atención no resultaría contraria al principio derecho de igualdad.

En efecto, en el fundamento jurídico N.° 29 menciona:

"La restricción del horario máximo de atención no es contraria al derecho a la igualdad puesto que tiene un fundamento objetivo y razonable. De la lectura de la parte considerativa de la Ordenanza N.º 212 se advierte que el objetivo de la restricción es que "se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos miraflorinos", ello en tanto los establecimientos "no reúnen las medidas de seguridad necesarias" (décimo tercer considerando) y los propietarios de estos establecimientos venían "incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil" (noveno considerando); que "no cumplen con las condiciones mínimas de seguridad, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales" (décimo considerando)".

Sin embargo, ello no implica que la ordenanza resulte constitucional, ya que la sola existencia de un fin constitucionalmente legítimo no supone necesariamente su idoneidad, tal como queda corroborado con las siguientes afirmaciones:

"La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada" (Fundamento Jurídico N.° 31)

Pero la ordenanza cuestionada no solamente tiene por finalidad la protección del derecho a la vida y la tranquilidad pública, sino también la protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado que se estaría viendo afectado por la contaminación sonora que se originaría por:

- Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros.
- El desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada, que ocasionan ruidos provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.[17]

17 Fundamento Jurídico N.° 35

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de realizar un segundo examen de proporcionalidad de la ordenanza cuestionada, que esta vez resulta aprobatorio, ya que como concluye el supremo intérprete de la Constitución en el análisis del tercer subprincipio (ponderación):

"La intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es *leve*. La Ordenanza no establece una *limitación absoluta* o *total* del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella sólo establece una *limitación parcial*, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada" (Fundamento Jurídico N.° 44).

El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad

Habida cuenta que en el segundo test de proporcionalidad el Tribunal Constitucional hizo referencia al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas que concurren a los establecimientos ubicados en la *Calle de las Pizzas*, el órgano constitucionalmente autónomo decidió profundizar en el mismo, señalando que

"El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un *derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad" (Fundamento Jurídico N.° 47)

Concluyendo que este derecho fundamental, de forma similar a lo que ocurre con la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales, efectivamente sufre una restricción, pero leve en comparación con el elevado grado de satisfacción del derecho a un medio

ambiente adecuado y equilibrado de los vecinos de dicha zona que pretende tutelar la ordenanza. En esa lógica, el Tribunal Constitucional afirma:

"(...), la intensidad de la intervención en el libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida es *leve*. Se trata de una *restricción temporalmente parcial*, limitada a determinadas horas, no de una *restricción total*. Esto significa que los concurrentes pueden divertirse y encontrar un espacio de esparcimiento en la *Calle de las Pizzas* durante buena parte de la noche e, incluso, de la madrugada, pero no durante toda la noche, hay un margen temporal suficientemente razonable para que las personas puedan recrearse en este espacio de Miraflores. Por otra parte, se trata de una restricción *espacialmente parcial*, no *total*; es decir, los concurrentes pueden optar por lugares alternativos a los de la zona bajo restricción, donde no exista esta o, por último, en los domicilios de los mismos. Por tanto, la restricción del libre desenvolvimiento de la personalidad es de intensidad *leve*" (Fundamento Jurídico N.° 53)

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el extremo de la ordenanza mediante la cual se dispone unilateralmente la revocatoria de las licencias de funcionamiento de los establecimientos ubicados en la *Calle de las Pizzas*, por considerar que ello no puede realizarse sin la existencia previa de un debido procedimiento administrativo.

DICIEMBRE

1. STC N.° 6612-2006-PA/TC. Caso Onofre Vilcarima Palomino

Onofre Vilcarima Palomino interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer de una enfermedad profesional. Afirma para ello que trabajó en la empresa minera Shougang Hierro del Perú S.A.A., desde el 13 de marzo de 1971 hasta el 13 de febrero de 2001, realizando labores de extracción de hierro en minas a tajo abierto y, como consecuencia de ello, contrajo la enfermedad profesional de neumoconiosis.

El presente caso constituye una ocasión propicia para que el Tribunal Constitucional, reiterando y consolidando su jurisprudencia anterior, establezca diversas normas procesales y sustanciales como precedente vinculante, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Así las cosas, habida cuenta que la parte demandada había deducido una excepción de convenio arbitral, el Tribunal Constitucional estimo conveniente desarrollar un acápite sobre el derecho a la pensión y el convenio arbitral.

Respecto al punto señalado en el párrafo anterior, el supremo intérprete de la Constitución, aludiendo a la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales y destacando la importancia del principio derecho de dignidad humana, concluye que:

"En el caso concreto se trata del derecho fundamental a la pensión pero en relación con el derecho fundamental a la vida (artículo 2 inciso 1 de la Constitución) y con el derecho a la salud (artículo 7 de la Constitución), en la medida en que el demandante afirma padecer de neumoconiosis. Frente a este supuesto una disposición legal en el sentido que establece el Decreto Supremo N.º 003-98-SA, en relación con el convenio arbitral, no se condice ni con el carácter fundamental de los derechos reconocidos en la Constitución ni con su naturaleza de indisponible como es el caso del derecho fundamental a la salud, contraría, de otro lado, los deberes fundamentales que asume el Estado (artículo 44 de la Constitución). De ahí que no puede

concluirse, bajo interpretación formalista de esta disposición, que "[e]n el presente caso la vía arbitral ya está predeterminada por ley". (Fundamento Jurídico N.° 8)

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, respecto al otorgamiento de pensión por enfermedad profesional, manifiesta que "(...),el examen médico–ocupacional que practica la Dirección General de Salud Ambiental – Salud Ocupacional, del Ministerio de Salud, constituye prueba suficiente y acredita la enfermedad profesional" (Fundamento Jurídico N.° 4)

Ya sobre los precedentes vinculantes establecidos en la presente sentencia destacan, entre otros, los siguientes:

- No existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.
- En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26 del Decreto Ley 19990.
- Ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115 del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.
- Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción de convenio arbitral, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.
- En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada.[18]

2. STC N.° 3954-2006-PA/TC. Caso José Antonio Nicanor Silva Vallejo.

El señor José Antonio Nicanor Silva Vallejo interpone demanda de amparo contra el

18 Fundamentos Jurídicos Nros. 19 al 28.

Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima con la finalidad que se:

a) Deje sin efecto la Resolución N.º 351-2003-DEP/CEP/CAL, de fecha 26 de junio de 2003, emitida por el Consejo de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima, mediante la que se le impone la sanción de expulsión.

b) Deje sin efecto la Resolución de fecha 16 de julio de 2004, emitida por el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima, que revocando la sanción de expulsión, le impone la de suspensión por un año para el ejercicio de la profesión.

c) Ordene su inmediata reincorporación como miembro activo del Colegio de Abogados de Lima.

d) Deje sin efecto gremial alguno la medida disciplinaria de suspensión por un año en el ejercicio de la profesión.

e) Deje sin efecto gremial ni legal alguno lo dispuesto por el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima para que se aplique el artículo 57 del Estatuto de la Orden, respecto de la anotación de la sanción en el Registro Especial y en el Legajo de la matrícula del colegiado, su publicación en el Boletín de la Orden y en el diario oficial *El Peruano*, y su puesta en conocimiento de los Colegios Profesionales y Cortes Superiores.

f) Ordene al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima publique el correspondiente desagravio en el Diario Oficial *El Peruano* y en los diferentes medios de comunicación social, lo que igualmente deberá ser puesto en conocimiento de los Colegios Profesionales y Cortes Superiores[19].

Por considerarlos lesivos de sus derechos constitucionales a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, al honor y la buena reputación, y al trabajo, así como vulneradores del principio de *ne bis in idem*.

Si bien el Tribunal Constitucional advierte que el acto lesivo habría devenido en irreparable y en consecuencia, resultaría válido invocar el artículo 5 numeral 5 del Código Procesal Constitucional para declarar la improcedencia de la demanda; entiende que el presente caso reviste una serie de particularidades respecto de las cuales estima conveniente pronunciarse.

Por tal motivo, desarrolla diversos temas entre los que destacan los siguientes:

Los colegios profesionales: configuración constitucional, naturaleza jurídica, autonomía y fines

La configuración constitucional de los colegios profesionales le otorga a los mismos una naturaleza jurídica que las diferencia de otras instituciones como las asociaciones y las fundaciones. Una de dichas particularidades sería la autonomía, que les reconoce un ámbito propio de actuación y decisión que no supone en modo alguno autarquía. Así, el reconocimiento de esta autonomía de los colegios profesionales comprende:

- La autonomía administrativa.- referido a la libertad para establecer su organización interna.
- La autonomía económica.- vinculado fundamentalmente a sus ingresos propios de los colegios profesionales y el destino de los mismos.
- La autonomía normativa.- que le permite a los colegios profesionales elaborar y aprobar sus propios estatutos.[20]

Sobre la base de dicho reconocimiento constitucional es que el supremo intérprete de la Constitución las concibe como:

"(...) *entidades creadas para tutelar intereses públicos*, cuyos fines guardan estrecha relación, o están directamente conectados, con los intereses profesionales propios de

19 *Cfr.* demanda de autos, fojas 75 y 76.

20 Fundamento Jurídico N.º 6.

sus integrantes. Puede afirmarse entonces que su finalidad esencial, pero no la única, es el control del ejercicio profesional de sus miembros" (Fundamento Jurídico N.° 8. énfasis agregado).

Y ya respecto al caso en específico de los colegios profesionales de abogados, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente sus fines constitucionales, cuando menciona lo siguiente:

"En el caso de los gremios de abogados, y en particular del Colegio de Abogados de Lima —institución de derecho público interno, autónomo e independiente que agremia a los abogados en el ejercicio profesional[21]— *sus principios y fines se encuentran orientados a* la promoción y defensa de la justicia y el derecho como supremos valores; defender y difundir los derechos humanos; promover y *cautelar el ejercicio profesional* con honor, eficiencia, solidaridad y responsabilidad social; proteger y defender la dignidad del abogado; defender las causas justas de la nación peruana, así como los principios democráticos y humanistas; y, desarrollar una educación jurídica permanente en todos los niveles de la sociedad.[22]" (Fundamento Jurídico N.° 10).

Debido proceso, instituciones de derecho público y *non bis in ídem*

En esta parte de la sentencia, el Tribunal constitucional hace alusión a la reiterada y uniforme jurisprudencia que ha desarrollado sobre el derecho al debido proceso, el mismo que es también predicable al interior de procedimientos administrativos, incluso en aquellos seguidos por entidades de derecho privado como las asociaciones.

En ese sentido —reflexiona el Tribunal Constitucional— si dichos derechos fundamentales son exigibles entre los particulares, nada obsta para que no lo sean respecto a los procedimientos que se siguen ante las instituciones de derecho público como los colegios profesionales. Por tal motivo señala:

"En tal sentido, si el debido proceso, y los derechos que lo conforman resultan aplicables al interior de cualquier persona jurídica de derecho privado dentro de la cual se han reconocido atribuciones de proceso y correlativa sanción a sus integrantes, no hay razón para no invocar dichas categorías dentro de las instituciones con personalidad de derecho público, como es el caso del Colegio de Abogados de Lima, a fin de resguardar los derechos de sus agremiados, fortalecer sus sistemas de organización y, finalmente, lograr su propósito esencial de controlar la actividad de sus agremiados para que la práctica responda a los parámetros deontológicos y de calidad exigidos, así como a los principios y fines estatutarios que persiguen" (Fundamento Jurídico N.° 15)

Por su parte, en lo que respecta a la alegada vulneración del principio de *ne bis in idem*, la misma es negada por el Tribunal Constitucional, que recuerda que un magistrado es también abogado, por lo que las sanciones que recibe por parte del Consejo Nacional de la Magistratura como del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima son distintas en cuanto a su fundamento.

Ello puede apreciarse, por ejemplo, cuando el supremo intérprete de la Constitución afirma:

"En principio debe reiterarse que carece de sustento alegar que el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú no es aplicable al actor porque está previsto para el ejercicio de la profesión de abogado, y no para quienes ostentan la calidad de magistrado, pues conforme a lo expuesto en el fundamento 23c), *supra*, el artículo 50 de dicho cuerpo normativo dispone que es de aplicación para todos los abogados sin distinción alguna, sea que el acto violatorio de las normas éticas se haya cometido en

21 *Cfr.* Artículo 1 del Estatuto del CAL, fojas 113 de autos.

22 *Cfr.* Artículo 3 del Estatuto del CAL, fojas 113 y 114 de autos.

el ejercicio de la profesión, en la actividad pública o privada o cual fuere el cargo que desempeñen, así éste provenga de elección popular o por designación, razón por la cual dicho argumento debe ser desestimado" (Fundamento Jurídico N.° 36)

STC N.° 024-2006-PI/TC. Regulación de autoridades portuarias regionales.

STC N.° 017-2006-PI/TC. Licencia de construcción.

STC N.° 025-2006-PI/TC. Reelección de autoridades universitarias.

STC N.° 019-2006-PI/TC. Mercado de abastos.

STC N.° 10063-2006-PA/TC Caso Padilla Mango.

STC N.° 020-2006-PI/TC arbitrios.

Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (Semestre: enero-junio de 2008)

ENERO

1. Resolución n.° 5180-2007-PA/TC.

Caso Rubén Julio Ramírez Gutiérrez

La referida resolución del Tribunal Constitucional se emite en virtud de la demanda de amparo interpuesta por el señor Rubén Julio Ramírez Gutiérrez, contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), por considerar que las Resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE, resultaba lesivas de sus derechos constitucionales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, solicitando, en consecuencia, que se disponga la realización del referéndum de consulta respecto a la devolución de los aporte realizados al FONAVI. Al respecto, cabe mencionar que la demanda de amparo constitucional es declarada improcedente.

En este caso, el supremo intérprete de la Constitución, haciendo referencia a su jurisprudencia preexistente, recuerda que durante el periodo comprendido entre los años 1979 y 1998, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no eran tributos; no habiéndose ordenado la devolución de los referidos aportes.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional establece algunas precisiones a tomar en cuenta por el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, siendo estas las siguientes:

a) Señalar quiénes son los presuntos beneficiarios puesto que cabe a este Colegiado señalar que no es inconstitucional que se pueda recurrir a las devoluciones a través de bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes que no hayan satisfecho su legítima espectativa de vivienda, pudiendo deducirse del monto aportado, los programas ejecutados por el Estado con cargo al Fondo, en procura de la concesión progresiva del derecho a una vivienda digna como se desprende de lo señalado por el artículo 1º de la Constitución.

b) Señalar, por otro lado, que el FONAVI no se consideró un aporte a un fondo individual. Es por ello que, de ser el caso, los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo; distinguiéndose además entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del FONAVI, de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos "beneficiarios", o de deducir no sólo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas. De otro lado, el Decreto Ley Nº 22591 creó, en su artículo 1º, el Fondo

Nacional de Vivienda (FONAVI) para satisfacer en forma progresiva las necesidades de vivienda de los trabajadores y en ningún caso de sus empleadores, quienes contribuían con dicho fondo en forma obligatoria en virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2º del Decreto Supremo Extraordinario Nº 043-PCM-93, el mismo que fue dejado sin efecto a partir del 1-01-1993, por el artículo 3º del Decreto Ley Nº 25981.

c) Invocar a que el Poder Ejecutivo nombre una Comisión que, entre otras funciones, de acuerdo a lo expuesto, determinime el número real de fonavistas, quienes total o parcialmente, se beneficiaron con el FONAVI.

2. STC N.° 0003-2007-PCC/TC. Caso Municipalidad Distrital de Surquillo.

La presente sentencia expedida en el marco de un proceso competencial es consecuencia de la demanda de conflicto de competencias interpuesta por la Municipalidad Distrital de Surquillo contra Municipalidad Distrital de Miraflores, por considerar que el Acuerdo de Concejo N.º 032-2007-MM emitido por la municipalidad demandada, a través del cual se aprueba la privatización del Mercado de Abastos N.º 1, ubicado en la jurisdicción del gobierno local demandante, constituye una afectación a las esferas de competencias municipales; concretamente a lo dispuesto en los artículos 194º y 195º incisos 3 y 5 de la Constitución Política.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional, sintetizando su jurisprudencia, establece la clasificación de conflictos competenciales y de atribuciones. Así las cosas, indica lo siguiente:

> "(…), se ha señalado que los conflictos competenciales pueden ser **típicos** o **atípicos**. Entre los conflictos competenciales **típicos**, cabe mencionar los conflictos competenciales **positivos** y **negativos**. El "(...) conflicto constitucional ***positivo*** se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional; el conflicto constitucional ***negativo*** se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional [5]".
>
> En cuanto a los conflictos competenciales **atípicos**, este Tribunal ha tratado, en primer término, el (i) ***conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales,*** indicando que "Puede este clasificarse en: a) conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*; b) conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*. En el conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional [6]".
>
> Y, en segundo término, los (ii) ***conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio***, indicando que"(...), si bien es cierto que los "típicos" conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110 del C.P.Const. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehúye deliberadamente actuaciones "afectando" las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión en cumplimiento de acto*

> *obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las "afecta". No se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro [7]"".

Asimismo, luego de desarrollar el régimen de los bienes públicos, para lo cual recurrió nuevamente a su jurisprudencia preexistente, efectúa un somero desarrollo de las denominada "*mutaciones demaniales*". Efectivamente, en la sentencia en cuestión, el supremo intérprete de la Constitución manifiesta que:

> En cuanto a dominialidad administrativa, "(...) parte de la causa material y el marco territorial (...). También abarca los bienes destinados a una prestación de servicio público con posterioridad a los procesos de privatización [21]".
>
> La doctrina ha teorizado acerca de la figura de las *Mutaciones Demaniales [22]*, entendiendo por estas a los "(...) cambios que se producen en el estatuto jurídico de la [demanialidad] de un bien que continúa siendo de dominio público. Estos cambios pueden tener lugar por alteración del sujeto titular del bien o por modificaciones en su afectación. El cambio de titularidad puede obedecer, a su vez, a distintas razones. (...). Por ejemplo, (...) la segregación de parte de un término municipal, en el que existen bienes del demanio municipal, para agregarlo a otro. Más habitual es en nuestros días (...) la mutación demanial que acompaña a la transferencia del servicio al que el bien de dominio público sirve de soporte. El cambio de titularidad [en la administración] es en este caso una consecuencia de la redistribución de competencias. (...), cuando se trata de los bienes destinados a un servicio público la regla es que el cambio de titularidad del servicio comporta el cambio de titularidad de los bienes afectos al mismo. (...) [23]"".

Luego de realizar unas referencias teóricas en torno a los bienes públicos y los servicios públicos, el Tribunal Constitucional concluye que:

> "El Mercado de Abastos N.º 1 constituye un bien de dominio público que ha sido afectado y es el soporte para brindar un servicio público, que es el de mercados. Además, en el caso de autos ha operado una *mutación demanial*, en la que el bien de dominio público, al estar afectado para fines de un servicio público, ha cambiado de titularidad de dominio público para la administración, pues se redistribuyeron competencias ante la creación del distrito de Surquillo y, desde entonces, las competencias constitucionales de administración del bien, así como de reglamentación y organización del servicio público de Mercados, han sido ejercidas legítimamente por la demandante".

Atendiendo a ello, se declara fundada la demanda de conflicto de competencias planteada por la Municipalidad Distrital de Surquillo, y en consecuencia, declaró nulo el Acuerdo de Concejo N.º 032-2007-MM, emitido por la Municipalidad Distrital de Miraflores, a través del cual se aprueba la privatización del Mercado de Abastos N.º 1.

3. STC N.° 4747-2007-PHC/TC. Caso Fernando Miguel Rospigliosi Capurro.

Sentencia expedida como consecuencia de la demanda de hábeas corpus presentada por el señor Fernando Miguel Rospigliosi

Capurro contra la Fiscal de la Nación, doña Flora Adelaida Bolívar Arteaga; y la titular de la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, doña María del Rosario Lozada Sotomayor, por estimar que la resolución de fecha 19 de marzo de 2007, mediante la cual la Fiscal de la Nación, considerando que el delito cuya comisión se le imputa es de naturaleza ordinaria y no de función –comisión delictiva materializada en el marco de los acontecimientos acaecidos en junio de 2002 como consecuencia de las protestas públicas contra el proceso de privatización de las empresas eléctricas EGASA y EGESUR donde resultaron dos ciudadanos fallecidos–, dispuso que se devuelvan los actuados a la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Arequipa para que se proceda con la investigación penal de acuerdo a ley; resulta lesiva de sus derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, a la jurisdicción predeterminada por la ley y se erige como una amenaza a su libertad individual..

Si bien la demanda de hábeas corpus es declarada improcedente por haberse producido la sustracción de la material, resulta importante destacar las reflexiones en torno a la figura del antejuicio político, respecto de la cual el supremo intérprete de la Constitución manifiesta que:

> "(…) ha sido concebido como una prerrogativa funcional cuyo objeto principal es la proscripción del inicio de un proceso penal contra un alto funcionario si es que previamente no ha sido sometido a un proceso investigatorio y acusatorio en sede parlamentaria. No cabe, pues, formular denuncia ni abrir instrucción penal si no se cumple con este requisito *sine qua non;* mucho menos en virtud de lo establecido por nuestra propia *ley fundamental* en su artículo 159º, que a la letra dice "corresponde al Ministerio Público: 1. promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho".

4. STC N.° 1972-2007-AA/TC. Caso Elek Karsay Rizsanyi

El señor Elek Karsay Rizsanyi interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Salud solicitando se le renueve la constancia de categorización solicitada y en consecuencia se deje sin efecto el Oficio Nº 2340-2005-J-OPD/INS de fecha 17 de octubre de 2005 y el Oficio Nº 2564-2005-J-OPD/INS de fecha 5 de diciembre de 2005; por considerar la negativa lesiva de su derecho constitucional al trabajo.

Como argumentos de su demanda, manifestaba que desde el 05 de octubre de 1999 viene funcionando un Centro Médico que él dirige con admisión para evaluación de enfermedades oncológicas, y que desde el 06 de enero de 2000 tiene la autorización para funcionar como policlínico en Emilio Althaus Nº 121-Of. 403-Lince. Manifestaba además que con fecha 12 de mayo de 2005, solicitó al Director de Salud IV Lima la renovación de la Constancia de categorización por cambio de ubicación, es decir para que el referido centro medico de Lima funcione en la Av. Alameda del Corregidor Nº 645-La Molina, para lo que adjuntó los documentos de DISA V y del MINSA y la Factura Nº 004-008800 de pago por concepto de derecho de actualización de categorización, con lo que cumplió los requisitos exigidos reglamentariamente por lo que considera que la negativa a entregar la renovación de la referida constancia actualmente vigente constituye vulneración de su derecho constitucional al trabajo y otros derechos conexos.

En virtud de esta sentencia, el Tribunal Constitucional proporcionó algunos alcances en torno al contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, al manifestar que:

> "El contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental constituye la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona. El ejercicio válido de este derecho requiere, sin embargo, la observancia del marco legal vigente,

> siempre que este ejercicio no implique una restricción o limitación desproporcional o haya sido expedido con inobservancia de principios constitucionales, *v.gr.*, el de legalidad, debido proceso, publicidad, etc".

Y, aprovechando el contexto que proporcionaba el caso concreto, distingue entre la libertad de trabajo y la libertad de empresa, cuando indica que:

> "(…), en el caso de autos la libertad al trabajo es el derecho que tiene toda persona de elegir en que desempeñarse y bajo qué condiciones desea hacerlo, máxime tratándose en este caso del ejercicio de la profesión médica que realiza el recurrente previa colegiación. La libertad de empresa en cambio es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica, pero sometida a determinados requisitos, impuestos por ley en forma tal que cualquier empresa cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial debe de cumplir con los requisitos exigidos legalmente en razones de interés social lo que no constituye propiamente delimitación de derechos sino mas bien condicionamientos necesarios para que se ejercite dicho derecho sin posibilidades de agraviar a los eventuales destinatarios de los servicios que tal ejercicio ofrece".

Dado que el caso se encontraba relacionado a un establecimiento que prestaba servicios de atención en salud, ello constituyó mérito suficiente para que el Tribunal Constitucional cuestionase que, en vez de promover medidas tendentes al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos –lo que comprende, desde luego, el derecho a la salud-, el Estado coloque trabas a quienes deseen ejercer su libertad de empresa en dicho ámbito. En efecto, ello se desprende de las siguientes afirmaciones:

> "Es por tanto factible aceptar que la inmersión de este colegiado en este extremo está dada por el deber que tiene el Estado de adoptar las medidas pertinentes tendientes a mejorar la calidad de vida de la sociedad, por lo que si se observa que determinado accionar está dando como resultado la mejora en la salud de pacientes del recurrente, no resulta aceptable que el propio Estado coloque trabas e impedimentos en el desarrollo de la empresa recurrente puesto que esto implica bienestar general que la sociedad ha de saber apreciar, brindándole las facilidades necesarias que han de redundar en logros médicos, para lo que se ha de tener presente que este colegiado ha expresado en reiterada jurisprudencia que el interés general prevalece sobre el interés particular".

Atendiendo a ello, se declara fundada la demanda.

5. Resolución N.° 3727-2006-PC/TC. Caso Proyecciones Recreativas S.A.

Resolución emitida por el Tribunal Constitucional como consecuencia de la demanda de proceso de cumplimiento interpuesto por la empresa Proyecciones Recreativas S.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Servicio de Administración Tributaria (SAT), solicitando que se cumpla con lo ordenado por la Resoluciones de División de Tributos Nos. 42-34-00000007, de fecha 6 de setiembre de 2002 y 42-34-00000005, de la misma fecha, que resuelven devolverle la cantidad de S/. 289.074.24 (doscientos ochenta y nueve mil setenta y cuatro 24/100 nuevos soles) cobrados indebidamente por concepto del Impuesto a los Juegos Tragamonedas correspondientes a los meses de *octubre de 1995 a mayo de 1997*; más S/.28,791.79 (veintiocho mil setecientos noventa y uno y 79/100) por concepto de intereses devengados desde el 1 de enero del 2002; y, S/. 386,487.66 (trescientos

ochenta y seis mil cuatrocientos ochenta y siete y 66/100 nuevos soles) también pagados indebidamente por concepto del Impuesto a los Juegos Tragamonedas del período comprendido entre los meses de *junio de 1997 a noviembre de 1998*; más S/.38,494.17 (treinta y ocho mil cuatrocientos noventa y cuatro y 17/100) por concepto de intereses devengados desde el 1 de enero del 2002, respectivamente.

En el presente caso, el supremo intérprete de la Constitución aprovecha la oportunidad para desarrollar los alcances de la legitimidad para obrar activa en el caso de casinos y máquinas tragamonedas, estableciendo una línea jurisprudencial sobre el particular. Así, pues, indica lo siguiente:

> Que en el presente caso, la actora, como señala en su propia demanda es una persona jurídica dedicada a la explotación directa de máquinas tragamonedas. No obstante, de la información contenida en la página web del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), se advierte que la demandante carece de autorización para el uso y explotación de máquinas tragamonedas. Lo anterior debe considerarse al momento de resolver el caso de autos, en la medida que existe presunción de veracidad respecto de la información que las entidades públicas presenten en un medio de difusión institucional, como es el caso de la página web. Así las cosas, este Tribunal debe señalar que si bien es cierto que el fin de los procesos constitucionales es tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales, también es verdad que la tutela de tales derechos se refiere al ejercicio legítimo de los mismos.
>
> Que siendo ello así, a la demandante no se le puede admitir la pretensión de tutela de los derechos que invoca –a la propiedad, a la libertad de contratar, a la iniciativa privada, a la libertad de empresa y los principios de legalidad y de no confiscatoriedad de los tributos– por la supuesta aplicación indebida de determinadas normas tributarias que inciden en una actividad económica para la que la demandante no está legalmente autorizada a realizar.
>
> Por lo tanto, en la medida en que los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y objetiva, la legitimidad procesal en los procesos constitucionales no sólo debe ser evaluada desde el punto de vista adjetivo o formal sino también desde la óptica sustantiva. Lo cual quiere decir que su ejercicio se debe realizar sin contravenir los demás bienes y valores constitucionales; pero, además de ello, respetando el marco legal establecido. Más aún si se trata de una actividad económica que requiere, ineludiblemente, el cumplimiento de disposiciones legales específicas para su ejercicio regular".

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda.

FEBRERO

1. STC N.° 0027-2006-PI/TC. Caso Colegio de Abogados de Ica.

El presente proceso constitucional se genera en virtud de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Óscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de Ica contra el artículo 7º (Contratación Laboral), numeral 7.2, literales a, b, y c de la Ley N.º 27360 (Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario), por considerar que las referidas disposiciones resultan contrarias al principio de igualdad y no discriminación constitucionalmente consagrado en el artículo 2º, numeral 2.

Entre otros, los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad destacados por el Tribunal Constitucional son los siguientes:

- La Ley materia de cuestionamiento en esta vía no sólo estableció beneficios tributarios, sino que en el artículo 7º diseñó un régimen laboral diferenciado sin una justificación objetiva y razonable. Recuerda asimismo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que, en algunos casos, el Estado promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos favorables, lo que se conoce como discriminación positiva o affirmative action, y que no es el caso de las medidas adoptadas a través de la norma en cuestión, pues las medidas laborales instauradas en este régimen como una jornada de trabajo acumulativa, una remuneración que incluye los conceptos de CTS y gratificaciones, conllevan a que los ingresos resulten inferiores a los del régimen laboral general. En esa misma línea, se encuentra la regulación sobre descanso vacacional y la indemnización por despido arbitrario.
- En la medida que el derecho a la igualdad es un derecho relacional, a través de este régimen laboral especial, se vulnera también el derecho de acceso a mejores condiciones de vida, y por ende al disfrute de los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda adecuada, a la alimentación, entre otros.
- Los beneficios no pueden ser otorgados a costa y en desmedro de la otra parte afectada por las mismas contingencias, como es el caso de los trabajadores, más aún cuando en la relación empresario-trabajador los trabajadores constituyen la parte más débil, siendo que sus derechos son materia de mayor protección tanto por la Constitución Política como por el Derecho Internacional.

Luego de efectuar un amplio análisis del principio – derecho de igualdad, para lo cual recurrió a su vasta jurisprudencia sobre el particular, el supremo intérprete de la Constitución ingresa en el análisis específico de las particularidades del sector agrario, con la finalidad de justificar un tratamiento diferenciado. Para ello recurre a las consideraciones de la Organización Internacional de Trabajo, conforme se aprecia a continuación:

> Es importante resaltar la visión de la OIT con referencia a la realidad laboral en el ámbito rural, así como las carencias observadas y todo aquello que se requiere superar en este ámbito. A manera de ilustración, debemos señalar que la OIT ha incluido como parte de sus políticas en áreas específicas de intervención –como es el caso del sector rural y desarrollo local (sector que recibe un tratamiento propio)– esbozadas como parte integrante de la Agenda Hemisférica de Trabajo Decente para las Américas, 2006-2015, y en el diseño del objetivo que a ella corresponde, la necesidad de "Mejorar las condiciones de trabajo y de productividad de las actividades económicas que tienen lugar en el ámbito rural, (...)".
>
> Además, y a propósito del desarrollo que se hace de esta política de intervención y como parte de la justificación de este planteamiento, se reseña la situación general del mercado de trabajo del sector rural. Así, se indica que "En el sector rural se concentra, en promedio, un tercio de la población trabajadora de América Latina y el Caribe. (...)". Y, con relación a los mercados de trabajo se señala que "(...). En el campo, los mercados de trabajo funcionan de manera diferente. Las relaciones asalariadas son menos frecuentes que en las áreas urbanas, el trabajo familiar es muy común,

los mercados de trabajo son de tipo *spot* (es decir, se conforman para fines y momentos específicos), el empleo depende mucho de la agricultura y la ganadería, y la situación y condiciones del activo <<tierra>> (o propiedad agrícola) suele ser la principal preocupación, incluso antes que el empleo. (…) Esta actividad tiene algunos sectores modernos, prósperos y generadores de empleo, con salarios razonables y efectos multiplicadores en la economía rural. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, se trata de una agricultura tradicional, de baja productividad, poco articulada con la agroindustria, dependiente de tecnologías poco intensivas en capital y que utiliza mano de obra no calificada. Eso explica en parte, los bajos salarios que se pagan y los ingresos limitados de los productores que dependen principalmente de ese tipo de explotaciones. (...)

Si bien en el agro de la región existe un importante desarrollo de empresas modernas -en su mayor parte agroexportadoras- que generan trabajo asalariado de relativamente buena calidad, una importante fracción del empleo en el medio rural sigue estando asociada a la muy pequeña unidad agropecuaria de tipo familiar. La baja productividad de la mano de obra se asocia generalmente a los bajos niveles de educación, pero también debe reconocerse la marcada ausencia de inversión, herramientas y equipos, lo que impide que quienes trabajan el campo sean más productivos. Para modificar esta situación, se requiere la aplicación de políticas orientadas a la revalorización de lo rural, (…) indicándose la necesidad de "(…) diseñar y aplicar políticas específicas en cuatro grandes áreas, a saber: a) la creación de condiciones adecuadas para generar un entorno favorable a la inversión productiva; (...); c) la puesta en marcha de políticas específicas para la agricultura y ganadería (...). El primer grupo incluye políticas de obras y servicios rurales y políticas de atracción de inversiones para el medio rural, dado que el financiamiento agrario es precisamente uno de los problemas más acuciantes que existen. (...), son igualmente importantes las acciones orientadas al fomento de la capacidad empresarial y de negocios en las zonas rurales, ya que, por lo general, la población más educada ha migrado a la ciudad, y son pocos los que consideran dedicarse a la conducción de empresas agropecuarias, agroindustriales o de servicios para el agro o que están interesados en establecer negocios en el ámbito rural, donde las rentabilidades suelen ser bajas e inestables(...) [20]"".

Luego de ello, el Tribunal Constitucional efectúa un interesante y amplio desarrollo respecto al rol del Estado en la promoción y acceso al empleo en términos constitucionales, ello en el marco de una Economía Social de Mercado.

En ese contexto se ubican afirmaciones como las siguientes:

> "Al respecto, el acceso a un puesto laboral, como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, implica un desarrollo progresivo, lo que significa que existe una obligación estatal de promover las condiciones para el acceso al trabajo. En efecto, así lo dispone el artículo 58.º de la Constitución, cuando establece que el Estado actúa en el área de promoción del empleo. El Tribunal Constitucional entiende que la promoción y el desarrollo progresivo del acceso al trabajo tiene en el Estado a un promotor, pero que, en definitiva, y en el marco de nuestra Economía Social de Mercado, corresponde a las

empresas, en sus diversas modalidades, generar los puestos de trabajo que constituyen la base del bienestar general a que se refiere el artículo 44.º de la Constitución. Para ello, el Estado debe crear las condiciones adecuadas para estimular la creación de la riqueza nacional conforme al artículo 59.º de la Constitución. En ese contexto, es evidentemente que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo es a través de la legislación laboral.

De otro lado, el segundo párrafo del artículo 23º de la Constitución prescribe que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto "El estado tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo (...) [35]".

Además, y dentro de la regulación del Régimen Económico que la Constitución establece, está el artículo 58º, que con relación a la función del Estado en el marco de una economía social de mercado señala: "(...). Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, (...)"; y a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha indicado que "La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente por (...) a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. (...) [36]" (subrayado agregado).

Finalmente, el supremo intérprete de la Constitución efectúa el test de proporcionalidad aplicado al principio – derecho a la igualdad, concluyendo el mismo en que la ley materia de impugnación aprueba satisfactoriamente el test y, en consecuencia, declara infundada la demanda de inconstitucionalidad.

2. STC N.° 3081-2007-PA/TC. Caso R.J.S.A. Viuda de R.

Sentencia expedida en virtud de la demanda de amparo interpuesto por doña R.J.S.A. Viuda de R. contra EsSalud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija G. R. S. (46 años), la misma que padece de esquizofrenia paranoide; manifestando que dicha orden de alta establece una diversidad de requerimientos y cuidados para recuperar su salud mental y continuar con el tratamiento, algo que es imposible que pueda asumir toda vez que es una anciana que vive sola y en un lugar que carece de servicios básicos como energía eléctrica y agua potable, indica que de esta situación ya ha sido advertida la asistenta social del Instituto de Salud Mental en la que se encuentra internada su hija G. R. S.

Atendiendo a la complejidad del asunto, el Tribunal Constitucional estima pertinente efectuar un desarrollo interpretativo de los alcances del artículo 9 del Código Procesal Constitucional, estableciendo tanto su fundamento como sus excepciones, indicando lo siguiente:

> La carencia de la etapa probatoria se debe a que el proceso de amparo solo tiene por finalidad reestablecer el ejercicio de un derecho constitucional. Su objetivo es eminentemente restitutorio, es decir, solo analiza si el acto reclamado es lesivo de un derecho reconocido por la Constitución. Las pruebas se presentan en la etapa postulatoria, siendo improcedentes las que requieran de actuación.
>
> Si bien el artículo 9º del referido Código limita y establece la ausencia de estación probatoria en los procesos constitucionales, también es cierto que existe una excepción a la regla cuando en la segunda parte del mismo artículo se permite "(…) la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso".

> Desde esta perspectiva, lo que existe en realidad es solo una limitación de la actuación probatoria, pues en la práctica es indispensable la presentación de pruebas que acrediten la violación o amenaza de un derecho constitucional.
>
> La excepción a la regla tiene como fundamento lo previsto en el artículo 1º del Código, en el sentido de que la finalidad de todos los procesos de derechos humanos es "(…) proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional". Partiendo de esta premisa, este Tribunal tiene el deber inexcusable de realizar cualquier actuación probatoria que considere necesario siempre que con ello no se afecte la duración del proceso. Es en este contexto que se explica la facultad del Tribunal Constitucional para solicitar, por ejemplo, la participación de un *amicus curiae,* tal como sucedió en la STC 7435-2006-PA/TC al amparo del artículo 13-A de su Reglamento Normativo".

Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución realiza un profundo y extenso desarrollo del derecho a la salud, con especial incidencia del derecho a la salud mental, para lo cual se vale de los instrumentos normativos internacionales sobre Derechos Humanos para esbozar su contenido y las consecuentes obligaciones estatales que surgen en torno al referido derecho fundamental, conforme se aprecia a continuación:

> El derecho a la salud y particularmente el derecho humano a la salud mental, incluye, por una parte, la interdicción de intromisiones estatales en la esfera individual, y por otra, un elenco de garantías en beneficio de la *dignitas personae*, lo que implica una enorme variable de factores socio-económicos imprescindibles para el desarrollo sano del ser humano. En otras palabras, el derecho a la salud mental tiene como contenido esencial los elementos que son inherentes al derecho a la salud, pero con la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no sólo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos, que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.
>
> De ahí que las obligaciones estatales no se constriñen, como ya se dijo, a una garantía de respeto, en el sentido de una libertad negativa de un no hacer, sino que importan, en virtud del artículo 9º de la Constitución, un conjunto de acciones positivas a fin de que el derecho a la salud no sea un ideal, una entelequia platónica, ni una fórmula vaciada de contenido por su carácter de norma programática. Todo lo contrario, al Estado le corresponde actuar de manera coordinada y descentralizada a fin de que las políticas no se conviertan en meras proclamas y que la salud mental termine por ocupar el primer lugar entre las enfermedades de los peruanos, hasta el punto de ser en la actualidad un verdadero problema de salud pública.
>
> Desde una perspectiva panorámica del derecho internacional de los derechos humanos en materia de salud mental, se advierte que los principios que lo inspiran están destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la integración social del discapacitado con proscripción del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales".

Establecido tal marco teórico, el tribunal Constitucional invoca al legislador y a las autoridades del sector salud a adoptar medidas tendentes a la protección adecuada y acorde con los parámetros internacionales, del derecho a la salud mental. Y es que, como bien advierte el supremo intérprete de la Constitución:

> "(…) la realidad de la salud en el Perú se traduce en un sistema legal hospitalario y político sumamente fragmentado y desorganizado, que se estructura en función de la capacidad económica de las personas; y que da origen a inequidades en el reparto de los recursos presupuestarios, lo que trae como consecuencia que la atención y los gastos obedezcan a patrones de exclusión de los más pobres. Ello produce ciudadanos con derechos diferenciados, a tal punto que existen dos modelos de atención: uno basado en la atención primaria destinada a los más pobres y, otro, de naturaleza hospitalaria, en el cual se concentra la mayor parte de los recursos públicos pero que está destinado a la poblaciones de las clases medias y altas, principalmente afincadas en las zonas urbanas, con detrimento de los más pobres, especialmente de las personas que habitan en las zonas rurales".

Atendiendo a ello y analizando el caso concreto, declaró fundada la demanda, revocó el informe de alta de G.R.S., ordenando que el Seguro Social de Salud–EsSalud, otorgue a esta última, atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, así como la realización de exámenes periódicos.

3. STC N.° 7909-2006-PA/TC. Caso Inmobiliaria Marítima S.A.

Sentencia expedida en virtud de la demanda de amparo interpuesta por la empresa Inmobiliaria Marítima S.A. contra la Municipalidad Distrital de San Isidro, con la finalidad que se declare la inaplicación de los recibos de pago de los arbitrios municipales correspondientes a los ejercicios 2000 a 2005, y que, en consecuencia, se le inapliquen las Ordenanzas N.os 02-97-MSI (17.4.1997), 03-97-MSI (17.4.1997), 020-MSI (7.4.2000), 026-MSI (13.2.2001), 037-MSI (6.12.2001), 070-MSI (30.1.2004) y 099-MSI (23.12.2004), por considerar que vulneran sus derechos a la igualdad, propiedad, iniciativa privada, libertad de empresa y libre competencia, así como los principios de legalidad e irretroactividad de las normas.

El presente caso le permite al supremo intérprete de la Constitución hacer referencia a la vinculación de los jueces a las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional, sobretodo en el caso de arbitrios municipales, como sobre los que versaba este caso.

Ello se evidencia de las siguientes afirmaciones:

> "Cabe resaltar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional no comparte los argumentos de las instancias jurisdiccionales precedentes, pues estima que, en el presente caso, no podía invocarse las causales de improcedencia previstas en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, y en consecuencia rechazar *in límine* la demanda, sin que el juzgador se haya pronunciado previamente respecto a la constitucionalidad de los cobros por concepto de arbitrios municipales, *dado que a la fecha de la emisión de las referidas Resoluciones, existía jurisprudencia vinculante (STC 0041-2004-AI/TC) sobre el tema de fondo*, que la propia recurrente adjuntó en su escrito de demanda (fojas 79), el cual es utilizado como uno de sus principales argumentos de defensa. En ese sentido, debió procederse de conformidad con lo dispuesto en el úl-

timo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, según el cual: *"(...) los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional""*.

Luego de efectuar un análisis de las ordenanzas que regulaban el pago de arbitrios durante el periodo 2000 a 2005, ello a la luz de las sentencias de inconstitucionalidad resueltas por el Tribunal Constitucional, el supremo intérprete de la Constitución resuelve declarar fundada la demanda respecto a las liquidaciones de arbitrios por concepto de limpieza pública, parques y jardines y serenazgo por el periodo 2000-2005, abonadas antes de la publicación de la sentencia 0053-2004-AI/TC, debiendo proceder la Municipalidad demandada a la devolución o compensación de lo pagado en exceso.

4. STC N.° 9332-2006-PA/TC. Caso Reynaldo Armando Shols Pérez.

Sentencia emitida como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por el señor Reynaldo Armando Shols Pérez contra el Centro Naval del Perú, con la finalidad que se le otorgue a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad.

En virtud del presente caso, el Tribunal Constitucional desarrolla el marco constitucional de la familia, advierte las circunstancias actuales sobre el particular y aborda el tema de las "familias reconstituidas".

Efectivamente, el Tribunal Constitucional advierte del impacto que tienen los nuevos contextos sociales en lo que debemos entender por "familia", conforme se aprecia de las siguientes afirmaciones:

> "La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco". [1]
>
> Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho [2], las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*".

Dicho esto, el supremo intérprete de la Constitución aborda directamente el tema de las "familias reconstituidas", mencionando sobre ellas que:

> "Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o

la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa". [4]

Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.

(…)

No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.

Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida".

Dicho esto y efectuado el análisis del caso concreto, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, por lo que ordenó a la parte demandada que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

5. STC N.° 3866-2006-PA/TC. Caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez.

Esta sentencia es emitida en virtud de la demanda de amparo interpuesta por el señor Faustino Jacobo Meza Gutiérrez contra el Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con la finalidad de que se anule la resolución 51, de 22 de agosto de 2001, y como consecuencia de ello, se anule la cancelación del rubro D, asiento 008, de la ficha 00000886 del Registro de Propiedad Inmueble de Arequipa, donde se encontraba inscrito un contrato de constitución de usufructo a su favor.

En este caso, resulta relevante el desarrollo y justificación que efectúa el supremo intérprete de la Constitución de la libertad de contratación. Y es que si bien en anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional había desarrollado el contenido constitucionalmente protegido y los límites del referido derecho fundamental, podríamos considerar que es con esta sentencia con la que se profundiza en la fundamentalidad de la libertad de contratación, conforme se aprecia de las siguientes afirmaciones:

> "La contratación habitualmente ha sido entendida como la "manifestación de voluntad" de los contratantes. Desde una perspectiva pragmática, Luis Díez-Picazo ha sostenido que se trata de "(...) una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada en la que los interesados arreglan autónomamente sus propios intereses" [1]. Ello no implica, en absoluto, negar su importancia como expresión del derecho a la autodeterminación y, en definitiva, de tratarse de una concretización del principio/derecho de dignidad, pues "(...) el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad imponen

la referida libertad, porque sólo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses" [2]. De ahí que reconociendo la importancia del derecho a la libre contratación para el desarrollo de la persona, la Constitución la haya reconocido en el inciso 14, del artículo 2° ["Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público"].

La importancia de la contratación guarda relación, además, con las funciones económicas de la referida institución, en particular respecto al desarrollo de la economía, en la medida en que permite y garantiza la posibilidad de realizar intercambios, destinando los bienes y servicios a sus *usos más valiosos*. Como sostiene Posner, "La economía del bienestar debe estar en capacidad para otorgar razones persuasivas para considerar la superioridad de los mercados libres sobre, digamos, una economía centralmente planificada. Un mercado libre sólo puede funcionar si la gente puede intercambiar, y el intercambio casi siempre requiere la formulación de promesas obligatorias. Pero hay muchas maneras en las que las promesas se pueden tornar en obligaciones: a través de la creación de sistemas basados en la reputación, a través de la creación de empresas o asociaciones de comerciantes que establezcan sistemas de compromisos entre sus miembros, y a través de los contratos" [3].

(…)

En la medida que la contratación es un medio para la transmisión de la titularidad sobre derechos de contenido patrimonial, ésta, a su vez, puede ser entendida como un medio para la independización del ciudadano respecto al aparato estatal. Si bien en muchas oportunidades la propiedad se ha visto en una dimensión contrapuesta a los derechos sociales, este Tribunal ha rescatado sobre la necesidad de armonizar su ejercicio con la intervención de propio Estado (*Cfr.* STC 00048-2004-AI/TC, referente al derecho de propiedad y las regalías mineras). Sunstein ha dicho, refiriéndose a la relación entre los derechos con contenido patrimonial y el ejercicio de los derechos políticos, que "(...) existe cierta tensión entre un sistema de derechos de propiedad y un sistema democrático (...). Sin embargo, es del todo factible considerar que el derecho a un sistema estable de derechos de propiedad -donde el Estado solamente intervenga de manera ocasional o limitada, incluyendo además provisiones para la indemnización- no se opone a la democracia, siendo más bien indispensable para la consecución de este fin. El aspecto más fundamental de la relación entre propiedad y democracia es que el derecho a ser titular de propiedad privada conlleva efectos importantes y beneficiosos sobre la relación del ciudadano con el Estado e, igualmente importante, sobre como el ciudadano entiende esta relación. En vista de estos efectos, la propiedad puede considerarse como una condición previa a la ciudadanía. La seguridad e independencia personales frente al gobierno son garantizadas dentro de un sistema donde los derechos de propiedad son protegidos por las instituciones públicas" [4].

(…), los contratos constituyen una relación de cooperación, que deviene en el tiempo generando derechos y obligaciones para las partes, con subsecuentes posibilidades de injerencias externas que hagan imposible o irrealizable su contenido, de modo que su ámbito protegido también se extiende para garantizar respecto de aquellas injerencias externas que no cuenten

con justificación constitucional. En consecuencia, además de garantizar el "con quién, cómo y cuándo"; también resulta imperativo garantizar que la posibilidad del propio cumplimiento de lo pactado no se vea frustrada por una injerencia externa que pueda considerarse de arbitraria.

(…)

Aunque parezca demasiado obvio, la libertad de contratar, así como cualquier otra libertad, se encuentra circunscrita a las potencialidades o posibilidades de cada persona, en un tiempo y lugar dado.

En este contexto, más allá de si por su naturaleza es posible diferenciar entre los derechos reales y personales, o si, en el fondo, ambas comportan la misma facultad de exigir un determinado comportamiento por parte de terceras personas, lo cierto del caso es que el diferente grado de oponibilidad de uno u otro derecho, se basa más en la publicidad de los mismos que en su distinta naturaleza [5].

Así pues, si bien la propiedad se transmite "por la sola obligación" de enajenar un bien, en la práctica, esto sólo da derecho a lo que se ha venido a denominar la propiedad "relativa" de un inmueble, puesto que si bien el objeto de la obligación ha sido cumplido en virtud a la transmisión de la propiedad, esto no garantiza que ésta pueda ser opuesta a un adquirente, aunque sea posterior, que haya inscrito la propiedad del referido bien en los Registros Públicos. De esta manera, aunque una persona tenga el crédito para adquirir un inmueble y de hecho lo adquiera, podría no oponer dicho derecho, si se encuentra en una posición de desventaja respecto a otro adquirente con un derecho con mayor, o anterior, "publicidad" [Cf. artículos 1135, 1136 y 2016 del Código Civil, en materia de prelación y sistemas de oponibilidad entre derechos]".

Realizado dicho marco teórico y analizado el caso concreto, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo constitucional.

MARZO

1. STC N.° 6534-2006-AA/TC. Caso Santos Eresminda Távara Ceferino.

Mediante la referida sentencia, el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la demanda de amparo interpuesta por doña Santos Eresminda Távara Ceferino, en representación de su menor hijo, contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal), solicitando que se le restituya el servicio de agua potable en el edificio del Jr. Azángaro N.° 1045, Dpto. 322, cuyo suministro individual es N.° 3133978-1 y el suministro principal o global del edificio es N.° 3133882; por considerar que se lesiona sus derechos a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; a la paz, tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

Con relación a esta sentencia, son dos aspectos que destacan y revisten de singular importancia: Uno es la consideración que una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resulta incompatible con la libertad contractual. El otro es el reconocimiento del derecho al agua potable como un derecho constitucional no enumerado.

Sobre esto último, el supremo intérprete de la Constitución consideró pertinente

desarrollar el contenido del derecho fundamental al agua potable, así como los supuestos mínimos del mismo, sosteniendo lo siguiente:

> "El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.
>
> El agua, como recurso natural, no sólo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede decirse por consiguiente que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.
>
> Por ello, aun cuando no forma parte de la materia controvertida, queda claro que la consideración del rol esencial que tiene el agua para el individuo y la sociedad en su conjunto permite situar su estatus no sólo al nivel de un derecho fundamental, sino también al de un valor objetivo que al Estado constitucional corresponde privilegiar.

Supuestos mínimos del derecho al agua potable. El acceso, la calidad, la suficiencia

Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, pues, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.

Este acceso debe suponer que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. Para tal efecto, varios pueden ser los referentes: **a)** debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; **b)** el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación; **c)** acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento. Desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población; **d)** debe promoverse una política

de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural.

La calidad, por su parte, ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con los que ha de ser suministrado. Inaceptable por tanto resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o incluso mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural. Similar criterio ha de invocarse para los servicios o instalaciones cuyo deterioro natural no debe servir de pretexto para la generación de perjuicios sobre el líquido elemento. Cumplido su periodo natural de existencia, dichos servicios o instalaciones deben ser sustituido por otras que ofrezcan iguales o mejores estándares de calidad.

La suficiencia, finalmente, ha de suponer la necesidad de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como aquellas vinculadas a los usos personales y domésticos o aquellas referidas a la salud, pues de ellas depende la existencia de cada individuo. El agua, en otras palabras, siendo un bien cuya existencia debe garantizarse, tampoco puede ni debe ser dispensada en condiciones a todas luces incompatibles con las exigencias básicas de cada persona".

Sobre la base de lo expuesto y aplicado el marco teórico esbozado, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo.

2. STC N.° 8391-2006-PA/TC. Caso Universidad Nacional Federico Villareal

El presente caso surge como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por la Universidad Nacional Federico Villareal contra la Municipalidad Metropolitana de Lima- Servicio de Administración Tributaria (SAT), con el objeto que se dejen sin efecto las Resoluciones de Cobranza Coactiva Nros. 65-15-00560276 al 65-15-00560278 y 64-12-00007821 al 64-12- 00007832, sustentadas en las Resoluciones de Determinación Nros. 44-12-00053218, 44-12-00053224, 44-12-00253728, 44-12-00253734, 64-12-0007821, 44-12-00053219, 44-12-00053225, 44-12-00253729, 44-12-00253735, 64-12-00007822, 44-12-00053220,44-12-00053226, 44-12-00273730, 44-12-00253736, 64-12-00007823, 44-12-00053221, 44-12-00053227, 44-12-00253731, 44-12-00253737, 64-12-00007824, 44-12-00053222, 44-12-00053228, 44-12-00253732, 44-12-00253738, 64-12-0007825, 44-12-00053223, 44-12-0053229, 44-12-00253733, 44-12-00253739 y 64-12-00007826, por el concepto arbitrios correspondientes al período 2002-01,03,04, injustamente cobrados dado que la recurrente cuenta con una inmunidad tributaria concedida por la Constitución de 1979 y por la Ley N° 23733 –Ley Universitaria- del 17 de diciembre de 1983.

Dado que la parte demandada sustentaba su posición en inmunidades tributarias consagradas en una norma anterior a la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional estima pertinente pronunciarse respecto a la validez y vigencia de la referida norma preconstitucional, a efectos de determinar si se ha producido un supuesto

de inconstitucionalidad sobrevenida, para lo cual recurre a los criterios de temporalidad y jerarquía, como se aprecia a continuación:

> "Respecto a los criterios de interpretación de normas preconstitucionales, el Tribunal comparte lo señalado por Alonso Parejo cuando afirma: "*mientras que en el caso de las leyes pos constitucionales su relación con la Constitución se resuelve íntegramente con arreglo al criterio de lex superior o de jerarquía, en el de las pre constitucionales esa relación reviste caracteres peculiares, toda vez que no se agota en el criterio expuesto al concurrir con el mismo, el de la lex posterior o temporal(...)*"[1].
>
> Así, la evaluación de compatibilidad o disconformidad del artículo 87 de la Ley 23733 frente al régimen tributario de las universidades dispuesto en la Constitución de 1993 deberá tomar en cuenta los criterios de temporalidad y jerarquía.
>
> La aplicación del criterio de temporalidad (*lex posterior derogat legi anteriori*) se encuentra reconocido en el artículo 103° de la Constitución Política y su aplicación trae como consecuencia el cese de la vigencia o derogación de la norma más antigua por la norma nueva. Como es evidente, el efecto derogatorio que despliega la implantación de un nuevo texto constitucional sólo alcanza a aquellas normas cuyo contenido sea contrario a lo que la Constitución dispone. Tal derogación es automática y se produce *ex constitutione*, sin necesidad de declaración alguna por parte del legislador o de algún Tribunal[2].
>
> En el presente caso, se advierte que la Constitución de 1993 regula de distinta forma la materia que la Ley Universitaria (exoneraciones a las Universidades con respecto a los tributos internos), por lo cual se debe concluir que la Ley N° 23733 ha sido derogada de manera tácita por la Constitución de 1993.
>
> Cabe añadir que este Tribunal ha advertido que el hecho que una norma se encuentre derogada no impediría que siga surtiendo efectos con respecto a aquellas situaciones que acaecieron mientras se encontraba vigente (ultraactividad)[3]. Sin embargo, como veremos a continuación, debido a que en el presente caso concurre también el criterio de jerarquía, la norma en cuestión también perdería validez .
>
> El criterio de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) se encuentra reconocido en el artículo 51° de la Constitución Política, el mismo que dispone que "[la] Constitución prevalece sobre toda norma de rango legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)". Este artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad *supra* –la Constitución- encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política[4]. En ese entendido, se debe señalar que la Constitución es una norma jerárquicamente superior a la Ley N° 23733 por cuanto la validez de ésta depende de aquélla.
>
> La validez, por tanto, en materia de justicia constitucional se encuentra relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (*v.g.* Ley N° 23733) será válida sólo en la medida que sea compatible con la norma superior (v.g. la Constitución)[5]. De acuerdo a ello, el hecho que el artículo 87° de la Ley N° 23733 sea materialmente incompatible con la Constitución de 1993 traería como consecuencia la invalidez de aquélla, lo que a diferencia de la simple dero-

gación supone que la misma no podrá seguir surtiendo ningún tipo de efectos con respecto a la recurrente.

En consecuencia, a juicio de este Colegiado, en aplicación de los criterios de temporalidad y jerarquía, el artículo 87 de la Ley 23733 adolece de una situación de inconstitucionalidad sobrevenida, al pretender abarcar en mayores supuestos los beneficios tributarios establecidos en la Constitución de 1993. "

En virtud de ello y analizado el caso a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política de 1993, que circunscribe la inafectación a los impuestos y siendo los arbitrios tributos del género tasa, el Tribunal Constitucional concluye que resulta válido que se exija el pago de arbitrios municipales.

Por su parte, con relación a las inafectaciones de impuestos como el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto de Promoción Municipal así como los aranceles, el supremo intérprete de la Constitución señala que:

"Dicha inafectación constitucional o inmunidad se encuentra condicionada a la verificación de los siguientes requisitos: a) que las Universidades, Institutos Superiores y demás Centros Educativos se encuentren constituidos conforme a la legislación de la materia; b) que el impuesto, sea directo o indirecto, tenga efecto sobre los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. Pues bien, este Colegiado considera pertinente desarrollar estos requisitos.

Quedan excluidos de la protección de la inmunidad tributaria los aranceles de importación respecto de los cuales podrían establecerse regímenes especiales; así como, las instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades, pudiendo en estos casos aplicárseles el Impuesto a la Renta. Ello no obsta, claro está, para que con posterioridad puedan reconocerse mayores beneficios a favor de las Universidades. Sin embargo, tal situación ya no es obligatoria a la luz de la Constitución de 1993, sino más bien facultativa para quien ostente la potestad tributaria y bajo el estricto respeto de los principios constitucionales tributarios recogidos en el artículo 74".

Otro aspecto llamativo de la sentencia es la diferenciación teórica que realiza de las figuras de la exoneración e inafectación, diferencia a la que arriba luego de conceptualizar dichos términos:

"Exoneración: En este caso, tal y como lo ha señalado el Tribunal Fiscal en la Resolución N.º 559-4-97, "(…) *el término "exoneración" se refiere a que, no obstante que la hipótesis de incidencia prevista legalmente se verifica en la realidad, es decir, que se produce el hecho imponible, éste por efectos de una norma legal no da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, por razones de carácter objetivo o subjetivo".*

Es decir, el contribuyente se libera de la obligación tributaria, a pesar que su actuar implicó la ocurrencia del hecho imponible y, como consecuencia lógica, en un principio debiera existir el deber de soportar la carga tributaria.

Siguiendo esta línea, la doctrina considera que "(…) *se ha producido el hecho imponible, naciendo, por tanto, el deber de realizar la prestación tributaria correspondiente. (…) libera precisamente el cumplimiento de esos deberes, y si libera o exime de ellos, es obvio que previamente han debido nacer*[7].

Inafectación: Por otro lado, la inafectación implica la no sujeción de un determinado hecho a cargas tributarias. En ese sentido, jamás nació el hecho imponible, ni nunca ocurrió en el plano fáctico la hipótesis de incidencia. En

la Resolución del Tribunal Fiscal a la que hacemos referencia en el literal anterior, se señaló respecto a ese tema lo siguiente: "(…) *la "inafectación" se refiere a una situación que no ha sido comprendida dentro del campo de aplicación del tributo, es decir, que está fuera porque no corresponde a la descripción legal hipotética y abstracta del hecho concreto (…)"*

Así, resulta evidente la diferencia entre ambas figuras: *"(...) en la exoneración se produce el hecho imponible, pero en virtud de una norma legal neutralizante no surge la obligación de pago, en la inafectación no nace la obligación tributaria ya que el hecho no se encuadra o no está comprendido en el supuesto establecido por la Ley como hecho generador"*[8].

En ese sentido, resulta igualmente llamativo que el supremo intérprete de la Constitución haya estimado pertinente desarrollar también una definición y diferenciación entre los impuestos directos e indirectos:

"Podemos señalar que la clasificación de los impuestos reconocida por la mayoría de autores es la división en Impuestos Directos e Impuestos Indirectos. En el primer caso, se refiere a aquellos impuestos que tienen relación con la capacidad tributaria directamente ligada con un elemento subjetivo: las características del contribuyente y los ingresos que el mismo percibe, no permitiendo la traslación del impuesto, siendo por ello evidente ante los ojos de los sujetos gravados u obligados legales. El impuesto directo por excelencia es el Impuesto a la Renta. Por otro lado, los impuestos indirectos hacen posible la diferencia entre el sujeto que es obligado legalmente a pagar el tributo y el sujeto económico, quien fácticamente soporta la carga, mediante la traslación. Esa característica la tiene, por ejemplo, el Impuesto General a las Ventas. Ambos tipos de impuestos, sea cual fuere su clasificación, se encuentran comprendidos en la inafectación establecida en la Constitución".

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda de amparo en el extremo tendente al cese del cobro de arbitrios, por haberse producido la sustracción de la materia.

3. STC N.° 4053-2007-PHC/TC. Caso Alfredo Jalilie Awapara

La presente sentencia dictada por mayoría por el Tribunal Constitucional, se expide en virtud de la demanda de hábeas corpus interpuesta por el señor Alfredo Jalilie Awapara contra la resolución emitida con fecha 23 de junio de 2006 por la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por los vocales Elvia Barrios Alvarado, Aldo Figueroa Navarro y Doris Rodríguez Alarcón, por violación de su derecho a la libertad, resultado de haberse vulnerado el principio de legalidad y el procedimiento predeterminado por Ley.

El demandante manifestaba que en calidad de procesado con medida de comparecencia restringida ante el Tercer Juzgado Especial Anticorrupción y estando a que habían transcurrido 4 años sin emitirse sentencia, es decir, más del doble del plazo legalmente previsto para la instrucción, solicitó la gracia presidencial, la misma que le fue concedida mediante Resolución Suprema N.º 097-2006-JUS, de fecha 14 de junio de 2006. Sin embargo, que mediante resolución de fecha 23 de junio de 2006, la Sala Penal emplazada resuelve declarar inaplicable la gracia concedida, continuando el proceso penal que se seguía contra el recurrente, sin tener en cuenta la extinción de la acción penal que comporta el otorgamiento de la gracia presidencial.

Esta sentencia reviste de singular importancia por cuanto establece que es posible ejercer un control constitucional del ejercicio de la gracia presidencial, toda vez que la

misma cuenta con límites constitucionales cuyo respeto debe ser analizado por la jurisdicción constitucional. De esa manera, el Tribunal Constitucional recuerda los límites formales y materiales del ejercicio de la amnistía, considerando que son aplicables también a la gracia presidencial, como puede apreciarse de las siguientes afirmaciones:

> "(…), es de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).
>
> En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. Nº. 019-205-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado.
>
> En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos 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.
>
> 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".

No obstante estos límites constitucionales, los magistrados del Tribunal Constitucional que resuelven por mayoría declarar fundada la demanda, se sustentan en el hecho de que era de público conocimiento que el procesado padece de cáncer en uno de sus ojos, lo cual supone, dada la gravedad de la enfermedad, una situación que lo coloca en una situación particular que lo diferencia de los otros coprocesados, lo que le permite a dichos magistrados manifestar que:

> "Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada.
>
> Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el

otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado".

4. STC N.° 0020-2007-PI/TC. Caso Gelacio Lombardo Mautino Ángeles.

Sentencia emitida en virtud de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Gelacio Lombardo Mautino Ángeles, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Huaraz, con la finalidad que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley N.° 28870, la misma que regula la composición del directorio de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento municipales; siendo que la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- La norma afecta la autonomía de las municipalidades prevista en los artículos 194° y 195° incisos 3 y 4 de la Constitución Política del Estado; puesto que considera la administración de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento como una potestad autónoma de las municipalidades. En ese sentido, afirma que la administración se efectúa mediante la designación de administradores señalados en el artículo 152° de la Ley General de Sociedades. De ello, se advierte que la administración que deben efectuar los gobiernos locales de los servicios públicos de su responsabilidad sería directa, y que esta sólo puede lograrse a través de representantes de las municipalidades en el directorio de las entidades prestadoras.
- La norma vulnera la libertad de empresa en sus manifestaciones de libertad de organización y gestión. El demandante argumenta que al imponerle la norma directores que no se encuentran vinculados con las empresas prestadoras de servicio de saneamiento, estas municipalidades no contarían con capacidad de administración y gestión dentro de la organización de las referidas empresas, ello no obstante que son las accionistas de las empresas.
- La norma contraviene el derecho de propiedad. Las Empresas prestadoras de servicios de saneamiento (EPSS) son empresas municipales de derecho privado que se rigen por la Ley N.° 26338 –Ley General de Servicios de Saneamiento– y supletoriamente por la Ley N.° 26887 –Ley General de Sociedades–. En ese sentido, la Junta General de Accionistas está conformada por las municipalidades accionistas, que ostentan la titularidad y propiedad de las referidas acciones.
- Una de las manifestaciones o dimensiones del ejercicio del derecho de propiedad lo constituye el poder de uso y disfrute del bien respecto del cual se ejerce el derecho. En el caso de las acciones, la misma se encontraría reconocida en el artículo 82°, que señala que "(...) estas acciones representan las partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto (...)". Por tal motivo, el demandante sostiene que, en virtud de la norma cuestionada, disfrutarán "parcialmente" del derecho de propiedad sobre sus acciones, por cuanto podrán elegir con sus acciones a dos (2) de los cinco (5) directores; puesto que los restantes serán impuestos por organismos que no cuentan con participación accionaria sobre las empresas municipales.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional se efectúa la siguiente interrogante: ¿la presencia en los directorios de las Entida-

des Prestadoras de Servicios de Saneamientos Municipales de un representante del gobierno regional y de la sociedad civil vulnera la autonomía de los gobiernos locales? La misma que es respondida de la siguiente manera:

> "A juicio del Tribunal Constitucional, la respuesta es negativa por lo siguiente. En cuanto a la presencia de uno o dos representantes, según sea el caso, de los gobiernos regionales, se debe tener en cuenta que la descentralización constituye una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país (artículo 188º de la Constitución).
>
> Pero este mandato constitucional no podría cumplirse plenamente si es que cada gobierno regional o local, confundiendo autonomía con autarquía, decidiera establecer y llevar a cabo políticas de desarrollo de manera aislada porque esto supondría violar los principios constitucionales de integridad y unidad del Estado que reconoce expresamente el artículo 189º de la Norma Fundamental.
>
> Es por ello coherente que la propia Constitución establezca en su artículo 195º que "los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo" (*énfasis agregado*). La presencia, entiende el Tribunal Constitucional, del representante del gobierno regional en el Directorio de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamientos Municipales constituye también una forma de garantizar que los gobiernos locales, realicen la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad en coordinación con los gobiernos regionales.
>
> Más aún si a estos la Constitución también les reconoce competencia para promover el desarrollo de la economía regional fomentando las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, tal como dispone su artículo 192º".

Por tales motivos, el supremo intérprete de la Constitución declara infundada la demanda.

5. STC N.° 2226-2007-PA/TC. Bereau Veritas/Bivac y Conecta Inspection S.A.

Dicha sentencia se emite en virtud de la demanda de amparo interpuesta por Bureau Veritas/Bivac (en adelante BUREAU) y Cotecna Inspection S.A. (en adelante COTECNA) contra el Congreso de la República, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) solicitando se disponga la inaplicabilidad de la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Delitos Aduaneros N.º 28008, por considerar que vulnera sus derechos constitucionales a la libre contratación, intangibilidad de los acuerdos, libre empresa y propiedad.

Aquí, el Tribunal Constitucional profundiza su argumentación en torno al Sistema de Supervisión de Importaciones, vinculando la misma a la figura de la concesión administrativa, motivo por el cual aborda secuencialmente ambas materias de la siguiente manera:

> "Este Colegiado considera oportuno precisar que la finalidad constitucional del Sistema de Supervisión de Importaciones es la de salvaguardar los intereses financieros nacionales en el marco de promoción del comercio internacional y la inversión privada (*v.gr.*

prevenir la fuga de capitales, el fraude comercial y la evasión de derechos de aduana), mediante la determinación de la procedencia de la importación de mercancías al país, consignando para ello la cantidad, calidad y precio de las mercancías objeto de la operación, así como la partida arancelaria.

Así, *prima facie,* su realización no se encuentra sometida a la libre empresa, o a fórmulas de transmisión total o parcial de derechos según el derecho privado, sino que la concesión a realizarse a favor de determinados particulares responde principalmente a la necesidad de compensar las deficiencias de las infraestructuras administrativas. En consecuencia, los privados no pueden realizar dicha función sin una previa concesión administrativa [2], lo que no hace sino ratificar la importancia del interés público comprometido en el control aduanero que ostenta el Estado.

Esta concesión se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de derecho público. Enfocarla de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dados los deberes primordiales del Estado establecidos en el artículo 44º de la Constitución. El crecimiento económico y el fomento de la inversión son bienes que merecen protección constitucional, siempre que mantengan un equilibrio dinámico con el ejercicio del *ius imperium* del Estado.

En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo, mediante la cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de una actividad económica. Es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular [3].

Por lo expuesto, la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se confiere al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carece absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo*.

La concesión administrativa tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad que tiene un carácter predominantemente público. Empero, si la Administración decide dar en concesión la realización de determinadas actividades a través del título de concesión, ello no comporta la anulación de su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable.

Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga. Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado

no cede su *ius imperium*, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos, con la finalidad precisamente de asegurarlo.

(…)

Sin embargo, este Colegiado debe anotar que la concesión administrativa, aun reconociendo la posición privilegiada del Estado, no significa que la injerencia del Estado sea o devenga en arbitraria. Por ello, si desde la convocatoria se fijaron reglas de juego predeterminadas, es porque la observancia de éstas representa una garantía tanto para el Estado como para los propios concesionarios, quienes se someten a un régimen de seguridades; sin perjuicio que determinadas razones pueda justificar la modificación de dicho régimen, a partir del reconocimiento expreso de la *teoría de los hechos cumplidos* consagrada en el artículo 103º de la Constitución (por ejemplo, a las nuevas importaciones)".

Seguidamente, el Tribunal Constitucional establece el condicionamiento para el establecimiento de responsabilidades solidarias (de las empresas supervisoras), siendo estos:

(i) Conexión con el contribuyente, siendo que al caso de autos no podría aplicarse el régimen tributario, sino las cargas del derecho administrativo, que es propio de las concesiones.

(ii) Mecanismos sancionatorios, tampoco aplicable al presente caso, pues si se acepta la existencia de dos sanciones (multas y responsabilidad solidaria) generadas por un mismo hecho, *prima facie*, dicho tratamiento resultaría en no poca medida contrario a la regla *ne bis in ídem*.

Evaluado el caso concreto a la luz de estos supuestos condicionales, el supremo intérprete de la Constitución declara fundada la demanda.

6. STC N.° 043-2007-PA/TC. Caso Jaime Ricardo Delgado Zegarra

La sentencia se expide en virtud de la demanda de amparo interpuesta por el señor Jaime Ricardo Delgado Zegarra contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Empresa Municipal de Administración de Peaje de Lima - EMAPE, solicitando el cese inmediato de los cobros indebidos por concepto de peaje que se vienen efectuando en la Vía de Evitamiento, Garita Puente Villa, Panamericana Sur y Garita Chillón.

La pretensión planteada le permite al supremo intérprete de la Constitución a abordar la problemática de los cobros indebidos y su incidencia en el derecho de propiedad. En ese contexto se ubican las siguientes afirmaciones:

"Un cobro indebido se da no sólo cuando el monto que se cobra es desproporcional o abusivo, sino cuando el que cobra lo hace sin título jurídico para hacerlo –cuando se exige pagar a quien no corresponde título alguno–. En consecuencia, el pago de un concepto a quien no tiene título para obtenerlo representa una afectación del derecho de propiedad. Por tanto, un supuesto de *cobro indebido a una persona* tiene lugar cuando se paga por un concepto a una persona o a una institución, respecto del cual ésta carece de título. En consecuencia, el cobro de un concepto del que se carece de título representa un *cobro indebido* y, por consiguiente, una afectación al derecho de propiedad. Planteado en términos coloquiales significa esto decir que se afecta el derecho de propiedad cuando se paga a quien no corresponde (por no ser propiedad de éste, porque éste no es titular de este derecho)".

Luego de analizar el caso concreto a la luz de dicho parámetro concluye declarando infundada la demanda de amparo.

7. STC N.° 5408-2007-PHC/ TC. Caso Moisés Simón Límaco Huayscachi

Sentencia emitida en el marco del proceso constitucional de hábeas corpus seguido por el señor Moisés Simón Limaco Huayascachi contra el Director del Establecimiento Penal Piedras Gordas, don Javier Llaque Moya, y el médico de dicho centro, don Willy Huarac Abarca, por violación a sus derechos a la vida, salud, integridad y dignidad.

Manifestaba el demandan que se encontraba recluido cumpliendo condena por la comisión del delito de terrorismo y que en la actualidad su salud se encuentra afectada, toda vez que no puede caminar, realizar movimientos o esfuerzos mínimos, habiéndosele diagnosticado "síndrome doloroso" de etiología a determinar – lumbalgia, con fecha 19 de diciembre de 2004, por lo que se le recetó reposo e ibuprofeno, así como dexametasona y diclofenaco, tratamiento que solamente se le ha dado por 2 días, por lo que, ante la falta de un tratamiento especializado y ante el abandono por parte del médico, su salud se ha visto agravada de tal manera que se encuentra imposibilitado de caminar o realizar esfuerzos o movimientos, encontrándose postrado en cama y con intenso dolor.

La mencionada demanda constitucional ameritaba que el Tribunal Constitucional se pronunciase respecto al derecho a la salud en los establecimientos penitenciarios, señalando sobre el particular lo siguiente:

> "(…), atendiendo los alcances del presente caso es necesario abordar el derecho a la salud pero con especial incidencia en las personas que se encuentran privadas de su libertad individual y recluidas en un establecimiento penitenciario. El derecho a la salud constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia, ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. Desde luego, la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud.
>
> En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas recluidas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el artículo 76° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654) ha establecido que "el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud".
>
> Por lo tanto, los reclusos, así como el demandante de la presente causa, tienen su derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos. Existe, en consecuencia, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario, es el responsable de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de las personas recluidas y debe, por tanto, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe asumir una política pública que no sólo esté orientada a velar por la salud de las personas recluidas, sino también a que las condiciones en las que se cumple condena se condigan con la dignidad de la persona y no terminen afectando otros derechos fundamentales".

No obstante dicho desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda.

8. STC N.° 6572-2006-PA/TC. Caso Janet Rosas Domínguez

En el presente caso, el Tribunal Constitucional resuelve una demanda de amparo interpuesta por la señora Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el otorgamiento de una pensión de viudez; para lo cual manifiesta contar con una declaración judicial de unión de hecho con don Frank Francisco Mendoza Chang y que, su menor hija, en la actualidad, viene percibiendo pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante.

En la medida que el caso planteaba la problemática respecto al otorgamiento de pensión de parejas o uniones de hecho, el Tribunal Constitucional estimó pertinente no solamente incidir en su argumentación en torno a dicha figura, sino que también realiza un amplio desarrollo de la tutela de la familia en un Estado Constitucional de Derecho y de la diversidad de estructuras familiares existentes en la actualidad.

Efectivamente, sobre esto último efectúa un análisis histórico, manifestando lo siguiente:

> "Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Wiemar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia [4]. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era "cabeza de familia" dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.
>
> A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como "núcleo fundamental de la sociedad" [5], "elemento natural y fundamento de la sociedad" [6], "fundamento de la sociedad" [7], "asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas" [8], "base de la sociedad" [9], "célula fundamental de la sociedad" [10], por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como "elemento natural y fundamental de la sociedad", sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
>
> En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indicaba que "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley". La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una "sociedad natural y una institución fundamental de la Nación". Mientras que la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto

de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13.° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos "legítimos" y "no legítimos".

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos [11]. Ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho [12], las monopaternales [13] o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas [14].

Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional", es pues, "agente primordial del desarrollo social". [15]

De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos".

Es sobre la base de dicho escenario o contexto respecto a una noción abierta de "familia", que el Tribunal Constitucional ingresa al análisis de las denominadas "uniones de hecho", manifestando que:

"Importante doctrina ha considerado que la unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera; concubinato en sentido estricto (propio o puro) y concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal. Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio.

De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho.

La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente".

Luego de esto, y con la finalidad de analizar de una manera más cercana el caso concreto, el supremo intérprete de la Constitución analiza la finalidad de la pensión de sobrevivientes, descartando que ello tenga por finalidad la promoción del matrimonio:

"La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.

Pero ¿implica ello que no se estaría materializando el deber del Estado de promover el matrimonio? Tal argumentación parte de la errada premisa de que el otorgar pensión de sobrevi-

viente a las parejas de hecho supérstite supone promover el matrimonio. Ello equivaldría a decir que desde que el Estado está obligado a promover el matrimonio, cierto número de uniones de hecho han tomado la decisión de casarse para poder acceder a la pensión de viudez. Lo cual resulta ilógico, atendiendo a la importancia institucional que el matrimonio tiene en nuestra sociedad. En tal sentido, no es coherente alegar que las personas contraigan matrimonio debido a que los convivientes no perciben pensión de sobrevivientes. Es otra la problemática y por tanto, otras las herramientas con las que el Estado promueve el matrimonio, como las que se derivarían del artículo 2.°, inciso j) de la Ley del Fortalecimiento de la Familia (Ley N.° 28542), que impulsa la unión marital de las uniones de hecho".

Contando con todo este desarrollo dogmático y analizado el caso concreto a la luz del mismo, el Tribunal Constitucional resuelve declarar fundada la demanda ordenando que se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez.

9. STC N.° 5658-2006-PA/TC. Caso Enrique Rosales Paredes

Este caso se genera debido a la demanda de amparo interpuesta por el señor Enrique Rosales paredes contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), con el objeto que se deje sin efecto la Resolución 092-SGAyA-GSA-GCSEG-GDA-ESSALUD-2004, de fecha 15 de julio de 2004, que declara la pérdida de su seguro facultativo independiente a partir de abril del año 2004 y ordena la recuperación de las posibles prestaciones económicas asistenciales que se le hubieran otorgado; y que, por consiguiente, se le restituya la condición de asegurado facultativo independiente y se le continúen brindando las prestaciones para la recuperación de la salud.

Los dos aspectos que destacan en el presente caso son el derecho a la seguridad social y su vinculación con la prestación de servicios de salud, así como el seguro facultativo. Advirtiendo ello, el Tribunal Constitucional recurre a su jurisprudencia preexistente para desarrollar el derecho a la seguridad social, motivo por el cual manifiesta que:

> " (…) el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación -no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud, pues es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, la que se busca resguardar. Por ello en el Estado recae el deber de "(...) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes[3]".

Por su parte, al desarrollar la naturaleza jurídica del asegurado facultativo independiente indica que:

> "La extensión de la seguridad social al asegurado facultativo independiente, así como a otros beneficiarios distintos al trabajador dependiente (p.e. trabajadores del hogar) determinó que la relación típica de la seguridad social que gira en torno al empleador,

el trabajador y la entidad gestora, adquiera particularidades al relacionar exclusivamente a quien realiza actividad económica independiente con la entidad administrativa encargada de la gestión. En dicha situación el beneficiario se convierte en el responsable de efectuar los aportes y la entidad en percibirlos y administrarlos, salvo que haya delegado dichas facultades en un tercero. En este marco la ausencia del empleador obliga a que la actividad administrativa del ente responsable adquiera mayor importancia en la relación jurídica que se genera, debiendo cumplir con informar oportunamente a sus asegurados de la condición en que se encuentra su seguro, sobretodo cuando advierta situaciones que pueden generar un menoscabo en el derecho de los beneficiarios.

Otra nota típica del régimen especial del facultativo independiente estuvo dada por la forma en que se produce la inscripción o afiliación al régimen asegurador. En el seguro privado la relación jurídica surge en virtud de un contrato mientras que en la seguridad social el nacimiento del vínculo se produce por una norma legal. En este supuesto se impone la obligación legal de constituir una relación jurídica de naturaleza especial. Así, de nada serviría la voluntad del beneficiario si la propia ley no hubiese contemplado la posibilidad de su afiliación como facultativo independiente. Debe tenerse en cuenta que el principio de solidaridad es un elemento que forma parte del contenido de la seguridad social [9], y que en la ampliación de la base subjetiva en un sistema contributivo (universalidad) subyace siempre la solidaridad. Por ello, no cabe buscar – como lo hace EsSalud– la naturaleza de la relación jurídica a partir de la calidad que tienen los de la seguridad social, pues tal como se ha precisado,

> a pesar de las características de los beneficiarios, la relación de seguridad social nace por mandato legal".

Tiendo dichas afirmaciones como parámetros valorativos, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda.

10. STC N.° 6201-2007-PHC/TC. Caso Moisés Wolfenson Woloch.

Esta sentencia que adoptada por mayoría por el Tribunal Constitucional, es emitida con el objeto de resolver la demanda de hábeas corpus interpuesta por el señor Ángel Alvarado Rabanal a favor de Moisés Wolfenson Woloch, a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El demandante sostenía que el beneficiario habría cumplido en exceso la pena impuesta sobre la base del cálculo siguiente: i) durante la sustentación del proceso penal estuvo bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días; ii) asimismo, estuvo recluido en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) desde el 27 de enero de 2005 hasta el 8 de julio del mismo año y el 25 de julio de 2005 reingresó a dicho recinto penitenciario por lo que a la fecha de interposición de esta demanda se han acumulado 901 días; iii) de otro lado, también el beneficiario ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N.º 27770, en consecuencia, 901 días de labor efectiva equivalen a la redención de 180 días de pena.

Asimismo, el demandante sostuvo respecto a la figura del arresto domiciliario que no existe una regla legal para su cómputo y abono a la pena privativa de la libertad. En ese sentido, afirma que la STC 0019-2005-PI/TC no prohíbe el establecimiento de fórmulas de abono del arresto domici-

liario para el cómputo de la pena impuesta, siempre que las mismas sean razonables y proporcionales.

Con relación a esta controversia jurídico – constitucional, los magistrados que votan por mayoría declarar fundada la demanda, se formulan las siguientes interrogantes: ¿Los días de arresto domiciliario tienen valor? ¿deben ser abonados al cómputo de la pena? Dando la siguiente respuesta:

> "El arresto domiciliario, de acuerdo a lo establecido por el artículo 143.° del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 638), es una modalidad del mandato de comparecencia (medida cautelar de naturaleza personal) que el juez dicta cuando no corresponde la detención preventiva.
>
> Por tanto, el arresto domiciliario no puede ser entendido como un sustituto o símil de la detención preventiva, más aún si difieren en su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal; y ello porque el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances, no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión, no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical, en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo, se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario, y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel (Expediente N.° 0019-2005-PI/TC, caso más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República).
>
> Sin embargo, esto no significa que el arresto domiciliario sea concebido como una forma simple de comparecencia que no afecta en nada la libertad individual, por el contrario, es la forma más grave de comparecencia restringida que la norma procesal penal ha contemplado porque la intensidad de coerción personal que supone es de grado inmediato inferior al de la detención preventiva.

Y si se quiere seguir argumentado a favor de entender el arresto domiciliario como una forma de restringir la libertad individual, cabe recordar la STC N.° 2663-2003-HC/TC, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, donde este Tribunal delineó la tipología de hábeas corpus y admitió su procedencia cuando se producen ciertas situaciones que suponen una perturbación en el libre ejercicio de la libertad individual, tales como el establecimiento de rejas, seguimientos injustificados de autoridad incompetente, citaciones policiales reiteradas, vigilancia al domicilio (hábeas corpus restringido). Por tanto, si este Colegiado ha entendido que estos hechos son capaces de restringir la libertad individual, ¿cómo no puede producir dicho efecto el arresto domiciliario?

Entonces, teniendo en cuenta a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, c) que el artículo 47.° del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del *quantum* condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.

Es imposible aceptar entonces, si nos ubicamos en el contenido mismo de la

Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del hábeas corpus no sólo frente actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisible del legislador).

No obstante, antes de entrar al análisis concreto del caso creemos que es necesario recordar que el favorecido estuvo vinculado a actos de corrupción contrarios al cuadro de principios y valores que inspiran nuestra Constitución y que la sociedad reprocha. Sin embargo, ello no constituye razón suficiente para que este Colegiado asuma una posición renuente a otorgar tutela, más aún, si es que podrían existir elementos que conlleven a ubicarnos ante la presencia de un ejercicio irregular de atribuciones por parte de la autoridad competente que vulneran o amenazan derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional. Una situación como la planteada en autos, donde podría estar en juego y cuestionamiento el valor justicia, es la que sirve para medir en su real dimensión y eficacia al Estado Democrático y Constitucional de Derecho asentado sobre la base de la dignidad de la persona.

Ahora bien, es cierto que el Congreso de la República publicó la Ley N.° 28568 modificando el artículo 47° del Código Penal y permitiendo que el tiempo de arresto domiciliario se abonara al cómputo de la pena privativa de libertad a razón de un día de pena por cada día de arresto. También es cierto que este Colegiado declaró la inconstitucionalidad de dicha norma por las razones constitucionales vertidas en su sentencia recaída en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC. Sin embargo, ante la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico que supone una declaratoria de inconstitucionalidad como la señalada y la necesidad social de regular el arresto domiciliario y el valor que tiene cada día sufrido bajo esa condición a efectos de abonarlos al cómputo de la pena; cabe reconocer que el legislador ha incurrido en la omisión de normar una realidad como la descrita, pero no cabe admitir que esta situación constituye justificación suficiente para que un juez constitucional, que tiene que velar por la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona, deje de administrar justicia (artículo 139.° inciso 8 de la Constitución). Si la ley no ha previsto un hecho violatorio de la libertad individual, la solución está en la Constitución que es autosuficiente para dar respuesta a todas las posibles afectaciones de los derechos fundamentales".

Atendiendo, entonces, a dicha respuesta, el Tribunal Constitucional analiza el caso concreto, concluyendo que:

> "(…), si bien es verdad que no hay previsión legal que permita actuar en el presente caso y que el Tribunal Constitucional no puede asumir atribuciones que son propias del Parlamento para darle un valor numérico a los días de arresto domiciliario, también es verdad que este Colegiado no puede dejar de administrar justicia más aún si se encuentra ante una situación irrazonable y desproporcionada como la que afecta al beneficiario a consecuencia de la actuación legalista del ente administrativo penitenciario. Es el contenido de la

propia Constitución, en consecuencia, la que da respuesta a este problema dado su fuerza normativa y carácter fundante y fundamentador del ordenamiento jurídico y la que respalda a este Colegiado para que estime la demanda, ya que de lo contrario estaríamos validando la arbitrariedad que supone no reconocer valor alguno a los días que el beneficiario sufrió bajo arresto domiciliario".

Por tal motivo, declara fundada la demanda.

ABRIL

1. STC N.° 5954-2007-PHC/TC. Caso Luisa Jauregui Villanueva.

La sentencia de la referencia se emite en atención a la demanda de hábeas corpus interpuesta por doña Luisa Jauregui Villanueva a favor de José Luis Velazco Ureña, contra la Directora de la Clínica del Centro Penitenciario San Pedro (ex Lurigancho), doña Celia Sabina Floriano Orozco, y contra el doctor Melgarejo que presta servicios en dicho centro, por violación de su derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena, así como su derecho a la salud.

Al respecto, sostiene la demandante que el beneficiario se encuentra recluido cumpliendo condena por la comisión del delito contra la Salud Pública – tráfico ilícito de drogas y que en la actualidad su salud se encuentra afectada, toda vez que adolece de bronquitis, tuberculosis y es consumidor de estupefacientes. En virtud a estos hechos solicitó en más de una oportunidad que se lleve a cabo una junta médica a efectos de determinar el diagnóstico y tratamiento que debe seguir el beneficiario, sin embargo, sólo ha recibido negativas y gestos indiferentes por parte de los emplazados, contribuyendo con ello al mayor deterioro de su salud a pesar que como derecho le asiste a toda persona. Por tanto, solicita al juez que se constituya en el lugar de los hechos para que se verifique el estado actual del beneficiario y se ordene su inmediato traslado a un centro hospitalario a fin de que se le brinde la atención necesaria y evitar una situación que podría terminar con su vida.

La importancia de la sentencia radica en que el Tribunal Constitucional aprovecha la oportunidad para desarrollar el alcance del derecho que ostentan los detenidos o reclusos de no ser objeto de un tratamiento desproporcionado e irrazonable al interior del centro de reclusión, dotando de contenido al mismo. Efectivamente, el supremo intérprete de la Constitución indica:

"Por tanto, el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento irrazonable y desproporcionado respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena dictados en su contra, supone anteladamente una restricción a la libertad individual, pero velar por que esta restricción no termine afectando otros derechos fundamentales constituye razón más que suficiente para que el hábeas corpus extienda el ámbito de su protección y lo tutele.

Este Tribunal, por su parte, y en ejercicio de su principal función como garante de la Constitución y protector de los derechos fundamentales, a pesar que anteriormente (véase STC recaída en el expediente N.º 1429-2002-HC/TC, caso *Juan Islas Trinidad y Otros;* expediente N.º 2333-2004-HC/TC, caso *Natalia Foronda Crespo y Otras;* expediente N.º 0774-2005-HC/TC, caso *Víctor Alfredo Polay Campos*) ya ha emitido pronunciamiento estableciendo algunos lineamientos proteccionistas y a favor de los derechos de personas recluidas y privadas de su libertad, no quiere desaprovechar esta oportunidad, tomando en cuenta el marco normativo internacional

y nacional referido *supra,* para recordar algunos principios rectores que regulan la fase "ejecutiva" del proceso penal, los mismos que deberían aplicarse en nuestro sistema penitenciario y de modo imparcial sin establecerse diferencias de trato por razón de origen, sexo, raza, religión, opinión o de cualquier otra índole:

i) ***Principios regla de alcance general.-*** son aquellos que buscan establecer un estándar mínimo que se condiga con el respeto a los derechos fundamentales en lo que a condiciones carcelarias y sistema penitenciario se refiere. Así se tiene que:

- En aquellos lugares donde se albergue personas detenidas, sea como consecuencia de una medida preventiva, sea producto de una orden judicial, deberá tenerse un libro de registro donde se consignen los datos personales y los motivos que fundan la medida privativa de libertad.
- Para hacer efectiva la reclusión de una persona deberá tomarse en cuenta los siguientes criterios: sexo, edad, antecedentes penales y situación jurídica procesal.
- No deberá existir hacinamiento en aquellos recintos destinados al alojamiento de los reclusos.
- La higiene personal es una exigencia para las personas recluidas, así como para las autoridades penitenciarias constituye una obligación brindarles servicio de agua y los utensilios necesarios para tal efecto.
- Es una obligación para las autoridades asistir con ropa a los reclusos y es un derecho de estos que la vestimenta sea apropiada y no denigrante.
- La alimentación es obligatoria, la misma que se deberá administrar atendiendo estándares de sanidad, nutrición y hora.
- El ejercicio físico y las actividades al aire libre también forman parte de los derechos que tiene el recluido.
- En todo establecimiento penitenciario necesariamente tiene que existir un área donde se presten servicios médicos, de alcance general y también psiquiátrico. Los internos tienen derecho a que su salud sea preservada y atendida oportunamente. En aquellos supuestos donde la situación física del recluso requiera de atención especializada y urgente deberá ordenarse su traslado a un centro hospitalario público. Asimismo, el Director del Área Médica es el encargado de la inspección sobre las condiciones sanitarias e higiénicas del centro de reclusión y de emitir informe a las autoridades cuando crea conveniente que alguna situación específica requiera cambio.
- Las autoridades penitenciarias no pueden dejar de velar por la disciplina y el orden del lugar, lo que no supone se tomen medidas que restrinjan aún más los derechos fundamentales de los reclusos. Asimismo, si resulta necesario para la preservación de la seguridad y tranquilidad de la convivencia penitenciaria, se sancionará al responsable pero siempre obedeciéndose a los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de tomar las medidas.
- Las esposas, cadenas, grilletes, camisas de fuerza y otros medios de coerción no pueden ser utilizados con fines denigrantes, únicamente deberán ser empleados con fines precautorios y cuando la naturaleza de la situación lo exija.
- Las autoridades están en la obligación de informar a los reclusos sobre los derechos que les asisten, el funcionamiento y las reglas disciplinarias y de organización del establecimiento penitenciario.

- Los reclusos tienen derecho a tener contacto con el mundo exterior.
- Deberá implementarse una biblioteca en todos los establecimientos penitenciarios.
- Atendiendo a la religión que profesa el mayor número de reclusos, en cada establecimiento penitenciario un representante de ese culto está autorizado para prestar sus servicios a los internos.
- La persona que debe cumplir condena al momento de ser recluida entregará sus pertenencias de valor, dinero y otros a las autoridades penitenciarias para que sean registradas, guardadas y devueltas al momento de su liberación.
- La autoridad penitenciaria tiene la obligación de informar a los familiares del recluso sobre su fallecimiento, enfermedad grave o accidente y traslado a otro establecimiento, de ser el caso. Asimismo, el recluso tiene derecho a que se le informe sobre el deceso o enfermedad grave que adolezca algún familiar.
- El traslado de los internos a otro establecimiento penitenciario obedecerá a razones objetivas y razonables (seguridad, hacinamiento, preservación de la salud e integridad, entre otras). Asimismo, dicha actividad deberá realizarse en condiciones de igualdad de trato, seguridad y sin exposiciones públicas que atenten contra la dignidad del recluso.
- El personal del establecimiento penitenciario debe ser calificado, a dedicación exclusiva y suficiente. Están prohibidos de hacer uso de la fuerza en las situaciones de interrelación con los internos, salvo en casos de legítima defensa.
- Personal externo deberá llevar a cabo la función de inspección regular en los establecimientos penitenciarios para evaluar la situación en que se encuentran y las condiciones en que conviven los reclusos.

ii) ***Principios regla de alcance específico:*** son aquellos complementarios a los ya señalados anteriormente y que responden a las distintas situaciones jurídicas que puede ostentar una persona sometida a proceso penal, tales como los condenados, los recluidos sin haber sido sentenciados y los detenidos preventivamente. Estos principios regla también alcanzan a aquellas personas que adolecen de una enfermedad mental. En ese sentido:

- Es una obligación estatal, a través de las autoridades penitenciarias, que en el caso de los condenados se cumpla con el fin de la pena, es decir, que efectivamente sean rehabilitados y resocializados.
- Deberá implementarse en todos los establecimientos penitenciarios mecanismos de estímulo y recompensa a favor de los reclusos con el propósito de fomentar la buena conducta, el desarrollo personal, la responsabilidad y la cooperación entre los internos.
- Durante el tiempo que las personas condenadas tengan que estar recluidas en un establecimiento penitenciario para cumplir la sanción penal que se les ha impuesto tienen derecho a que se les imparta educación, puedan realizar actividades que supongan su desempeño laboral y a ejercer actividades recreativas e incluso culturales.
- Las personas recluidas que son acusadas pero todavía no han sido sentenciadas definitivamente gozan de la presunción de inocencia. Asimismo, deberán ser ubicadas en recintos distintos a los destinados para albergar a los condenados. También gozan del derecho al trabajo pero a diferencia de los condenados esta tarea no constituye una obligación. Podrán ser asistidos por un abogado defensor de oficio o

por otro elegido libremente. También tienen derecho a estar comunicados con el mundo exterior y a recibir noticias sobre sus familiares.

- Aquellas personas detenidas preventivamente y que no existen cargos en su contra gozan de las mismas prerrogativas señaladas anteriormente, en tanto les sea aplicables, así como también gozan del derecho reconocido en el artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que también ha sido recogido por los distintos parágrafos del inciso 24), artículo 2.º de la Constitución.
- Las personas que adolecen de una enfermedad mental no podrán ser internadas en establecimientos penitenciarios sino en un centro de salud mental; asimismo, deberán recibir atención médica especializada".

Atendiendo a que el derecho a no ser objeto de un tratamiento desproporcionado al interior de un centro de reclusión se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la salud y a la integridad personal, el Tribunal Constitucional le reconoce a los reclusos el referido derecho fundamental, estableciendo el deber estatal de preservar el referido derecho:

> "(…) los reclusos, así como el beneficiario de la presente causa, tienen su derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos. Existe, en consecuencia, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario, es el responsable de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de las personas recluidas y debe, por tanto, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe asumir una política pública que no sólo esté orientada a velar por la salud de las personas recluidas, sino también a que las condiciones en las que se cumple condena se condigan con la dignidad de la persona y no terminen afectando otros derechos fundamentales".

Atendiendo a los parámetros antes mencionados, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda.

(iii) STC N.° 2732-2007-PA/TC. Caso Juan Humberto Quiroz Rosas

Esta sentencia resulta particularmente llamativa debido a que resuelve una demanda de amparo interpuesta por el señor Juan Humberto Quiroz Rosas el 17 de marzo de 1983, ello con el objeto que se declare inaplicable el acto administrativo (Acuerdo de Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 28 de septiembre de 1982, expedido en virtud de la Ley N.° 23344 y su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 003-82-JUS), por el cual se decidió no ratificarlo en el cargo de Secretario Coactivo. Consecuentemente, pretende se ordene su reincorporación en el referido cargo.

Atendiendo a la considerable cantidad de tiempo que había transcurrido sin que se tenga un pronunciamiento definitivo y correcto sobre el proceso constitucional de amparo, obligan a que el Tribunal Constitucional profundice en su argumentación respecto a dicho evento excepcional, sobretodo desde la óptica de la naturaleza tuitiva y célere del proceso de amparo:

> "La gravedad de las situaciones descritas obligan a este Tribunal a, de un lado, formular algunas precisiones y, de otro, recordar algunas cuestiones elementales y, a la par, trascendentes, que sin embargo no fueron tomadas en cuenta por los operadores judiciales que previamente conocieron de la demanda. Permite, asimismo, analizar las particularidades del caso desde otro punto de vista. Y es que, examinados

con detenimiento los antecedentes del mismo, nos encontramos, en primer término, ante una omisión indebida e injustificada en la expedición de una resolución –no obstante el mandato de la Corte Suprema de Justicia de la República–, lo cual constituye una manifestación de una *conducta inconstitucional negativa*. Fuera de ello, resulta opuesto a una conducta responsable y, por el contrario, negligente al extremo, la adoptada por los jueces constitucionales por quienes transitó la presente demanda, negándose –en más de una oportunidad– a conocerla y derivándola de unos a otros sin tener en consideración, en lo más mínimo, la naturaleza y los fines del proceso constitucional y, mucho menos, la situación del justiciable. En el caso, el principio procesal de celeridad, de vital aplicación en todos los procesos judiciales, y con mayor énfasis en los constitucionales, debió ser interpretado tomando en cuenta el principio *dignidad humana* y las garantías que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho. Nada de ello se observa en el trámite objeto de análisis.

7. Podría incluso afirmarse que, tal como se han desarrollado los eventos, el presente proceso de amparo ha devenido en inconstitucional, al no haberse administrado justicia constitucional de manera diligente y oportuna, perjudicando con tal inercia el debido proceso. Y es que la forma en que el proceso de amparo de autos ha sido tramitado ha desnaturalizado su carácter sumarísimo y, peor aún, ha ignorado por completo su naturaleza y finalidad tutelar, no existiendo ninguna explicación que pueda justificar tal demora.

8. En el proceso de amparo, por su propia naturaleza especial y sumarísima, no cabe dilación alguna, tanto más si es ocasionada por la propia autoridad judicial que, evidentemente, tiene participación –y responsabilidad– directa en la tramitación –y resolución– de la causa sometida a su conocimiento. Desconocer en todas las formas posibles los plazos previstos para su tramitación comporta una situación intolerable y arbitraria. Queda claro, sin embargo, que aun cuando existe un factor por todos conocido como la inmensa carga procesal de la que adolece la administración de justicia en general –e independientemente de la irregularidad en el extraño archivamiento de la demanda de autos por casi 20 años–, ello no constituye causal de excusa para desnaturalizar el proceso por completo, equiparando su tramitación a la de los procesos ordinarios (no sólo en cuanto al excesivo tiempo transcurrido, sino respecto al extremo procedimentalismo y la falta de *sensibilidad constitucional* de los jueces). Ello no quiere decir que los procesos ordinarios deban durar eternamente, pero queda claro que los de carácter constitucional deben revestir una dosis especial de celeridad por la propia naturaleza de los bienes y valores jurídicos que tutelan. Ignorar tales premisas significa desconocer todo el derecho procesal constitucional, lo que es especialmente grave cuando quienes conocen de dichos procesos son, precisamente, jueces encargados de tutelar el orden constitucional.

En efecto, como ha sido expuesto por este Tribunal [2], el proceso de amparo tiene una naturaleza distinta a la de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: 1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional, ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de

las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que los principios son compartidos por ambos procesos, en los constitucionales su exigencia es fundamental e ineludible para el cumplimiento de sus fines; y, 4) Por su naturaleza, pues a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia.

10. En el mismo sentido, este Colegiado ha precisado que la finalidad del proceso de amparo es la protección de los derechos fundamentales y garantizar la efectividad del principio de supremacía constitucional, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; persigue, pues, restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, lo que significa que, si el recurrente ostenta la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es lesivo o no de aquel atributo subjetivo reconocido por la Constitución [3]. Como se ha visto, nada de ello se tuvo en cuenta, produciéndose, más bien, las situaciones lesivas a las que antes se ha hecho referencia y respecto de las cuales se abundará en los fundamentos que a continuación siguen".

Luego de ello, el supremo intérprete de la Constitución analiza el derecho a la debida motivación en el ámbito de procedimientos administrativos sancionador, para lo cual recurre a su jurisprudencia preexistente para analizar el caso concreto y concluir que el referido derecho ha sido vulnerado, motivo por el cual declara fundada la demanda de amparo.

(iv) STC N.° 4195-2006-PA/TC. Caso PROIME Contratistas Generales S.A.

Sentencia emitida en virtud de la demanda de amparo interpuesta por PROIME Contratistas Generales S.A. contra el Laudo Arbitral de Derecho de 22 de diciembre de 2003, emplazando con la demanda a los miembros del Tribunal Arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú.

Al respecto, aduce que la resolución cuestionada, al no tomar en cuenta los hechos y las normas aplicables al caso, ni las interpretaciones "jurisprudenciales" anteriores, resulta inmotivada y, por tanto, violatoria de su derecho al debido proceso; y que el laudo sería incongruente por cuanto no se pronuncia expresamente respecto a sus pretensiones, toda vez que las declara "improcedentes", expresión que sólo es aplicable cuando no concurre alguna de los presupuestos de fondo para la validez de la relación procesal. En consecuencia, solicita que se declare la ineficacia del Laudo.

En este caso el Tribunal Constitucional estima pertinente desarrollar y consolidar las reglas respecto a los procesos de amparo contra laudos arbitrales, estableciendo las siguientes:

a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.

b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 *supra*.

c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

   En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más

conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.

e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

Aplicando dichas reglas al caso concreto, el Tribunal Constitucional concluye declarando improcedente la demanda.

(v) STC N.° 3599-2007-AA/TC.

Caso Fortunato Velásquez Navarro.

Sentencia expedida en virtud de la demanda de amparo interpuesta por el señor Fortunato Velásquez Navarro contra el Seguro Social de Salud (ESSALUD), solicitando que se deje sin efecto su transferencia de la Red asistencial Rebagliati (Hospital Suárez Angamos) a la Red Asistencial Almenara (Hospital Grau III) refiere que dicha variación de centro asistencial fue realizada vulnerando sus derechos a la vida, a la salud, al debido proceso y a elegir su lugar de residencia.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolla las dimensiones del derecho a la salud, así como el contenido constitucionalmente protegido del citado derecho fundamental, manifestando sobre el particular lo siguiente:

> "El derecho a la salud reconocido en el artículo 7 de la Constitución no puede ser entendido como una norma que requiere de desarrollo legal para su efectividad, siendo así podemos afirmar que posee una doble dimensión: a) El derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud y 2) El derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica. A lo señalado debemos añadir que el derecho a la salud invocado por el demandante es considerado por este Tribunal como un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, esto en uso del criterio de conexidad. Así el derecho a la salud podrá ser exigido vía proceso de amparo cuando se encuentre vinculado de forma directa e inmediata con otros derechos fundamentales (el derecho a la vida, a la integridad física, etc.). Siendo ello así creemos necesario mencionar que son elementos esenciales del derecho a la salud: a) Su definición; Debe ser entendido como un indiscutible derecho fundamental. b) Los beneficiarios; Debe estar reconocido para toda persona humana, tutelando de manera especial la salud de aquellas personas con pronóstico no favorable de curación o aquellas otras que se encuentren en situaciones especiales (adultos mayores, minorías étnicas, mujeres embarazadas en abandono. c) Acceso al servicio; Debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al servicio de la salud y d) La calidad de servicio; Debe garantizar un obrar adecuado y un estándar mínimo en la actuación de las entidades prestadores (privadas o públicas) del servicio de salud".

Teniendo en cuenta ello, el supremo intérprete de la Constitución analiza la controversia concreta y declara infundada la demanda.

(vi) STC N.° 4739-2007-PHD/TC.

Caso Pesquera Virgen del Valle S.A.C.

La sentencia constitucional del presente caso se expide en virtud de la demanda de hábeas data interpuesta por Pesquera Virgen del Valle S.A.C. contra Megatrack S.A.C., a fin que se le ordene se abstenga de suministrar a favor del Ministerio de la Producción los datos, reportes e información individualizada proveniente del Sistema de Seguimiento Satelital (SISESAT), así como se declare la inaplicabilidad del numeral 115.2 del artículo 115º y del segundo párrafo del artículo 116º del Reglamento de la Ley General de Pesca.

En atención a este proceso constitucional, el supremo intérprete de la Constitución desarrolla el contenido y alcances del derecho a la autodeterminación informativa, mencionando lo siguiente:

> "El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.
>
> Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. En ese sentido se ha pronunciado este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, de fecha 29 de enero de 2003[1].
>
> En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera "sensibles" y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos".

Desarrollado el alcance del citado derecho fundamental, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda.

MAYO

1. STC N.° 0061-2008-PA/TC. Caso Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.

Esta sentencia es emitida como producto de la demanda de amparo interpuesta por Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, a cargo del magistrado Freddy Escobar Arquiñego, y contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, integrada por los magistrados Alejandro Páucar Félix, César Solís Macedo y Hernando Cáceres Casanova, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 14 de junio de 2006, emitida por el Juzgado emplazado, y de la sentencia de fecha 25 de agosto de 2006, emitida

por la Sala emplazada, en el trámite de un anterior proceso de amparo iniciado por don Ysidoro Altamirano Puppi, en el que se declaró fundada su demanda de amparo, ordenándose que se le otorgue una pensión vitalicia conforme a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias.

Esta sentencia reviste de singular importante por cuanto a través de ella el Tribunal Constitucional establecerá tres nuevos precedentes vinculantes, siendo estos los siguientes:

Precedente vinculante 1: Con relación al arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

Regla sustancial: Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

Precedente vinculante 2: Con relación al arbitraje previsto en el artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

Regla sustancial: Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.

4. Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje. El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

Precedente vinculante 3: Con relación a desde cuando se inicia la contingencia en el SCTR

Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

Regla sustancial: En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado

médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

2. STC N.° 4646-2007-PA/TC. Caso Feliciano Contreras Arana

Mediante la presente sentencia se pone fin a la controversia jurídica planteada por la demanda de amparo interpuesta por el señor Feliciano Contreras Arana contra el Jefe del Departamento de Educación de la Dirección de Bienestar de la Marina de Guerra del Perú, Capitán de Navío Francisco Calixto Giampietri; por la violación del derecho a la educación de sus cuatro menores hijos. Consecuentemente, persigue se disponga la matrícula en los Centros Educativos Navales de sus menores hijos Nelson, Cristóbal, Nilton y Cecilia Contreras Cucho.

Al respecto, manifestaba el demandante que tanto él como su esposa acudieron a los Liceos Navales donde cursarían estudios sus menores hijos (Nelson para 5º de Secundaria, Cristóbal y Nilton para 3º de Secundaria, y Cecilia para 6º de Primaria) con la finalidad de gestionar las correspondientes matrículas y, sin embargo, las Directoras del Liceo Naval Teniente Clavero y Centro Educativo Especial Santa Teresa de Courderc se las negaron, aduciendo haber recibido órdenes del Jefe de Educación y del Director de Bienestar debido a una deuda pendiente por concepto de enseñanza y porque su solicitud de becas había sido rechazada. Expresa que tanto él como su esposa se entrevistaron con el emplazado a fin de explicarle la situación económica por la que atravesaban y encontrar una solución al problema generado, y que, lejos de ello, fueron maltratados de palabra y se condicionó la matrícula de sus cuatro menores hijos al pago de lo adeudado. Sostiene que conforme al artículo 17º de la Constitución, la educación es gratuita en las instituciones del Estado.

Por lo demás, precisa que sus hijos tienen antecedentes pedagógicos y clínicos en el Liceo Santa Teresa de Courderc que es para niños con problemas de aprendizaje, habiendo incluso la propia Directora recomendado que continúen sus estudios en dicho Centro Educativo, lo cual no fue tomado en cuenta, como tampoco se consideró que el mayor de sus hijos (Nelson) culminaba sus estudios secundarios en el año 2004.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional, luego de abordar la naturaleza de los centros educativos de la Marina de Guerra del Perú, sintetiza y sistematiza su jurisprudencia en materia educativa, tanto en su condición de derecho fundamental como de servicio público.

En lo que aquí interesa, resulta pertinente desarrollar el contenido o manifestaciones del derecho a la educación identificados por el supremo interprete de la Constitución:

> "Por medio de este mandato constitucional se protegen las principales manifestaciones del derecho a la educación, las que fluyen del propio texto constitucional, a saber; a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y c) la calidad de la educación.
>
> **a) El acceso a la educación**
>
> Para el caso de la educación básica [1], cada una de estas manifestaciones se encuentra sustentada en un mandato constitucional. De tal forma, el tercer párrafo del artículo 16° de la Constitución ordena al Estado "asegurar que nadie sea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas". Esta obligación de fiscalización no debe ser comprendida exclusivamente para las escuelas

públicas, sino también ser aplicable a los casos de instituciones escolares privadas. Ello está vinculado con lo que expone el artículo 17° de la Constitución en cuanto se específica que la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. Es decir, se configura un derecho pero al mismo tiempo un deber para los menores y los padres o tutores responsables. Cabe precisar que esta manifestación tiene dos aristas fundamentales

a.1) Cobertura educativa

De un lado, podemos referirnos a la política educacional que incluye la creación de centros educativos allí donde la población lo requiera [art. 17º, 3er. párrafo de la Constitución]. Ligado a ello, se encuentra el derecho de toda persona natural o jurídica de promover o conducir instituciones educativas [art. 15º, 3er párrafo, de la Constitución], dentro de lo que se puede incluir el de fundar centros de enseñanza. Como se observa, en este ámbito, el derecho a la educación supone una política de Estado adecuada a la demanda educativa, la misma que permita la materialización de este derecho, es decir, que se asegure el servicio educativo básico para todos. Es la plasmación del principio de universalización de la educación, recogida por el artículo 12° de la Ley General de la Educación, cuyo esfuerzo por realizarlo se aprecia en la *Declaración Mundial sobre Educación para Todos* adoptada en Jomtien, Tailandia, en los sucesivos foros mundiales en los que el Estado peruano tomó parte y en el Plan Nacional de Educación para Todos 2005-2015 Perú. [2]

a.2) Acceso a la educación en sentido estricto

La otra arista, en cambio, está relacionada con los criterios de admisibilidad requeridos por los centros educativos. Estos requisitos deben basarse en criterios que proscriban cualquier tipo de discriminación, ya sea por motivos económicos, ideológicos, de salud, religiosos, o de cualquier otra índole. Dicho de otra forma, los centros escolares, tanto públicos como privados, deben proscribir los criterios de admisión irrazonables o desproporcionados, pues afectan de manera directa el derecho de educación de los menores, al impedir de manera arbitraria que ejerciten el derecho a la educación. Cabe indicar, no obstante, que este tipo de actos afectan de igual manera el derecho fundamental de los padres a escoger el centro de educación que estimen pertinente [art. 13°, 1er párrafo, de la Constitución].

No obstante, en los casos en donde se esté frente a escuelas privadas, el derecho a la educación encontrará su correlativa obligación en el pago de la matrícula. Evidentemente, ante la ausencia de dicho pago, la entidad educativa puede negarla, lo que no implicaría una lesión del derecho a la educación del menor, ni al derecho de los padres aludido. En todo caso, frente a la afectación del derecho a la educación podrá interponerse la garantía constitucional a fin de revertir los efectos del acto privado.

En definitiva, frente a una negación de la entidad educativa de admitir a un escolar, cabe analizar si las razones que la sustentan son conformes con la Constitución.

b) Permanencia y respeto a la dignidad del escolar

La permanencia con respeto de la dignidad del escolar supone que este no pueda ser separado de la escuela por motivos desprovistos o reñidos con el principio de proporcionalidad. Esta situación implica tomar en cuenta una serie de elementos relacionados con la

educación básica, tales como el interés superior del niño. De otro lado, ello no exime a que el estudiante esté obligado a cumplir con el régimen disciplinario de la escuela, ya que de lo contrario se podrán aplicar las sanciones preestablecidas por dicho reglamento, las que dependiendo de la gravedad del caso, podrán incluir la separación del alumno durante el periodo escolar. Caso contrario, la separación del menor del centro educativo en pleno periodo escolar, sin que medie una infracción extremadamente grave, implicaría una afectación desproporcionada, ya que el menor se vería seriamente perjudicado.

Por su parte, la permanencia tendrá que ser efectuada con pleno respeto de la dignidad del alumno, quedando proscritas la tortura y los tratos crueles e inhumanos como medidas disciplinarias [Art. 15, 2do párrafo, de la Constitución]. En definitiva, esta dimensión del derecho bajo análisis pretende un real disfrute del mismo, ya que bajo circunstancias de hostilización o sanciones desproporcionadas, resulta evidente la afectación del proceso educativo.

c) Calidad de la educación

Para complementar las anteriores dimensiones del derecho a la educación, cabe referirse a la calidad de la educación. Así, el concepto de calidad de la educación ha sido definido en referencia a dos principios: "el primero considera que el desarrollo cognitivo del educando es el objetivo explícito más importante de todo el sistema, y por consiguiente su éxito en este ámbito constituye un indicador de la calidad de la educación que ha recibido; el segundo hace hincapié en el papel que desempeña la educación en la promoción de actitudes y los valores relacionados con una buena conducta cívica, así como las condiciones propicias para el desarrollo afectivo y creativo del educando". [3]

Del texto constitucional se infiere una preocupación sobre la calidad de la educación que se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla [Art. 16°, 2do. Párrafo, de la Constitución]. También se pone de manifiesto al guardar un especial cuidado respecto el magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente [Art. 15º, 1er. Párrafo, de la Constitución].

Por su parte, también se incide firmemente en la obligación de brindar una educación "ética y cívica", siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales [art. 14, tercer párrafo]. Este mandato es de suma relevancia, más aún cuando vivimos en un contexto posterior a una coyuntura de violencia política en donde un grupo de personas alzadas en armas pretendieron someter –por medio del terrorismo a la sociedad peruana a una ideología totalitaria y violenta.

Estas tres manifestaciones conforman la estructura básica del derecho a la educación, cuyos destinatarios son directamente los menores que deben concurrir o los que concurren a la escuela. Obviamente, serán los padres o los tutores encargados quienes –en caso de afectación de tal derecho– accionarán en representación de estos, lo que no debe ser confundido al momento de determinar la titularidad del derecho a la educación.

(…)

Para fines del caso que es materia de pronunciamiento por este Tribunal, la sección en la que nos interesa profundizar es la referida al contenido normativo del artículo 13º del Pacto, que

consagra el derecho a la educación. Así, y con relación al derecho a recibir educación (*Párrafo 2 del artículo 13º del Pacto*), el Comité ha señalado como observaciones generales que: "(...) 6. Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes características interrelacionadas [7]:

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. (...).

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (*véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación*);

(...)

iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13º respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

(...)

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Al considerar la correcta aplicación de estas "características interrelacionadas y fundamentales", se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos. (resaltado agregado)" ([8])([9])

Así, queda claro que la educación debe ser accesible a todos en términos universales sin discriminación alguna; menos aún, por razones de índole económica, qué duda cabe, es deber del Estado garantizar que el acceso a la educación no tenga barreras, y preste atención a los alumnos en los diversos contextos culturales y sociales. Debe garantizarse, por lo menos, la gratuidad de la educación en el nivel primario".

En mérito a dicha argumentación y luego de efectúa algunas referencias –sobretodo normativas- al interés superior del niño y adolescente, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda.

JUNIO

1. STC N.° 7364-2006-PA/TC. Caso Song Yeon Im

La sentencia del presente caso se emite como consecuencia de la demanda de amparo constitucional interpuesta por el señor Gye Jin Na, apoderado legal de Song Yeon Im y Ah Reum Na contra la Asociación del Centro de Esparcimiento Lima "El Potao", el Ministerio del Interior y la Municipalidad Provincial del Callao, solicitando que: a) se disponga la entrega de los dos ómnibus Asia modelo Cosmos,

sin placa de rodaje, de su propiedad; b) se abstengan de la amenaza de cobro sobre una supuesta deuda por derecho de guardianía no generada por sus representados. Aduce que se lesiona su derecho de propiedad.

El demandante sostiene que se instauró un proceso penal en contra de don Myung Chae Na ante el Juzgado Especializado en Bandas, el cual dispuso como medida cautelar el internamiento de vehículos de su propiedad; que en dicho proceso se emitió sentencia absolutoria y, posteriormente, se dispuso el levantamiento de la medida cautelar y la consiguiente entrega de los vehículos; y que, sin embargo, el Depósito Oficial de La Perla-Callao (administrado por la Asociación Centro de Esparcimiento Lima "El Potao") se niega a entregar los vehículos (2) internados en su depósito si no se cumple con efectuar el pago por concepto de guardianía, lo cual implicaría una sanción en contra de los recurrentes.

Este caso, estrechamente vinculado al derecho de propiedad, le permite manifestar que si bien:

> "El derecho de propiedad, reconocido por el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, *prima facie*, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que refiere el artículo 70º de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. Por esto, desde la perspectiva constitucional, todo cobro indebido a una persona, proceda del Estado o de particulares, constituye una afectación del derecho de propiedad".

Sobre la base de dicha consideración, estima que la retención de los vehículos de propiedad de los recurrentes constituye, efectivamente, una intervención en el derecho de propiedad, por cierto, desproporcionada.

Sin perjuicio de lo expuesto, el supremo intérprete de la Constitución también se pronuncia sobre el derecho de retención y las atribuciones con las que cuenta un depositario judicial, siendo que sobre el particular manifiesta lo siguiente:

> "Por otra parte, tampoco existe legalmente un derecho de retención que habilite al depositario a ejercerlo sobre la persona que no es la depositante. En el presente caso, el inculpado –esposo de la recurrente-, propietario de los vehículos internados en el Depósito de la demandada, no tenía la condición de depositante. Sería absolutamente contrario al derecho fundamental de propiedad que se intervenga en el bien de una persona –a través de un derecho de retención- que no tiene ningún vínculo con la satisfacción de la obligación que sustenta o justifica ese derecho de retención. Por esto, la retención efectuada por la Asociación demandada lesiona el derecho de propiedad de los recurrentes.
>
> La condición de depositario judicial o custodio encomendada al depósito de vehículos de la asociación demandada lo fue por disposición del Juzgado, mas no por encargo del finado inculpado o los recurrentes –como no podía serlo- y, además, tampoco fue adoptada en interés del inculpado. En esta relación entre depositante y depositario que-

da claro que aquél no interviene. El interés al que sirve el depósito de los vehículos ordenado, en cuanto medida cautelar, sólo puede ser en interés del Estado o la parte civil, pero no del inculpado".

Sobre la base de dichas consideraciones, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo, ordenando que a la Asociación del Centro de Esparcimiento Lima "El Potao" que proceda, inmediata e incondicionalmente, a la entrega a los recurrentes de los vehículos de su propiedad, internados en el depósito de su propiedad.

2. STC N.° 5970-2007-PA/TC. Caso San Fernando

Esta sentencia se emite como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por San Fernando S.A. mediante la cual solicita que se se inaplique al caso concreto el inciso 4) del artículo 2° de la Ley N.° 27360 y, en consecuencia, se le apliquen los beneficios establecidos por dicha norma correspondientes al período 2002-2005.

Manifestaba la parte demandante que el numeral 2.4 del artículo 2° de la Ley N.° 27360 dispone que los beneficios establecidos por dicha ley no serán aplicables a aquellas actividades avícolas donde se utilice maíz amarillo duro importado; que al ser una empresa avícola que utiliza dicho producto en el desarrollo de sus actividades, estará recibiendo un ilegítimo tratamiento diferenciado o desigual por parte de la norma en cuestión, quedando fuera de los beneficios establecidos por ella; y que procedió a peticionar a la SUNAT al inicio de los períodos fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005 el acogimiento a los beneficios tributarios establecidos por la Ley N.° 27360, siendo que a la fecha dicha entidad no ha emitido pronunciamiento alguno sobre dichas solicitudes.

De otro lado, sostenían que en el supuesto que el numeral de la norma ya mencionada tuviera por finalidad fomentar un aspecto específico de la agricultura nacional (los cultivos de maíz amarillo duro), el legislador habría utilizado un mecanismo inadecuado, dado que dicha finalidad debería ser perseguida mediante un arancel establecido por Aduanas, conforme sostiene la doctrina que la norma en cuestión deviene en inconstitucional puesto que establece un arancel mediante una ley, excluyendo al Poder Ejecutivo de ejercer dicha competencia exclusiva.

Finalmente, el demandante sostenía que la norma en mención también es inconstitucional por contravenir lo establecido por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio – GATT-, aprobado por Resolución Legislativa N.° 26407, cuyo numeral 1 del artículo III de la Parte II establece que los estados se comprometen a no utilizar los tributos u otras cargas que afecten la venta de los productos importados de manera que se proteja la producción nacional y que, por tanto, debido a que el numeral 2.4 del artículo 2° de la Ley N.° 27360 permite que los consumidores de maíz amarillo duro nacional sean beneficiados, entre otras cosas, con una menor tasa impositiva por Impuesto a la Renta en relación con los consumidores de maíz amarillo duro importado, se estaría desalentando el consumo del producto importado, por lo cual tal norma es contraria al GATT y, en consecuencia, es inconstitucional.

El supremo intérprete de la Constitución aprovecha el presente caso para señalar los supuestos en los que no procede el amparo respecto a los beneficios tributarios, manifestando que el mismo resultará improcedente cuando se pretenda que:

a) Que se interprete de manera favorable a la parte recurrente un haz de normas legales, a efectos de determinar si le corresponde una exoneración,

b) Que se interprete un convenio de estabilidad tributaria en concordancia con diversas normas legales, a efectos de determinar que a la parte recurrente le corresponde una exoneración, y

c) Revocar vía el proceso constitucional de amparo la decisión política de dejar sin efecto una exoneración –cuya naturaleza es la de un beneficio excepcional- y, de este modo, perennizar el beneficio a favor de un contribuyente determinado.

Y es que, como indica el Tribunal Constitucional, el común denominador en estos supuestos es el de solicitar vía amparo el reconocimiento de un beneficio tributario de origen legal, cuya titularidad inclusive se encontraba en duda o, de suyo, declarar vía el proceso de amparo la continuidad de una exoneración dejada sin efecto por quien la otorgó. De ahí la inconveniencia de resolver tales controversias en esta vía.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional aborda el principio – derecho de igualdad en materia tributaria, por encontrarse directamente vinculada al caso concreto. Así, luego de aplicar el test de proporcionalidad aplicado al referido derecho fundamental, concluye que la medida es discriminatoria por no existir una justificación objetiva del tratamiento diferenciado. Ello se desprende de la siguiente argumentación:

> "En el caso de la evaluación de la materia tributaria, este Colegiado considera imperativo que el aplicador del derecho no olvide que la búsqueda de una sociedad más equitativa –ideal al que no es ajeno el Estado peruano- se logra justamente utilizando diversos mecanismos, entre los cuales la tributación juega un rol preponderante y esencial, pues a través de ella cada ciudadano, respondiendo a su capacidad contributiva, aporta parte de su riqueza para ser redistribuida en mejores servicios; de ahí que quienes ostentan la potestad tributaria, deban llamar al ciudadano a contribuir con el sostenimiento de los gastos estatales sin distinción ni privilegios; siendo este, *prima facie,* el trasfondo del principio de igualdad en la tributación.

Así, en palabras de *Uckmar*, la igualdad ante las cargas fiscales debe entenderse en una doble acepción: a) *en sentido jurídico*, que supone la paridad o generalidad en el sometimiento a la tributación; y, b) *en sentido económico*, que implica tomar en cuenta la real capacidad contributiva de cada ciudadano, al determinarse el monto a tributar [5].

Ahora bien, considerando que el artículo 74 de la Constitución otorga potestad tributaria, entre otras facultades, para crear y exonerar tributos, disponiendo que en tal ejercicio se deba observar, entre otros, el principio de igualdad y el respeto a los derechos fundamentales, debe afirmarse que, concretizado en la materia tributaria –integrante del Régimen Económico de la Constitución de 1993-, este principio / derecho implica una evaluación a dos niveles, tanto desde la faz positiva como la negativa de la hipótesis de incidencia.

En el primer caso, a fin de verificar si el legislador o el llamado a ejercer la potestad tributaria incluyó dentro del supuesto de hecho llamado a tributar a sujetos con la misma capacidad contributiva; en el segundo caso, a fin de determinar si en la exclusión de tributación se dejó de lado a sujetos o actividades puestas en circunstancias idénticas de manera irrazonable y desproporcionada.

En el presente caso, la evaluación del numeral concreto de la norma materia de análisis debe hacerse en conjunto con su ley, las leyes conexas, sus antecedentes y, lógicamente, su exposición de motivos, a fin de lograr una interpretación conjunta y completa que se determine o desvirtúe la vulneración del derecho a la igualdad de la empresa demandante.

La Ley 27360, denominada "Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario", fue publicada con fecha 31 de octubre del 2000 y tiene como objetivo declarar de interés prioritario la inversión y desarrollo del sector agrario. Entre sus beneficiarios está precisamente la empresa demandante como integrante del rubro "cultivo o crianza", de acuerdo a lo expuesto por la propia norma. Es decir, no se debe perder de vista que, originariamente, la Ley comprendía entre los sectores a los que debe favorecerse, al avícola, esto es a "San Fernando S.A".. Es cierto que en su numeral 2.4. la norma disponía desde su puesta en vigencia que era beneficiario de la norma, "solamente la actividad avícola que no utilice maíz amarillo duro importado en su proceso productivo". Sin embargo, también inicialmente, mediante DU 103-2000 se suspendió temporalmente la aplicación del referido numeral bajo la consideración de que "dicha medida podría resultar discriminatoria y su aplicación generaría mayor complejidad administrativa (...)" (texto de la norma). Posteriormente, dicha norma fue puesta en vigencia generándose el proceso que hoy se resuelve.

Esto permite detectar preliminarmente el error de legislador al dejar de lado posibles supuestos normativos como el caso de la empresa hoy demandante, situación que en un primer momento fue prevista y evitada temporalmente por el Decreto Supremo al que se hizo mención en el párrafo precedente.

Teniendo en cuenta lo señalado y contrastando lo argumentado por las partes, es ahora oportuno verificar si el régimen especial creado por la norma en cuestión vulnera el derecho a la igualdad de la empresa demandante; al respecto, este Colegiado advierte que:

- Es clara la existencia de una norma diferenciadora; en el presente caso el numeral 2.4 del artículo 2° de la Ley N.° 27360, que es materia de impugnación, establece un trato diferenciado en función de la procedencia del maíz amarillo duro que utilizan las empresas avícolas en el desarrollo de sus actividades. En efecto, tal disposición establece que sólo las avícolas que utilicen el producto nacional gozarán de los beneficios aplicados al Impuesto a la Renta y a las contribuciones de carácter laboral previstas por la Ley N.° 27360, no siendo aplicables tales beneficios a las empresas avícolas que utilicen o consuman el producto importado.
- Es clara la existencia de distintas situaciones de hecho, pues se trata de supuestos distintos ya que se ha establecido una diferenciación entre avícolas consumidoras del maíz amarillo duro nacional (*tertium comparationis*) y avícolas consumidoras del maíz amarillo duro importado.

En consecuencia, al haberse constatado la aplicación de una norma diferenciadora para dos situaciones de hecho distintas, corresponde determinar si dicho trato se justifica.

Este Tribunal, considera que dicho trato desigual no está debidamente justificado, y ello porque se ha dejado de lado a sujetos o actividades puestas en circunstancias idénticas (sector avícola) de manera irrazonable y desproporcionada. En efecto, no puede considerarse de manera alguna equitativo que por el simple hecho de verse obligada a utilizar en el proceso productivo el "maíz amarillo duro importado" ante la insuficiencia de la producción nacional, tal y como lo acreditan las cifras oficiales de la

> Asociación Peruana de Avicultura [7], la demandante se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario, a pesar de que, como se ha hecho referencia ya en el fundamento 20, *supra*, forma parte del sector agrario".

Finalmente, resulta importante la precisión formulada por el Tribunal Constitucional respecto a la competencia del amparo para dilucidar la adecuación de una norma a un tratado internacional.

En efecto, el supremo intérprete de la Constitución considera que:

> "(…) debe precisarse que la adecuación, o no, de una norma a un tratado internacional que no se refiere a derechos fundamentales no constituye una materia que por sí misma pueda dilucidarse en un proceso de amparo cuya única y esencial finalidad es brindar tutela contra la amenaza o violación de un derecho constitucional, conforme lo dispone el artículo 1° del Código Procesal Constitucional. Por tanto, este extremo de la pretensión debe desestimarse".

Atendiendo a dichas consideraciones, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda.

3. STC N.° 1317-2008-PHC/TC. Caso Felipe Tudela y Barreda

La presente sentencia es consecuencia de la demanda de hábeas corpus interpuesta por los señores Francisco Antonio Gregorio Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Gaspar José Tudela van Breugel Douglas, a favor de su padre Felipe Tudela y Barreda en contra de Graciela De Losada Marrou, por supuesta violación y privación arbitraria de su libertad.

Sostenían los accionantes que su padre fue sacado a las 10:30 am de la casa en la que vive hace cuarenta y dos años para ser llevado al domicilio de la emplazada donde se encuentra retenido. Asimismo, advertían que tal hecho obedece a una decisión unilateral que no fue consultada con la familia y los hace temer por su salud ya que "se trata de una persona de 92 años de edad, que sufre de pérdida de memoria y demencia senil, que no puede desplazarse por sus propios medios, que es ciego y tiene cáncer de próstata e insuficiencia renal" (sic).

De otro lado, también señalaban los demandantes que la demandada ha colocado vigilancia en la casa de su padre y que llamó al señor Gabriel Tudela Garland para comunicarle que el favorecido no regresaría a la casa. Por tanto, atendiendo que lo acontecido genera la sospecha de que su padre ha sido objeto de una detención arbitraria, solicitan que cese la privación de su libertad a fin de ser trasladado a una clínica o centro de salud donde se garantice su seguridad y, posteriormente, sea llevado a su casa quedando bajo el cuidado de sus hijos (sic).

El proceso constitucional le permite al Tribunal Constitucional para manifestar que el proceso constitucional de hábeas corpus permite también tutelar la esfera subjetiva de la libertad personal. Así, tenemos el siguiente razonamiento:

> "El proceso constitucional de hábeas corpus aún cuando tradicionalmente ha sido concebido como un recurso o mecanismo procesal orientado, por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria, denota que su propósito garantista transciende el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse *la esfera subjetiva de libertad de la persona humana*, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren

en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio.

Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2°.1 de la Constitución y el artículo 25°.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, tenor del artículo 4° de la Constitución.

En consecuencia, una situación como a la que fueron sometidos los accionantes bien podría ser amparada por el juez constitucional ya que, efectivamente, encuadra dentro del ámbito de protección del proceso libertario y ello no sólo porque el derecho a la integridad personal tiene un vínculo de conexidad con la libertad individual (artículo 25.º 1 del Código Procesal Constitucional), sino porque la institucionalidad familiar se constituye en un principio basilar que también influye de manera determinante en el libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal".

Sobre la base de dicha argumentación, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de hábeas corpus y, en consecuencia, ordena que: (i) Francisco Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Tudela van Breugel Douglas ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros; y (ii) Graciela De Lozada Marrou se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho aludido que fuera restituido por este Colegiado a los accionantes.

4. STC N.° 4382-2007-PA/TC. Caso Nicolás de Bari Hermoza Ríos

Esta sentencia del Tribunal Constitucional se expide en el marco de la demanda de amparo interpuesta por el señor Nicolás de Bari Hermoza Ríos contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT y contra el Tribunal Fiscal, con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00850-4-2006, de fecha 16 de febrero de 2006, de las Resoluciones de Determinación N.º 024-03-0017911, 024-030-017912 y 024-03-0017913, de las Resoluciones de Multa N.º 024-02-065449, 024-02-0065450, y 024-02-0065930, correspondiente al impuesto a la renta de los ejercicios 1998 a 2000. Asimismo solicita que se declare la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 01774-4-2006, de fecha 31 de marzo de 2006, de la Resolución de Determinación N.º 024-03-0014726 y de la Resolución de Multa N.º 024-02-005683, correspondientes al impuesto a la renta del ejercicio 1997; y que se determine la no existencia de rentas por incremento patrimonial no justificado, ni de rentas de fuente extranjera, durante los períodos 1997 a 2000.

El Tribunal Constitucional identifica que el problema jurídico que plantea la controversia jurídica se circunscribe a determinar la interpretación constitucional del artículo 52 de la Ley de Impuesto a la Renta, respecto a si es legítimo tributar por la percepción de renta ilícita, conforme se aprecia del siguiente análisis:

> "De lo anterior se deriva que, en estricto, la cuestión controvertida en el caso concreto está referida a la interpretación del artículo 52º de la Ley del Impuesto a la Renta que ha realizado la administración tributaria. De acuerdo con este artículo "*se presume de pleno derecho que los incrementos*

patrimoniales cuyo origen no puede ser justificado por el contribuyente o responsable constituyen renta neta no declarados por éstos"; además señala que dichos incrementos patrimoniales "*no pueden sustentarse con utilidades derivadas de actividades ilícitas*". La pregunta a contestar entonces es la siguiente: ¿la administración tributaria actuó legítimamente al aplicar al demandante el artículo 52º de la Ley de Impuesto a la Renta?

A juicio del Tribunal Constitucional, para el artículo 52º antes mencionado no es relevante el origen –lícito o ilícito– del incremento patrimonial por tres razones fundamentalmente. Primero, porque de acuerdo con el artículo 74º de la Constitución no es función de la administración tributaria, ni tiene facultades para ello, determinar la procedencia lícita o ilícita de una renta específica; más aún sería absurdo y contraproducente pretender que se le exija a la administración tributaria, en casos como este, evaluar y determinar el título jurídico del incremento patrimonial.

Segundo, que la administración tributaria tenga que verificar previamente si el incremento patrimonial no justificado proviene de rentas lícitas o ilícitas es una exigencia irrazonable que tornaría en inviable la realización de sus facultades tributarias. En tercer lugar, porque el impuesto a la renta grava hechos o actividades económicas, no las conductas de las personas en función de si estas son lícitas o ilícitas; de lo contrario, se establecería un antecedente negativo muy grave porque para que una persona se exima de sus obligaciones tributarias bastaría que ésta alegue la ilicitud de sus utilidades; lo cual quebraría el principio constitucional tributario de igualdad (artículo 74º de la Constitución) frente a aquellas personas que cumplen, de acuerdo a ley, con sus obligaciones tributarias.

De acuerdo con el artículo 52º de la Ley del Impuesto a la Renta, lo relevante es que la administración tributaria determine si el administrado ha tenido un incremento patrimonial injustificado y, de ser así, que aquél no pretenda justificar dicho incremento sobre la base de actividades económicas ilícitas. Por ejemplo, una persona no podría justificar su incremento patrimonial con utilidades provenientes del tráfico ilícito de drogas.

En el presente caso, los demandantes tuvieron un incremento patrimonial que no pudieron justificar, por lo cual la administración tributaria, sobre *base presunta*, legítimamente tenía la facultad de determinar de oficio el impuesto a la renta, de conformidad con el artículo 93º de la Ley del Impuesto a la Renta. Este criterio del Tribunal Fiscal es constitucional, en la medida que, como ya se dijo, la administración tributaria no determina la licitud o ilegalidad del incremento patrimonial –tampoco los procedimientos tributarios están dirigidos a tal fin–, sino que se limita a acotar el correspondiente impuesto cuando dicho incremento no puede ser justificado por el contribuyente.

Es paradójico que, en el fondo, lo que hacen los demandantes es querer justificar su incremento patrimonial en un momento dado con actividades que en el proceso penal respectivo han sido consideradas como ilícitas, producto de la comisión de los delitos de peculado y del cohecho pasivo propio; lo cual está expresamente prohibido, como se ha visto, por el artículo 52º de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando señala que el incremento patrimonial

> no puede ser justificado con utilidades provenientes de actividades ilícitas".

Por su parte, con relación a la alegación de la parte demandante en el extremo que la determinación de la obligatoriedad del pago de impuesto a la renta por ingresos ilícitos constituye una doble sanción, el Tribunal Constitucional desestima dicha afirmación, manifestando lo siguiente.

> "Este argumento del demandante carece de sustento y no puede ser acogido por el Tribunal Constitucional porque es obvio que la determinación del impuesto a la renta no constituye una sanción penal y porque la función de la administración tributaria no es imponer penas. Como tampoco por su propia naturaleza y por los bienes jurídicos que protege, el proceso penal no puede ser considerado equiparable al procedimiento de determinación tributaria. La obviedad de la sustancial diferencia entre ellos releva a este Colegiado de mayores consideraciones al respecto".

Por tales motivos, la demanda es declarara infundada.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Jurisprudencia Constitucional Comparada

- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua – Sala de lo Constitucional. Sentencia N.° 504 (Reelección presidencial)
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Lautsi contra Italia (Uso de los crucifijos en escuelas públicas)

Corte Suprema de Justicia

SALA DE LO CONSTITUCIONAL

EXP. NO. 602-09.

SENTENCIA NO. 504

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sala de lo Constitucional.- Managua, diecinueve de octubre de dos mil nueve.- Las cinco de la tarde.-

VISTOS:

RESULTA;

I.

A las dos y veinte minutos de la tarde, del día dieciséis de octubre de dos mil nueve, presentó Recurso de Amparo el Abogado **EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ**, en su calidad de Apoderado Especial, de los ciudadanos nicaragüenses Cmdte. JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA, Presidente de la República, casado, político revolucionario, de este domicilio, identificado con cedula de identidad No. 126-111145-0000S; y de los ciudadanos nicaragüenses y Alcaldes Municipales de la República de Nicaragua: Víctor Manuel Sevilla Mayorga, del domicilio de Chichigalpa, Chinandega, Casado, Comerciante, identificado con cédula de identidad No. 084-070957-0002C; Enrique José Saravia Hidalgo, del domicilio de Chinandega, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 081-270844-0001G; Cecilio Cruz Ríos, del domicilio de Cinco Pinos, Chinandega, Soltero, Licenciado en Ciencias Sociales, identificado con cédula de identidad No 093-221153-0000Y; William Alberto Martínez Sánchez, del domicilio de Corinto, Chinandega, Casado, Médico, V identificado con cédula de identidad No. 082-250662-0000H; Diega Deysis Núñez, del domicilio de El Realejo, Chinandega, Casada, Secretaria, identificado con cédula de identidad No. 083-121160-0000Q; Asunción Alcides Moradel, del domicilio de El Viejo, Chinandega, Casado, Licenciado en Derecho, identificado con cédula de identidad No. 088-070564-0000K; Gerardo Ramón García Castellón, del domicilio de Posoltega, Chinandega, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No.085-161064-0000F; Emigdio Jesús Téllez Mairena, del domicilio de Puerto Morazán, Chinandega, Soltero, Camaronicultor, identificado con cédula de identidad No. 087-050863-0001K; Jenny Amada Moncada Espinoza, del domicilio de San Francisco del Norte, Chinandega, Casada, Comerciante, identificado con cédula de identidad No. 092-070367-0000V; Moisés Armando Martínez Corrales, del domicilio de San Pedro del Norte, Chinandega, Casado, Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 093-261259-0005M; Clementina Dávila Cruz, del domicilio de Santo Tomás del Norte, Chinandega, Casada, Licenciada en Química, identificado con cédula de identidad No. 088-231164-0000E; Kenny Alberto Espinoza Gaitán, del domicilio de Somotillo, Chinandega, Casado, Licenciado en Derecho, identificado con cédula de identidad No. 092-031158-0002Q; Juan Fernando Gómez Ovando, del domicilio de Villa Nueva, Chinandega, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 089-300564-0001Y; Diego David Figueroa Gontol, del domicilio de Achuapa, León, Soltero, Bachiller, identificado con

cédula de identidad No. 289-291268-0000X; Karla Guadalupe Raudales Moya, del domicilio de El Jicaral, Léon, Soltera, Profesora de Primaria, identificado con cédula de identidad No. 283-121270-0002X; Rosa Amelia Valle Vargas, del domicilio de El Sauce, León, Soltera, Contador Público, identificado con cédula de identidad No. 288-210566-0004H; Lesbia del Carmen Abarca García, del domicilio La Paz Centro, León, Casada, Egresada de Estadística, identificado con cédula de identidad No. 284-080661-0001Q; Enrique José Gómez Toruño, del domicilio de Larreynaga, León, Soltero, Odontólogo, identificado con cédula de identidad No. 281-270867-0012W; Simeón Manuel Calderón Chévez, León, Soltero, Máster en Desarrollo Local, identificado con cédula de identidad No. 290-280954-0000U; Juan Gabriel Hernández Rocha, del domicilio de Nagarote, León, Casado, Ingeniero Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 287-190873-0002Q; Hugo Julián Ruiz Urbina, del domicilio de Quezalguaque, León, Casado, Transportista, identificado con cédula de identidad No. 286-090170-0000U; Barney Jesús Pulido Moreno, del domicilio de Santa Rosa del Peñón, León, Casado, Administrador de Empresa, identificado con cédula de identidad No. 285-170467-0000F; Arcenio Eusebio Reyes Siria, del domicilio de Telica, León, Casado, Perito Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 286-151260-0002L; Bismarck Ramón Pérez, del domicilio de Diriamba, Carazo, Casado, Médico General, identificado con cédula de identidad No. 281-291151-0007C; Yader José Ramos, del domicilio de Dolores, Carazo, Casado, Licenciado En Banca y Finanzas, identificado con cédula de identidad No. 045-200376-0002K; Evert Alejandro López Aguirre, del domicilio de El Rosario, Carazo, Casado, Ingeniero Civil, identificado con cédula de identidad No. 047-250377-0000X; Oscar Antonio Tardencilla Muñiz, del domicilio de Jinotepe, Carazo, Casado, Ingeniero Civil, identificado con cédula de identidad No. 041-241153-0004D; Ramón Enrique López Gómez, del domicilio de La Conquista, Carazo, Casado, Oficinista, identificado con cédula de identidad No. 041-200952-0007Q; Jaime José Molina Mora, del domicilio de La Paz de Carazo, Casado, Contador, identificado con cédula de identidad No. 041-251174-0011Y; Orlando José Vega Fonseca, del domicilio de San Marcos, Carazo, Casado, Licenciado en Contaduría Pública y Finanzas, identificado con cédula de identidad No. 043-060153-0000E; Iván Antonio Dinarte Solís, del domicilio de Santa Teresa, Carazo, Casado, Contador, identificado con cédula de identidad No. 044-120568-0000E; Maribel Auxiliadora Barrios Latino, del domicilio de El Diriá, Granada, Casada, Medico, identificado con cédula de identidad No. 203-090367-0000F; Sandra Rosa Vásquez López, del domicilio de Diriomo, Granada, Soltera, Bachiller, identificado con cédula de identidad No. 203- 070959-0002L; Róger Antonio Acevedo Chavarría, del domicilio de Nandaime, Granada, Casado, Contador, identificado con cédula de identidad No. 202-050155-0005M; José Ismael Sánchez Pupiro, del domicilio de Catarina, Masaya, Casado, Oficinista, identificado con cédula de identidad No. 404-151074-0002Y, Manuel Antonio Mercado Navas, del domicilio de La Concepción, Masaya, Casado, Licenciado en Matemáticas, identificado con cédula de identidad No. 409-150763-0002B; Luis Manuel Morales Mercado, del domicilio de Masatepe, Masaya, Casado, Médico General, identificado con cédula de identidad No. 408-310362-0000V; Jobis José Félix Trejos Trejos, del domicilio de Masaya, Casado, Abogado y Notario, identificado con cédula de identidad No. 403-231150-0000J; Ivania Isabel Carranza Carranza, del domicilio de Nandasmo, Masaya, Casada, Médico General, identificado con cédula de identidad No. 407-121257-0000X; Clarissa Esmeralda Vivas Castellón, del domicilio de Nindirí, Masaya, Casada, Cirujano Dentista, identificado con cédula de identidad No. 402-091264-0002E; Mar-

lon José Muñoz Sandino, del domicilio de Niquinohomo, Masaya, Casado, Ingeniero Civil, identificado con cédula de identidad No. 406-020877-0000Y; Miguel Ángel Calero Gutiérrez, del domicilio de San Juan de Oriente, Casado, Artesano, identificado con cédula de identidad No. 405-290968-0002X; Imel Jesús Hernández Sotelo, del domicilio de Tisma, Masaya, Soltero, Mecánico Automotriz, identificado con cédula de identidad No. 403-110375-0001V; Orlando Salvador Meza Gómez, del domicilio de Altagracia, Rivas, Casado, Ingeniero Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 081-051267-0002L; José Roberto Alejo Dávila, del domicilio de Belén, Rivas, Soltero, Médico, identificado con cédula de identidad No. 401-260364-0002E; Rolando Salomón Valdivia Delgado, del domicilio de Buenos Aires, Rivas, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 563-130358-0000Y; Rodolfo Ulden Pérez Rivera, del domicilio de Cárdenas, Rivas, Casado, Estudiante, identificado con cédula de identidad No. 568-160866-0000G; Carlos Javier Guzmán Díaz, del domicilio de Moyogalpa, Rivas, Soltero, Sociólogo Político, identificado con cédula de identidad No. 569-280165-0000K, Wilfredo Gerardo López Hernández, del domicilio de Rivas, Casado, Técnico Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 561-220564-0005U; Gilma Victoria Canales Cruz, del domicilio de San Jorge, Rivas, Casada, Abogada y Notaria, identificado con cédula de identidad No.562-230365- 0000Q; Jorge Manuel Sánchez Santana, del domicilio de San Juan del Sur, Rivas, Casado, Ingeniero en Sistemas, identificado con cédula de identidad No. 567-230461-0000F; José Ángel Morales Mairena, del domicilio de Tola, Rivas, Casado, Comerciante, identificado con cédula de identidad No.566-010364-0001T; Marcos Antonio Sandoval Mejía, del domicilio de San Lorenzo, Boaco, Casado, Productor, identificado con cédula de identidad No. 365-260661-0002P; Bayardo José Árauz Robleto, del domicilio de Teustepe,. Boaco, Casado, Productor, identificado con cédula de identidad No. 366-280666-0000G; María Elena Guerra Gallardo, del domicilio de Juigalpa, Chontales, Casada, Profesora, identificado con cédula de identidad No.121-061251-0006; Yamil Vargas Díaz, del domicilio de La Libertad, Chontales, Casado, Médico, identificado con cédula de identidad No. 291-221159-0004P; Mauricio José Ruiz Matamoros, del domicilio de Santo Tomás, Chontales, Casado, Productor, identificado con cédula de identidad No. 123-051163-0001F; Eda Griselda Medina Campos, del domicilio de Morrito, Río San Juan, Casada, Maestra, identificado con cédula de identidad No. 524-010971-0002Q; Jhonny Francisco Gutiérrez Novoa, del domicilio de San Carlos, Río San Juan, Casado, Ingeniero Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 521-121166-0002C; Misael José Morales Sequeira, del domicilio de San Juan de Nicaragua, Río San Juan, Casado, Técnico Superior en Turismo, identificado con cédula de identidad No. 121-280578-0007G; Ana Clemencia Ávalos Martínez, del domicilio de San Miguelito, Casada, Licenciada en Derecho, identificado con cédula de identidad No. 523-250967-0000U. Sadrach Zeledón Rocha, del domicilio de Matagalpa, Casado, Ingeniero Civil, identificado con cédula de identidad No.441-080254-0002J; Angel Rafael Cardoza Orozco, del domicilio de Ciudad Darío, Casado, Licenciado en Admón. Empresas, identificado con cédula de identidad No.449-081061-0001L; Maryan José Ruíz Rivera, del domicilio de El Tuma-La Dalia, Matagalpa, Casado, Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 241-010766-0006M; Paulino Jarquin Urbina, del domicilio de Esquipulas, Matagalpa, Casado, Productor, identificado con cédula de identidad No. 441-220638-0004E; Trinidad de Jesús Alvarez Jarquin, del domicilio de San Dionisio, Matagalpa, Soltero, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 446-280562-0002Q; Marvin Enrique Aráuz Sobalvarro, del domicilio de San Ramón, Soltero,

Abogado y Notario, identificado con cédula de identidad No. 442-111174-0001G; Carlos Alberto Sequeira Cruz, del domicilio de Muy Muy, Matagalpa, Casado, Médico General, identificado con cédula de identidad No. 441-190677-0019C; Juan Rayo Masis, del domicilio de San Isidro, Matagalpa, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 447-271258-0000V; Luis Antonio Martínez Medal, del domicilio de Sébaco, Matagalpa, Casado, Productor, identificado con cédula de identidad No. 447-130754-0000E; Leonidas Nicolás Centeno Rivera, del domicilio de Jinotega, Casado, Abogado, identificado con cédula de identidad No. 243-061258-0000C; Ronieer José Rodríguez Rivera, del domicilio de La Concordia, Jinotega, Soltero, Ingeniero Agropecuario, identificado con cédula de identidad No. 161-300578-0007G; Celso de los Reyes Amador Cruz, del domicilio de Wiwilí–Jinotega, Casado, Maestro de Secundaria, identificado con cédula de identidad No. 481-021072-0001U; Francisco Ramón Valenzuela Blandón, del domicilio de Estelí, Casado, Licenciado en Ciencias Sociale, identificado con cédula de identidad No. 161-121263-0005S; Jairo Arce Aviles, del domicilio de Condega, Estelí, Soltero, Licenciado en Derecho, identificado con cédula de identidad No. 163-110864-0000N; Juan Francisco Carrasco Rivas, del domicilio de Pueblo Nuevo, Estelí, Casado, Ingeniero Agrónomo, identificado con cédula de identidad No. 162-170763-0000H; Juan Ramón Mendoza Irias, del domicilio de San Juan de Limay, Estelí, Casado, Técnico Forestal, identificado con cédula de identidad No. 164-240672- 0001D; Wilson Pablo Montoya Rodríguez, del domicilio de Somoto, Madriz, Casado, Licenciado Admón. de la Educación, identificado con cédula de identidad No. 321-021267-0002D; Jalmer Bismarck Rivera Alvarado, del domicilio de Las Sabanas, Madriz, Casado, Maestro, identificado con cédula de identidad No. 328-230678-0001V; Luz Amparo García García, del domicilio de Palacagüina, Madriz, Soltera, Bióloga, identificado con cédula de identidad No. 324-150269-0001G; Néstor Ramón Maldonado Benavides, del domicilio de San José de Cusmapa, Madriz, Soltero, Docente, identificado con cédula de identidad No. 329-100166-0001S; Asisclo José Laguna Mairena, del domicilio de San Juan Río Coco, Madriz, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 165-261149-0000G; Mario Antonio Gutiérrez Altamirano, del domicilio de San Lucas, Madriz, Casado, Licenciado en Pedagogía, identificado con cédula de identidad No. 481-090468-0002T; Bernarda Castillo Centeno, del domicilio de Telpaneca, Madriz, Soltera, Profesora, identificado con cédula de identidad No. 322-220559-0001L; Melvin López Gadea, del domicilio de Totogalpa, Madriz, Casado, Médico, identificado con cédula de identidad No. 481-171273-0002L; Ezequiel de Jesús Membreño López, del domicilio de Yalagüina, Madriz, Casado, Maestro, identificado con cédula de identidad No. 325-161262-0000D; Daysi Ivette Tórres Bosques, de este domicilio, Casada, Periodista, identificado con cédula de identidad No. 001-110354-0044Q; Roberto Presentación Somoza Romero, del domicilio de Ciudad Sandino, Managua, Casado, Licenciado en Administración, identificado con cédula de identidad No. 001-190757-0001V; Miriam Eulalia Salinas

López, del domicilio de Mateare, Managua, Soltera, Comerciante, identificado con cédula de identidad No. 006-011168-0000J; José Ángel Velásquez Laguna, del domicilio de San Francisco Libre, Managua, Casado, Transportista, identificado con cédula de identidad No. 361-301062-0003ª; José Noel Cerda Méndez, del domicilio de San Rafael del Sur, Casado, Transportista, identificado con cédula de identidad No. 002-170856-0000U; Gustavo Adolfo Cortes Robles, del domicilio de Ticuantepe, Managua, Casado, Ingeniero, identificado con cédula de identidad No.001-300157-0042A; Cesar Francisco Vásquez Valle, del domicilio de Tipitapa, Managua, Casado, Oficinista, identi-

ficado con cédula de identidad No. 241-120960-0000A; Jose Inocente Castro Castellón, del domicilio de Villa Carlos Fonseca, Managua, Casado, Productor, identificado con cédula de identidad No. 004-120836-0001D; Fernando Lopez Sauseda, del domicilio de Dipilto, Nueva Segovia, Casado, Ingeniero, identificado con cédula de identidad No. 484-250167-0000; Telma Maria Olivas Ardon, del domicilio de El Jícaro, Nueva Segovia, Casada, Docente, identificado con cédula de identidad No. 491-280856-0002A; Orlando Ismael Zeledon Sobalvarro, del domicilio de Jalapa, Nueva Segovia, Casado, Administrador de empresa, identificado con cédula de identidad No. 489-141079-0002C; Luis Felipe Enriquez Averrúz, del domicilio de Macuelizo, Nueva Segovia, Casado, Agrónomo y técnico en veteniraria, identificado con cédula de identidad No. 482-270857-0000J; Carlos Efraín Norori Jiménez, del domicilio de Ocotal, Nueva Segovia, Casado, Medico, identificado con cédula de identidad No. 481-080865-0003K; Melvin Alfonso Ortez Beltran, del domicilio de San Fernando, Nueva Segovia, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 481-10075-0004U; Noel Antonio Rivas Bustamante, del domicilio de Santa María, Nueva Segovia, Casado, Agricultor, identificado con cédula de identidad No. 482-130765-0000D; Alexander Modesto Alvarado Lam, del domicilio de Bonanza, Región Autónoma del Atlántico Norte, Soltero, Docente, identificado con cédula de identidad No. 611-150665-0000U; Guillermo Ernesto Espinoza Duarte, del domicilio de Puerto Cabeza, Región Autónoma del Atlántico Norte, Casado, Comerciante, identificado con cédula de identidad No. 611-150665-0000U; Hector Arturo Ibarra Rodriguez, del domicilio de Rosita, Casado, Licenciado en Sociología, identificado con cédula de identidad No. 162-190967-0001E; Jose Osorno Lopez, del domicilio de Waspan, Región Autónoma Atlántico Norte, identificado con cédula de identidad No. 607-160363-0001U; Cleaveland Rolando Webster Terry, del domicilio de Corn ISland, Región Autónoma Atlántico Sur, Viudo, Empresario de turismo, identificado con cédula de identidad No. 602-140757-000L; Carlos Agustin Miranda Larios, Kukra Hill, Región Autónoma Atlántico Sur, Casado, Lic. Contabilidad Publica, identificado con cédula de identidad No. 202-191250-000L; Everth Wellington Federico Dixon, del domicilio de la Desembocadura de Río Grande, Región Autónoma Atlántico Sur, Casado, Docente, identificado con cédula de identidad No. 601-150976-0004K; Jose Roberto Cuthbert Ramírez, del domicilio de Laguna de Perlas, Región Autónoma Atlántico Sur, Soltero, Docente, identificado con cédula de identidad No. 626-060566-0002B. Todos mayores de edad, y de tránsito por esta ciudad, excepto los de este domicilio. El Abogado MEJÍA BERMÚDEZ, acredita su representación legal conforme **Poder Especial Para Interponer y Tramitar Recurso de Amparo en Contra del Consejo Supremo Electoral**, realizado en Escritura Pública Número Diecisiete (17), ante el Oficio Notarial de la Licenciada ANA MARIA NARVAEZ, a la una de la tarde del dieciséis de octubre de dos mil nueve.

II

El RECURSO DE AMPARO LO INTERPONE EN CONTRA DEL CONSEJO SUPREMO ELECTORAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, integrado por los Honorables Magistrados ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes, MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrado en Funciones, JOSÉ MIGUEL CÓRDOBA GONZÁLEZ, Magistrado, JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO ORDOÑEZ, Magistrado, RENE HERRERA ZÚNIGA, Magistrado, JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, Magistrado, y EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, todos mayores de edad, casados, de este domicilio legal, y demás generales de ley desconocidas por el recurrente, por haber dictado la Resolución Administrativa de las once de la mañana, del dieciséis de

octubre de dos mil nueve, y notificada a las 11:45 a.m., de ese mismo día, en la que Resuelven: **"POR TANTO: I.- Se Rechaza Ad Portas la Solicitud de Aplicación del Principio Constitucionales de Igualdad Incondicional de Todo Ciudadano, y la Solicitud de Inaplicación del Principio de Interdicción Electoral Para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcalde y Vice Alcalde Municipal. II.- Libre Secretaría Certificación de la presente Resolución a los solicitantes.- Cópiese, publíquese y notifíquese. Managua, dieciséis de octubre del año dos mil nueve.- Firman:** ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes.- MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrado en Funciones.- JOSÉ MIGUEL CÓRDOBA GONZÁLEZ, Magistrado.- JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO ORDOÑEZ, Magistrado.- RENE HERRERA ZÚNIGA, Magistrado.- JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, Magistrado.- EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, Magistrado en Funciones". Que dicha Resolución tiene como fundamento el siguiente **CONSIDERANDO**: Que la Constitución Política es la Ley Fundamental de la República y efectivamente vincula a todos los Poderes del Estado, otorgando facultades tasadas a cada uno, no pudiendo efectuar un Poder Constitucional atribuciones que le son propias a otro; así el Poder Legislativo dicta crea, modifica, deroga, abroga e interpreta todas las Leyes de la República, el Poder Ejecutivo administra la Cosa Pública, el Poder Judicial Juzga, y a este Poder Electoral le corresponde en forma exclusiva la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, plebiscitos y referendos" (Art. 168 Cn); y por mandato Constitucional según el artículo 173: "El Consejo Supremo Electoral tiene las siguientes atribuciones: 1.- Organizar y dirigir las elecciones, plebiscitos o referendos que se convoquen de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la ley; … 4.-

Aplicar las disposiciones constitucionales y legales referentes al proceso electoral. Asimismo velar sobre el cumplimiento de dichas disposiciones por los candidatos que participen en las elecciones generales y municipales. 14.- Las demás que le confieran la Constitución y las leyes.- De tal manera que aunque hubiese una posible antinomia constitucional entre el Principio Constitucional de Igualdad Incondicional contenido en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, y el Principio de Interdicción Electoral Constitucional, para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcaldes y Vice Alcalde, de participar como candidatos de manera sucesiva en los procesos Electorales a realizarse en los comicios electorales de noviembre de los años 2011 y 2012, **NO LE CORRESPONDE A ESTE CONSEJO SUPREMO ELECTORAL RESOLVER TAL ANTINOMIA**".- Expone el recurrente que dicha Resolución Administrativa le causa agravios directo, personal y concreto en los derechos de sus representados, ya que contrario a lo que predica la Constitución Política y las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos reconocidas en el Artículo 46 Cn., dicha Resolución Administrativa provoca y constituye para sus representados una verdadera interdicción política absoluta, al negarles participar de manera activa en los futuros comicios electorales Nacionales y Municipales. Que dicha Resolución Administrativa viola, damnifica y lesiona los Principios Fundamentales y Supremos que sustentan los pilares de la propia Constitución Política, reiterados en el Preámbulo y en los Artículos 1, 2, 6, 25 numeral 3; 27, 34 No. 8; 46, 47, 48, 50, 51, 52, 129 y 131 Cn.

III

A las cuatro y diez minutos de la tarde, del día dieciséis de octubre de dos mil nueve, la Sala Civil No. Dos, del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, dictó auto mediante el cual Resuelve: I.- Tramitar el presente Recurso de Amparo y téngase como parte al Abogado EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, de generales

referidas con anterioridad actuando en su calidad de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo en representación del ciudadano JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA, Presidente de la República y Otros, a quien se le concede la intervención que en derecho corresponde; II.- No hay especial pronunciamiento de las suspensión del acto, por lo señalado con anterioridad; III.- Póngase en conocimiento y téngase como parte del presente recurso al Procurador General de la República, doctor HERNAN ESTRADA SANTAMARIA, con copia íntegra del mismo para lo de su cargo; IV.- Diríjase Oficio con copia íntegra de la presente providencia y copia del recurso, al Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua, integrado por los señores: ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes, MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrado en Funciones, JOSÉ MIGUEL CÓRDOBA GONZÁLEZ, miembro, JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO ORDOÑEZ, miembro, EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, Magistrado en Funciones, JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, miembro, RENE HERRERA ZÚNIGA, miembro, previniéndoles a dicho funcionario que envíe Informe del caso a la Sala de lo Constitucional de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, dentro de diez días contados a partir de la fecha en que reciba dichos Oficio, advirtiéndole que con el Informe debe remitir las diligencias que se hubieren creado; V.- Dentro del término de ley, remiten las presentes diligencias a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, previniéndole a las partes que deberá personarse ante ella dentro de tres días hábiles. Auto debidamente notificado.

IV

Ante esta Sala de lo Constitucional se personaron mediante escritos presentados a las ocho y treinta minutos de la mañana; nueve y cuarenta minutos de la mañana; y diez y treinta minutos de la mañana, todos del diecinueve de octubre del año dos mil nueve: El Abogado Eduardo José Mejía Bermúdez, en su carácter de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo, la Licenciada Georgina del Socorro Carballo Quintana, Procuradora Nacional Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, y los señores ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes, MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrada, JOSÉ MIGUEL CÓRDOBA GONZÁLEZ, Magistrado, JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO

ORDOÑEZ, Magistrado, RENE HERRERA ZÚNIGA, Magistrado, JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, Magistrado, y EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, Magistrados, quienes además rindieron el Informe de Ley. A las doce meridiano del diecinueve de octubre de dos mil nueve, esta Sala de lo Constitucional, dictó auto mediante el cual tiene por radicado el presente Recurso de Amparo, tienen por personado y le concede la intervención de ley al Abogado Eduardo José Mejía Bermúdez, en su calidad de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo ante el Concejo Supremo Electoral en representación de los ciudadanos antes referido; a la licenciada Georgina del Socorro Carballo Quintana, Procuradora Nacional Constitucional y de lo Contencioso Administrativo; y a los funcionarios.- Y habiendo rendido informes los funcionarios recurridos ante esta superioridad se pasa el presente Recurso de Amparo a la Sala para su estudio y resolución. A las cuatro y treinta minutos de la tarde del día diecinueve de octubre de dos mil nueve, ESTA SALA dicto el siguiente auto: Que a la una de la tarde, del día diecinueve de octubre de los corrientes, Esta Sala de lo Constitucional, convocó a los Honorables Magistrados que la integran para Sesión de la misma a las cuatro de la tarde del día de hoy, a fin de tratar el presente Amparo: Honorables Magistrados FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO, Presidente, RAFAEL SOLÍS CERDA, miembro, IVÁN ESCOBAR FORNOS, miembro, LIGIA VICTORIA MOLINA ARGÜELLO, miembro, y a los

Suplentes de los doctores JOSÉ DAMICIS SIRIAS VARGAS y SERGIO CUARÉZMA TERAN, el primero de permiso por motivos de vacaciones, y el segundo no asistió. No habiendo asistido a la reunión de Sala los Honorables Magistrados Doctores IVÁN ESCOBAR FORNOS, ANTONIO ALEMÁN LACAYO y GABRIEL RIVERA ZELEDÓN, se procede a integrar Sala a los Honorables Magistrados Doctores YADIRA CENTENO GONZÁLEZ, ARMENGOL CUADRA LÓPEZ y JUANA MÉNDEZ PÉREZ, y se pasa el amparo nuevamente a estudio y resolución.- Auto debidamente notificado.-

CONSIDERANDOS:

I

Nuestra Constitución Política, no sólo establece DERECHOS, DEBERES, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES a favor de las personas y los ciudadanos, sino que contempla un sistema de recursos directos e indirectos, que tienen como objetivo mantener y restablecer en TODO momento la Supremacía de la Constitución Política, como Norma Fundamental y Suprema, frente a las demás Leyes, Reglamentos, Decretos y cualquier Acto Administrativo Generales o Concretos que pretenda vulnerarla, esto es lo que en doctrina se denomina "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes y los Actos Administrativos". Así la Constitución Política de 1987, dedicó el Capítulo II, del Título X, artículos 187 al 190, inclusive, al Control Constitucional, sin obviar los artículo 26 numeral 4 y 45 Cn., como un Derecho Individual; medios de Controles Constitucionales regulados en la Ley No. 49, Ley de Amparo, del 20 de diciembre de 1988, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 241, y sus reformas, y en la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 5; 27 numerales 1, 2 y 5; y 34. Al margen de estos medios de Control Constitucional nominados o taxativos, léanse: Recurso por Inconstitucionalidad, Recurso de Amparo, y Recurso de Exhibición Personal, existen en nuestra Ley Suprema otros mecanismos de freno al abuso de la Administración Pública en contra de los ciudadanos y de otras instituciones y Poderes del Estado como son: 1.- **La Demanda Contencioso Administrativa** (Artículo 160 numerales 10 y 11 Cn., regulada en la Ley No. 350, LRJCA); 2.- El Recurso de Habeas Data contenido en el artículo 26 numeral 4 Cn.; 3.- El Recurso de Amparo por Omisión (Ver Sent. 13-2006 Sala Cn); 4.- El otrora Recurso Innominado hoy Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad Entre Poderes del Estado (Artículos 163 párrafo 2, 164 numeral 12 Cn., Arto. 80 Ley de Amparo, y 27 numeral 2 de la L.O.P.J.; y 5.- El Recurso de Constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica (artículo 164 numeral 13 Cn).- Todos en su conjunto constituyen el Sistema de Control de la Constitucionalidad y por lo que hace a la Demanda Contencioso Administrativa el Control de la Legalidad Ordinaria (Ver SENTENCIAS SALA CN. No. 52, de la 1:45 p.m., del 25 de febrero de 2009, Cons. I; Sent. No. 169, de las 10:50 a.m., del 31 de marzo de 2009, Cons. I; Sent. No. 330, de las 1:45 p.m., del 29 de julio de 2009, Cons. II y V; Sentencia No. 467, de la 1: 45 p.m., del 23 de septiembre de 2009; y SENTENCIAS SALA C.A. No. 1, de las 10:00 a.m., del 28 de agosto de 2009; y Sent. No. 4, de las 12:30 p.m., del 26 de marzo de 2007, Cons. II).- Como lo expresa categóricamente la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 27 numeral 2: "La Corte Plena vela por la resolución oportuna, rápida y razonada de los asuntos planteados ante la misma, conocer y resolver de: Los conflictos entre los distintos Poderes del Estado, en relación al ejercicio de sus funciones, de conformidad con la Constitución Política de la República y en ejercicio de la función de Control Constitucional que le es inherente"; en nuestro caso esta CORTE SUPREMA

DE JUSTICIA ha tipificado el Control Constitucional dentro de un Sistema de Control Mixto, esto es Concentrado o Directo, y Difuso o Indirecto, de tal manera que **"no existe la posibilidad de omisión que permita la impunidad, o anular la Supremacía Constitucional, por medio de una norma preconstitucional o postconstitucional"** (Ver Sentencia No. 69, dictada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a la 1:45 p.m., del 23 de septiembre del dos mil cuatro: 2004, Cons. I).- Ahora bien, a quién le corresponde promover estos mecanismos de Control Constitucional: 1.- El Recurso por Inconstitucionalidad si bien es una acción pública, la misma está reservada sólo a los ciudadanos nicaragüenses, sin necesidad de demostrar agravio directo y concreto; 2.- El Recurso de Amparo por acción u omisión lo puede ejercer toda persona natural o jurídica toda vez que demuestra plenamente el agravio; 3.- El Recurso de Exhibición Personal es el más informal de todos los recursos y puede ser ejercido por cualquier persona que tenga conocimiento que él u otra persona ha sido detenida o pende amenaza de ser detenida ilícitamente por autoridad pública o particular; 4.- El Habeas Data sigue las mismas características del Recurso de Amparo según Sentencia Número 60 del año 2007, dictada por la Sala de lo Constitucional. 5.- El Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad Entre Poderes del Estado (artículo 164 numeral 12 Cn., y 27 numeral 2 L.O.P.J); su procedimiento ya fue regulado mediante la Ley No. 643, Ley de Reforma a la Ley de Amparo, y el Recurso de Constitucionalidad Entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica (artículo 164 numeral 13 Cn), "podemos decir que en tanto y cuanto no se establezca un procedimiento autónomo … se seguirán los trámites del Control Constitucional establecidos en la Constitución Política, en la Ley de Amparo y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo la Corte Plena la facultada para su tramitación como expresamente lo establece el artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la salvedad que … la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** acción está reservada a los representantes legales de las instituciones en conflictos constitucionales" (VER Arto. 82 Ley de Amparo y Sentencia No. 29, dictada a las 4:50 p.m., del 13 de agosto del 2007, Cons. I; y Sentencia No. 333, dictada a las 6:00 p.m., del 5 de diciembre del 2007, Cons. I).- Por lo que hace al Recurso de Amparo y al Recurso por Inconstitucionalidad se caracterizan por tener notas propias en su teleología: "Podemos afirmar que el Recurso por Inconstitucionalidad tiene como objeto y naturaleza mantener la Supremacía de la Constitución Política, frente a todas aquellas disposiciones que crean, modifican, o extinguen situaciones de carácter general, abstracto, impersonales, y obligatoria; es decir, que contengan esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica, siendo el bien jurídico tutelado el interés público y general de todos los ciudadanos. **En cambio en el Recurso de Amparo Administrativo, el bien jurídico que protege es el interés particular de cada uno de las personas naturales o jurídicas, que por un acto u omisión de un funcionario, viole o trate de violar sus derechos y GARANTÍAS reconocidos en la Constitución Política"**. (VER Sentencia de Corte Plena No. 34, de las 12:45 p.m., del 3 de junio del 2002, Cons. I; y Sentencia Sala Cn. No. 52, de la 1:45 p.m., del 25 de febrero de 2009, Cons. I).- La Ley de Amparo, en su artículo 3 señala que el Recurso de Amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución, y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, señalando en los artículos 25, 26 y siguientes quién puede interponerlo, contra qué funcionario o autoridad debe interponerse, ante qué Tribunal debe interponerse, término para interponerlo, los requisitos que debe contener el escrito de interposición del

recurso, lo referente a la suspensión del acto reclamado, los trámites para sustanciar el recurso y los efectos de la sentencia. Sin embargo, la referida ley establece excepciones en cuyos casos no procede el Recurso de Amparo, y en su artículo 53 inciso 1) dice: "**No procede el Recurso de Amparo: 1. Contra las resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia**".

II

HECHOS PLANTEADOS Y PROBADOS: el presente Recurso de Amparo es interpuesto por el Abogado EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, en su calidad de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo **EN CONTRA** del Consejo Supremo Electoral, en representación de los ciudadanos nicaragüense Cmdte. JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA, Presidente de la República, de generales, y de los ciudadanos nicaragüenses y Alcaldes Municipales de la República de Nicaragua: Víctor Manuel Sevilla Mayorga, Enrique José Saravia Hidalgo, Cecilio Cruz Ríos, William Alberto Martínez Sánchez, Diega Deysis Núñez, Asunción Alcides Moradle y Gerardo Ramón García Castellón y Otros ciudadanos ya referidos en autos; **EN CONTRA** DEL CONSEJO SUPREMO ELECTORAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, integrado por los Honorables Magistrados ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes, MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrado en Funciones, JOSÉ MIGUEL

CÓRDOBA GONZÁLEZ, Magistrado, JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO ORDOÑEZ, Magistrado, RENE HERRERA ZÚNIGA, Magistrado, JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, Magistrado, y EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, todos mayores de edad, casados, de este domicilio legal, y demás generales de ley desconocidas por el recurrente.- En su relación fáctica, el recurrente expone: Que el día quince de octubre del presente año dos mil nueve, a las cuatro y treinta minutos de la tarde, Solicitando al Consejo Supremo Electoral, de manera expresa la **APLICACIÓN** del **PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD INCONDICIONAL DE TODO CIUDADANO NICARAGÜENSE** establecido en el Preámbulo y en los artículos 27, 47, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, a participar en los asuntos políticos de la nación, sin más limitantes que por razones de edad y suspensión de derechos ciudadanos conforme sentencia firme; asimismo siendo que todos los Poderes del Estado están vinculados por la Constitución Política, pidió la **INAPLICACIÓN** de la Interdicción Electoral para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vice Alcalde Municipales. Que dicha petición la hicieron conforme a los artículos 47, 48, 50, 51, 168, 173 No. 1, 4 y 14 Cn., y los artículos 1, 2, 3 y 10 No. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 19 y 20 de la Ley No. 331 Ley Electoral, ya que genera una **DESIGUALDAD EN y ANTE LA LEY** pues sólo se aplica a los cargos de Elección Directa y Popular que fueron democráticamente electos sus representados, NO ASÍ para los cargos también de Elección Directa y Popular de los Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica; o en los casos de Elección Indirecta como Magistrados del Consejo Supremo Electoral (CSE), Fiscal de la República, Miembro la Contraloría General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Intendente y Superintendente de Bancos, incluso de los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, **NO APLICA**.- Que ante dicha petición el Consejo Supremo Electoral dictó la **Resolución Administrativa** de las once de la mañana, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, y notificada a las 11:45 a.m., de ese mismo día, en la que Resuelve: **"POR TANTO: I.- Se Rechaza Ad Portas la Solicitud de Aplicación del Principio Constitucionales**

de Igualdad Incondicional de Todo Ciudadano, y la Solicitud de Inaplicación del Principio de Interdicción Electoral Para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcalde y Vice Alcalde Municipal. II.- Libre Secretaría Certificación de la presente Resolución a los solicitantes.- Cópiese, publíquese y notifíquese. Managua, dieciséis de octubre del año dos mil nueve.-(Firman): ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes.- MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrado en Funciones.- JOSÉ MIGUEL CÓRDOBA GONZÁLEZ, Magistrado.- JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO ORDOÑEZ, Magistrado.- RENE HERRERA ZÚNIGA, Magistrado.- JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, Magistrado.- EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, Magistrado en Funciones". Que dicha Resolución Administrativa tiene como base la siguiente consideración: "**CONSIDERANDO**: Que la Constitución Política es la Ley Fundamental de la República y efectivamente vincula a todos los Poderes del Estado, otorgando facultades tasadas a cada uno, no pudiendo efectuar un Poder Constitucional atribuciones que le son propias a otro; así el Poder Legislativo dicta crea, modifica, deroga, abroga e interpreta todas las Leyes de la República, el Poder Ejecutivo administra la Cosa Pública, el Poder Judicial Juzga, y a este Poder Electoral le corresponde en forma exclusiva la

organización, dirección y vigilancia de las elecciones, plebiscitos y referendos" (Arto. 168 Cn); y por mandato Constitucional según el artículo 173: "El Consejo Supremo Electoral tiene las siguientes atribuciones: 1.- Organizar y dirigir las elecciones, plebiscitos o referendos que se convoquen de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la ley; … 4.- Aplicar las disposiciones constitucionales y legales referentes al proceso electoral. Asimismo velar sobre el cumplimiento de dichas disposiciones por los candidatos que participen en las elecciones generales y municipales.

14.- Las demás que le confieran la Constitución y las leyes.- De tal manera que aunque hubiese una posible antinomia constitucional entre el Principio Constitucional de Igualdad Incondicional contenido en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, y el Principio de Interdicción Electoral Constitucional, para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcaldes y Vice Alcalde, de participar como candidatos de manera sucesiva en los procesos Electorales a realizarse en los comicios electorales de noviembre de los años 2011 y 2012, **NO LE CORRESPONDE A ESTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONSEJO SUPREMO ELECTORAL RESOLVER TAL ANTINOMIA**".- Expone el recurrente que dicha Resolución Administrativa le causa agravio directo, personal y concreto en los derechos de sus representados, ya que contrario a lo que predica la Constitución Política y las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos reconocidas en el Artículo 46 Cn., dicha Resolución Administrativa provoca y constituye para sus representados una verdadera interdicción política absoluta, al negarles participar de manera activa en los futuros comicios electorales Nacionales y Municipales. Que dicha Resolución Administrativa viola, damnifica y lesiona los Principios Fundamentales y Supremos que sustentan los pilares de la propia Constitución Política, reiterados en el Preámbulo y en los Artículos 1, 2, 6, 25 numeral 3; 27, 34 No. 8; 46, 47, 48, 50, 51, 52, 129 y 131 Cn. Como se ve en síntesis el presente Recurso de Amparo tiene como quid la **SOLICITUD DE APLICACIÓN** a sus representados del **PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD INCONDICIONAL DE TODO CIUDADANO NICARAGÜENSE** antes referido **y** la petición de **INAPLICACIÓN** de la Interdicción Electoral para optar al cargo de Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vice Alcalde Municipales, por generarles una DESIGUALDAD EN y ANTE LA LEY, produciendo una Antinomia Constitucional.-

III

De previo **ESTA SALA DE LO CONSTITUCIONAL** debe reiterar que sí cabe el Recurso de Amparo en contra de las Resoluciones dictadas por el Consejo Supremo Electoral en Materia Administrativa, tal y como lo ha sostenido esta Sala en reiteradas sentencias: "Como liminal debemos reiterar que dentro de las funciones el Consejo Supremo Electoral tiene un carácter dual, Administrativo y Electoral Jurisdiccional (Sentencias Corte Plena No. 21- 1996, 22-1996, 23-1996, 99-1996; y Sentencia de Sala Sn: 1-1997; 133-1999, 151-1999; 13-2006; y 14 - 2006).- Efectivamente, en **Materia Administrativa** sus decisiones y resoluciones son sujetas del Control Constitucional, como es, sin ser númerus clausus, la obtención y cancelación de la personalidad jurídica a Partidos Políticos (Sentencia No. 1-1997; Sentencia No. 113-1998; Sentencia No. 100-2001; Sentencia No. 132-2002; Sentencia No. 136-2002; Sentencia No. 156-2002 y Sentencia No. 42-2004 Sala Cn); toda resolución que en materia de Partidos Políticos dicte el Consejo Supremo Electoral (Sentencia No. 156-2002); la **declaratoria de inhibición** (Sentencia No. 179-1999 Sala Cn); el acto de entrega de credenciales, juramentación y toma de posesión (Sentencia No. 69-2002 Sala Cn); cambio de emblema y nombre de partidos políticos (Sentencia No. 7-2006 y 14-2006 Sala Cn), establecimiento de número de Juntas Receptoras de Votos, nombramiento de los miembros de los otros organismos de ese Poder, asignación económicas a los Partidos Políticos o Alianzas (Véase Sentencia No. 151-1999, Sala Cn.); sesión de instalación de junta directiva, promesa y posesión del cargo (Sentencias No. 54 y 55-2002 Sala Cn.); Negativa de los Magistrados CSE para hacer quórum (Sentencia 13-2006 y 14 -2006); entre otros.- Ahora bien, debemos decir que no cabe el Recurso de Amparo, ni recurso alguno, ordinario ni extraordinario, en contra de las Resoluciones que dicta el Consejo Supremo Electoral en **Materia Electoral** por ser exclusivo de ese poder, tal y como es lo regulado en el artículo 1 literal a) numerales 1º al 6to de la Ley No. 331, Ley Electoral; el Registro e Inscripción de Candidatos (Sentencia No. 159-1996; Sentencia No. 11-1998, y Sentencia No. 205-2000, de la Sala Cn.); proclama y nulidad de cualquiera de los cargos de elección popular de los contemplados en el artículo 1 literal a) de la Ley No. 331, y "resoluciones de candidatos electos" (Sentencia No. 151-1999 y Sentencia No. 139-2007 Sala Cn) entre otras determinadas por las Ley Electoral. En el caso sub júdice estamos en presencia de esta última y conforme la Constitución Política artículo 173 in fine y artículo 1 literal a) in fine, contra las resoluciones dictadas por el Consejo Supremo Electoral en esta materia no cabe recurso alguno, ordinario, ni extraordinario, por ser el Consejo Supremo Electoral el máximo Tribunal de Elecciones en este país, y por ello se reserva la exclusividad de competencia en Materia Electoral (Sentencia No. 1-1997; 133-1999 y 151-1999 Sala Cn), no así en Materia Administrativa donde sí está sujeta al Control Jurisdiccional (Véase Sentencia CSJ. No. 29-2007, de las 4:50 p.m., del 13 de agosto de 2007, Cons. III, Recurso "Innominado" de Conflicto de Competencia interpuesto por el Ing. René Núñez Téllez, Presidente Asamblea Nacional, Vs. CSE).- En consecuencia, el presente Recurso de Amparo es interpuesto en contra de una Resolución de carácter Administrativa como es la negativa a la Solicitud hecha por los interesados de aplicarle un Principio Constitucional (Igualdad Incondicional) e inaplicarle una Disposición Constitucional (Interdicción Electoral), y que únicamente, solicitan que se tenga a sus representados como ciudadanos aptos de Derechos Políticos – Constitucionales – Electorales, para participar en las contiendas electorales a realizarse en los años 2011 y 2012, sin más requisitos y limitaciones que los que se les impone a cualquier ciudadanos por razones de edad o im-

pedimento del ejercicio de los derechos ciudadanos por sentencia firme, pero de manera NO DISCRIMINATORIA, ya que conforme el referido Principio de Igualdad Incondicional "Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país". (Arto. 48 Cn). Siendo la contestación del Consejo Supremo Electoral una Resolución Administrativa, no puede esta Sala negarse a resolver el fondo de la cuestión, dado que como expresan las partes existe **"aparentemente una antinomia o contradicción constitucional"** entre un Principio Constitucional y una Disposición Constitucional, por lo que es resorte de esta Sala Constitucional resolverlo como lo ha hecho en anteriores sentencias en los que ha resuelto otras Antinomias Constitucionales: Véase al respecto Sentencia de Corte en Pleno No. 29-2007, dictada a las 4:50 p.m., del 13 de agosto de 2007: Recurso "Innominado" de Conflicto de Competencia, presentado por el Presidente de la Asamblea Nacional, Vs. CSE; antinomia entre los artículos 138 No. 10 Cn. (Causales de pérdida de la condición de Diputado, **Vs.** los artículos 134 y 173 numerales 1, 3 y 4 Cn (Requisitos para ser Diputado y causa de inegibilidad sobrevenida): "En virtud de lo anterior, esta Corte Suprema de Justicia tiene que discernir sobre cuál es el interés jurídico a tutelar, ya que **existe aparentemente un roce entre dos normas constitucionales**, por un lado, el Consejo Supremo Electoral, aplicando las normas constitucionales ejerce su función que le ha sido encomendada por la Constitución y por otra parte, la Asamblea Nacional, pretende ejercer la competencia para "Conocer, admitir y decidir sobre las faltas definitivas de los Diputados de la Asamblea Nacional", y argumenta que, "La competencia del Consejo Supremo Electoral recae únicamente sobre Candidatos a Diputados y no sobre Diputados declarados electos por resolución firme y que ya tomaron posesión del cargo". **La Corte Suprema de Justicia tiene que pronunciarse sobre el roce de dos normas constitucionales las cuales se encuentran aparentemente ubicadas en un mismo nivel. Así, cuando hay un roce entre una ley ordinaria y la Constitución, el Juez constitucional ante la discrepancia debe optar por aplicar aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; es decir que debe preferir a la Constitución, ya que ella materializa la intención del Pueblo y no la ley ordinaria que encarna la voluntad de sus mandatarios. Escoge la voluntad del pueblo que se encuentra en la Constitución y no la voluntad de la legislatura que se encuentra en la ley secundaria**" (Sentencia No. 27-2007).- Asimismo véase otro caso de Antinomia planteado mediante Recurso de Amparo, entre una Ley de Rango Constitucional: Ley Electoral: Artículo 65 numeral 9 **Vs. Constitución Política:** Principios Constitucionales contenidos en los artículos 5, 27, 48, 50, 51 y 55 Cn. Es criterio de la Corte Suprema de Justicia que los requisitos exigidos por la Ley Electoral de Rango Constitucional limita: "los derechos consignados en nuestra Carta Magna, lo cual constituye un obstáculo para el ejercicio de los derechos políticos que se garantizan en ella, ya que habrán partidos que por una razón u otra no logren obtener la cantidad de firmas exigidas, en consecuencia no podrán constituirse legalmente y quedarán excluido como opciones electorales en campañas futuras, lo que violenta las garantías políticas de los Nicaragüense. Por otra parte, dicha disposición señala en su párrafo segundo un mecanismo de verificación por parte de autoridades del Consejo Supremo Electoral, de las Asambleas Partidarias en donde se elijan las directivas de esos partidos, lo que limitan los derechos políticos de los ciudadanos, ya que si el Consejo Supremo Electoral, por cualquier causa no nombra a sus representantes para esa verificación, dicha Asamblea por muy democrática, concurrida y diáfana que hubiere sido, sus resultados electorales no serían legales, ni válidos. Asi-

mismo, cabe señalar que constituye una intromisión y menoscabo de los derechos individuales, al establecer en la Ley Electoral, una disposición que obliga a los ciudadanos a poner de manifiesto a través de la identificación de firmas de respaldo, sus inclinaciones ideológicas partidistas. Por todo lo anterior, este Supremo Tribunal debe declarar inconstitucional lo establecido en el Art. 65 numeral 9 párrafo 1 y 2 y el Art. 77 numeral 7), éste último invocado por el recurrente, por su vinculación directa con el Art. 65 de la Ley Electoral, por constituir una indebida y odiosa intromisión en la actividad política de los ciudadanos, propias de países totalitarios" (**Presentan Antinomia**: **PALI – PLIUN- PUCA y PLC**: Sentencia No. 103, de las diez de mañana, del ocho de noviembre del dos mil dos, Cons. II; **Presentan Antinomia MRS,** Sentencia No. 42, de las 12:30 p.m., del 12 de marzo de 2004, Cons. I).

IV

Habiendo el Apoderado Especial para Recurrir de Amparo, demostrado conforme Certificaciones emitidas por el Consejo Supremo Electoral que sus representados ostentan los cargo de Presidente y Alcaldes Municipales de la República de Nicaragua, por lo que efectivamente la Resolución Administrativa recurrida de amparo les causa un agravio personal, directo, concreto y actual, tal como lo exige la Ley de Amparo y la Jurisprudencia como condición para poder recurrir de amparo. Al respecto esta Sala ha sostenido: "En el amparo debe de estar de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se nos ha causado, es por eso que el amparo se presenta como una acción, a iniciativa de parte agraviada. José Luis Lazzarini en su obra "El Juicio de Amparo", afirma que la acción supone la existencia de un hecho, de un acto, de una omisión y aún de una amenaza que causan el agravio que la motiva y que éste a su vez haya producido un daño real y tangible, actual e inminente, y que el derecho violado sea de carácter constitucional. La promoción del Recurso de Amparo exige la existencia de un agravio o alteración en la esfera jurídica del pretensor; necesitando dicha alteración de la concurrencia de dos elementos: el material y el jurídico. El primero implica un daño, afectación o perjuicio que el individuo sufra en forma personal y directa en su esfera jurídica; el segundo, exige que el daño sea causado o producido en ocasión o mediante la violación de los derechos constitucionales. Cuando nos referimos al agravio personal y directo, hablamos de la necesidad de que el quejoso acredite que el acto reclamado existe, que ese acto lo lesiona en su patrimonio y que además hay una relación de causa a efecto. El agravio pues será una afectación que se produce en la esfera jurídica de un gobernado con motivo de la emisión, ejecución de un acto de autoridad o bien la abstención de una conducta impuesta por la ley a la autoridad" **(Véase Sentencia Sala Cn. No. 85, de las 10:45 a.m., del 16 de abril de 2008);** asimismo dijo: "En cuanto al agravio la doctrina es conteste en considerar que este debe ser directo y actual, no indirecto y eventual; señala el Constitucionalista Ignacio Burgoa O, en su obra, que "...el agravio, para que pueda ser causa generadora del juicio de amparo, necesita ser personal, es decir, que recaiga precisamente en una persona determinada, bien sea física o moral. Además de la personal determinación del agravio, éste debe ser directo, es decir, de realización presente, pasada o inminentemente futura. En consecuencia, aquellas posibilidades o eventualidades en el sentido de que cualquier autoridad estatal cause a una persona determinada un daño o perjuicio, sin que la producción de éste sea inminente o pronta a suceder, no puede reputarse como integrante del concepto de agravio, tal como lo hemos expuesto, para ser procedente el juicio de amparo. En efecto, el agravio se traduce en los daños o perjuicios (ofensas, perturbaciones o molestias en

general) que experimente una persona en los diversos bienes u objetos tutelados constitucionalmente a través de las garantías individuales en especial. Los bienes jurídicos de u sujeto son algo real, objetivo, de existencia ontológica, ya que los entes ideales, considerados como meras suposiciones del individuo producto de una elaboración meramente subjetiva, son indiferentes al derecho. Por ello, toda afectación a los bienes u objetos jurídicamente protegidos debe participar de la naturaleza real u objetiva de éstos, a fin de que sea susceptible de reparación por el Derecho. En consecuencia, cuando los daños o perjuicios que una persona pueda sufrir en sus diversos bienes jurídicos no afectan real u objetivamente a éstos, no puede decirse que exista un agravio en el sentido jurídico del concepto (El Juicio de Amparo, 35ª Ed. Porrúa, México 1999, pág. 272 y 273). **(Véase Sentencia Sala Cn. No. 110, de la 1:45 p.m., del 28 de mayo del 2003, Cons. Único).-**

V

El recurrente expone que la Resolución Administrativa dictada por el Consejo Supremo Electoral, a las once de la mañana del día dieciséis de octubre de dos mil nueve, viola, damnifica y lesiona los Principios Fundamentales y Supremos que sustentan los pilares de la propia Constitución Política, reiterados en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 6, 25 numeral 3; 27, 34 No. 8; 46, 47, 48,50, 51, 52, 129 y 131 Cn: **1.-** El Principio Fundamental y Supremo de la Igualdad Incondicional, contenido en el Preámbulo de la Constitución Política, y en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, al impedir y obstaculizar la igualdad que debemos tener T O D O S los nicaragüense en el goce de los derechos políticos; la igualdad en la participación efectiva en la vida política de la nación; el derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos políticos y en la gestión estatal; **2.-** El Principio de Soberanía y Autodeterminación Nacional (Arto. 1, 2 y 6 Cn.); **3.-** El Sagrado Principio Constitucional al Sufragio Electoral: Elegir y ser Elegido; de ejercer los derechos políticos, sin más limitaciones únicas y exclusivamente POR RAZONES DE EDAD, y por SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS CIUDADANOS MEDIANTE SENTENCIA FIRME (Arto. 2, 47 y 51 Cn); **4.-** El Principio de Prelación de los INTERESES SUPREMO DE LA NACIÓN (Arto. 129 Cn), y de ejercer la función pública a favor de los intereses del Pueblo (Arto. 131 Cn); **5.-** El Derecho al reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica (Arto. 25 No. 3 Cn) y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana consignados en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos recogidas en el artículo 46 Cn; y **6 .-** El Derecho de Petición y Principio de Motivación y Congruencia de que debe revestir toda Resolución sea Judicial o Administrativa. Como liminal cabe determinar ¿qué son los Principios Fundamentales y cual es su perfil en la Constitución Política?: Los Principios Constitucionales son el ideario fundamental de la organización jurídica de una comunidad, y por ende sobre los que se basa la Organización Política del Estado. En puridad, emanan de la voluntad del pueblo y constituyen los pilares sobre los que se sostiene el andamiaje de nuestra Ley Suprema, la Constitución Política; entre otros podemos citar: La Igualdad, La unidad centroamericana, La independencia, La Soberanía, La autodeterminación, La Paz Social, El bien común, La libertad, La justicia, El respeto a la dignidad de la persona humana, El pluralismo político, social y étnico, La cooperación internacional, El respeto a la libre autodeterminación de los pueblos. De manera especial cabe resaltar La Igualdad, La Libertad y La Dignidad de la persona humana. Dichos Principios Constitucionales vienen a ser la matriz que da a luz al resto de Derechos Fundamentales, de tal manera que le está permitido al Constituyente Derivado ampliarlos, desarrollarlos,

extenderlos y facilitar la concreción de dichos Principios, a *contrario sensus* le está prohibido por cualquier circunstancia limitarlos, mermarlos, coartarlos, o restringirlos pues atentaría contra la esencia de la voluntad popular nicaragüense, de la nación y de la misma Constitución Política. Dicha prohibición se extiende a cualquier norma sea legislativa, judicial, o administrativa, disposición ordinaria o extraordinaria, incluso a las Disposiciones Fundamentales contenidas en la Constitución Política, por ello ésta en su Preámbulo reza: "por la institucionalización de las conquistas de la revolución y la construcción de una nueva sociedad que elimine toda clase de explotación y logre la **igualdad** económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los **derechos humanos**. Por la patria, por la revolución, por la unidad de la nación y por la paz promulgamos la siguiente constitución política de la republica de nicaragua"..- Al respecto el profesor Eduardo García de Enterría nos dice: "La constitución asegura una unidad del ordenamiento esencial sobre la base de un "orden de valores" materiales expresos en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de derecho, que o al intérprete toca investigar o descubrir… o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva… estos valores no son simple retórica… simples principios programáticos sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación. En nuestra constitución esos valores básicos están destacados de dos maneras: primero, en el Preámbulo y en el Título Preliminar, cuyo artículo 1 proclama como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político… la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los demás son fundamento del orden político y de la paz social… se proclaman así estos preceptos "decisiones políticas fundamentales", en la terminología de Schmitt, decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto: la decisión por la democracia, por la decisión por el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, la decisión por la libertad y por la igualdad, la decisión por las autonomías territoriales de las nacionalidades y regiones… el carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho BACHOF y ha recogido la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán y el Tribunal Supremo Americano) de posibles "normas Constitucionales Inconstitucionales" (verfassungswidrige Verfassungnormen) concepto con el que se intenta subrayar la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite que suponen a la reforma Constitucional… La interpretación conforme a la Constitución de TODA y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa y dogmática que concluya con un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales" (La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1994, pp. 97 – 103).- **De lo se infiere que los Principios Constitucionales que informan nuestra Constitución Política en su Preámbulo y Parte Dogmática, prevalecen sobre el resto de Disposiciones Constitucionales que conforman nuestra Constitución Política.**

VI

El recurrente señala que le han viola a sus representados el Principio de Igualdad EN y ANTE la LEY, contenido en el Preámbulo de la Constitución Política, y en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, al impedir y obstaculizar la igualdad que debemos tener T O D O S los nicaragüense en el goce de los derechos políticos; la igualdad en la participación efectiva en la vida política de la nación; el derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos políticos y en la gestión estatal.- Expone el recurrente que dentro del espíritu y esencia de IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS, que pregona nuestra Constitución Política, es que sus representados Solicitaron al Honorable Consejo Supremo Electoral que lo Aplicara sin condición y más limitaciones que por las razones establecidas en el artículo 47 Cn: Edad – Suspensión Penal o Interdicción Civil, LA IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS NICARAGÜENSES, pero se negó aduciendo falta de competencia, cuando como ellos mismos lo dicen la Constitución Política los vincula como a los demás Poderes del Estado de manera insoslayable; y no es la Constitución Política formalmente hablando, sino los Principios Supremos Fundamentales que existen antes de la Constitución Escrita, y en los que el Constituyente Originario se inspiró para desarrollar los Derechos Fundamentales de la Constitución Política. Que explicaron de manera clara al Consejo Supremo Electoral que la aplicación de la INTERDICCIÓN ELECTORAL AL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Y AL ALCALDE Y VICEALCALDE MUNICIPAL, contenida en los artículos 147 y 178 Cn., genera una DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN, al impedir y obstaculizar la igualdad que debemos tener T O D O S los nicaragüenses en el goce de los derechos políticos; así como la Igualdad en la participación efectiva en la vida política de la nación; el derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos políticos, en la gestión estatal; elegir y ser elegidos. DISCRIMINACIÓN aplicada ÚNICAMENTE a quienes ocupan los cargos de Presidente – Vicepresidente; Alcalde – Vicealcalde; NO OBSTANTE, ES INAPLICABLE para los demás cargos de Elección Popular Directa (Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica) o de Elección Indirecta (Magistrados de la CSJ y CSE., Fiscal de la República, Miembro la Contraloría General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Intendente y Superintendente de Bancos, entre otros). Que por esa razón SOLICITARON AL CONSEJO SUPREMO ELECTORAL, se tenga a sus representados, como ciudadanos aptos de derechos Políticos – Constitucionales – Electorales, para participar en las Contiendas Electorales a realizarse en los años 2011 y 2012, sin más requisitos y limitaciones que los que se les impone a cualquier ciudadanos por razones de Edad y por suspensión Judicial de Derechos Ciudadanos, pero NO de manera DISCRIMINATORIA, ya que conforme el referido Principio de Igualdad Incondicional "Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país". (Arto. 48 Cn). **AL RESPECTO ESTA SALA DE LO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONTITUCIONAL** tiene a bien señalar que hoy **EL PRINCIPIO DE IGUALDAD** se configura, como una noción más compleja que la igualdad ante la ley que predicaron las revoluciones liberales, se construye sobre todo, como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismos de reacción frente a la posible arbitrariedad del poder. El Derecho a la Igualdad reviste un carácter genérico, en la medida en que se proyecte sobre todas las relaciones jurídicas y muy en particular sobre las que se fraguan entre los ciudadanos y los

poderes públicos**. No es pues un derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual que quienes se encuentran en idéntica situación. La Igualdad, es también una obligación constitucional impuesta a los Poderes Públicos, obligación consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho; siendo así, los Poderes Públicos no pueden tratar a los ciudadanos según su libre consideración, ni tampoco pueden realizar tratamientos diferentes en función de su sexo, su pertenencia a una u otra raza, su credo político, religión, opinión, posición económica o condición social u otras características personales;** han de ofrecer un tratamiento similar a todos cuanto se encuentren en similar situación. Parece claro que la intención del Constituyente Originario es evitar cualquier tipo de discriminación por cualquier circunstancia personal o social: Dicho de otra forma, ha pretendido excluir cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. Pero aún siendo su voluntad proscribir cualquier clase de trato desigual no justificado objetiva y razonablemente, ha mencionado expresamente algunos supuestos que se distinguen o bien por su carácter particularmente odioso y atentatorio contra la dignidad humana, o bien porque, históricamente han sido con frecuencia causa de discriminación, o bien porque su arraigo social les hace particularmente susceptibles de constituir, aún hoy en día, un motivo de discriminación o bien en fin, porque los sectores en el mencionado se encuentren en una situación fáctica de inferioridad en la vida social. La específica mención de estas causas no implican, sin embargo una lista cerrada de supuestos de discriminación. (Morillo Joaquín García, Derecho Constitucional, "El Derecho Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos". Editorial Tirant Lo Blanch. Vol. I, 2ª Ed. Valencia 1994, pág. 159 a la 169). El Principio de Igualdad contenido específicamente en los artículos 27 y 48, se desglosa de dos maneras: 1) La Igualdad <EN> la Ley, y 2) La Igualdad <ANTE> la Ley. La primera, es un límite impuesto por el constituyente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, en cuanto el primero (legislativo) es el órgano facultado por antonomasia para dictar leyes, y el segundo, por cuanto está facultado para dictar decreto en asuntos de su competencia, y dictar reglamentos cuando así se ordene en la ley. Este aspecto, obliga a dichos Poderes a no diferenciar en ellas situaciones que son sustancialmente iguales y a establecer una adecuada **proporcionalidad** (Principio de Proporcionalidad), entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que a ella han de sumarse; esto es que a una diferencia banal, no deben atribuírseles consecuencias jurídicas sustantivas En cuanto a la Igualdad <ante> la Ley, implica que una vez establecida la ley, cumpliendo los requisitos que impone la igualdad <en> la ley, obliga a que sea aplicada de un modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador (sea judicial o ejecutivo), pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma; tratar iguales a iguales y desiguales a desiguales. (Consultar Morillo Joaquín García, Ob Cit., pág. 61; y Luis Aguiar de Luque, y Pablo Pérez Tremps, Ob Cit., pág. 105; **VER SENTENCIA SALA CN. NO. 59, dictada a las 10:45 a.m., del 7 de mayo de 2004, Cons. VIII; y Sentencia de Corte Plena No. 69,** dictada a la 1:45 p.m., del 23 de septiembre de 2004).-

VII

En el presente caso, corresponde en principio examinar si el Constituyente Derivado violó la Igualdad "EN LA LEY", excediéndose al Constituyente Originario, "tratando desiguales situaciones iguales" en la Parte Dogmática o en la Parte Orgánica: En

el caso concreto, la **PARTE DOGMÁTICA,** dispone en cuanto a la Igualdad de los Derechos Políticos lo siguiente: **Título IV, Derechos, Deberes y Garantías.- Del Pueblo Nicaragüense.- Capitulo I.- Derechos Individuales: Arto. 27** Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción"; **CAPITULO II.- DERECHOS POLÍTICOS: Arto. 47** Son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad. Los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil. **Arto. 48** Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país. **Arto. 50.-** Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo. **Arto. 51.-** Los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos en elecciones periódicas y optar a cargos públicos, salvo las limitaciones contempladas en esta Constitución Política".- Estos artículos son modelos de extensión, protección y ampliación del Principio de Igualdad Constitucional referido en el Preámbulo de la Constitución Política antes citado.- Si se observa sólo el artículo 47 Cn., contiene una limitación que podemos afirmar es válida, lógica y racional por motivos de edad y por motivos de interdicción penal o civil. En el caso concreto, la **PARTE ORGÁNICA**: **El Artículo 147 Cn.,** dispone: "No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente; …"; **El Artículo 178 Cn.,** dispone: "… El Alcalde y el Vicealcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La reelección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente. …".- Dichas disposiciones crean una **Interdicción Electoral al Presidente y Vicepresidente de la República, y al Alcalde y Vicealcalde Municipal,** interdicción que **ES INAPLICABLE** para los demás cargos de Elección Popular y Directa como son: Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica; ó cargos de Elección Indirecta como Magistrados de la CSJ y CSE., Fiscal de la República, Miembro la Contraloría General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Intendente y Superintendente de Bancos, entre otros. Podemos afirmar que tanto el Presidente y Vicepresidente de la República, como los Alcalde y Vicealcalde, Diputados Asamblea Nacional, Diputados

Parlacen, y Diputados de los Consejos Regionales Autónomos, TIENEN LA SIGUIENTE **IGUALDAD DE SITUACIONES**: **1.-** Todos son electos de manera directa mediante sufragio, universal, igual, directo, libre y secreto (Artos. 146, 178, 132 Cn.; y 2 literal a) del Tratado Constitutivo del PARLACEN y Otras Instancias Políticas; y Arto. 19 de la Ley No. 28, Estatuto de Autonomía de las II Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua); **2.-** Todos ejercen el Poder Político en representación del pueblo (Arto. 2 Cn); **3.-** Todos tienen un período mayor a 4 años (Artos. 148, 178, 136 Cn; y Arto. 2 literal a) del Tratado Constitutivo del PARLACEN y Otras Instancias Políticas; y Arto. 28 de la Ley No. 28, Estatuto de Autonomía de las II Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua).- Ahora bien, dichos cargos de elección directa presentan **DESIGUALDAD EN IGUALDAD DE CONDICIONES**, sólo por lo que hace al Presidente y Vicepresidente de la República, y al Alcalde y Vicealcaldes Municipales, dicha desigualdad en igualdad de condiciones consiste en: "**El derecho a optar al mismo cargo público de manera sucesiva en los subsiguientes comicios electorales**".- Al Presidente y Vicepresidente: NO SE LE PERMITE (Arto. 147 Cn); el Alcalde y Vicealcalde: NO SE LE PERMITE (Arto. 178 Cn); Diputados Asamblea Nacional: se le permite; Diputados al Parlacen: se le permite; y Diputados en los Consejo Regional Autónomos (RAAS y RAAN): se le permite. En consecuencia, las Disposiciones Constitucionales que contienen esa **Interdicción Electoral** sólo para el Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde, representa un **trato desigual, cuando como queda claro hay igualdad de condiciones**, contraviniendo el Principio de Igualdad y el Principio de Proporcionalidad, que reconoce como única limitación señalada en la Parte Dogmática por el **Constituyente Originario** por razones de edad y por motivo de condena penal o interdicción civil. Ante tal desigualdad **"EN LA LEY" (Artos. 147 y 178 Cn)** por haberlo establecido el Constituyente Derivado en la Constitución Política, y **"ANTE LA LEY"** ya que el Consejo Supremo Electoral en la Resolución Administrativa dictada a las once de la mañana, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, se niega Aplicar el Principio Constitucional de Igualdad Incondicional de todo ciudadano Nicaragüense sin discriminación alguna, e Inaplicar la referida Interdicción Electoral para mis representados, aduciendo que no le corresponde a ellos resolver tal Antinomia Constitucional; por tanto debe declararse la inaplicabilidad de la Interdicción Electoral para Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde, creada no por el Constituyente Originario, sino por el Constituyente Derivado, mediante la Ley No. 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, en su artículo 13, publicada el 4 de julio de 1995, en El Nuevo Diario. Con relación al Principio Constitucional de Igualdad Incondicional de Todo Nicaragüense, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que: "El Principio de Igualdad ante la ley no tiene más objetivos que garantizar a plenitud la igualdad de derechos y obligaciones a todas las personas que se encuentren en un determinada situación jurídica" (Sentencia No. 134, de las 8:00 a.m., del 13 de septiembre de 1996, B.J. 1996, pp. 295). Al respecto la doctrina refiere: "La igualdad no significa, por tanto, que todos deban ser tratados de la misma manera; la igualdad – como escribe PERLINGIERI – significa también desigualdad de trato, sobre todo a favor de aquellos que se encuentran en una situación de inferioridad, respecto de quienes ostentan una posición más ventajosa. Lo que quizá se justifica por el mismo hecho natural, que HERNÁNDEZ GIL resalta, a partir del cual "los hombres no somos iguales en la misma medida en que lo son dos objetos, porque la individualidad inherente a la personalidad de cada uno nos hace irrepetibles". De ahí que, según el mismo autor, lo que en principio supone la igualdad es que "todas las personas merecen la misma consideración ANTE LA LEY,

que todas participan en el poder y que son los mismos sus derechos y obligaciones". (PETER HABERLE, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional, Editorial Comares S.L., Primera Edición, Granada, 2003. pp. 161 y 162).

VIII

Por lo que hace al Principio de Soberanía y Autodeterminación Nacional contenido en los artículos 1, 2 y 6 Cn, inextricablemente vinculado al Principio Constitucional de Prelación de los Intereses Supremos de la Nación, contenido en el artículo 129 Cn., y a la obligación de ejercer la función pública a favor de los intereses del Pueblo (Arto. 131 Cn); así como al Derecho al Sufragio Electoral de los Nicaragüense: Derecho a Elegir y ser Elegido; derecho de ejercer los derechos políticos, sin más limitaciones que por razones de edad y por suspensión de los Derechos ciudadanos mediante sentencia penal o interdicción civil (ARTO. 1, 2, 47 y 51 Cn).- Sabiendo que la Soberanía, al igual que La Igualdad, La Unidad Centroamericana, La Independencia, La Autodeterminación, La Paz Social, El bien común, La libertad, La justicia, El respeto a la dignidad de la persona humana, El pluralismo político, social y étnico, La cooperación internacional, El respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, constituyen los Principios Constitucionales que informan los Derechos Fundamentales, conviene determinar que se entiende por Soberanía, sus límites y su alcance. Para **Rousseau**: La Soberanía es única, inalienable e indivisible, esto es no existen dos Soberanías, una al Pueblo y otra a los Poderes del Estado. Suponer que la Soberanía es Enajenable, equivale a la eliminación del mismo Soberano, es decir del pueblo o nación, sin que este hecho pueda ni siquiera concebirse con validez. Su indivisibilidad, además deriva lógicamente de su inalienabilidad, pues dividir la Soberanía significaría enajenarla parcialmente. Por ello al decir del Constitucionalista **Mexicano Ignacio Burgoa O**, "El propio Poder es Soberano en cuanto no está sometido interior o exteriormente a ningún otro, puesto que lo soberano designa un Poder que no admite ninguno por encima de él; una potencia que en la esfera donde está llamada a ejercer, no sustituye a ninguna otra … La **Autodeterminación**, que es la nota sustancial expresiva del poder soberano o soberanía , en el fondo entraña la autolimitación, pues si autodeterminarse implica darse a sí mismo una estructura jurídico-política, esta estructura, que es normativa, supone como toda norma una limitación, es decir, señalamiento de límites. La autolimitación, sin embargo, no es inmodificable, ya que cuando la nación decide autodeterminarse de diversa manera en el desempeño de su poder soberano, cambia sus estructuras y, por ende los límites que éstas involucran. … La soberanía es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada dentro de la sociedad humana que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se desplieguen en su seno por los diversos entes individuales, sociales, jurídicos, particulares o públicos que componen a la colectividad o se encuentran dentro de ella, debiéndose agregar que el Estado, como forma en que se estructura y organiza un pueblo, al adquirir sustantividad propia, al revestirse con una personalidad jurídica y política sui-generis, se convierte en titular del poder soberano, el cual, no obstante permanece radicado real y socialmente en la nación. (Diccionario de Derecho Constitucional, Garantía y Amparo, Ignacio Burgoa O, 5ª Ed. Porrua, México,1998, pp. 411 y ss). En cuanto a la Autolimitación de la Soberanía el constitucionalista Ignacio De Otto expone: "En términos de teoría jurídica la doctrina del poder constituyente del pueblo no es sino la formulación de una norma básica del ordenamiento, esto es, de una norma de la que deriva la validez de todas las demás, por ejemplo la vieja regla absolutista – es ley

lo que place al rey –. Según la teoría del poder constituyente del pueblo, éste, en cuanto es soberano, tiene un poder absoluto para determinar lo que es derecho, y lo ejerce dando una Constitución en la que determina los procedimientos y los límites de la creación de normas. Establecida la Constitución el propio poder del pueblo queda sujeto a ella, pues la voluntad popular de reformarla sólo podrá expresarse válidamente siguiendo los procesos de reforma que la propia Constitución establece. Con la Constitución el pueblo no sólo constituye los poderes del Estado, que deben su existencia a la voluntad popular, sino que, además, se autolimita en el sentido de que, en el futuro, su propio poder acerca de la Constitución sólo podrá ejercerse en los términos que la propia Constitución establece". (Ignacio De Otto, Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1987, pp. 54 y ss).- En nuestro caso, la Corte Suprema de Justicia ha sido categórica en cuanto a que la Soberanía es la voluntad del pueblo, y que se autorregula solamente por el Poder Constituyente Originario; el Poder Constituyente Derivado en general está subordinado al Principio de Soberanía, no puede contradecirla, ya que la Soberanía es única, inalienable, intransferible, irrenunciable, impostergable, indivisible y reside en el pueblo, quien lo ejerce a través de los instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. Esto es, el Poder Político lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse este poder o representación. De ninguna manera, la Soberanía como Principio Supremo de la Nación, matriz y vientre de los derechos ordinarios y extraordinarios puede estar limitada o supeditada por NINGUNA NORMA, ni siquiera por la Constitución Política Formal o Escrita, ya que la Soberanía es la principal fuente de la Nación y de la misma Constitución Escrita. Efectivamente, podría la Constitución Política no declarar absolutamente nada sobre la Soberanía como en el caso de aquellos países que no tienen Constitución Escrita o Formal; no obstante, en todo momento la Soberanía es única, inalienable, intransferible, irrenunciable, impostergable, indivisible y sobre todo reside en el pueblo. No hay entonces Soberanía que no resida de manera absoluta en el Pueblo. De tal manera que tanto el Poder Constituyente Originario como el Poder Constituyente Derivado, tienen el deber y la obligación de respetar y en todo caso ampliar, pero nunca restringir el Principio Supremo de Soberanía. En el presente caso, al modificarse la voluntad del Poder Constituyente Originario, limitando - no ampliando - un Principio Fundamental como es el Derecho al Sufragio Electoral: Elegir y ser Elegido, se atenta contra la Soberanía Popular de la Nación Nicaragüense y contra el Principio de Prelación de los Intereses Supremos de la Nación, contenido en el artículo 129 Cn.; ahora bien cuando el Consejo Supremo Electoral niega la aplicación del Principio de Igualdad e Inaplicación de la Interdicción Electoral para los recurrente, colisiona también con la obligación de ejercer la función pública a favor de los intereses del Pueblo (Arto. 131 Cn).- Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Y como dicen Alí Joaquín Salgado y Alejandro César Verdaguer en su Obra, Juicio de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad, Editorial Astrea, Edición 2000, p. 376, comentando el fallo "FAYT": **Por nuestra parte no dudamos que el Poder Constituyente al igual que los otros Poderes Constituidos no puede operar fuera del marco de legalidad que la propia Constitución impone. Por ello el fallo es positivo"**. (Véase Corte Sentencia de Corte en Pleno No. 52, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del treinta de agosto de dos mil cinco, Cons. V).- Asimismo en reciente sentencia dijo: **"Para esta Corte el círculo se cierra de esta forma: Es la vo-**

luntad del pueblo la que estable los procedimientos y límites que, en el futuro, encuadrarán la manifestación de esa misma voluntad. El Derecho deriva su legitimidad de ser expresión de la voluntad popular, y ésta es legítima si se expresa por los procedimientos establecidos por el Derecho (Véase, Introducción al Derecho Constitucional, Luís López Guerra, Tirant lo blanch libros, 1994, páginas 75 y siguientes). (Véase Sentencia No. 2, dictada por Corte en Pleno a las nueve de la mañana, del diez de enero de dos mil ocho, Cons. IV).- De ahí que los Honorables Magistrados del Consejo Supremo Electoral, no pueden negarse a cumplir con la voluntad del Pueblo Soberano, de elegir y ser elegido de manera directa como sus representantes a los ciudadanos que crean conveniente, aplicando de manera inescrutable los Principios Fundamentales de Igualdad, Libertad y Soberanía, de no ser así ocurriría una muerte política para los recurrentes, violando también el Derecho al reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica (Arto. 25 No. 3 Cn) y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana consignados en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos recogidas en el artículo 46 Cn., el que nos remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la cuales en sus disposiciones establecen como Principios esenciales del ser humano respectivamente: **Principio de Igualdad (**Prámbulo; Artos. 1, 2, 7; Preámbulo; Artos. II; y Arto. 1, 23, 24); **Principio** de **Libertad (**Preámbulo; Arto. 1 y 29; (Preámbulo; Artos. IV; y Arto. 2, 7); **Derecho al Sufragio: Elegir y ser Elegido** (Arto. 21; Arto. XX, XXXII, XXXIV; y Arto. 23); **Derecho a la Personalidad** (Arto. 6; Artos. XVII; Arto. 3). Cabe destacar que todos estos principios fundamentales esenciales en el ser humano son irrenunciables y los Estados partes como nosotros no los podemos restringir tal y como lo dicen de manera expresa el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los artículos 1 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Para finalizar, consideramos pertinente traer a la vista lo establecido de manera categórica y lapidaria sobre la Soberanía por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 21: **"1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto".-** En la Resolución Administrativa dictada a las once de la mañana, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, aquí recurrida, se transgrede los ya referidos Principios Constitucionales de los Ciudadanos Nicaragüenses, por lo cual resulta falta de motivación y congruencia, violando el Derecho de Petición y a obtener una resolución fundada en derecho; en consecuencia debe ampararse a los recurrentes.- Por lo que ha llegado el estado de resolver.

POR TANTO:

De conformidad con todo lo expuesto, artículos 424, 426 y 436 Pr; artículo 1, 2, 25 No. 3; 27, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 129, 131, 132, 147, 178 Cn., y demás Principios y Disposiciones Constitucionales citadas, y jurisprudencia, los suscritos Magistrados de SALA DE LO CONSTITUCIONAL resuelven: **I.-** HA LUGAR AL RECURSO DE AMPARO interpuesto por el Licenciado **EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ**, en

su calidad de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo ante el Consejo Supremo Electoral, del ciudadano nicaragüense Cmdte. JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA, Presidente de la República, y de los ciudadanos nicaragüenses y Alcaldes Municipales de la República de Nicaragua: Víctor Manuel Sevilla Mayorga, Enrique José Saravia Hidalgo,Cecilio Cruz Ríos, William Alberto Martínez Sánchez, Diega Deysis Núñez, Asunción Alcides Gerardo Ramón García Castellón, Emigdio Jesús Téllez Mairena, del domicilio de Puerto Morazán, Jenny Amada Moncada Espinoza, Moisés Armando Martínez Corrales Clementina Dávila Cruz, Kenny Alberto Espinoza Gaitán, Juan Fernando Gómez Ovando, Diego David Figueroa Gontol, Karla Guadalupe Raudales Moya, Rosa Amelia Valle Vargas, Lesbia del Carmen Abarca García, Enrique José Gómez Toruño, Simeón Manuel Calderón Chévez, Juan Gabriel Hernández Rocha, Hugo Julián Ruiz Urbina, Barney Jesús Pulido Moreno, Arcenio Eusebio Reyes Siria, Bismarck Ramón Pérez, Yader José Ramos, Evert Alejandro López Aguirre, Oscar Antonio Tardencilla Muñiz, Ramón Enrique López Gómez, Jaime José Molina Mora, Orlando José Vega Fonseca, Iván Antonio Dinarte Solís, Maribel Auxiliadora Barrios Latino, Sandra Rosa Vásquez López, Róger Antonio Acevedo Chavarría, José Ismael Sánchez Pupiro, Manuel Antonio Mercado Navas, Luis Manuel Morales Mercado, Jobis José Félix Trejos Trejos, del domicilio de Masaya, Ivania Isabel Carranza Carranza, Clarissa Esmeralda Vivas Castellón, Marlon José Muñoz Sandino, Miguel Ángel Calero Gutiérrez, Imel Jesús Hernández Sotelo, Orlando Salvador Meza Gómez, José Roberto Alejo Dávila, Rolando Salomón Valdivia Delgado, Rodolfo Ulden Pérez Rivera, Carlos Javier Guzmán Díaz, Wilfredo Gerardo López Hernández, Gilma Victoria Canales Cruz, Jorge Manuel Sánchez Santana, José Ángel Morales Mairena, Marcos Antonio Sandoval Mejía, Bayardo José Árauz Robleto, María Elena Guerra Gallardo, Yamil Vargas Díaz, Mauricio José Ruiz Matamoros, Eda Griselda Medina Campos, Jhonny Francisco Gutiérrez Novoa, Misael José Morales Sequeira, Ana Clemencia Ávalos Martínez,Sadrach Zeledón Rocha, Angel Rafael Cardoza Orozco, Maryan José Ruíz Rivera, Paulino Jarquin Urbina, Trinidad de Jesús Alvarez Jarquin, Marvin Enrique Aráuz Sobalvarro, Carlos Alberto Sequeira Cruz, Juan Rayo Masis, Luis Antonio Martínez Medal, Leonidas Nicolás Centeno Rivera, Ronieer José Rodríguez Rivera, Celso de los Reyes Amador Cruz, Francisco Ramón Valenzuela Blandón, Jairo Arce Aviles,; Juan Francisco Carrasco Rivas, Juan Ramón Mendoza Irias, Wilson Pablo Montoya Rodríguez, Jalmer Bismarck Rivera Alvarado, Luz Amparo García García, Néstor Ramón Maldonado Benavides, Asisclo José Laguna Mairena, Mario Antonio Gutiérrez Altamirano, Bernarda Castillo Centeno, Melvin López Gadea, Ezequiel de Jesús Membreño López, Daysi Ivette Tórres Bosques,; Roberto Presentación Somoza Romero, Miriam Eulalia Salinas López, José Ángel Velásquez Laguna, José Noel Cerda Méndez, Gustavo Adolfo Cortes Robles, del domicilio de Ticuantepe, Cesar Francisco Vásquez Valle, José Inocente Castro Castellón, Fernando Lopez Sauseda, Telma Maria Olivas Ardon, Orlando Ismael Zeledon Sobalvarro, Luis Felipe Enriquez Averrúz, Carlos Efraín Norori Jiménez, Melvin Alfonso Ortez Beltran,Noel Antonio Rivas Bustamante, Alexander Modesto Alvarado Lam, Guillermo Ernesto Espinoza Duarte; Hector Arturo Ibarra Rodriguez, Jose Osorno Lopez, Cleaveland Rolando Webster Terry, Carlos Agustin Miranda Larios, Everth Wellington Federico Dixon, Jose Roberto Cuthbert Ramirez, todos de generales en auto. EN CONTRA DEL CONSEJO SUPREMO ELECTORAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, integrado por los Honorables Magistrados ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidentes, MARISOL CASTILLO BELLIDO, Magistrado en Funciones, JOSÉ MIGUEL CÓRDOBA GONZÁLEZ, Magistrado, JOSÉ LUIS VILLAVICENCIO ORDOÑEZ,

Magistrado, RENE HERRERA ZÚNIGA, Magistrado, JOSÉ BOSCO MARENCO CARDENAL, Magistrado, y EMILIANO ENRIQUEZ LACAYO, todos mayores de edad, casados, de este domicilio legal, y demás generales de ley desconocidas por el recurrente, por haber dictado la Resolución Administrativa de las once de la mañana, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, y notificada a las 11:45 a.m., de ese mismo día, de que hemos hecho referencia.- **II.-** En consecuencia, se ordena al Consejo Supremo Electoral librar Certificación teniendo a los ciudadanos que aquí recurrieron a través del abogado Eduardo José Mejía Bermúdez, como ciudadanos aptos de Derechos Políticos – Constitucionales – Electorales, para participar en las contiendas electorales a realizarse en los años 2011 y 2012, en los mismos cargos que ostentan actualmente, como candidatos a Presidente – Vicepresidente – Alcalde – Vicealcalde, respectivamente, sin más requisitos y condiciones que los que se establecen a cualquier ciudadano por razones de edad o impedimento del ejercicio de los derechos ciudadanos por sentencia penal firme o interdicción civil, según el artículo 47 Cn., ya que conforme el referido Principio de Igualdad Incondicional de Todo Ciudadano Nicaragüense "Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país". (Arto. 48 Cn).- **III**.- Siendo que las Disposiciones Constitucionales contenidas en los artículos 147 y 178 Cn., reformadas por el Constituyente Derivado mediante el artículo 13 de la Ley No. 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada el 4 de julio de 1995, en El Nuevo Diario, crea una Discriminación e Interdicción Electoral para Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde, colisionando o produciendo una Antinomia Constitucional con respecto a los siguientes Principios Constitucionales: 1.- El Principio Fundamental y Supremo de la Igualdad Incondicional de T O D O S los Nicaragüenses EN y ANTE LA LEY, contenido en el Preámbulo de la Constitución Política, y en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna; 2.- El Principio de Soberanía y Autodeterminación Nacional contenido en los artículos 1, 2 y 6 Cn, inextricablemente vinculado al Principio Constitucional de Prelación de los Intereses Supremo de la Nación, contenido en el artículo 129 Cn., y de la obligación de ejercer la función pública a favor de los intereses del Pueblo (Arto. 131 Cn); así como del Derecho al Sufragio Electoral de los Nicaragüenses: Derecho a Elegir y ser Elegido; Derecho de ejercer los derechos políticos, sin más limitaciones que por razones de edad y por suspensión de los Derechos ciudadanos mediante sentencia penal o interdicción civil (ARTO. 1, 2, 47 y 51 Cn); EN CONSECUENCIA ESTA SALA DE LO CONSTITUCIONAL declara la inaplicabilidad a partir de la notificación de la presente sentencia, del **Artículo 147 Cn**., únicamente en la parte que íntegra y literalmente se lee: "No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente; …" y el Artículo 178 Cn., únicamente en la parte que íntegra y literalmente se lee: " … El Alcalde y el Vicealcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La reelección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente. …" **IV**.- Sin perjuicio de que la presente sentencia tiene efectos Inter - Parte y por ello de obligatorio e inexpugnable cumplimiento para las partes, conforme el Principio de Relatividad de la Sentencia, elévense el expediente a Corte en Pleno a fin

de que sea ratificada y produzca efectos *erga omnes*.- Cópiese y Notifíquese y Publíquese.- Esta Sentencia está escrita en doce hojas de papel bond tamaño legal con membrete de la Sala de lo Constitucional y rubricadas por la Secretaria.- Fco. Rosales A.- Rafael Sol.C.- L.M.A.- Y. Centeno.- A. Cuadra.- J. Méndez. Ante mí, Zelmira Castro Galeano. Sria.

Caso Lautsi c. Italia*

La Corte Europea de Derechos Humanos (segunda sección), sesionando en una Sala compuesta de:

Françoise Tulkens, *presidente,*

Ireneu Cabral Barryo,

Vladimiro Zagrebelsky,

Danute Jočiene,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş, *jueces,*

y de Sally Dollé, *secretaria de sección*,

Después de haber deliberado en Sala de Consejo el 13 de octubre de 2009, emiten la sentencia que sigue, adoptada en la fecha:

PROCESO

1. En el origen del caso, se encuentra una demanda (no 30814/06)

dirigida contra la República italiana por la cual una residente de dicho Estado, Doña Soile Lautsi (« la demandante »), ha recurrido a la Corte el 27 de julio de 2006 en virtud del artículo 34 de la Convención de salvaguarda de derechos humanos y libertades fundamentales (« la Convención »). Ella actúa en su nombre así como en el de sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin.

2. La demandante es representada por Don N. Paolyti, abogado de Roma. El gobierno italiano (« el Gobierno ») es representado por su agente, Doña E. Spatafora y por su coagente adjunto, Don N. Lytieri.

3. La demandante alegó que la exposición de la cruz en las salas de clase de la escuela pública frecuentada por sus hijos era una injerencia incompatible con la libertad de conciencia y de religión así como con el derecho a una educación y una enseñanza conformes a sus convicciones religiosas y filosóficas.

4. El 1 de julio de 2008, la Corte decidió comunicar la demanda al Gobierno. Valiéndose de las disposiciones del artículo 29 § 3 de la Convención, ella decidió que serán examinadas simultáneamente la admisibilidad así como el fondo del asunto.

5. Tanto la demandante como el Gobierno han presentado sus observaciones escritas sobre el fondo del asunto (artículo 59 § 1 del Reglamento).

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. La demandante reside en Abano Terme y tiene dos hijos, Dataico y Sami Albertin. Estos últimos, de 11 y 13 años respectivamente, frecuentaban en 2001-2002 la escuela pública « *Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre* », en Abano Terme.

* Traducción del francés hecha por Marco Huaco.

7. Todas las salas de clase tenían un crucifijo, lo cual fue considerado por la demandante como contrario al principio de laicidad bajo el que ella deseaba educar a sus hijos. Aludió a este tema durante una reunión organizada el 22 de abril de 2002 por la escuela argumentando que, según la Corte de Casación (sentencia no 4273 de 1 de marzo de 2000), la presencia de un crucifijo en las salas de votación preparadas para las elecciones políticas ya había sido un hecho juzgado como contrario al principio de laicidad del Estado.

8. El 27 de mayo de 2002, la dirección de la escuela decidió mantener los crucifijos en las salas escolares.

9. El 23 de julio de 2002, la demandante cuestionó esta decisión ante el tribunal administrativo de la Región de Venecia. Apoyándose en los artículos 3 y 19 de la Constitución italiana y sobre el artículo 9 de la Convención, alegó la violación del principio de laicidad. Además, denunció la violación del principio de imparcialidad de la administración pública (artículo 97 de la Constitución). Asimismo, demandaba al tribunal someter la cuestión de Constitucionalidad a la corte Constitucional.

10. El 3 de octubre de 2007, el ministerio de Instrucción pública adoptó la directiva no 2666 que recomendaba a los directores de escuelas la exposición del crucifijo. Este se constituyó como parte en el proceso, sosteniendo que la situación cuestionada se fundaba sobre el artículo 118 del decreto real no 965 del 30 de abril de 1924 y el artículo 119 del decreto real no 1297 del 26 de abril de 1928 (disposiciones anteriores a la Constitución y a los acuerdos entre Italia y la Santa Sede).

11. El 14 de enero de 2004, el tribunal administrativo de Venecia estimó, teniendo cuenta el principio de laicidad (artículos 2, 3, 7, 8, 9, 19 y 20 de la Constitución) que la cuestión de Constitucionalidad no era manifiestamente infundada y reenvió el caso a la Corte Constitucional.

Además, en vista de la libertad de enseñanza y la obligatoriedad de asistir a la escuela, la presencia de crucifijos estaba siendo impuesta a los alumnos, a los padres de los alumnos y a los profesores y favorecía la religión cristiana en detrimento de otras religiones. La demandante se constituyó en parte en el proceso ante la Corte Constitucional. El Gobierno sostuvo que la presencia de crucifijos en las salas de clase era un « hecho natural », dado que no era solamente un símbolo religioso sino también la « bandera de la Iglesia católica », la cual era la única Iglesia que era nombrada en la Constitución (artículo 7). Se debía considerar entonces que el crucifijo era un símbolo del Estado italiano.

12. Por una ordenanza del 15 de diciembre de 2004 no 389, la Corte Constitucional se declaró incompetente dado que las disposiciones en litigio no pertenecían a una ley sino a reglamentos, los que no tenían fuerza de ley (parágrafo 26 infra).

13. El proceso ante el tribunal administrativo se reanudó. Por fallo del 17 de marzo de 2005 no 1110, el tribunal administrativo denegó el recurso de la demandante. Estimaba que el crucifijo era a la vez tanto un símbolo de la historia y de la cultura italiana, y en consecuencia de la identidad italiana, y el símbolo de los principios de igualdad, de libertad y de tolerancia así como de la laicidad del Estado.

14. La demandante introdujo un recurso ante el Consejo de Estado.

15. Por una sentencia de 13 de febrero de 2006, el Consejo de Estado denegó el recurso, basado en que la cruz se había convertido en uno de los valores laicos de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNAS PERTINENTES

16. La obligación de exponer el crucifijo en las salas de clase se remonta a una época anterior a la unificación de Italia. En efecto, atendiendo a los términos del artículo 140 del decreto real no 4336 del 15 septiembre de 1860 del reino de Piamonte-Cerdeña, « *cada escuela debería sin falta estar provista (...) de un crucifijo* ».

17. En 1861, año de nacimiento del Estado italiano, el Estatuto del Reino de Piamonte-Cerdeña de 1848 devino en el Estatuto italiano. Este enunciaba que « *la religión católica apostólica y romana [era] la única religión del Estado. Los otros cultos existentes [eran] tolerados de conformidad con la ley*».

18. La toma de Roma por el ejército italiano, el 20 de septiembre de 1870, luego de la cual Roma fue anexada y proclamada capital del nuevo Reino de Italia, provocó una crisis de relaciones entre el Estado y la Iglesia católica. Por la ley no 214 del 13 de mayo de 1871, el Estado italiano reglamentó unilateralmente las relaciones con la Iglesia y otorgó al Papa un cierto número de privilegios para el desenvolvimiento regular de la actividad religiosa.

19. A partir del advenimiento del fascismo, el Estado adoptó una serie de circulares destinadas a hacer respetar la obligación de exponer el crucifijo en las salas de clase.

La circular del Ministerio de Instrucción pública no 68 del 22 de noviembre de 1922 decía lo siguiente: «*Estos últimos años, en muchas escuelas primarias del Reino la imagen de Cristo y el retrato del Rey han sido retiradas. Esto constituye una violación manifiesta e intolerable de una disposición reglamentaria y sobre todo un atentado a la religión dominante del Estado así como a la unidad de la Nación. Intimamos a todas las administraciones municipales del Reino a cumplir la orden de restablecer en las escuelas que no tienen los dos símbolos sagrados de la fe y del sentimiento nacional*».

La circular del ministerio de Instrucción no 2134-1867 del 26 de mayo de 1926 afirmaba: « *El símbolo de nuestra religión, sagrada por la fe así como por el sentimiento nacional, exhorta e inspira la juventud estudiosa; que en las universidades y otros establecimientos de enseñanza superior agudiza su espíritu y su inteligencia en vista de los altos cargos a los cuales está destinada*».

20. El artículo 118 del decreto real no 965 del 30 de abril de 1924 (Reglamento interno de establecimientos escolares secundarios del Reino) fue redactado así: « *Cada establecimiento escolar debe tener la bandera nacional, cada sala de clase la imagen del crucifijo y el retrato del Rey* ».

El artículo 119 del decreto real no 1297 del 26 de abril de 1928 (aprobación del reglamento general de servicios de la enseñanza primaria) cuenta el crucifijo entre los « *equipos y materiales necesarios en las salas de clase escolares*».

Las jurisdicciones nacionales han considerado que estas dos disposiciones estaban todavía en vigor y eran aplicables al presente caso.

21. Los Pactos de Letrán, firmados el 11 de febrero de 1929, marcaron la « Conciliación » del Estado italiano y de la Iglesia católica. El catolicismo fue confirmado como la religión oficial del Estado italiano. El artículo 1 del Tratado estaba redactado así: « *Italia reconoce y reafirma el principio consagrado por el artículo 1 del Estatuto Albertin del Reino de 4 de marzo de 1848, según el cual la religión católica, apostólica y romana es la única religión del Estado*».

22. En 1948, el Estado italiano adoptó su Constitución republicana. El artículo 7 de ésta reconocía explícitamente que el Estado y la Iglesia católicas son, cada una en su orden, independientes y soberanas. Las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica son reguladas por los Pactos de Letrán y que sus modificaciones aceptadas por las dos partes no exigen el procedimiento de revisión constitucional.

El artículo 8 enuncia que las confesiones religiosas diferentes a la católica « *tienen el derecho de organizarse según sus propios estatutos, en tanto ellos no se opongan al orden jurídico italiano* ». Las relaciones entre el Estado y esas otras confesiones « *son establecidas por la ley sobre la base de acuerdos con sus respectivos representantes* ».

23. La religión católica cambió de estatuto a continuación de la ratificación, por la ley no 121 del 25 de marzo de 1985, de la primera disposición del protocolo adicional al nuevo Concordato con el Vaticano del 18 de febrero de 1984, modificando los Pactos de Letrán de 1929. Según esta disposición, el principio, proclamado originalmente por los Pactos de Letrán, de la religión católica como la única religión del Estado italiano ya no es considerada como estando más en vigor.

24. La Corte Constitucional italiana en su sentencia no 508 del 20 de noviembre de 2000 ha resumido asimismo su jurisprudencia afirmando que los principios fundamentales de igualdad de todos los ciudadanos sin distinción de religión (artículo 3 de la Constitución) y de igual libertad de todas las religiones ante la ley (artículo 8) implica de hecho que la actitud estatal debe estar marcada por la equidistancia y la imparcialidad, sin dar importancia a la cantidad de adherentes que tenga una religión u otra (ver sentencias no 925/88 ; 440/95 ; 329/97) o a la extensión de las reacciones sociales a la violación de los derechos de unas o de otras (ver sentencia no 329/97). La igual protección de la conciencia de cada persona que adopta una religión es independiente de la religión elegida (ver sentencia no 440/95), lo que no está en contradicción con la posibilidad de una diferente regulación jurídica de las relaciones entre el Estado y las diferentes religiones en el sentido de los artículos 7 y 8 de la Constitución. Una tal posición equidistante y de imparcialidad es el reflejo del principio de laicidad que la Corte Constitucional ha derivado de las normas de la Constitución y que tiene naturaleza de « principio supremo » (ver sentencia no 203/89; 259/90; 195/93; 329/97), que caracteriza al Estado en la orientación del pluralismo. Las creencias, culturas y tradiciones diferentes deben vivir juntas en igualdad y libertad (ver sentencia no 440/95).

25. En su sentencia no 203 de 1989, la Corte Constitucional examinó la cuestión del carácter no obligatorio de la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas. En esta ocasión, ella afirmó que la Constitución contenía el principio de laicidad (artículos 2, 3, 7, 8, 9, 19 y 20) y que el carácter confesional del Estado había sido explícitamente abandonado en 1985, en virtud del Protocolo adicional a los nuevos Acuerdos con la Santa Sede.

26. La Corte Constitucional, invitada a pronunciarse sobre la obligación de exponer el crucifijo en las escuelas públicas, emitió la ordenanza de 15 de diciembre de 2004 no 389 (parágrafo 12 supra). Sin establecer sobre el fondo, ella declaró manifiestamente inadmisible la cuestión planteada ya que ella tenía por objetivo disposiciones reglamentarias, desprovistas de fuerza de ley, que por consecuencia escapaban a su jurisdicción.

EN DERECHO

I. RESPECTO A LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO No 1 EXAMINADO CONJUNTAMENTE CON EL ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCIÓN

27. La demandante alegó en su nombre y en el de sus hijos que la exposición de la cruz en la escuela pública frecuentada por ellos ha constituido una injerencia incompatible con su derecho de asegurarles una educación y una enseñanza conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas en el sentido del artículo 2 del Protocolo no 1, disposición que está redactada como sigue:

« A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas »

Por otro lado, la demandante alegó que la exposición de la cruz desconoció igualmente su libertad de conciencia y de religión protegida por el artículo 9 de la Convención, que enuncia:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás»

28. El Gobierno cuestiona esta tesis.

A. Sobre la admisibilidad

29. La Corte constata que las alegaciones formuladas por la demandante no son manifiestamente infundadas en el sentido del artículo 35 § 3 de la Convención. Remarca de otro lado que ellas no incurren en ningún otro motivo de inadmisibilidad. Corresponde entonces declararlas admisibles.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a) La demandante

30. La demandante ha proporcionado el historial de las disposiciones pertinentes. Observa que la exposición del crucifijo se funda, según las jurisdicciones nacionales, sobre las disposiciones de 1924 y 1928 que son consideradas como estando todavía en vigor, no obstante que son anteriores a la Constitución italiana así como a los acuerdos de 1984 con le Santa Sede y a su protocolo adicional. Ahora bien, las disposiciones litigiosas han escapado al control de constitucionalidad, porque la Corte Constitucional no pudo pronunciarse sobre su compatibilidad con los principios fundamentales de orden jurídico italiano en razón de su naturaleza reglamentaria.

Las disposiciones en cuestión son la herencia de una concepción confesional del Estado que en la actualidad colisiona con su deber de laicidad y desconocería los derechos

protegidos por la Convención. Existe una « cuestión religiosa » en Italia, porque, al hacer que la exposición del crucifijo sea obligatoria en las salas de clase, el Estado acuerda a la religión católica una posición privilegiada que se traduciría por una injerencia estatal en el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de la demandante y de sus hijos y en el derecho de la demandante de educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas, así como por una forma de discriminación respecto a los no católicos.

31. Según la demandante, el crucifijo tiene en realidad, sobre todo y antes que todo, une connotación religiosa. El hecho que la cruz entrañe otras « claves de lectura » no implica la pérdida de su principal connotación, que es religiosa. Privilegiar una religión por la exposición de un símbolo transmite la impresión a los alumnos de las escuelas públicas – y notoriamente a los hijos de la demandante – que el Estado profesa una creencia religiosa determinada. Dado que, en un Estado de derecho, nadie debería percibir al Estado como estando más próximo de una confesión religiosa que de otra, y mucho menos las personas que son más vulnerables en razón de su joven edad.

32. Para la demandante, esta situación tiene por repercusiones –entre otras- una presión indiscutible sobre los menores y otorga la impresión de que el Estado está lejos de aquellos que no se reconocen de esta confesión. La noción de laicidad significa que el Estado debe ser neutro y hacer prueba de equidistancia *vis-à-vis* de las religiones, porque él no debería ser percibido como estando más cercano a ciertos ciudadanos que a otros.

El Estado debería garantizar a todos los ciudadanos la libertad de conciencia, comenzando por una instrucción pública apta a forjar la autonomía y la libertad de pensamiento de la persona, en el respeto de los derechos garantizados por la Convención.

33. En cuanto al punto de saber si un profesor sería libre de exponer otros símbolos religiosos en una sala de clase, la respuesta sería negativa, vista la ausencia de disposiciones que lo permitan.

b) El Gobierno

34. El Gobierno observa de entrada que la cuestión planteada por la presente, escapa al marco propiamente jurídico para aterrizar en el terreno de la filosofía. Se trata en efecto de determinar su la presencia de un símbolo que tiene un origen y una significación religiosas es en sí misma una circunstancia cuya naturaleza pueda influenciar sobre las libertades individuales de una manera incompatible con la Convención.

35. Si la cruz es ciertamente un símbolo religioso, reviste otras significaciones. Ella tendría igualmente una significación ética comprensible y apreciable de adhesión a la tradición religiosa o histórica porque ella invoca principios que pueden ser compartidos fuera de la fe cristiana (no-violencia, igual dignidad de todos los seres humanos, justicia, primacía del individuo sobre el grupo e importancia de su libertad de elección, separación de lo político y lo religioso, amor del prójimo yendo hasta el perdón de los enemigos). Ciertamente, los valores que hoy fundan las sociedades democráticas han tenido también su origen inmediato en el pensamiento de autores no creyentes, aún los opuestos al cristianismo. Sin embargo, el pensamiento de estos autores estaría nutrido de filosofía cristiana, en razón de su educación y del medio cultural en el que ellos fueron formados y vivieron. En conclusión, los valores democráticos de la actualidad hunden sus raíces en un pasado más lejano, el del mensaje evangélico. El mensaje de la cruz sería entonces un mensaje humanista, que podría ser leído de manera independiente de

su dimensión religiosa, constituida de un conjunto de principios y de valores formadores de la base de nuestras democracias.

La cruz reenvía a este mensaje, ella sería perfectamente compatible con la laicidad y accesible a los no cristianos y a los no creyentes, que podrían aceptarla en la medida que ella evocaría el lejano origen de estos principios y valores. En conclusión, el símbolo de la cruz podría ser percibido como desprovisto de significación religiosa, su exposición en un lugar público no constituiría en sí mismo un atentado a los derechos y libertades garantizados por la Convención.

36. Según el Gobierno, esta conclusión sería respaldada por el análisis de la jurisprudencia de la Corte que exige una injerencia mucho más activa que la simple exposición de un símbolo para constatar un atentado a los derechos y libertades. Esto es, una injerencia activa que entraña la violación del artículo 2 del Protocole no 1 en el caso *Folgerø (Folgerø y otros c. Noruega*, [GC], no 15472/02, CEDH 2007-VIII).

Al respecto, no es la libertad de adoptar o no una religión lo que está en juego, porque en Italia esta libertad está plenamente garantizada. No se trata tampoco de la libertad de practicar una religión o de no practicar ninguna; el crucifijo es en efecto expuesto en las salas de clase pero de ninguna manera se exige a los profesores o a los alumnos rendirle el menor signo de saludo, reverencia o de simple reconocimiento, ni mucho menos de recitar oraciones en clase. De hecho, no se les pide tampoco que presten ninguna atención al crucifijo.

Finalmente, la libertad de educar los hijos conforme a las convicciones de los padres no está en cuestión: la educación en Italia es totalmente laica y pluralista, los programas escolares no contienen ninguna alusión a una religión particular y la instrucción religiosa es facultativa.

37. Refiriéndose a la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, (7 de diciembre de 1976, serie A no 23), en la que la Corte no constató violación, el Gobierno sostuvo que, cualquiera que fuera la fuerza evocadora, una imagen no es comparable con el impacto de un comportamiento activo, cotidiano y prolongado en el tiempo tal como la enseñanza. En otras palabras, sería posible educar a los hijos en la escuela privada o en el hogar por preceptores.

38. Las autoridades nacionales gozan de un gran margen de apreciación sobre cuestiones tan complejas y delicadas, estrechamente ligadas a la cultura y a la historia. La exposición de un símbolo religioso en los lugares públicos no excedería el margen de apreciación dejado a los Estados.

39. De otro lado ello sería más cierto desde que en Europa existe una variedad de actitudes sobre la materia. A título de ejemplo, en Grecia todas las ceremonias civiles y militares prevén la presencia y la participación activa de un ministro del culto ortodoxo; adicionalmente, en Viernes Santo, el duelo nacional es proclamado y todas las oficinas y comercios son cerrados como también sucede en Alsacia.

40. Según el Gobierno, la exposición de la cruz no pone en cuestión la laicidad del Estado, principio que está inscrito en la Constitución y en los acuerdos con la Santa Sede. Ella no sería tampoco el signo de una preferencia por una religión, toda vez que recordaría una tradición cultural y valores humanistas compartidos por otras personas además de los cristianos.

En conclusión, la exposición de la cruz no desconocería el deber de imparcialidad y de neutralidad del Estado.

41. Igualmente, no existe consenso europeo sobre la manera de interpretar concretamente la noción de laicidad, si bien los Estados tendrían un más amplio margen de apreciación en la materia. Más precisamente, si existiera un consenso europeo sobre el principio de laicidad del Estado, ello no tendría implicaciones concretas sobre su aplicación. El Gobierno solicita a la Corte mostrarse prudente y en consecuencia abstenerse de dar un contenido preciso que llegue a la prohibición de la simple exposición de símbolos. Caso contrario, ella daría un contenido material predeterminado al principio de laicidad, lo que iría en contra de la legítima diversidad de enfoques nacionales y conduciría a consecuencias imprevisibles.

42. El Gobierno no sostiene que sea necesario, oportuno o deseable mantener el crucifijo en las salas de clase, pero la elección de mantenerlo o no correspondería a lo político y respondería entonces a criterios de oportunidad, y no de legalidad. En la evolución histórica del derecho interno esbozado por el interesado, que el Gobierno no refuta, debería comprenderse que la República italiana, si bien es laica, decidió libremente mantener el crucifijo en las salas de clase por diferentes motivos, de los cuales uno fue la necesidad de encontrar un compromiso con los partidos de inspiración cristiana que representan una parte esencial de la población y de sus sentimientos religiosos.

43. En cuanto a saber si un profesor sería libre de exponer otros símbolos religiosos en una sala de clase, ninguna disposición lo prohibiría.

44. En conclusión, el Gobierno solicita a la Corte denegar la demanda.

c) El tercero inverviniente

45. El Greek Helsinki Monitor (« GHM ») cuestiona las tesis del Gobierno defensor.

La cruz, y aún más el crucifijo, no pueden ser percibidos sino como símbolos religiosos. El GHM también cuestiona la afirmación según la cual debe verse en la cruz otras cosas aparte de ser un símbolo religioso y que la cruz sea portadora de valores humanistas; estima que semejante posición es ofensiva para la Iglesia. Además, el Gobierno italiano no habría tampoco señalado ni a un solo no cristiano que esté de acuerdo con esta teoría. Finalmente, las otras religiones no verían en la cruz sino un símbolo religioso.

46. Si se siguiera el argumento del Gobierno según el cual la exposición del crucifijo no demanda saludo, ni atención, habría lugar a preguntarse entonces porqué el crucifijo es expuesto. La exposición de un símbolo tal podría ser percibida como una veneración institucional de aquél.

A este respecto, el GHM observa que, según los principios directores de Toledo sobre la enseñanza relativa a religiones y convicciones en las escuelas públicas (Consejo de Expertos sobre libertad religiosa y de conciencia de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (« OSCE »)), la presencia de un símbolo tal en una escuela pública puede constituir una forma de enseñanza implícita de una religión, por ejemplo dando la impresión de que esta religión particular es favorecida en relación a otras. Si la Corte, en el caso *Folgerø,* afirmó que la participación en actividades religiosas puede tener una influencia sobre los niños, entonces, según el GHM, la exposición de símbolos religiosos puede también tener una. Se debe igualmente pensar en situaciones en las que los niños o sus padres podrían tener miedo a represalias si decidieran protestar.

3. *Apreciación de la Corte*

d) Principios generales

47. En lo que concierne a la interpretación del artículo 2 del Protocolo no 1, en el ejercicio de las funciones que el Estado asume en el campo de la educación y de la enseñanza, la Corte ha definido en su jurisprudencia los principios que son recordados en seguida que son pertinentes para el presente caso (ver, en particular, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A no 23, pp. 24-28, §§ 50-54, *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1982, serie A no 48, pp. 16-18, §§ 36-37, *Valsamis c. Grecia*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Recueil des arrêts y décisions* 1996-VI, pp. 2323-2324, §§ 25-28, y *Folgerø y autres c. Noruega* [GC], 15472/02, CEDH 2007-VIII, § 84).

(a) Se deben leer las dos frases del artículo 2 del Protocolo no 1 a la luz no solamente del uno y del otro sino también, principalmente, de los artículos 8, 9 y 10 de la Convención.

(b) Es sobre el derecho fundamental a la instrucción en que se funda el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas y la primera frase no distingue, tampoco la segunda, entre enseñanza pública y privada. La segunda frase del artículo 2 del Protocolo no 1 se destina a salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial a la preservación de la « sociedad democrática » tal como la concibe la Convención. En razón del poder del Estado moderno, es sobre todo mediante la enseñanza pública que se debe realizar este objetivo.

(c) El respeto de las convicciones de los padres debe ser posible en el marco de una educación capaz de asegurar un ambiente escolar abierto y favorable a la inclusión en lugar de la exclusión, independientemente del origen social de los alumnos, de las creencias religiosas o del origen étnico. La escuela no debería ser el teatro de actividades misioneras o de predicación; ella debería ser un lugar de encuentro de diferentes religiones y convicciones filosóficas, en el que los alumnos puedan adquirir conocimientos sobre sus pensamientos y tradiciones respectivas.

(d) La segunda frase del artículo 2 del Protocolo no 1 implica que el Estado, cumpliendo sus funciones en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones y conocimientos que figuran en los programas sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista. Ello le prohíbe perseguir un objetivo de adoctrinamiento que pueda ser considerado como irrespetuoso de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Allí se encuentra el límite a no sobrepasar.

(e) El respeto de las convicciones religiosas de los padres y de las creencias de los niños implica el derecho de creer en une religión o de no creer en ninguna. La libertad de creer y la libertad de no creer (la libertad negativa) están protegidas por el artículo 9 de la Convención (ver, sobre el ángulo del artículo 11, *Young, James y Webster c. Reino-Unido*, 13 de agosto 1981, §§ 52-57, serie A no 44).

El deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación de parte de éste respecto a la legitimidad de las convicciones religiosas o de las modalidades de expresión de éstas. En el contexto de la enseñanza, la neutralidad debería garantizar el pluralismo (*Folgero*, precitado, § 84).

b) Aplicación de estos principios

48. Para la Corte, estas consideraciones conducen a la obligación por el Estado de abstenerse de imponer, aún indirectamente, creencias, en los lugares donde las personas son dependientes de él o aún en los sitios donde ellas son particularmente vulnerables.

La escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible porque, en este caso, el poder vinculante del Estado es impuesto a los espíritus que carecen aún (según el nivel de madurez del niño) de la capacidad crítica que les permita tomar distancia sobre un mensaje expresivo de una decisión preferencial manifestada por el Estado en materia religiosa.

49. Aplicando los principios citados al presente caso, la Corte debe examinar la cuestión de saber si el Estado defensor, al imponer la exposición del crucifijo en las salas de clase, ha velado en el ejercicio de sus funciones de educación y enseñanza para que los conocimientos sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista respetando las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, conforme al artículo 2 del Protocolo no 1.

50. Para examinar esta cuestión, la Corte tomará principalmente en cuenta la naturaleza del símbolo religioso y su impacto sobre los alumnos de temprana edad, en particular los hijos de la demandante. En efecto, en los países donde la gran mayoría de la población profesa una religión precisa, la manifestación de ritos y de símbolos de esa religión, sin restricción de lugar y de forma, puede constituir una presión sobre los alumnos que no practican la susodicha religión o sobre aquellos que profesan otra religión (*Karaduman c. Turquía*, decisión de Comisión del 3 de mayo de 1993).

51. El Gobierno (parágrafos 34-44 supra) justifica la obligación (o el hecho) de exponer el crucifijo remontándose al mensaje moral positivo de la fe cristiana, que trasciende los valores constitucionales laicos, al rol de la religión en la historia italiana así como a las raíces de ella en la tradición del país. Atribuye al crucifijo una significación neutra y laica en referencia a la historia y la tradición italianas, íntimamente ligadas al cristianismo. El Gobierno sostiene que el crucifijo es un símbolo religioso pero que puede igualmente representar otros valores (ver tribunal administrativo de Venecia, no 1110 del 17 de marzo de 2005, § 16, parágrafo 13 supra).

En opinión de la Corte, el símbolo tiene una pluralidad de significados entre los cuales la significación religiosa es predominante.

52. La Corte considera que la presencia del crucifijo en las salas de clase va más allá del uso de símbolos en contextos históricos específicos. Ella ha estimado por otro lado que el carácter tradicional, en el sentido social e histórico, de un texto utilizado por los parlamentarios para presentar juramento no quita a dicho juramento su naturaleza religiosa (*Buscarini y otros c. San-Marino* [GC], no 24645/94, CEDH 1999-I).

53. La demandante alega que el símbolo colisiona con sus convicciones y viola el derecho de sus hijos a no profesar la religión católica. Sus convicciones revisten un grado de seriedad y de coherencia suficientes como para que la presencia obligatoria del crucifijo pueda ser asumido razonablemente como un asunto conflictivo para ella. La interesada ve en la exposición del crucifijo el signo de un Estado que se alinea con la religión católica. Tal es la significación oficial defendida en la iglesia católica, que atribuye al crucifijo un mensaje fundamental. En consecuencia, la aprehensión de la demandante no es arbitraria.

54. Las convicciones de la señora Lautsi se refieren también al impacto de la exposición del crucifijo sobre sus hijos (parágrafos 32 supra), en aquella época de once y trece años. La Corte reconoce que, como ha sido expuesto, es imposible no advertir el crucifijo en las salas de clase. En el contexto de la educación pública, es necesariamente percibido como parte integrante del medio escolar y puede entonces ser considerado como un « fuerte signo exterior » (*Dahlab c. Suiza* (dic.), no 42393/98, CEDH 2001-V).

55. La presencia del crucifijo puede ser interpretado fácilmente por los alumnos de todas las edades como un signo religioso y ellos sentirse educados en un ambiente escolar marcado por una determinada religión. Lo que puede ser estimulante para ciertos alumnos puede ser perturbador para alumnos de otras religiones o para aquellos que no profesan ninguna religión. Este riesgo está particularmente presente en los alumnos pertenecientes a minorías religiosas. La libertad negativa no está limitada a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Ella se extiende a las prácticas y a los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. Este derecho negativo amerita una protección particular si es que el Estado expresa una creencia y si la persona está ubicada en una situación de la que no puede desvincularse si no al costo de esfuerzos y un sacrificio desproporcionados.

56. La exposición de uno o varios símbolos religiosos no se puede justificar ni por la demanda de los demás padres que desean una educación religiosa conforme a sus convicciones, ni, como el Gobierno sostiene, por la necesidad de un necesario compromiso con los partidos políticos de inspiración cristiana. El respeto de las convicciones de los padres en materia educativa debe tomar en cuenta el respeto de las convicciones de todos los padres. El Estado se debe a la neutralidad confesional en el marco de la educación pública obligatoria donde la presencia a clases es exigida sin consideración de religión y en la que debe buscar inculcar a los alumnos un pensamiento crítico.

La Corte no ve cómo la exposición, en las salas de clase de las escuelas públicas, de un símbolo que razonablemente se puede asociar al catolicismo (la religión mayoritaria en Italia) podría servir al pluralismo educativo que es esencial a la preservación de una « sociedad democrática » tal como la concibe la Convención, pluralismo que ha sido reconocido por la Corte Constitucional en derecho interno (ver parágrafo 24).

57. La Corte estima que la exposición obligatoria del símbolo de una confesión hecha en el ejercicio de la función pública relacionada a situaciones específicas vinculadas con el control gubernamental, en particular en las salas de clase, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones así como el derecho de los niños escolarizados de creer o de no creer. La Corte considera que esta medida importa una violación de esos derechos debido a que las restricciones son incompatibles con el deber que le incumbe al Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el dominio de la educación.

58. Por tanto, hay una violación del artículo 2 del Protocolo no 1 conjuntamente con el artículo 9 de la Convención.

II. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN

59. La demandante sostiene que la injerencia que ella ha denunciado bajo el ángulo del artículo 9 de la Convención y del artículo 2 del Protocolo no 1 desconoce igualmente el principio de no discriminación, consagrado por el artículo 14 de la Convención.

60. El Gobierno refuta esta tesis.

61. La Corte constata que este alegato no es manifiestamente infundado en el sentido del artículo 35 § 3 de la Convención. Plantea que no incurre en ningún otro motivo de inadmisibilidad. Corresponde entonces declararlo admisible.

62. Sin embargo, respecto a las circunstancias del presente caso y del razonamiento que la condujo a constatar una violación del artículo 2 del Protocolo no 1 combinado con el artículo 9 de la Convención (parágrafo 58 supra), la Corte estima que no hay lugar a examinar el caso bajo examen desde el ángulo del artículo 14, tomado aisladamente o combinado con las disposiciones precitadas.

III. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN

63. Según los términos del artículo 41 de la Convención, « Si la Corte declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, la Corte concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

A. Daños

64. La demandante solicita el pago de una suma de al menos 10 000 EUR por el prejuicio moral.

65. El Gobierno estima que la constatación de violación sería suficiente. De manera subsidiaria, considera que la suma reclamada es excesiva e infundada y solicita que se le deniegue o se le haga una justa reducción.

66. Dado que el Gobierno no ha declarado estar dispuesto a revisar las disposiciones que rigen la presencia del crucifijo en las salas de clase, la Corte estima que a diferencia de lo que fue el caso en el asunto *Folgerø y otros* (sentencia precitada, § 109), la constatación de violación no bastaría en este caso. En consecuencia, estableciéndolo en justicia, ella acuerda 5 000 EUR a título de prejuicio moral.

B. Costos y costas

67. La demandante demanda 5 000 EUR por los costos y costas asumidos durante el proceso en Estrasburgo.

68. El Gobierno observa que la demandante no ha fundamentado su pretensión, y sugiere su denegatoria.

69. Según la jurisprudencia de la Corte, un demandante no puede obtener el reembolso de sus costos y costas sino en la medida que se haya establecido su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su monto. Al respecto, la demandante no ha producido ninguna pieza justificativa que apoye su demanda de reembolso. La Corte en consecuencia decide denegarla.

C. Intereses moratorios

70. La Corte juzga apropiado calcular el monto de los intereses moratorios sobre la tasa de interés del préstamo marginal del Banco central europeo aumentado en tres puntos porcentuales.

POR DICHOS FUNDAMENTOS, LA CORTE POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;

2. *Dice* que ha habido violación del artículo 2 del Protocole no 1 examinado conjuntamente con el artículo 9 de la Convención;

3. *Dice* que no hay lugar a examinar el alegato relativo al artículo 14 tomado por sí solo o combinado con el artículo 9 de la Convención y el artículo 2 del Protocolo no 1 ;

4. *Dice*

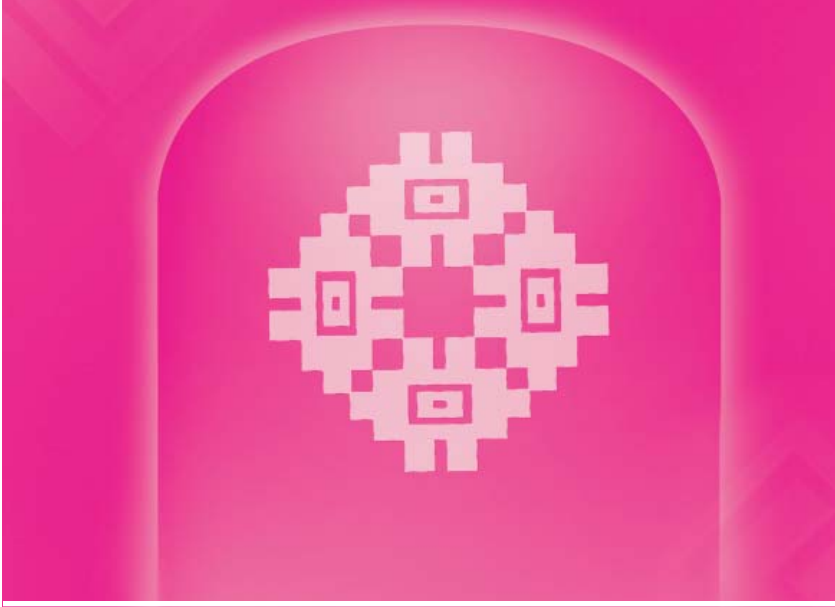
a) que el Estado defensor debe pagar a la demandante, dentro de los tres meses a contar desde el día en que la sentencia se convierta en definitiva conforme al artículo 44 § 2 de la Convención, 5 000 EUR (cinco mil euros), por daño moral, más toda suma que se deba pagar a título de impuesto;

b) que a contar desde la expiración del mencionado plazo y hasta el pago efectivo, este monto generará un interés simple a una tasa igual a aquella del préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante este periodo, aumentado en tres puntos porcentuales;

5. *Deniega* la demanda de satisfacción justa por lo demás.

Hecho en francés, luego comunicado por escrito el 3 de noviembre de 2009, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del reglamento.

Sally Dollé	Françoise Tulkens
Secretaria	Presidente



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Entrevista

- Entrevista a Juan Montero Aroca
- Entrevista a Michelle Taruffo
- Entrevista a Marcial Rubio Correa

Entrevista a Juan Montero Aroca

César Landa.- Si el desarrollo actual del Estado Constitucional para algunos ha dado lugar a una suerte de constitucionalización del orden jurídico, ¿cuál considera usted que es la relación que debe o debería existir entre la Constitución y el proceso?

Juan Montero Aroca.- Desde las primeras constituciones, siempre se han fijado las garantías procesales que al principio solamente eran penales. Por lo que, como es obvio, las constituciones del siglo XIX contenían las mismas garantías que en el proceso penal. Por otro lado, las garantías aplicadas en el proceso civil eran una maravilla. Por ejemplo, si se lee la Constitución española, en el artículo 24 –referido a la tutela procesal efectiva–, y en un caso concreto se aplica el párrafo segundo –concerniente al juez ordinario predeterminado por la ley–, puede surgir la discusión en torno a los alcances de estas garantías procesales. Mientras que las cortes constituyentes optarían por lograr definir claramente el párrafo segundo con todas las garantías a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley y todo lo que le sigue –derecho de defensa, de asistencia letrada, de ser informado sobre la acusación formulada, a presentar pruebas, entre otros–, alguien en el Parlamento diría que la tutela abarca sólo el ámbito penal, en tanto se habla de un contexto de acusación. En realidad, derechos como el de no declarar contra sí mismo es de aplicación general al proceso penal, civil y constitucional, conclusión a la que se llega por un simple examen lógico del primer párrafo.

Veo que este fenómeno de constitucionalización de una serie de garantías resulta realmente relevante. En el caso del principio de contradicción, por ejemplo, al constitucionalizarse, se dirige al legislador y limita su ámbito de decisión política, con lo que la ley puede ser inconstitucional en tanto contravenga este principio contenido en la Constitución. En cambio cuando se habla del derecho de defensa, ocurre que éste se orienta hacia el derecho de los individuos en el proceso, el cual tiene que ser respetado por todos. El juez no tiene que respetar directamente el principio de contradicción; es la ley la que debe regularlo de tal manera que éste se cumpla. Lo que puede vulnerar el juez son los derechos de las partes en el proceso. Una ley es inconstitucional si no regula el proceso siguiendo el principio de contradicción, con lo que genera que el juez vulnere un derecho fundamental y a la Constitución, en ese sentido. Es decir una ley también se podría declarar inconstitucional por vulnerar un derecho individual, o como en este caso, el principio de contradicción, que es un principio básico. Las constituciones hechas después de la segunda Guerra Mundial han sido siempre hechas contra el pasado y en el ámbito de todo proceso, lo que el pasado no ha respetado es lo que se asegura en la Constitución.

César Landa.- Si bien la Constitución establece estos principios procesales fundamentales, las garantías de la actuación judicial de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial ciertamente que ha configurado un modelo Estado democrático social y Derecho universalmente aceptado en sociedades que transitan de regímenes autoritarios a democráticos. En ese sentido, le preguntaría cuál es la vinculación que ha trabajado en torno a la ideología y el proceso civil, por cuanto estas transiciones

democráticas suponen un orden jurídico con ciertas garantías de libertad; sin embargo, un Estado democrático y social no está exento de ciertas responsabilidades ante terceros o frente a autoridades públicas.

Montero Aroca.- La ideología que se identifica en el proceso penal se hace evidente en las regulaciones hechas según cada época, hecho que no ha sido discutido por ser obvio. En cambio, se ha solido considerar al proceso civil como libre de toda ideología, por atribuírsele un carácter técnico a su regulación. Sin embargo, me he dedicado a demostrar en los últimos años que todo código, aun el procesal civil, responde a la concepción ideológica dominante al momento en que se dicta. Lo perjudicial es que las ideologías imperantes en gran parte del siglo veinte han sido las totalitarias, como la de Italia en los años cuarenta: su código procesal civil responde a una ideología, aunque esto se quiera negar.

César Landa.- A la ideología fascista

Montero Aroca.- Exacto. Sería absurdo asumir que el gobierno de entonces, de corte fascista, al estar consolidado en el poder vaya a dictar un código liberal y democrático. De mis observaciones, lo que pude identificar, y que resulta más grave, es que en países con regímenes no totalitarios, sino democráticos, se han plasmado en los códigos ideologías de las que apenas éramos conscientes de haber asumido. Suelo poner el ejemplo del principio de buena fe en el proceso. Es un presupuesto que las personas actúen de buena fe dentro de un proceso. Esta disposición no ha tenido que ser incluida en Las Partidas de España, porque resulta evidente que en la contienda que inician las partes en un proceso civil, lo que se busca es ganar por haber usado todas las armas legales –pues, de no serlas, como en el caso de presentar un testigo falso, se incurre en un delito–. Por eso, es obvia la idea de que las partes colaboran con el juez en el descubrimiento de la verdad, porque debe emitirse una sentencia que aplique el Derecho objetivo en el caso concreto. Considero que cuando se identifica la disposición que señala que debe actuarse en un proceso con buena fe, y luego se lee el resto del código, lo que en realidad se está diciendo es que se prohíbe actuar de mala fe. Prohibirle esto a alguien e imponerle que actúe con veracidad resulta totalitario, pues desde una ideología liberal, se le está impidiendo defenderse, ya que el actuar de mala fe tiene una razón, que es ser el medio para poder ganar.

César Landa.- Entonces, usted consideraría que el derecho a mentir es parte de la esfera de protección que otorga el Derecho.

Montero Aroca.- En materia penal, sin duda que sí.

César Landa.- Por el derecho a no inculparse, del que podría derivarse el derecho a mentir.

Montero Aroca.- El derecho a mentir en el proceso penal es un derecho consolidado, del que además no debería extraerse alguna consecuencia negativa para los

imputados que mienten, porque, al ser titulares de este derecho, su ejercicio no debería acarrear consecuencias negativas para su posición.

Otro es el supuesto si se miente para inculpar a otro. Esto puede ser incluso un delito de acusación falsa; teóricamente podría calificarse así. A lo que me refiero es que mentir significa actuar de mala fe, pero no le puedes pedir al abogado de una de las partes que en un escrito de demanda haga aseveraciones que perjudiquen a su patrocinado. Sólo en concepciones totalitarias se exige actuar sólo de una forma, aún en perjuicio de los intereses propios. Y normas de este género se están copiando en códigos de países democráticos.

César Landa.- ¿No será que la sociedad atraviesa, dentro de esta noción de ideología, por una crisis de valores? Tal vez, pese a ser una sociedad de regímenes dictatoriales, se está en la búsqueda de una suerte de ética de la conducta ciudadana como una ética judicial que incluso se incorpora a través de códigos ética. ¿Cuál es entonces el rol de la ética en la función jurisdiccional del magistrado como también de las partes?

Montero Aroca.- El tema consiste en que siempre se ha hablado, e incluso regulado en códigos, sobre la buena fe, pero en relación a las partes y no al legislador. El juez no puede imponer obligaciones éticas, pues su autoridad deriva de la dignidad del Estado proveniente del pueblo, al que debe respetarse su configuración plural. En ordenamientos fundamentalistas como el árabe, por ejemplo, se percibe el poder del juez, de quien se cree que tiene la mano de Dios en el hombro, por lo que se asume que sus pronunciamientos son la Justicia total: esa es una desviación totalitaria. Esto es realmente perjudicial, pues no podrían aceptar haberse equivocado, aun cuando actúen sin vincularse a la ley. Muchas veces el texto legal impide que el juez emita un fallo que considere óptimamente justo. Pero en esto radica un gran problema: si el juez decide de acuerdo a su concepción de justicia, lo que hace es dejar de observar la ley, y la reemplaza por lo que manda su propia voluntad.

César Landa.- En el libro de Hans Kelsen, titulado *Qué es la justicia*, el jurista austriaco termina diciendo que se da cuenta de que no puede decir qué es la justicia. Existen en realidad opiniones diversas sobre qué es la justicia y si bien eso es cierto, también ha sido objeto de debate si el relativismo de una noción de justicia tiene que contraponerse con una sola noción de justicia, que vendría a ser una concepción desde su punto de vista totalitaria.

Montero Aroca.- En realidad, puede haber opciones diferentes de justicia; cada uno puede tener la opinión que prefiera sobre la solución de un caso, pero el problema aparece cuando el Estado, democráticamente establecido por ley, impone una ética que estima como la más justa.

César Landa.- como una garantía.

Montero Aroca.- Eso es a lo que me refiero como lo verdaderamente justo. Lo que no debiera hacerse es pretender que lo que yo piense en mi condición de juez sustituya a lo que la sociedad democráticamente ha establecido como justo.

César Landa.- Recuerdo lo que en Derecho Constitucional siempre se repite cuando Hobbes decía que no era la verdad, sino la autoridad la que determina lo que es la ley *–non veritas sed auctoritas facit legem–*. Este es un pensamiento predemocrático, por lo que ahora debiera entenderse a la inversa, es decir, no es la autoridad, sino la verdad la que determina el contenido de la ley *–non aictoritas sed veritas facit legem–*.

Montero Aroca.- No lo considero así. En un sistema democrático, lo que la ley dice es lo que la sociedad mayoritariamente estima que debe decir. Luego, si la ley es inconstitucional es porque no se ha respetado el escalón superior del ordenamiento jurídico. La ley plasma lo que la sociedad entiende como lo que es justo. En realidad, la diferencia radica en hablar de *auctoritas* en vez de *potestas*, pues la primera se refiere al saber; mientras que la segunda, al poder. De esta forma, mientras que en el mero ejercicio de la potestad se podía actuar sin límites, en un Estado democrático, resultaría muy difícil dejar de aplicar una ley, reemplazándola por lo que personalmente se considere como justo.

César Landa.- Ya desde 1920, Lambert escribió un libro titulado *El gobierno de los jueces*, que es con el que se evidencia que el Estado ya no sólo se basa en la ley, sino en la Constitución, que muchas veces contiene principios que dan un amplio espectro de intereses y en donde será el juez constitucional, mas no el legislador, el intérprete último y auténtico. Dentro de su tesis, ¿cuáles son los desafíos que se presentan en este modelo de Estado de Derecho cuando se acerca a uno basado en la justicia, sabiendo que es la norma, antes que la persona, la que encarna la legitimidad democrática?

Montero Aroca.- El problema de la ley es otro. Estamos asistiendo a un fenómeno que se ve en todas partes, y es el de la descodificación. Esto quiere decir que el Derecho Civil en la actualidad no se encuentra únicamente en los viejos códigos, sino que está en infinidad de leyes, y la mayoría de ellas hacen referencia a casos concretos. Cuando el Código concentraba todo el Derecho Civil, era más sencillo elaborar leyes abstractas y generales, porque la realidad reconocida no era tan amplia ni diversa. Ahora, en cambio, si el legislador pretende hacer una ley con estas cualidades, ésta termina siendo tan amplia que finalmente dice muy pocas cosas, con lo que se abandona la solución de los casos en manos de miles de jueces con opiniones distintas que decidan los casos de acuerdo a sus propios conceptos de justicia. Esto genera como corolario el grave problema de la impredecibilidad de las resoluciones judiciales: un abogado puede decirle sinceramente a su cliente que dependiendo de qué juzgado vea el caso, podrá lograrse un fallo beneficioso o perjudicial; así también en la apelación, si le toca la sala *a* pueden declarar fundada la demanda, mientras que si la causas es vista por la sala *b*, puede desestimarse; por último, la Corte Suprema puede optar por cualquiera de las respuestas antes mencionadas. En estas circunstancias difíciles, el Tribunal Constitucional tiene mayor responsabilidad en mantener el principio de seguridad jurídica y establecer claramente los asuntos de su competencia. Es verdad que no es el intérprete del Código Civil, por ejemplo, pero es el supremo intérprete de la Constitución.

César Landa.- En ese sentido, tratándose del tema de la justicia constitucional en general, y particularmente en el Perú, la corta experiencia que tienen los tribunales

constitucionales en relación al poder judicial ha ido marcando cierta línea jurisprudencial sobre derechos fundamentales y garantías procesales la tutela judicial y debido proceso. En nuestro caso, se han ido construyendo institutos procesales con grados de autonomía en base a la norma o a la Constitución. Tal es el caso de los precedentes vinculantes, propios de una cultura anglosajona, pero no excluidos del sistema romano-germánico, en aras de garantizar esta unidad de la interpretación y en ese sentido, con una función nomofiláctica de depuración de interpretaciones contradictorias, para otorgar seguridad y certeza al ciudadano. ¿Cuál es la valoración que usted le otorgaría en un sistema romano-germánico a los precedentes vinculantes, sean éstos constitucionales o de la Corte Suprema?

Montero Aroca.- Considero que el precedente vinculantes no tiene sentido alguno en nuestro sistema. En cambio, sí creo en una doctrina jurisprudencial elaborada con cierto tiempo. Que un precedente obligue a todos los jueces no es propio de nuestra manera de entender el Derecho. Los altos tribunales establecen una doctrina sólida luego de muchos avances y retrocesos en su labor interpretativa y jurisdiccional; es sólo entonces cuando tienen una opinión consolidada que podría ser seguida por otros jueces. Sólo entonces, si un juez se aparta de la opinión consolidada del Tribunal, éste incurre en prevaricación. Lo cierto es que la interpretación de una jurídica avanza en función a lo que fijan los jueces de primera instancia, quienes abren caminos nuevos. En mi experiencia, he percibido que quien rompe las figuras pétreas es el juez de primera instancia, quien contribuye con algo que parece nuevo; luego es seguido sucesivamente por otros jueces, hasta llegar en último lugar a la Corte Suprema, quien acepta el aporte.

César Landa.- Y como usted pondera la crítica al diferenciar al presente vinculante de la doctrina jurisprudencial, ¿considera que ésta podría llegar a afectar la independencia del juez? Así también, desde la labor nomofiláctica, ¿esta doctrina jurisprudencial afectaría al legislador por contravenir el principio democrático de separación de poderes, pues fija una regla jurídica con carácter general?

Montero Aroca.- Como he desarrollado en dos libros míos, la independencia judicial no significa la inexistencia de límites al juez. Se es independiente para estar sometido al imperio del ordenamiento jurídico o del Derecho. Y es parte de él la doctrina consolidada conformada por sentencias que en cierto sentido se complementan. Yo no creo que el juez esté supliendo la función del legislador; lo que hace en realidad es concretizar el Derecho como una elaboración que se desprende de la propia norma. Por lo tanto, el juez no se ve limitado ilegítimamente por la doctrina consolidada en la jurisprudencia, porque ésta integra el ordenamiento jurídico. Esta doctrina, como he dicho anteriormente, no convierte a quien la fija en una especie de dios, pues nace de diversos pronunciamientos constantes que ayudan a complementar el ordenamiento jurídico, como lo dice el artículo primero del Código Civil en España. Yo considero que, más que solamente complementar el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia forma parte de él. El legislador no tiene cómo competir con el juez, quien concretiza la norma que puede cambiar el primero. Generalmente, cuando se desarrolla jurisprudencialmente una norma jurídica es porque el legislador ha estimado conveniente que la generalidad de ésta esté sujeta a interpretación del juez.

César Landa.- En el caso del Código Procesal Constitucional peruano, se distingue, como usted ha señalado, el precedente, la doctrina jurisprudencial y las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, así como de las sentencias que interpretan las disposiciones legales.

Montero Aroca.- Si conforme al ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, la consecuencia es que ésta sale del ordenamiento jurídico. En el caso de las sentencias interpretativas, se genera un quiebre, porque el Tribunal no quiere declarar la inconstitucionalidad.

César Landa.- Claro, por la presunción de constitucionalidad de las leyes. Y en relación a la tarea de la judicatura, que fluctúa entre los extremos de la autolimitación hiper formalista y el activismo sin límites, es muy importante buscar cualidades y condiciones en los jueces. Se ha dicho incluso que una mala persona no podría ser un buen juez. ¿Qué opinión le merece esto a usted?

Montero Aroca.- Lo que está en juego en la elección del juez es la existencia de un elemento fundamental y determinante que es la fidelidad al ordenamiento jurídico. El marco constitucional permite un desarrollo político variado, pues de lo contrario, de nada servirían los procesos electorales. Quien las gana, puede realizar un desarrollo constitucional y modificar las normas vigentes. Es entonces cuando se ve la fidelidad del juez al ordenamiento jurídico, pues no deberá buscar las formas para evitar hacer uso de la nueva ley. La lealtad además implica el estudio serio de la percepción ideológico-política detrás de una ley. En España, por ejemplo, la Ley de arrendamientos rústicos fijaba un determinado costo que antes servía al arrendatario, mientras que ahora, la situación no es tan neutral. En el sistema antiguo, el juez debía ser conciente de la finalidad política de la ley, la cual era la protección de los derechos del arrendatario. En el nuevo sistema, el juez no debe esperar a sentir la mano de Dios en su hombro para poder definir qué es la justicia, sino que tiene que ser conciente que sirve al ordenamiento jurídico. Algunos jueces creen que con la potestad de interpretar pueden hacer lo que quieren. Ese es el error del activista.

César Landa.- Y en esa actividad judicial, bajo los supuestos que señala, en febrero del año 2004, el Tribunal Constitución español fue condenado por la sala civil del Tribunal Supremo a pagar una multa por extralimitase e incurrir en una negligencia grave al momento de calificar un recurso de amparo. ¿Cuál es su posición al respecto? ¿Están jugando a ser dioses o es un derecho legítimo de las judicaturas el declarar en última instancia el derecho en un caso concreto?

Montero Aroca.- En el caso que menciona, el Tribunal Constitucional convoca a una especie de concurso para nombrar letrados para esta entidad. Se presenta un señor, quien al no ser escuchado, interpone una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional. Su demanda es desestimada, con una providencia de línea sin fundamentación alguna. Ya que la Corte Suprema tiene competencia para ver las causas en materia de responsabilidad civil, y considerando que los magistrados del Tribunal Constitucional

asumen este tipo de responsabilidad frente a daños que puedan causar con los fallos que emiten, este señor que interpuso el amparo desestimado demandó a los magistrados. A mi entender, la Corte Suprema resolvió el caso con cierto sentido de venganza, pues les impuso a los magistrados del Tribunal Constitucional, a excepción de uno que en ese entonces estaba enfermo, una sanción de 500 euros. Antes de este caso, el Tribunal Constitucional había asumido funciones que no le correspondían, haciendo interpretaciones maliciosas y rechazando varias sentencias de la sala civil de la Corte Suprema. Por eso, yo no soy partidario de un sistema en donde el Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial, porque es crear un monstruo de dos cabezas. Esto tiene una explicación política, pues el enfrentamiento se cierra débilmente con una respuesta como "no tenemos razón por ser inteligentes, sino por ser los últimos".

César Landa.- Como dijera el Juez Douglas, el Tribunal Constitucional no es última instancia por ser infalible, sino que es infalible por ser última instancia.

Montero Aroca.- Cuando existen dos instancias, de alguna manera pueden chocar en sus pronunciamientos.

César Landa.- Aunque Cappelletti diría que el origen de los tribunales se ha debido al frecuente fracaso del Poder Judicial por no pode asumir la responsabilidad de controlar la Ley frente a violaciones, habida cuenta que es a éste a quien tradicionalmente se le ha encomendado el garantizar el cumplimiento de la ley. Ese es el caso de las experiencias de Italia y Alemania. Usted dirá sobre España. En el Perú, particularmente, el Poder Judicial no ha estado a la altura de la responsabilidad democrática.

Montero Aroca.- En países del common law no hubiese sido posible remover a los jueces que conforman el poder judicial. Así también en España, hay una tradición de inamovilidad. Sin embargo, el problema de la intromisión de la política es que si no causa simpatía un tribunal supremo, creamos otro con un añadido, en donde el nombramiento no queda en manos del Consejo Federal del Poder Judicial, al cual esperamos controlar pero aún no se tiene certeza de poder hacerlo, mientras que a los magistrados del Tribunal Constitucional los elige las cámaras fundamentales el gobierno, el cuál sí lo controlamos nosotros, con lo que, para el poder político, resulta mucho más cómodo un tribunal constitucional separado, que un tribunal constitucional separado que uno integrado a la Corte.

César Landa.- Actualmente, hay un problema dilemático en el tribunal como el problema de Cataluña.

Montero Aroca.- En estos momentos, ya van tres años de espera en saber la constitucionalidad del estatuto de Cataluña. Algún punto puede que se declare inconstitucional, pero es seguro que se va a recurrir a la fórmula de *no es inconstitucional mientras se interprete de esta manera*.

César Landa.- ¿No es cierto que parece que un sistema democrático avanzado requiere de mecanismos de consenso jurídico no sólo a través de las cuotas parlamentarias, sino mediante las fuerzas jurídicas expresadas en los tribunales constitucionales de estas fuerzas democráticas?

Montero Aroca.- La existencia de garantías contra el poder y frente al poder tiene sentido precisamente en un Estado democrático, porque en un Estado dictatorial no puede pedir garantías; sería un absurdo.

César Landa.- Querían plantarle una última pregunta en relación con su quehacer y es la escuela de Derecho Procesal Civil que usted lidera en España. Hablar de escuelas de Derechos en un nuestro país resulta a veces una pretensión que no se consolida y no se alcanza en diferentes áreas, por eso, el interés de saber ¿cómo es que se ha ido construyendo una escuela de Derecho Procesal Civil en España?, ¿cuáles son los elementos, los agentes, los factores de desarrollo? Usted, en su perspectiva latinoamericana ¿ha encontrado una escuela de Derecho Procesal Civil en la región o nuestro medio?

Montero Aroca.- La escuela que lidero involucra al Derecho Procesal en general. Filosóficamente, es muy complejo conformarla, porque hace falta un líder, como es lógico y un líder es una persona que tiene principalmente una *autorictas*.

Además, si unes a esto con cierta vocación de formar gente para hacerla estudiar luego. Luego de esto, va formándose un grupo que se va consolidando, en donde cada integrante va teniendo su cátedra. Yo de la universidad salí a temprana edad y aún mantengo mi cátedra, tenemos juntos almuerzos, conversamos. Siempre hay un discípulo traidor, pero hasta Cristo lo tuvo. Lo importante es mantener una escuela basada pilares como, además en el pensamiento jurídico, el respeto.

César Landa.- Una palabra final que podría usted dejar, dada su experiencia como procesalista, magistrado y catedrático, a los jueces del Perú en general.

Montero Aroca.- La idea fundamental es que hay que cambiar muchas cosas, pero sobre todo hay que trasmitir a los jueces que no se puede estar al servicio del poder político, porque el juez es el garante último del derecho de las personas. Detrás de uno, a la hora de garantizar los derechos personas, no hay nadie. Por eso, hay que tener el orgullo de cumplir con la tutela de los derechos individuales de la persona y hay que terminar con la idea de que el juez tiene privilegios y que forma parte del poder político. Ese pensamiento debe erradicarse con la acción. En Argentina y Uruguay, hace unos cuantos años, los jueces llevaban en sus automóviles particulares una placa propia identificadora que pertenecían al Poder Judicial. Mientras no se acabe con esa idea, con esa sensación que la gente tiene, no seremos garantes nunca.

César Landa.- Profesor Montero Aroca, le agradezco las reflexiones y el tiempo compartidos. Esperamos tenerlo nuevamente en el Perú y también en *Justicia Constitucional*.

Entrevista a Michele Taruffo

Profesor e investigador en la Università degli Studi di Pavia

César Landa.- El desarrollo actual de nuestro Derecho Constitucional contemporáneo ha dado lugar a una suerte de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en donde la Constitución se ha convertido en norma jurídica vinculante, además de tener efectos y naturaleza política y cultural. En ese sentido, ¿cuál considera usted que es la relación que debe o debería entablarse entre la noción de Constitución y proceso.

Michele Taruffo.- Hay muchas conexiones. Naturalmente, la constitucionalización del ordenamiento jurídico considero que es un fenómeno general: ocurre en varios países de Europa en estas últimas décadas. Entre la Constitución y el proceso existe el tema de las garantías constitucionales del proceso, que han generado en la experiencia italiana y también alemana, la reinvención del proceso, particularmente del proceso penal, pero también esto ha ocurrido en el proceso civil. Por ello, se han fundamentado reformas muy importantes en función no sólo a la norma constitucional, sino también a la jurisprudencia de las cortes constitucionales. Por ejemplo, el Código de Procedimientos Penal italiano de 1988 se fundamentó en una jurisprudencia constitucional, pero fue también modificado para la Corte Constitucional en los años siguientes. Hubo así una experiencia de conexión y a veces de conflicto entre los códigos procesales y las normas constitucionales, con la Corte Constitucional al centro del conflicto. En el caso italiano, los códigos de enjuiciamientos civiles contenían pocas normas en conflicto con el principio de igualdad sustantiva de las partes. Por lo demás, fue bastante fácil de adecuar el proceso a la Constitución. Ésta es entonces la perspectiva más tradicional.

La otra perspectiva, que es más reciente e importante, es sobre la tarea del juez, porque ahora se reconoce, creo de forma evidente, que el destinatario de la norma constitucional no sólo es el legislador ordinario, sino también el juez. Por lo que el juez se volvió un picador directo de la Constitución, sea cuando haya una cuestión de legitimidad constitucional, porque en muchos sistemas como Italia es el juez que provoca la intervención de la Corte, y en ese sentido, el juez es el primero que controla la constitucionalidad de la ley; o porque se considera ahora normal que cuando el juez falla una regla o ley ordinaria para solucionar un caso, él se refiera directamente a la norma constitucional, entonces la Constitución ahora es un conjunto de estándares de interpretación de la ley ordinaria; cuando falte la ley ordinaria, es la Constitución que se aplica directamente. Finalmente, en particular sobre este segundo supuesto, el poder creativo e interpretativo del juez es muy amplio considerando la naturaleza de las disposiciones constitucionales. Si uno tomó en cuenta estos factores diferentes, se ve que la conexión entre la Constitución y el proceso es una conexión inmediata en que el juez aplica la Constitución.

César Landa.- Si bien, como ha señalado, hay una interrelación, quizás algunos hablan de una tendencia de la Constitución al proceso, otros del proceso de la Consti-

tución o una interdependencia entre ambos. ¿Cómo aprecia usted el debate en torno al llamado garantismo procesal y el activismo judicial?

Michele Taruffo.- Mi opinión es que en los términos más difundidos, el debate se plantea de manera equivocada, porque yo no creo que haya una verdadera contradicción entre el garantismo procesal y activismo judicial. Me tocó recientemente discutir este tema con el profesor Alvarado Velloso de Argentina. Yo creo que se ha planteado mal el problema, porque uno puede ser, como en mi caso, garantista y activista, porque el garantismo procesal significa estar a favor de una aplicación efectiva, completa y sin límites de las garantías procesales, el derecho de acción, el derecho de defensa, la independencia del juez, el derecho a la prueba y todo el conjunto de garantías constitucionales del proceso, lo que no impide el pensar que activismo de jueces es positivo. Considero que las garantías procesales se interpretan al día de hoy en términos de esta efectividad; por ejemplo, la garantía del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva implica que el proceso sea sencillo, rápido y eficiente. La experiencia histórica y el Derecho comparado muestran que si el juez no es activo, no se logra un proceso sencillo y eficaz.

Como ejemplos se pueden citar muchos: el del nuevo Código de Procedimientos Civiles en Grecia, introducido en 1999. Este nace en un sistema típico del proceso adversarial. El primer código procesal civil de la historia de Inglaterra atribuye al juez el poder de dirigir el tipo de procedimiento que tiene que aplicarse considerando el contenido y la naturaleza del caso. Es el juez quien decide cuál modelo procesal se aplica. Si el juez controla cada etapa del proceso, la consecuencia es que haya una mayor eficiencia y efectividad en su desarrollo. Por lo que el proceso implica el activismo del juez en el gobierno del proceso. Si son las partes las que gobiernan el proceso, es poco probable que el proceso sea célere, además que las garantías constitucionales no sean plenamente observadas. El proceso dirigido por las partes suele ser ineficiente porque siempre una de las partes no tendrá interés en llegar rápidamente a la decisión, porque sabe que la sentencia no le será favorable. Si esta parte bloquea el proceso por años y si el juez no tiene poderes de intervención, entonces no se respetarán las garantías constitucionales de protección judicial. Yo creo que la fundamentación de una decisión jurídica implica establecer la verdad de los hechos, aquí también la experiencia histórica comparatista dice que si las partes tienen el monopolio exclusivo de las pruebas, no se llega a lograr la verdad, y si esto no se lograr, la sentencia final puede no ser justa.

César Landa.- ¿Usted considera que llegar a la verdad de los hechos obliga a la persona acusada a guardar reserva, no hablar o también decir mentiras?, o por el contrario, ¿debe haber una colaboración con la justicia que genere incluso la autoincriminación?

Michele Taruffo.- Yo creo que el imputado tiene el derecho de no decir nada y también de mentir. Digo eso porque hay diferencias básicas entre el proceso penal y el proceso civil: en el proceso penal, dicen los teóricos, la búsqueda de la verdad no es la finalidad, sino que es importante controlar si la posición del fiscal es bien fundamentada y si la defensa del acusado se garantiza; pero eso no ocurre en el proceso civil, donde no hay la presunción de inocencia, donde no hay la diferencia estructural entre las partes, que son iguales, no hay una presunción sistemáticamente favorable del demandante o demandado: son contextos diferentes. Entonces, lo que se puede permitir en el proceso penal, en ocasiones, puede ser

disputado en el proceso civil, como por ejemplo en Alemania, las partes del proceso civil no tienen obligación de decir la verdad; pero también cuando hay una norma que indica que la parte tiene que decir la verdad, ésta se presenta como un principio, más que como una regla de aplicación práctica. Por lo que se puede decir, pero con diferencias, que también en el proceso civil las partes no tienen obligación de decir la verdad ni la tienen sus abogados. Es la tarea del juez descubrir la verdad; si la descubre, puede sancionar de alguna manera las mentiras, pero no siempre, porque la obligación de verdad de los abogados, por ejemplo, en realidad es la obligación de no decir conscientemente mentiras: es una obligación positiva de verdad. Por lo que se trata de identificar bien el contenido de la obligación.

César Landa.- En relación a la tesis que usted ha trabajado sobre las dimensiones del precedente judicial, ¿cuál es su opinión preliminar sobre el precedente cuando el legislador faculta al Tribunal Constitucional a que sus sentencias tengan efectos normativos y no solamente interpretativos como lo establecido en el artículo séptimo del título preliminar del Código Procesal Constitucional aquí en el Perú?

Michele Taruffo.- Hablar sobre los efectos normativos depende del tipo de sentencia, porque normalmente el efectos normativos lo tiene la sentencia que afirma la inconstitucionalidad de la ley, pues tiene un efecto de carácter abrogativo. Mas éste no sería un problema en torno al precedente, sino de vigencia de normas. La Corte Constitucional normalmente interpreta la norma para que no sea declarada inconstitucional. En este caso, hay una eficacia de precedente, porque los jueces dicen "la Corte Constitucional no dejó de lado la norma, pero la considera constitucionalmente legítima si se interpreta de esta manera". Puede ocurrir que un juez diga que no comparte la interpretación de la Corte Constitucional, porque considera que la verdadera interpretación es otra. En ese supuesto, manda otra vez el caso a la Corte. Si los argumentos no han sido considerados por la Corte, ésta admite el caso. Con este mecanismo, las sentencias interpretativas tienen una fuerza de precedente muy importante hasta el momento en el cual esa interpretación sea contestada y la Corte considere modificar sus criterios.

César Landa.- ¿Y en el caso en que se refieran, por ejemplo, a sentencias no referidas a la inconstitucionalidad de las leyes sino más bien a derechos y libertades? En el Perú, se tutelan a través de procesos de amparo y hábeas corpus y existe la posibilidad de que se pueda dictar sentencias que resuelvan el caso concreto y del cual se pueda tener una regla jurídica de carácter general con la que se resuelvan casos futuros.

Michele Taruffo.- Yo creo que, si como decía mi viejo amigo McCormick, el filosofo, cada decisión de un caso concreto es una decisión legítima y aceptada si el criterio jurídico de decisión es universalizable, lo que significa que se puede aplicar los mismos criterios a casos similares.

César Landa.- Dentro de las sentencias que son aplicables, ¿podría hacerse algún grado de diferenciación en su intensidad en torno a que unas son precedentes con una fuerza vinculante alta y otras como doctrina jurisprudencial con un grado de vinculatoriedad un poco menos fuerte? El profesor Aarnio y la escuela finlandesa ha planteado esta temática. ¿Usted comparte este punto de vista?

Michele Taruffo.- Esencialmente sí. Yo he trabajado con Aarnio y con otro grupo de filósofos, con los que publicamos hace algunos años un libro sobre la interpretación del precedente, que incluye el resultado de años de discusión con Aarnio, Peczenik y Alexy. Trabajamos sobre el precedente y uno de los resultados más importantes es que se habla de la fuerza de precedente entendiendo que hay grados diferentes. No se habla propiamente de diferencia entre efectos vinculantes y no vinculantes del precedente, porque también en los sistemas de *common law*, el precedente vinculante verdaderamente tiene fuerza mayor que el precedente o la jurisprudencia en otros sistemas, pero hay una escala de fuerzas. Por lo tanto, en la noción general del precedente pueden existir muchas diferencias: precedente fuerte o menos fuerte, más persuasivo o menos persuasivo. En los diferentes sistemas, hay grados de fuerza del precedente diferentes.

César Landa.- En el libro de Hans kelsen titulado *¿Qué es la justicia?*, el autor termina diciendo que no hay una noción sola de justicia, porque hay muchas verdades en función de personas y valores. Si bien esto es cierto en una democracia pluralista, también esta idea ha sido objeto de críticas por cuanto plantea un relativismo en torno a lo valores y a la noción de justicia que alberga un sistema democrático y constitucional, al punto que los jueces, que deben impartir justicia en función de la Constitución, sustentada en el Estado democrático, tolerarán concepciones de justicia contrarias a la propia democracia, contrarias a la propia noción de Constitución, lo cual se complica aún más si se tiene en cuenta que los jueces tienen que administra justicia en nombre del pueblo.

Michele Taruffo.- La noción abstracta de justicia es objeto de discusiones de más de 2000 años hay bibliotecas sobre que es la justicia distributiva, compensativa. Yo creo que en el problema concreto se toma una o más que una entre las quince diferentes nociones de lo que es justicia, pero se da desde un punto de vista concreto. Desde ese punto de vista, yo comparto las tesis de Ferrajoli en su último libro *Principia iuris*, en donde habla mucho de la teoría del Derecho, teoría de la democracia. Esto no es a favor de un relativismo absoluto al estilo de kelsen, con lo que no se llega nada, porque llega a concluir que cada uno tiene su propio criterio de justicia y con eso da fin al problema.

La teoría que comparto es que en el Estado democrático existe un conjunto de valores que tienen que ser respetados. En buena parte, estos valores son expresados en las constituciones de los estados democráticos. Digo *en buena parte*, porque si una Constitución democrática es una parte del sistema, además de los valores del Estado democrático, no todo está en el texto literal de la Constitución, pues en ella existe, como dice Tribe en un libro reciente *The invisible constitution,* temas que están más allá del texto literal de las normas. Ferrajoli habla que los derechos humanos son más fundamentales que la Constitución, pues puede ocurrir que una regla constitucional sea contraria a los derechos fundamentales. Hay constituciones ilegales o reglas ilegales, porque chocan contra el sistema, lo que no significa que hay que volver al pasado en una forma de iusnaturalismo, sino que simplemente significa tener en cuenta la ideología del status democrático constitucional y del Estado moderno, con todas las ambigüedades y las dudas que eso puede provocar; por ejemplo, en el libro de Ferrajoli, hay un cuadro muy analítico, muy estructurado de lo que son los derechos humanos más fundamentales, las libertades, las inmunidades, y nadie puede violar inclusive una Constitución, entonces hay ésta convergencia cuando el juez administra justicia, pues tiene que hace

referencia implícita o explícita al sistema de valores democráticos, porque administrar justicia en nombre del pueblo no significa la legitimación directa electiva del juez; él es el que unifica e interpreta los valores de la democracia al administrar justicia en nombre del pueblo, que es el titular básico del poder.

César Landa.- El tema quizás sea que a veces el juez interpreta lo valores del pueblo, pero lo valores no son unitarios. El juez busca consenso en los valores, dejando de lado las legítimas aspiraciones de Derecho de minorías.

Michele Taruffo.- Como dice Ferrajoli los derechos fundamentales son los derechos de los débiles. Son derechos de las minorías y no sólo de ellas. Soy bastante escéptico sobre las ideologías mayoritarias: en este momento vivo en un país donde la tendencia mayoritaria es en favor de Berlusconi, que tiene opiniones en donde subyace un desastre humano, cultural y político. En mi opinión, el juez no tiene que ser o corresponderse con la opinión mayoritaria. Hay muchos casos en los cuales la solución justa es minoritaria. En Italia, tenemos un caso de la autorización de un enfermo Terminal. Las opiniones mayoritaria y de la Iglesia estuvieron en contra del juez y luego de la Corte Suprema. En este caso, está en juego la libertad fundamental de decidir sobre su propia vida. En mi opinión, el juez aplicó una tendencia minoritaria, pero bien fundamentada, sobre la idea moderna de la libertad individual. Este es un ejemplo en donde la decisión provocó choques, pero es claro que la interpretación de la Iglesia, cuya opinión pesa mucho en Italia, y de la mayoría jugaron un papel importante. El juez es una persona normal, pero puede tener una idea moderna de lo que significa la libertad del individuo e inclusive la libertad de decidir sobre sí mismo.

César Landa.- Se ha planteado más de una vez que una mala persona puede ser un juez. ¿Qué condiciones debe reunir un buen juez a su juicio?

Michele Taruffo.- Yo creo que si por mala persona se entiende una persona que pueda ser corrompida, entonces no es un buen juez. El juez corrupto no es un juez por ser mala persona. Entiende uno que tiene una moral o ética distinta, diferentes a la de la mayoría. Entonces, ¿qué condiciones puede tener un buen juez? Un buen nivel de preparación profesional, tiene que ser un jurista, pero sobre todo tiene que ser independiente, no subordinar sus decisiones a las influencias de los poderes, mucho menos al poder político ni al económico, ni a los poderes ilegales o mediáticos. El juez no tiene que ser sólo institucionalmente independiente, sino también culturalmente; debe ser capaz de interpretar correctamente los valores, aún cuando le cuesta en el plano personal. La independencia es una virtud muy difícil; no la entendamos de una manera puramente formal, pues en sustancia significa tener coraje.

César Landa.- Pensaba en torno a los planteamientos del profesor Aarón Barak, Presidente del Tribunal Supremo de Israel, o en el expresidente de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, sobre el papel que desempeñan los jueces y el rol que cumplen los principios. Los jueces trabajan en torno a la interpretación de la Constitución y tienen a veces la última palabra. No sólo es el legislador el intérprete

auténtico de una ley, sino será el juez constitucional quien amortigua o aminorar alguna intromisión cuando interpreta la ley en función de la Constitución.

Michele Taruffo.- El problema central es determinar cuándo hay una intromisión ilegítima. En mi experiencia, en principio, decimos que es ilegítima la intromisión cuando el juez constitucional tiene una perspectiva diferente a la visión política del Ejecutivo o del Legislativo. Aunque es un conflicto entre poderes que puede ocurrir con frecuencia, es difícil determinar si prevalece la voluntad neutral del primero o la política de los últimos. No ocurre esto en la configuración de las cortes de tipo europeo, con control concentrado de constitucionalidad, donde hay un órgano que tiene la última palabra. El juez buscará la respuesta no sólo en el texto, sino en los valores que fundamentan la Constitución, mientras que el legislador ordinario depende de las variaciones de la mayoría política. Por tomar un ejemplo italiano, aunque Berlusconi tuvo el 60% de los votos, diariamente promueve la emisión de reglas que son claramente contrarias a la Constitución. La reciente reforma del proceso civil, aprobada a finales de junio, aborda varios puntos que, en mi opinión, son claramente contrarios a la Constitución. La conformación del parlamento no toma en cuenta que existe una Constitución con reglas y principios que hay que respetar. Lo que se espera es que la Corte declare ilegítima esta reforma y prevalezca el juez sobre el legislador irrespetuoso del orden constitucional.

César Landa.- ¿Cuánto de importancia debe dársele al Derecho comparado para que las Cortes o Tribunales Constitucionales puedan resolver mejor este conflicto con los legisladores?

Michele Taruffo.- Yo mismo me considero un comparatista, y como procesalista italiano considero que el Derecho comparado es muy importante en todos los ámbitos, bien en el proceso civil o penal. A nivel de las cortes supremas, cumple un rol muy importante. Hay estudios recientes de un amigo mío, Marchesini, quien ha publicado dos libros en los cuales se considera la circulación de los principios en la jurisprudencia de varias cortes supremas o constitucionales (en cortes como las de Francia, Italia, Alemania, Sudáfrica, Australia). La excepción es la Corte Suprema de los Estados Unidos, en donde sus jueces constantemente reafirman su autonomía, más aun bajo la influencia del juez Scalia, que es el máximo conservador de la Corte. Machesini critica de manera muy dura esta tendencia a no asimilar criterios vertidos en el Derecho comparado.

César Landa.- Estos principios, a su juicio, ¿son *obiter dicta* o *ratio decidendi*: fuente auxiliar o fuente vinculante?

Michele Taruffo.- Pueden ser ambos, dependiendo del caso. Cuando son *obiter dicta* la Corte aplica el Derecho interno de un sistema y hace referencia a una sentencia de otra Corte. La *ratio decidendi*, en cambio, tiene que ser en el contexto del propio sistema. Pero si un juez afirma que decide así porque, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional lo ha afirmado así o porque la Corte de Estrasburgo de los derechos humanos lo ha señalado de tal forma, en este caso sí es un *obiter dicta*, pero ostenta fuerza argumentativa remarcable.

César Landa.- Finalmente, usted nos podría dejar unas palabras finales, dada su experiencia como catedrático, jurista y comparatista, ¿Qué orientaciones daría a los alumnos, operadores del Derecho, abogados, jueces y fiscales?

Michele Taruffo.- Hay que seguir un método comparativo e interdisciplinario. Dándole estudio al método comparativo por razones obvias. Los comparatistas dicen que la manera más eficaz de conocer su sistema es al saber el punto de vista externo, que permite al investigador comprender muchas cosas que no se valorizan desde el punto de vista interno. En mi experiencia internacional en los Estados Unidos, en una conferencia, mencioné algunas observaciones críticas sobre el proceso norteamericano, en especial sobre la forma en que se emplean los peritos en los procesos. Los abogados norteamericanos no habían percibido el problema, pero aceptaron la existencia de inconvenientes en el sistema. En éste, sólo hay peritos de parte. Al respecto, mencioné que era difícil dar confianza a un dictamen pericial que es el fruto de la investigación no neutral. En los sistemas europeos, el perito es el perito del juez. Un buen jurista tiene que conocer de Historia, de Sociología empírica, no sólo la abstracta, y a veces tiene que conocer Lógica o Epistemológica. Sin esta perspectiva interdisciplinaria, el Derecho Procesal resulta una materia demasiado simple, formalista y que no entiende la realidad como quisiéramos.

Entrevista a Marcial Rubio Correa

Profesor de Derecho y Rector en la PUCP

César Landa (JC).- Muchas gracias Marcial por acceder a una entrevista para la revista *Justicia Constitucional*. Eres de los constitucionalistas que con seriedad se ha dedicado al estudio de esta nueva entidad que es el Tribunal Constitucional, y lo has hecho desde su ámbito de acción: la jurisprudencia. Tus últimas publicaciones están orientadas a evaluar este quehacer del Tribunal Constitucional. Por eso, la primera pregunta es precisamente sobre el rol del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico: ¿cómo valora la actividad del Tribunal Constitucional en los últimos años en el desarrollo y afirmación de un ordenamiento jurídico constitucional y democrático?

Marcial Rubio.- Considero que en esencia la actividad del Tribunal, durante tal vez los últimos diez u once años -con especial énfasis desde el año 2001-, ha sido el construir Estado Peruano. Me parece que en esencia eso es lo que lo define. Ha tratado de establecer reglas de Estado de Derecho y modelar la forma de actuación de los órganos del Estado frente a los derechos constitucionales de las personas. Ha hecho ambas cosas. No solamente ha sido un Tribunal que se ha preocupado de defender los derechos, sino también de decir cómo debe actuar el Estado en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Eso, por lo menos en el siglo veinte, no tiene parangón. En el siglo diecinueve existía el Consejo de Estado, del que no puedo afirmar categóricamente si cumplió o no su función, porque no lo he estudiado a profundidad, pero indudablemente el Tribunal Constitucional ha cumplido y ojala siga cumpliendo esa tarea: diseñar al Estado como un sitio en el que cohabitan los ciudadanos con derechos frente a un poder regulado.

César Landa (JC).- Precisamente en esa perspectiva histórica de formar Estado en un país con insuficiencia en la integración a nivel social de Estado, el quehacer de los jueces constitucionales se encuentra entre el Derecho y la Política, en contraste con la visión del juez tradicionalmente entendido como un ser neutro que pronuncia la palabra de la ley, se presenta ahora un modelo de juez que es creador del Derecho. Entonces, ¿cómo sería este rol del Tribunal Constitucional frente a ambas tensiones, más aún si la garantía de la independencia del juez es precisamente su subordinación a la norma?

Marcial Rubio.- Yo hice un libro sobre la Constitución Peruana de 1993 entre los años '95 y '97. Ahora he hecho un libro sobre los artículos 1, 2 y 3 con otros colegas. El primero no sirve para nada ahora (risas). No sirve para nada porque hay toda una doctrina del Tribunal hecha a lo largo precisamente de estos años. Entonces simplemente no se puede tomar del otro lado prácticamente nada.

El Tribunal ha rehecho el Derecho Constitucional. Lo ha rehecho, según dice su metodología, en un análisis dialéctico entre la norma abstracta y la realidad concreta. Y yo creo que en general, aunque siempre hay excepciones, ha sido un resultado altamente positivo, porque ha plasmado el Derecho Constitucional que está en la Constitución y

que como tal, se parece a otras muchas constituciones del mundo. Los grandes patrones pueden ser los mismos a otros, pero el Tribunal Constitucional los ha encarnado en un país concreto, que tiene problemas constitucionales reales, ignorancias constitucionales y ciudadanas muy grandes, frente a lo cual, este organismo ha logrado crear una conciencia de Constitución. Yo creo que eso se nota en la importancia que tiene su jurisprudencia, en el respeto que le tiene la gente y en la avalancha de demandas de todo tipo que ha habido a la jurisdicción constitucional. Por esto, el Tribunal Constitucional ha tenido que definir sobre qué demandas se puede pronunciar sobre el fondo y poner rompeolas, porque, de lo contrario, estaría resolviendo 50 mil demandas al año. Eso significa que ha tenido y se ha ganado el respeto, creando conciencia ciudadana.

César Landa (JC).- ¿Consideras que dicha situación está vinculada a que los magistrados hayan tenido no sólo una formación jurídica determinada, sino también convicciones sobre la configuración del Estado, respecto a las cuales algunos podrían calificar de políticas? Se ha dicho que algunos magistrados han tenido, o tienen alguna militancia, y por eso se ha cuestionado su independencia cuando han tenido que resolver algunas controversias constitucionales. Entonces, ¿de qué manera puede verse reflejada en el juez constitucional esta articulación con una nueva concepción de la jurisprudencia en términos de un quehacer jurídico y político?

Marcial Rubio.- Yo creo que la política es y sigue siendo el interés en la cosa pública, no es la política partidaria. Se distingue a quien tiene una actitud política de quien no la tiene porque el que no la tiene se preocupa de ser un buen padre de familia, un buen trabajador y nada más, y tal vez un buen vecino, pero el que tiene una actitud política se preocupa de construir un orden social. Eso lo puede hacer con una bandería política o sin una bandería política. El administrar justicia es una función política, por eso es un poder del Estado. Lo que pasa es que probablemente desde la historia concreta de la Revolución Francesa, nosotros en occidente, los que recibimos de Europa esta tradición, hemos perdido conciencia de que efectivamente el juez hace política en ese sentido. Construye la sociedad para pacificar, porque pacificar no es sólo una función de almas caritativas, es hacer política. Construir la paz es difícil, más difícil que hacer la guerra. Construir la paz es resolver como la sociedad quiere. Y yo creo que eso es la política jurisdiccional que tiene que haber. Ahí creo que se marca claramente la diferencia entre la labor del Tribunal Constitucional y la labor de los organismos del Poder Judicial. Que ha empezado a cambiar recientemente, pero no debe negarse que el Tribunal Constitucional ha construido un concepto de la Constitución. En la jurisprudencia de los tribunales ordinarios todavía no sabemos cómo definir líneas jurisprudenciales. Por lo tanto, esto marca la diferencia en lo predecible en la política jurisdiccional. Esa es la función de la política, dar certeza y pacificar.

Jorge León (JC).- Uno de los impedimentos que actualmente prevé la Ley Orgánica del TC es que quien aspira a ser magistrado del Tribunal Constitucional debe ser o debe tener una probada vocación democrática y esto en el Derecho Comparado tiene una referencia interesante. Por ejemplo, en Alemania se ha cuidado mucho de que quienes lleguen a ser magistrados del Tribunal no hayan llegado a tener una vinculación directa o indirecta con el régimen totalitario. ¿Qué tan importante es para usted que se exija

esta probada vocación democrática o que quien aspira a ser magistrado no haya estado vinculado con un régimen de facto?

Marcial Rubio.- Creo que es una exigencia fundamental, porque un Tribunal Constitucional tiene que desarrollar civismo. Claro que lo hace de una manera muy elaborada. Yo creo que el Derecho es más un arte que una ciencia, un arte con un cuerpo técnico muy bien armado, eso es claro y hay que saberlo. Pero más allá de eso, es a través del Derecho que se construye civismo, una manera de entender la sociedad y las relaciones sociales, y eso es muy distinto en la democracia que en el totalitarismo. En los sistemas totalitarios en general, como en la experiencia nazi en Alemania, probablemente la más terrible de la humanidad, el contexto hace que se tenga una forma determinada de resolver los conflictos sociales, muy distinta a quien tiene vocación democrática. La causa del comportamiento totalitario es que quien comparte esta visión piensa que tiene la razón. En cambio, la persona democrática tiene una razón, pero está dispuesta a construir una concertación de voluntades. Y es muy importante que en una sociedad democrática, un juez construya concertaciones y no imponga una manera sesgada de ver las cosas. Porque por más que un juez sea una persona técnicamente impecable, al final transfiere a sus sentencias sus convicciones. Y en el plano constitucional, las convicciones son trascendentales, porque la Constitución dice en dos líneas lo que después se tratará en miles de sentencias distintas. Entonces, es muy importante que el juez constitucional tenga una vocación democrática para que en su labor de política jurisdiccional haga concertación y logre agregar concertaciones precisamente dentro la sociedad sobre el Derecho Constitucional.

Jorge León (JC).- El actual proceso de elección de magistrados en nuestro sistema muchas veces ha sido criticado porque se estima que es demasiado político, en la medida que el mayor protagonismo de la elección lo tiene el parlamento, ¿cuál es su valoración general sobre nuestro sistema de elección de magistrados?

Marcial Rubio.- En realidad yo creo que ha tenido defectos tanto el sistema de elección por las cámaras del Congreso, la bicameral y el senado y ahora la cámara única, como en el Consejo Nacional de la Magistratura en el caso de los jueces ordinarios, donde también ha habido una serie de cuestionamientos. A mi me parece que no es un buen sistema que un grupo pequeño, como es el Consejo Nacional de la Magistratura o una cámara de conformación política como es el Congreso, nombre a los magistrados del Tribunal Constitucional, porque de esta manera estamos ante la concertación partidaria. Esto se ha visto nítidamente, sobre todo en los últimos períodos, cuando las bancadas buscan las concertaciones y no se condicen con la majestad del cargo.

Yo tengo un planteamiento al respecto que proviene de estudiar la República romana. Creo que Roma es un importante elemento de juicio: la consistencia de Roma durante mil años, y en especial los cerca de quinientos años de la República, se respalda en el senado romano, que es un Senado que era plutocrático y esa es su gran virtud. Pero el Senado romano a su manera construyó Roma, porque los magistrados eran los de la política diaria. A lo más duraban un año, algunas veces dos. No eran cinco años. Ellos hacían la vida diaria, mientras que la Roma de largo plazo estaba temperada por el Senado romano. Yo creo que con el sistema de separación de poderes y de construcción

de asambleas legislativas electivas, cuyo rumbo se inicia en la Revolución Gloriosa de Inglaterra, que pasan por muchos estadios hasta la Revolución Francesa, se pierde toda noción de un senado que dé la permanencia de la política.

Considero que deberíamos construir un órgano de ese tipo de cien o doscientas personas que no tuviera funciones de poder político, pero que sí tuviera funciones de ascendencia; por ejemplo, el nombrar a los jueces, nombrar a los magistrados. A mi me parecería interesante que controlara la ética de los parlamentarios, por ejemplo, que hoy día queda totalmente suelta. Este órgano podría estar integrado por ex presidentes de la República, de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional, ex rectores de universidades públicas, ex dirigentes sindicales, ex dirigentes de sectores empresariales, y en general, personas que hayan tenido una preocupación destacada por el quehacer público. Que sean de un reclutamiento no electoral con la finalidad de que no tengan una bandería política. Indiscutiblemente cada uno de ellos va a tener una convicción política. Se va a encontrar gente de muy diversos orígenes. Sería un aporte interesante de la República romana al siglo XXI, ahora que todos nos damos cuenta de que los órganos legislativos o el Consejo de la Magistratura no son la mejor opción para seleccionar a los jueces constitucionales.

Jorge León (JC).- Usted ha mencionado el tema de la ética. La doctrina recientemente se ha abocado a preguntarse si es que una mala persona puede ser un buen juez. En ese sentido, para usted ¿qué condiciones jurídicas y éticas debería reunir el juez constitucional?

Marcial Rubio.- Una mala persona va a ser un mal juez, un mal futbolista, un mal vendedor, un mal carretillero. El tema central es cómo se distinguen. Puede discutirse al respecto, pero en el 90% de los casos sabemos quien es bueno y quién es malo. Hay un 10% en el que uno puede discrepar, pero yo creo que un juez tiene que ser una buena persona. Como dice el poeta "bueno en el buen sentido de la palabra bueno". Una buena persona busca hacer las cosas bien. Esto no es lo mismo que decir que le salgan siempre bien, porque todos nos equivocamos. Pero lo importante no es no equivocarse, sino saber que cuando uno se equivoca, se corrige. Una mala persona nunca se corrige, persiste en el error, para luego justificarse. La humildad es importante en una persona. Entonces un juez que no es humilde, esto, no es un buen juez. Cómo va a ser un buen juez si va a persistir en su error.

Yo, por ejemplo, soy rector, y me doy cuenta que muchas veces cometo errores que tengo que corregir. Es muy fácil no corregir también. Con un cargo de estos, hay veces en que se ignora el error y no se reflexiona al respecto, lo cual no debe hacerse. El punto es que uno siempre ande cuestionando su conducta, vea que cosa hizo bien e hizo mal, tome decisiones difíciles en las que se pueda equivocar y donde hay que corregir se corrige.

César Landa (JC).- En este quehacer del juez, que no está exento de su relación con la sociedad, los medios de comunicación asumen un rol importante y, en una sociedad moderna, se configuran como un poder invisible. Por lo que la transparencia es fundamental, en aras de la observación crítica de las decisiones de un buen juez. Sin embargo, en ocasiones el juez es objeto de presión por determinados medios de comuni-

cación, dependiendo a veces de la línea editorial o política. Entonces, sobre esa relación que hay entre medios de comunicación y judicatura del Tribunal Constitucional, ¿cuán útil o necesaria es esta interdependencia que debe darse entre el juez constitucional y los medios de comunicación, sin caer en el extremo de tener jueces mediáticos o sometidos al temor de la prensa?

Marcial Rubio.- Habría que distinguir el ser del debe ser. El *ser* consiste en que la prensa tiene, en general, un interés mediático muy coyuntural, muy de espectáculo, de asombro. Entonces, esto no se condice con la maduración que sobre cada proceso debe tener un juez. El juez debe tratar de estar en el medio hasta donde es posible estar en los casos que resuelve, de lo contrario, resuelve parcializadamente.

En general, la tendencia contemporánea del periodismo globalmente considerado es tratar el día a día con mucho estremecimiento. Esto es contraproducente para el juez, quien debe tomar una cierta distancia de los medios de comunicación para poder mantener la calma necesaria. Desde luego que hay excepciones, hay medios de comunicación que tratan de hacerlo decentemente, pero estamos hablando globalmente.

Creo que los jueces, los tribunales deben tener una manera sencilla de comunicar las cosas a la ciudadanía, de tal manera que ésta entienda lo que quieren decir los jueces. Hay veces que nosotros los abogados decimos *si en la vista de la recurrida entonces, lo que se dijo fue una nulidad a fojas 60* para las personas es como si le dieran una fórmula matemática, y no la resuelve. Entonces, los abogados y los jueces tienen que hacer un esfuerzo por comunicar a través de los medios de comunicación. Claro, lo que deberíamos tener es unos medios de comunicación que sean unos medios maduros, favoreciendo la cultura, pero no todos lo hacen. Entonces, vivimos en un medio de presiones, y hay que tomar distancia de ello.

César Landa (JC).- Finalmente, en esa condición de constitucionalista y rector de la Universidad Católica, ¿cómo crees tú que se articula, la educación con el fortalecimiento de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho o en particular el desarrollo de la justicia constitucional de la que estamos hablando?

Marcial Rubio.- Desde la labor universitaria, específicamente, nosotros tenemos que enriquecer la enseñanza con el aterrizaje a la luz de casos concretos. Muchas veces los profesores dictamos de las nubes para arriba, entendemos la teoría, hay que tenerla, pero con eso no se pisa tierra en un país determinado, con unas coordenadas políticas determinadas. Me parece que nosotros los profesores, en el caso del Derecho concretamente, debemos aprovechar la jurisprudencia que existe a nivel constitucional, pues si bien expone puntos de profundidad, de forma global las sentencias son entendibles aun por la gente no vinculada al Derecho. Esto debe aprovecharse como elementos de realidad que enriquecen tremendamente el aprendizaje del Derecho.

Cuando yo estudié Derecho, lo hubiese podido hacer de igual forma en Chile, Buenos Aires o Alemania, porque lo que estudié fue lo que los libros decían sobre el Derecho. De cómo se vincula el Derecho en cada país, lo hice personalmente. La universidad debiera mostrar la vinculación de las normas con la realidad concreta, y tendría que decir también que el abogado, y todo agente que aplique el Derecho, no puede aplicar el Derecho en una nube, tiene que aplicarlo en relación con una realidad concreta en la

cual siempre hay transacciones. Yo creo que, por ejemplo, el detalle con el que el Tribunal Constitucional ha defendido los derechos de los pensionistas, o el detalle con el cual con una sentencia, todas las municipalidades de Lima y del Perú, hagan cola para publicar sus reglas sobre cobro de arbitrios. Eso es una forma de hacer Derecho en una realidad concreta, donde las municipalidades cometían abusos y donde los pensionistas eran "hojas al viento". Sobre estos temas, sólo tomados como ejemplo, las cosas que se han desarrollado tan en detalle para garantizar derechos fundamentales no se encuentran en Alemania u otros países. Esto es porque en este país son temas que evidencian grandes defectos en el sistema, abuso de poder y en general, desatención de los derechos de los que no tienen las fuerzas para protestar. Entonces, hay que enseñarle a la persona de Derecho que donde hay que poner el hierro caliente hay que ponerlo, y eso hay que enseñarlo también en la universidad. El hierro caliente es para bien no para mal.

César Landa (JC).- Marcial, muchas gracias por la entrevista. Tus respuestas y reflexiones serán de mucha utilidad para todos los lectores de *Justicia Constitucional*.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Documentos Constitucionales

- Proyecto de Ley sobre el procedimiento de elección de los jueces constitucionales

Propuesta de modificación del reglamento del congreso sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, para garantizar elecciones más transparentes*

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

El objetivo de esta propuesta es introducir un conjunto de modificaciones al actual Reglamento especial para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional del Congreso de la República, aprobado mediante Resolución del Congreso Constituyente Democrático Nº 031-95-CCD el 25 de abril del año 1995[1], con el objeto de precisar de mejor manera el perfil del magistrados de este alto tribunal, y de diseñar un procedimiento más transparente y abierto a la prensa y a la opinión pública, todo ello con la finalidad que se elija como magistrados del Tribunal Constitucional (en delante TC) a aquellos candidatos que realmente se ajusten a las exigencias de un cargo de tanta importancia.

Es imperativo aprobar estas modificaciones, toda vez que a fin del año en curso dos magistrados del TC acabaran su mandato. Nos referimos al ex presidente César Landa y el actual Presidente del TC Juan Vergara Gotelli. Como luego analizaremos con más detalle, las anteriores elecciones fueron muy cuestionadas por la prensa y la opinión pública. Estos hechos no pueden volver a ocurrir, es necesario incorporar los correctivos y en otros casos, llenar los vacíos y las lagunas del reglamento actual vigente, que data de la época del gobierno fujimorista, para que las próximas elecciones se realicen de forma transparente y democrática.

Magistrados del TC	Fue elegido	Acaba
César Landa Arroyo	16 de diciembre de 2004	16 de diciembre de 2009
Juan Vergara Gotelli	16 de diciembre de 2004	16 de diciembre de 2009
Carlos Mesia Ramírez	13 de julio de 2006	13 de julio de 2011
Ricardo Beaumont Callirgos	29 de junio de 2007	29 de junio de 2012
Fernando Calle Hayen	7 de septiembre de 2007	7 de septiembre de 2012

* Esta propuesta ha sido elaborada por Juan Carlos Ruiz Molleda y Luis Andrés Roel Alva del Proyecto de Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal, sobre la base de un primer borrador trabajado por el Piero Vásquez.

1 Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/eleccion4/normatividad/reglamento_eleccion.doc>

Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N. º 7, julio 2007 - junio 2008

Magistrados del TC	Fue elegido	Acaba
Gerardo Eto Cruz	7 de septiembre de 2007	7 de septiembre de 2012
Ernesto Álvarez Miranda	7 de septiembre de 2007	7 de septiembre de 2012

No se trata solo de un tema coyuntural, las elecciones de magistrados del TC constituyen un elemento central de la regulación del *Estatuto del Magistrado Constitucional*, aspecto sin lugar a la justicia constitucional en nuestro país[2].

2. Los hechos que no deben volver a repetirse: Una elección de espaldas a la opinión pública

Como ya dijimos, las elecciones pasadas de magistrados del TC realizadas en el año 2007 por el Congreso de la República y más en concreto por la Comisión Especial presidida por el congresista Aurelio Pastor, fueron muy cuestionadas, todo lo cual afecta y compromete la credibilidad y la confianza ciudadana de la población en el TC.

Cinco razones nos permiten calificar de tal manera este proceso de selección. Primero, las entrevistas de la comisión parlamentaria con los candidatos se realizaron sin la presencia de la prensa y de la opinión pública, y cuando se pidieron las grabaciones de las mismas éstas fueron entregadas casi al final del proceso. Segundo, nunca se publicaron los currículos de los postulantes, como sí lo hace por ejemplo, el CNM con los candidatos a magistrados supremos.

Tercero, nunca se definió con claridad el perfil del magistrado constitucional, requisito indispensable antes de iniciar el proceso. Cuarto, jamás se conocieron los puntajes de los aspirantes, teniendo el Pleno del Congreso que elegir a los magistrados del TC sin conocer estos puntajes. Quinto, como consecuencia de esta falta de transparencia, la

2 Una preocupación por este teme lo ha manifestado el magistrado del TC Fernando Calle, quien presentó un conjunto de propuestas en relación con el funcionamiento del máximo órgano de control constitucional: 1) ampliar el periodo de cinco años de los integrantes de ese organismo; 2) elegir a suplentes que reemplacen a los titulares en caso de cualquier imponderable; 3) establecer un sistema de ratificaciones de los magistrados; y, 4) evaluar una eventual reelección de los magistrados, bajo el mismo mecanismo de votación de dos tercios del Congreso. Los fundamentos de sus propuestas fueron varios, e iban por el lado de darle mayor "estabilidad institucional" y continuidad al trabajo del TC, en virtud de la importancia de sus resoluciones, que sientan jurisprudencia en la nación. En relación con el primer punto, argumenta este magistrado que el periodo de los miembros del TC peruano es muy corto. En España, por ejemplo, el periodo de los magistrados de ese organismo es de nueve años, y en Bolivia, de diez. Sostuvo Calle que el periodo actual de cinco años abona a una discontinuidad en el trabajo en el Tribunal y retrasa, debido a la demora en la elección de los magistrados, una gran cantidad de procesos. No obstante la importancia de estas propuestas y la necesidad de su discusión y debate con la comunidad jurídica, la evaluación de IDL es que ellas son insuficientes si de lo que se trata es de apuntalar la estabilidad institucional del TC. Ampliar el plazo de los magistrados, nombrar suplentes, establecer ratificaciones o admitir la reelección no serviría de nada si los magistrados del TC no reúnen las condiciones mínimas necesarias para la función. Las modificaciones planteadas por Calle nos parecen valiosas y hasta fundamentales, pero estimamos que no aseguran necesariamente un mejor TC.

opinión pública y la prensa nunca pudieron conocer quiénes eran los candidatos ni sus trayectorias, quiénes habían sido sus clientes, a quiénes defendieron como abogados, lo que, como es obvio, descartaba toda posibilidad de tacha.

Hagamos memoria. La comisión parlamentaria encargada de entrevistar a los candidatos al TC en el año 2007 decidió que las entrevistas serían reservadas, con lo que se impidió la presencia de la prensa y de la opinión pública. De este modo, se restringió primero, y se prohibió luego, la participación en ellas de IDL e instituciones similares[3]. Luego se anunció que se grabarían las entrevistas y se difundirían después, cosa que solo se cumplió al final, cuando ya no eran muy útiles. Se desconoció así de plano el derecho de la ciudadanía a conocer oportunamente las preguntas formuladas a los candidatos y sus respuestas, lo que habría ayudado a evaluar si hubo favoritismos, entrevistas "echadas" o manifiesta intención de "destruir" algunas candidaturas.

Asimismo, se demoró la publicación de la lista de los candidatos seleccionados por la comisión del Congreso. La opinión pública no pudo conocer con tiempo los criterios que se utilizaron para elegirlos, y si éstos se ajustaron al perfil exigido. Finalmente, a diferencia del CNM, que difundió en su oportunidad los currículos de los candidatos a vocales y fiscales supremos, la comisión especial del Congreso, presidida por Aurelio Pastor, guardó de manera insólita e inexplicable las hojas de vida de los candidatos al TC "bajo siete llaves", y hubo luego que batallar mucho para que fueran publicadas por la prensa escrita.

Al final ocurrió lo que tenía que ocurrir: la población y la prensa no conocían a los candidatos, su filiación política actual o pasada, si tenían o no deudas registradas en Infocorp (dato importante, pues un eventual estado de insolvencia podría poner en riesgo su independencia), a quiénes habían defendido como abogados, qué posición tomaron ante el golpe del 5 de abril de 1992, qué cargos públicos habían ocupado anteriormente, qué procesos judiciales tenían en su contra, cuánto conocían y manejaban la temática constitucional, etcétera.

No era ésta una opinión exclusiva de IDL: la compartía con la prensa. Por ejemplo, el editorial del diario *Perú.21* del 3 de mayo del 2007 sostuvo: "[…] la verdad es que no había que esperar tanto tiempo para darse cuenta de que la selección no se está realizando con la transparencia que demanda la conformación de una entidad tan importante como el TC".

Y claro: un proceso así, sin transparencia, de espaldas a la opinión pública, terminó en escándalo. Como bien recordamos, la elección se vio empañada por la renuncia de uno de los magistrados (Javier Ríos Castillo) luego de que se lo sorprendió, un día después de haber sido elegido, almorzando con personajes acusados, procesados y condenados por corrupción.

Y aunque no debe extrañar que cada partido político intente "colocar" en el TC a "su" candidato —cosa inevitable en aquellos sistemas en los que el Parlamento elige a los magistrados constitucionales, por la sencilla razón de que éste es un órgano fundamentalmente político—, el que ello se haga de manera poco transparente, de espaldas a la opinión pública, sí representa un problema, pues se crean las condiciones para la elección de personas poco idóneas para el ejercicio del cargo.

3 Véase "Elecciones de magistrados del TC: ¿Afecta su derecho a la intimidad el carácter público de las entrevistas?", publicado en el portal de Justicia Viva, disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/abril/19/elecciones_magistrados.htm>

Tan nefasta situación ha dejado sin embargo un elemento positivo: el creciente interés de la opinión pública en el TC. A diferencia de las de años anteriores, estas últimas ocuparon por días y hasta semanas los titulares de los principales diarios de la capital. ¿Por qué ahora el TC interesaba más a los partidos políticos? La respuesta es sencilla: el TC se ha convertido en un actor fundamental en la estructura del Estado; es el gran árbitro entre los poderes, puede derogar normas con rango de ley expedidas por el Legislativo y el Ejecutivo. Y esto se ha evidenciado no solo en las estadísticas, sino también en el aumento de la carga procesal. Una de las lecciones que nos dejó ese proceso fue que la intervención de la prensa no solo es importante porque nos permite estar informados de unas elecciones de tanta trascendencia para el país, sino también porque asegura y crea las condiciones para que solo los candidatos más capaces e idóneos lleguen a ocupar las plazas en concurso. En efecto, si tenemos en cuenta que estamos ante una elección de naturaleza esencialmente política antes que de méritos, la falta de transparencia es grave, pues genera y estimula las condiciones para que el interés de algunos partidos por "colocar a su gente" y "controlar" el máximo órgano de control de constitucionalidad prime sobre la exigencia constitucional y legal de elegir a las personas más idóneas y competentes para el cargo, requerimiento que se materializa a través del requisito de votación calificada de todas las fuerzas políticas (se necesitan 80 votos).

3.- Sobre la importancia de la función del TC en el Estado Constitucional de Derecho

La necesidad de los cambios a introducir en el reglamento de elección de magistrados del Tc es una consecuencia de un hecho objetivo y es la importancia de la función que las Cortes Constitucionales juegan en los Estados Constitucionales de Derecho. Por ello conviene detenernos un momento para revisar más en profundidad el encargo del constituyente a este alto tribunal.

El TC no es un fin en sí mismo, sino un órgano que tiene como función ser guardián de la Constitución. Un magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó con mucha claridad en relación con la esencia de la Constitución: "El auténtico propósito de una declaración constitucional de derechos (Bill of Rights) es sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, situarlas más allá del alcance de políticos y funcionarios, sancionarlas como principios legales que hay que aplicar por parte de los tribunales. El derecho a la vida, la libertad, la propiedad, a la libre expresión, la libertad de prensa, de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna votación"[4].

En palabras de Zagrebelsky, la Constitución es aquello sobre lo que no se vota, o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ha sido votado de una vez por todas, en su origen[5]. Quizá la principal función de la Constitución es fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados

4 Estas palabras fueron parte de la opinión del juez Robert Jackson, en el famoso caso del *compulsory flag salute*, resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1943. Ver Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 26 y 27.

5 Ídem, p. 27.

por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política, principios y reglas sobre los cuales no se vota[6].

Debemos comenzar por precisar que estamos ante un órgano constitucional autónomo y que, como tal recibe directamente de la Constitución su status y sus competencias, que no pueden ser modificadas por vía legislativa. Como señala García Pelayo, la configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógica institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos; por un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado, y, por otro lado, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también, y ante todo, de la idea del Estado proyectada por la Constitución[7].

Siguiendo a García Pelayo, el TC es un componente fundamental de la estructura constitucional, pues es el ente regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, y tiene como propósito dar plena existencia al Estado de Derecho y asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución[8]. Sin embargo, esto no es posible si no se entiende que el Estado de Derecho supone la máxima justiciabilidad posible de la administración[9]. La finalidad del TC consiste en: "[…] contribuir a que el dinamismo y la concurrencia de intereses, objetivos y valores inherentes a la vida política se mantenga dentro de los parámetros y límites constitucionales"[10].

Definitivamente, el Estado material de Derecho exige una instancia equipada con la potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a las normas, valores y principios constitucionales[11]. La inserción de la jurisdicción constitucional en la vida estatal asegura y perfecciona el Estado material de Derecho.

Como afirma Aragón, una de las cuestiones capitales del constitucionalismo es que este: "[…] es una técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderles violar"[12]; por ello se le conoce como la "técnica de la libertad". Según Fernández Segado: "[…] el Tribunal Constitucional es el garante último de la libertad, en cuanto garante supremo de la primacía de la Constitución, de la intangibilidad de la obra del poder constituyente, que es tanto como decir del orden material de valores en que aquella se asienta"[13].

En resumen, el TC es —siguiendo a García de Enterría— el "[…] verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y

6 Ídem, p. 29.

7 García Pelayo, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 1. Madrid, 1981, p. 13.

8 Ibídem.

9 Ídem, p. 17.

10 Ibídem.

11 Ibídem.

12 Aragón Reyes, Manuel. El significado actual de la Constitución. México D.F.: UNAM, 1998, p. 25.

13 Fernández Segado, Francisco: *El sistema constitucional español*. Madrid: Editorial Dykinson, 1992, pp. 113-114.

para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos"[14]. Asimismo, es también necesario que los diferentes actores políticos de nuestro país comprendan que: "[…] la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores"[15].

De nada sirve sostener la supremacía de la Constitución si se debilita y se limita la jurisdicción constitucional, si se le recortan facultades y atribuciones de actuación. Sobre este punto, un autor alemán citado por una sentencia del TC decía: "Dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes"[16]. Habría que preguntarnos qué concepto de Constitución tienen algunos parlamentarios cuando eligen como magistrados del TC a candidatos que no cumplen con los requisitos mínimos. No le falta razón a García de Enterría cuando advierte que: *"[…] una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone a esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene"*[17].

Esta concepción de la jurisdicción constitucional tiene mucha relación con nuestra idea de Constitución Política, en especial de la naturaleza vinculante de la norma suprema. La Constitución ha dejado de ser una norma de procedimiento que solo enuncia principios de valor declarativo o persuasivo, para convertirse en derecho aplicable que determina todo el ordenamiento jurídico[18].

Como señala García de Enterría, la Constitución es una norma jurídica que cuenta con un valor normativo inmediato y directo que vincula a todas las personas, así como a los poderes públicos.

Asimismo, hay que tener presente que la importancia y la centralidad del TC es consecuencia directa de la centralidad de la Constitución Política, de su condición de norma suprema. De alguna manera, el carácter de norma suprema impregna y se transmite al TC. García de Enterría sostiene que el TC es un órgano de esa "especie suprema" que son los que constituyen en realidad al Estado y salvaguardan su unidad y que, por tanto, participa como los demás de ese rango de las competencias de soberanía que la Constitución "les traslada directamente"[19].

El TC es el único órgano constitucional al que parece trasladarse la superioridad de la Constitución misma[20]. Recapitulando, debemos decir entonces que el TC es el supremo y definitivo intérprete de la Constitución, y que su función principal consiste

14 García Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 199.

15 García Pelayo. Op. cit., 1981, p. 17.

16 Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 5854-2005-PA

17 García Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª edición. Madrid: Civitas, 1985, p. 186.

18 Ídem, p. 63.

19 Ídem, p. 198.

20 Ibídem.

en velar por la supremacía de la Constitución Política y la vigencia de los derechos fundamentales, de conformidad con los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución y en consonancia con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, hay que agregar que este es el criterio sentado por el TC en una sólida jurisprudencia[21], cuando establece que este: "[…] en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal".

Esta función de control del poder es fundamental en el actual momento, caracterizado por el cada vez mayor peso de los poderes fácticos (militares, grandes empresas, medios de comunicación, empresarios, grandes estudios de abogados, etc.) muchas veces en detrimento de los poderes constitucionales, todo lo cual vacía de contenido la clásica división del poder. En dicho marco, la función del TC debe orientarse en el marco de sus competencias constitucionales, al control de los "reales operadores del poder", que se extiende a los poderes privados que actúan en el ámbito público corporativamente, la mayoría de las veces camufladamente en los espacios públicos constitucionales, sin control de los entes estatales públicos constitucionales, sin control de los entes estatales ni de la opinión pública y, en consecuencia, sin responsabilidad alguna por las decisiones que impulsan[22].

Por todo ello, estamos convencidos que un proceso de elección realizado de forma poco transparente y sin respetarse el perfil del magistrado debilita al TC en su rol de control de la constitucionalidad y afecta su funcionalidad. Lo que está en juego es nada menos que la vigencia de la Constitución. No olvidemos que el rol que el constituyente le ha confiado es el de guardián de la Constitución[23]. Por ello, es necesario que la normativa que se encargue de describir y detallar el proceso mismo, deba ser una de acuerdo a la categoría del cargo que se asumirá[24].

4.- El modelo y la naturaleza de la elección de magistrados del TC en el Perú

De conformidad con el artículo 201 de la Constitución, los miembros del TC son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. El objetivo de establecer una votación calificada (80 votos sobre 120 congresistas), es obligar al Congreso a realizar un diálogo, una negociación y una concertación entre todas las fuerzas, y al mismo tiempo, establecer un mecanismo de control de las minorías a fin de evitar que la mayoría pueda excederse[25].

La experiencia peruana reciente enseña que el problema con estas elecciones es que las fuerzas políticas representadas en el Congreso tienden a repartirse las plazas

21 Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 2409-2002-AA.

22 Landa, César, Estudios de Derecho Procesal Constitucional. México: Editorial Porrúa, p. 108.

23 Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 5854-2005-PA.

24 Lapuente Arago, Rosa. "El estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional". En: *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política, Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández – Carvajal*. Vol. I. Murcia: Universidad de Murcia, 1997.

25 Landa, César. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p. 93.

en cuotas. Así, se establecerá un pacto tácito entre todas las agrupaciones de mutua aceptación de los candidatos de las otras agrupaciones, siempre que los demás elijan al candidato de la propia agrupación. Esto es inevitable y es consecuencia de la naturaleza política del Congreso, el cual es un órgano esencialmente político, titular de la representación nacional. Es un órgano donde todas las principales corrientes de opinión y de pensamiento político están o deben estar representadas. Históricamente esta ha sido su función, ser una herramienta de representación del conjunto de la población.

El hecho que sea el Congreso quien elija a los magistrados del TC tiene su razón de ser. Se trata del órgano con mayor legitimidad democrática. La confianza ciudadana es depositada en los magistrados constitucionales, como mandatarios de la voluntad general, aunque sea de manera indirecta mediante el voto del Congreso[26].

Nadie pretende negar la naturaleza política de esta elección. Como ha señalado Eguiguren, el hecho de que la elección esté a cargo del Congreso, y el que para alcanzar la alta votación exigida suela requerirse acuerdos entre las fuerzas parlamentarias, hace inevitable que la designación de magistrados tenga una dimensión política[27]. El problema se presenta cuando esos candidatos propuestos por las diferentes bancadas como resultado del "cuoteo" político no dan la talla; es decir, no reúnen los requisitos para ocupar tan alta magistratura, y solo y exclusivamente responden a una lógica de control y sometimiento político del TC al Gobierno de turno. En otras palabras, es imposible evitar el reparto de cargos entre los principales grupos políticos, pues cada uno escoge a "su candidato" y todos se apoyan recíprocamente para alcanzar la votación requerida. Sin embargo, lo que sí podemos hacer es evitar, a través de la transparencia y de la vigilancia de la opinión pública, que personas que no reúnen los requisitos mínimos lleguen al TC.

Es inevitable la negociación entre los partidos políticos que más representación posean en el Congreso, este fenómeno conocido en la doctrina como la "lotizzazione" o reparto de botín[28], puede ser neutralizada si existe una mirada atenta y vigilante de la opinión pública, solo los menos competentes e idóneos y los más obsecuentes con el poder político serán nombrados.

No en vano en Estado Unidos se hablaba de la "obligada ingratitud", según la cual el juez de la Suprema Corte demostraba su independencia dando una opinión distinta a la esperada por el Presidente que le había nombrado[29]. Para Zagrebelsky, "cada juez debe expresarse y debe hacerlo en cuanto juez del Tribunal Constitucional, no como juez designado o nombrado por éste o por aquel. Las opiniones que se manifiestan en la sala de deliberaciones nunca son las opiniones del Parlamento, del Presidente de la República, de las magistraturas superiores, a través de los jueces por ellos designados o nombrados"[30].

26 Landa, César. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p. 104.

27 Diario Perú 21, 26 de abril del 2007.

28 Rubio Llorente, Francisco. "El Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 71. Madrid: CEPC, 2004.

29 Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 51.

30 Ídem, p. 50.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que en el proceso de selección y elección de los magistrados, el TC se juega no solo su independencia sino la legitimidad de los nuevos magistrados lo cual redunda en la legitimidad del propio TC. En efecto, no basta con definir un perfil de magistrado acorde con la importancia función que este cumple, para asegurar que los que sean elegidos como magistrados desempeñen su rol de manera integra, sino que el mismo proceso debe generar en la sociedad la confianza y la legitimidad indispensable para el ejercicio de su función.

Es necesario pues compaginar la legitimidad democrática del Congreso por un lado, y de otro lado, neutralizar la tentación del Congreso de elegir a candidatos que una vez elegidos sientan que le deben el cargo a la agrupación que los eligió, todo ello con el objetivo que los magistrados elegidos cuenten con la independencia e imparcialidad necesarias e indispensables para desempeñar el cargo. De lo contrario, los magistrados recién elegidos, antes que controlar al poder político, terminaran cediendo ante ellos.

No en todos los países donde existe una Corte Constitucional se elige de la misma manera a los magistrados de ésta. Dos modelos interesantes a revisar son el colombiano y el español. Se trata de dos cortes constitucionales destacadas con una sólida jurisprudencia constitucional y con magistrados de gran calidad jurídica en términos generales.

El artículo 239 de la Constitución colombiana establece un sistema que podríamos denominar mixto de elección, los nueve magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

De otro lado, el artículo 159 de la Constitución española dispone la participación de los tres poderes del Estado en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, dando preponderancia al poder legislativo. Los 12 Magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por el Rey a propuesta de los siguientes órganos: 4 a propuesta del Congreso de los Diputados, 4 a propuesta del Senado, 2 a propuesta del Gobierno, y 2 a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. En el caso español, podría pensarse que la composición del TC deriva sólo y exclusivamente de la mayoría parlamentaria, sin embargo ello no es así, porque los 8 magistrados propuestos por las Cortes han de serlo con una amplia mayoría cualificada de 3/5 de los miembros de la respectiva Cámara.

Adviértase en todos estos modelos de elección, la importante función que cumple el Congreso. En el caso del Perú es el único que elige, en el caso de Colombia tiene la última palabra, aún cuando solo lo puede hacer a partir la propuesta de los otros poderes. En el caso del España, es un sistema, donde si bien no tiene la última palabra, si elige a 4 de los 12 magistrados. Queda claro el papel preponderante de la representación nacional en razón de la legitimidad democrática con la que cuenta.

Luego de presenciar varias elecciones de magistrados del TC por el Congreso en nuestro país[31], nos inclinamos por aquellos modelos en los que son varios los poderes del estado y órganos constitucionales que designan. Ello puede evitar este reparto o cuoteo de plazas dentro del Congreso. Ciertamente, este modelo solo funciona bien si los órganos

31 Un análisis interesante puede ser encontrado en Landa, César. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, pp. 79-94.

que eligen son realmente autónomos y están dirigidos por personas ajenas al gobierno de turno, de lo contrario, caeríamos en aquello que estamos cuestionando. Dependerá del diseño constitucional de peses y contrapesos entre los diferentes poderes. En todo caso, el cambio de modelo solo será posible a través de una reforma constitucional.

5.- La publicidad y la transparencia como mecanismos para asegurar la idoneidad, independencia y legitimidad de los nuevos magistrados

Es imposible anular el componente político en la elección de los magistrados del TC por el Congreso, pues este está a cargo de un órgano político. También hemos visto que este siempre tendrá un papel preponderante aunque con matices. Sin embargo, consideramos que si este proceso se realiza en forma transparente y bajo la mirada atenta de la prensa, la comunidad jurídica y la opinión pública en general, disminuyen las posibilidades que gente que no reúne el perfil y los requisitos mínimos sea elegida por el Congreso. Esa es precisamente la idea que sustenta este proyecto de ley. El proceso de elección de magistrados del TC debe de realizarse de forma transparente con plena participación de la prensa y la opinión pública, en consonancia con los principios constitucionales de transparencia y de publicidad.

Para Norberto Bobbio, el principio de publicidad es uno de los caracteres más relevantes del Estado democrático, por lo que el mismo Estado debe de otorgar todas facilidades para que el público acceda a la información de los actos realizados por quien detenta el poder, logrando un control por parte de la sociedad[32]. El Estado debe de brindar toda la información a los medios de comunicación para que estos trasladen la misma a la sociedad, para que sea esta quien juzgue y controle a los gobernantes, cumpliendo así, uno de los requisitos esenciales del sistema democrático representativo[33].

Una tendencia del poder político en la actualidad es su predisposición a ocultarse y a alejarse de la opinión pública, a evitar cualquier fiscalización y control por parte de la opinión pública. Para Norberto Bobbio el *poder invisible*, es uno de los principales males dentro del seno del estado democrático contemporáneo[34]. En tal sentido, es indudable que el principio de publicidad es uno de los caracteres más relevantes del Estado democrático, que es precisamente el Estado en el cual deberían disponerse todos los medios para hacer, efectivamente, que las acciones de quien detenta el poder sean controladas por el público, que sean en una palabra "visibles". Más aun, si entendemos que el Estado Democrático es el Estado donde la opinión pública debería tener un peso decisivo para la formación y el control de las decisiones políticas. Ello hace a Bobbio señalar que el político democrático es uno que habla en público y al público y, por tanto, debe ser visible en cada instante[35].

32 Bobbio, Norberto y otros. *Crisis de la democracia y la lección de los clásicos*. Ariel: Barcelona, p. 20.

33 Chamorro, Carlos. "El sistema político y el rol de la prensa en la futura situación de la región". En: *seminario Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*. San José: IIDH, 29 de abril de 1993, pp. 129-131.

34 Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Breviarios: FCE, p. 34.

35 Bobbio, Norberto y otros. Crisis de la democracia y la elección de los clásicos. Editorial Ariel: Barcelona, p. 20.

En relación con la elección de los magistrados del TC por el Congreso, el principio de publicidad exige que se brinde información a la opinión pública y a la prensa en forma permanente, sobre el proceso y sus etapas, así como sobre el desenvolvimiento de los candidatos en cada una de estas. Esta exigencia es aún más importante si tenemos en cuenta que en toda elección de magistrados de las cortes constitucionales a cargo del Congreso, existe una tendencia a repartir los cargos ente las fuerzas políticas, de tal manera que cada agrupación partidaria pueda colocar a un magistrado en la medida que las otras agrupaciones lo hagan.

Por todo ello, los principios de publicidad y transparencia deberán de servir como guía para que la Comisión Seleccionadora del Congreso establezca reglas, etapas y procedimientos claros, además, de actuar de manera absolutamente transparente e imparcial, y de buscar e identificar a los candidatos más capaces y competentes, con una probada y pública trayectoria democrática, y que estén en condiciones de asegurar a la representación nacional, independencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo. Efectivamente esta legitimidad en su origen será fundamental a la hora que el TC tenga que tomar decisiones importantes en los procesos constitucionales. La fuerza del TC es su credibilidad y ella se puede socavar si la población percibe que los nuevos magistrados no reúnen las condiciones para ocurra este cargo.

En tal sentido, los medios de comunicación, es decir, la televisión, la radio y la prensa escrita, constituyen hoy día elementos indispensables para el funcionamiento democrático del Estado. Los medios de comunicación se han constituido en el principal vehículo para que se verifique la publicidad y la transparencia, no sólo de los hechos sociales sino de la actuación del Estado. La prensa constituye un gran informador en el contexto de las grandes sociedades contemporáneas y el gran intermediador entre el Estado y la sociedad civil.

Efectivamente, la relación entre difusión de la información, conocimiento social de los hechos y control del poder es hoy día uno de los elementos decisivos del sistema democrático. El poder de la información, sobre todo el de carácter masivo, tiene dos manifestaciones: una particular y otra social. La *manifestación particular* del poder radica en el hecho de que, entre más información tenga un individuo, tendrá más posibilidades de elegir bien y de orientar adecuadamente sus acciones, especialmente a la hora de efectuarse los comicios electorales. La *expresión social* del poder informativo está en la difusión que adquiere la palabra impresa o trasmitida a las masas[36].

El acceso de los receptores a los productos del medio requiere de un amplio e irrestricto repertorio de mensajes para la selección libre por parte del lector. Por ello es que los monopolios de la información uniforman los mensajes y bloquean esa libertad. Dentro del esquema de la democracia representativa, las funciones contraloras de la sociedad resultarían imposibles sin la existencia de un intermediario que posibilite la información sobre los hechos determinantes para el ejercicio del poder. Este intermediario –la prensa– se ha ido haciendo más importante e imprescindible, conforme la sociedad contemporánea es más compleja y los componentes del poder dependen, cada día más, de un intrincado y casi invisible sistema de relaciones económicas, tecnológicas y de ámbitos en la toma de decisiones[37].

36 Fernández, María Stella. *El Periodista frente a los Poderes Públicos como Fiscal*. San José, 1987, p. 91.

37 Ordóñez, Jaime. "Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político. Una aproximación teórica". En *Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 31.

La necesidad de incorporar la publicidad y la transparencia en el proceso de elecciones de magistrados del TC como mecanismos para asegurar la idoneidad, independencia y legitimidad de los nuevos magistrados, tiene su expresión y alcanza cobertura constitucional (artículo 2 inciso 4), a través del derecho de acceso a la información y a través de los principios de transparencia y publicidad. Resulta en consecuencia indispensable cautelar el derecho a la información de los peruanos al momento de realizarse la elección de los magistrados del TC, de conformidad con el artículo 2 inciso 4 de la Constitución.

En relación con su contenido es preciso distinguir dos ámbitos o componentes: El principal componente de su ejercicio es el ámbito positivo-activo, léase la posibilidad de difundir las noticias. Sin embargo, no es el único, también se ha reconocido la existencia de un ámbito negativo-pasivo, relacionado con la capacidad de las personas de recibir informaciones (como puede ser leer un periódico o ver televisión). Esta ultima, se refiere a la capacidad de la persona de poder acceder a la información que la considere necesaria en tanto es parte básica de su desarrollo personal y de su calidad de ciudadano[38].

En otra oportunidad, el TC se ha referido a las dos dimensiones a la libertad de información. Así, por un lado ha hecho referencia al derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información, y en segundo lugar, ha hecho referencia a la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente[39]. En relación con los titulares de la libertad de información, estos serían todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación[40].

Ciertamente no cualquier información tiene cobertura constitucional en el ejercicio de la libertad de información. Esta está condicionada a que la información sea veraz. Como señala el TC, este es el elemento constitutivo del derecho a la información y lo que le da sentido, la veracidad de lo que se manifiesta. Ciertamente el ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho.

6.- Necesidad de sistematizar la regulación normativa sobre la elección de magistrados del TC

La normativa que regula la elección de los magistrados al TC es dispersa y hasta caótica, razón por la cual urge hacer un esfuerzo por sistematizar y ordenar la misma a efectos de garantizar la seguridad jurídica[41]. El marco normativo de la elección de los

38 Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 3619-2005-HD, f.j. 10.

39 Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 0905-2001-AA, f.j. 11.

40 Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 0905-2001-AA, f.j. 9.

41 A nivel de antecedentes tenemos en primer lugar el proyecto de ley que no tuvo la misma fortuna fue el Nº 11030/2004-CR presentado por el Congresista Yonhy Lescano Ancieta, este proponía otorgar la función de nombrar a los magistrados del TC al

magistrados del TC es el siguiente: A nivel constitucional tenemos el artículo 201, esta norma hace una remisión al artículo 147 de la Constitución Política, pues establece que los requisitos para ser magistrado del TC será los mismos que para ser magistrado de la Corte Suprema.

A nivel legislativo tenemos, de manera tácita el artículo 147 el nos remite al artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma esta última que establece los requisitos para ser magistrado del Poder Judicial. Serán los artículos 8, 10 y 11 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Nº 28301), los que expliquen con cierto detalle la elección de los magistrados del TC. El artículo 8 desarrolla el procedimiento de elección, el artículo 10 hace referencia a los requisitos para ser magistrado del TC, y el artículo 12 a los impedimentos y en general a las personas inhabilitadas para ocupar dicho cargo.

A su vez debemos de tener en cuenta que los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han sido modificados. Nos referimos a la Ley Nº 28764 que modificó el artículo 8º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al Artículo Único de la Ley Nº 28943 que modifica el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La ley 28943 establece que antes de los seis meses, previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el presidente del Tribunal Constitucional deberá dirigirse al presidente del Congreso de la República para solicitarle el inicio del procedimiento de elección de nuevos magistrados, quienes continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión las personas que los sucederán en el cargo. Recordemos que el anterior artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder establecía que antes de tres meses se debería de avisar al Congreso para que inicie el procedimiento. Ahora, con la modificación, se debe avisar con 6 meses. Por otro lado, la modificatoria introducida por la ley Nº 28764, estableció que el Congreso procede a la elección mediante "votación pública y ordinaria", a diferencia del anterior texto que establecía que el proceso se realiza mediante votación por cédulas.

A nivel de normas reglamentarias, tenemos el artículo 15 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 95-2004-P/TC) el cual establece y reitera los requisitos para ser magistrados del TC. Luego tenemos, los artículos 6, 64 y 93 del Reglamento del Congreso de la República, los cuales hacen referencia general al tema de los magistrados del TC.

Finalmente, tenemos el Reglamento especial para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, el cual fue aprobado mediante la Resolución del Congreso Constituyente Democrático Nº 031-95-CCD, el 25 de abril del año 1995. Es una nor-

Consejo Nacional de la Magistratura, para lo cual proponía la reforma de los artículos 150 y 201 de la Constitución, 21 y 22 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y 7 y 9 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tenemos también el proyecto Nº 1434/2006-CR presentado por el Congresista José Carlos Carrasco Távara y respaldado por la bancada aprista, el cual proponía la modificación del artículo 201 de la Constitución, a efectos que los miembros del TC sean elegidos por el Congreso "de las ternas propuestas por el Consejo Nacional de la Magistratura, institución encargada de examinar a los postulantes al Tribunal Constitucional". Dicho proyecto no fue aprobado. Finalmente, tenemos el proyecto Nº 643/2006-CR, presentado por el Congresista Carlos Torres Caro. Este proponía modificar el artículo 10º de la Ley Nº 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sobre Aviso anticipado para elección de nuevos magistrados del TC. Este proyecto fue aprobado convirtiéndose en la Ley 28943.

ma que tiene cerca de 15 años de antigüedad, y cuya regulación resulta a todas luces insuficiente e incompleta. Se trata de un texto de diez artículos con muchos vacios y lagunas, todo lo cual genera incertidumbre y una discrecionalidad, que ha sido utilizada para impulsar un proceso de elección con poca transparencia.

7. Necesidad de precisar con claridad el perfil del magistrado del TC

Debemos comenzar por diferenciar entre los requisitos mínimos para postular y el perfil del magistrado del TC. Los primeros son una herramienta de filtro para depurar la lista de candidatos, la segunda, constituye un parámetro más cualitativo, de evaluación de los candidatos que reúnen los requisitos mínimos.

Dos problemas debemos enfrentar, el primer es que ambos elementos están mezclados y que la normatividad que recoge estos requisitos está recogida en normas dispersas, todo lo cual confunde y dificulta el conocimiento y el cumplimiento de las mismas.

Marco normativo de los requisitos para postular a magistrados del TC

Según el artículo 201º de la Constitución del Perú de 1993 corresponde al Congreso el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral integrado por ciento veinte representantes. De acuerdo con dicha disposición, *"Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema".* Entonces,

En tal virtud, los requisitos para ser magistrados del TC deberemos buscarlos en los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema, y de acuerdo al artículo 147º de la Constitución, estos son: Ser peruano de nacimiento, ser ciudadano en ejercicio, ser mayor de 45 años y 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.

Esta norma debemos de interpretarla en consonancia con el artículo 177º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece los requisitos que deben observar todos los magistrados del Poder Judicial, y por ende también los magistrados supremos y en consecuencia del Tribunal Constitucional: Tener titulo de Abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz, tener conducta intachable, no ser ciego, sordo o mudo, ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria, no haber sido condenado ni hallarse procesado, por delito doloso común, no encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta, y no haber sido destituido de la Carrera Judicial o del Ministerio Publico o de la Administración Publica o de empresas estatales, por medida disciplinaria, ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral.

Asimismo, la Ley Orgánica del propio Tribunal Constitucional, de julio de 2004, en su artículo 11º repite los requisitos establecidos en la Constitución antes mencionados, y en su articulo 12 establece que las siguientes personas se encuentran imposibilitadas para ser miembro del Tribunal Constitucional:

1. Los Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que hayan sido objeto de separación destitución por medida disciplinaria.
2. Los abogados que han sido inhabilitados por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la Republica.

3. Los que han sido condenados o que se encuentran siendo procesados por delito doloso.
4. Los que han sido declarados en estado de insolvencia o de quiebra.
5. Los que han ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto.

También, en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa N.° 095-2004-P/TC, emitida el 14 de septiembre de 2004, en el artículo 15º, menciona los requisitos necesarios para ser Magistrado del TC:

1. Ser peruano de nacimiento;
2. Ser ciudadano en ejercicio;
3. Ser mayor de cuarenta 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; y,
5. No estar comprendido en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 12º de la Ley Nº 28301.

Urge sistematizar y ordenar estas normas dispersas. Si sistematizamos todas estas normas los requisitos para postular al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional deben ser los siguientes:

1. Ser peruano de nacimiento
2. Ser ciudadano en ejercicio
3. Ser mayor de 45 años
4. Tener titulo de Abogado expedido o revalidado conforme a ley.
5. No ser ciego, sordo o mudo, ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria.
6. No haber sido condenado ni hallarse procesado, por delito doloso común.
7. No encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta.
8. No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Publico o de la Administración Publica o de empresas estatales, por medida disciplinaria, ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral.
9. No haber sido sancionado por el Colegio de Abogados de su jurisdicción por falta grave.
10. Haber sido magistrado del Poder Judicial, haber ejercido la docencia y el ejercicio privado de la abogacía en materia jurídica.
11. No haber sido inhabilitado como abogado por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República.
12. No haber ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto.
13. Tener conducta intachable

Necesidad de asegurar la independencia judicial de los magistrados del TC

Como ya lo adelantamos, en el procedimiento de elección de los magistrados nos jugamos un tema fundamental: la independencia e imparcialidad de este alto tribunal.

No se trata de una afirmación subjetiva. Luego de haber seguido atentamente el proceso de elección de magistrados del TC del año pasado, estamos convencidos que todo esfuerzo que se haga por precisar el perfil del magistrado del TC y por transparentar el procedimiento, redundarán en beneficio de la autonomía fundamental política de este importante tribunal.

Un elemento fundamental para ocupar el cargo y desempeñarse como magistrado constitucional es la independencia funcional. La independencia responde a principios de orden constitucional y legal vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Ella implica, en términos generales que la función jurídica se ejerza libre de injerencias, influencias o presiones de cualquier índole. Garantizar esta debe ser uno de los objetivos centrales del proceso.

Analizando desde la perspectiva positivista, la garantía de la independencia del juez podemos concluir que esta ha estado basada en la observancia de la ley. Como diría el ex Presidente del TC, *"(…) la independencia judicial no es un asunto de información sino de formación y experiencia previa, pero que se afirma o se debilita si en la practica judicial se conquista o se pierda la autoridad y la legitimidad constitucional de que debe gozar todo Tribunal Constitucional"*[42].

Un riesgo que se asume cuando la designación de los nuevos magistrados constitucionales está a cargo del poder político, es que las personas favorecidas respondan a intereses políticos de los partidos o agrupaciones políticas que los han elegido. Por ello es muy importante que el magistrado constitucional deba ser independiente de cualquier presión política, ya sea del partido el gobierno u otro. Esto no significa que estemos en desacuerdo de la elección de personas que tengan una trayectoria política en su vida profesional, ya que con anterioridad, varios magistrados del TC han tenido una carrera activa en la política y han demostrado que esta no influenció en sus decisiones. Lo que se busca con la independencia de los magistrados, es que estos no sean influenciados por ninguna fuerza política, ya que los intereses que protege el TC no son intereses de grupos específicos sino de toda la sociedad.

La independencia de los magistrados respecto del poder político, se puede verificar en el análisis de su jurisprudencia, así como, en la conducta pública de los magistrados, en tanto actúen o no con autonomía de criterio frente a los poderes públicos y privados[43]. De lo contrario, si los jueces constitucionales pierden independencia, estaríamos presenciando el fin de la Justicia Constitucional[44].

La especialización jurídica en materia constitucional

Dado que estamos ante un tribunal que resolverá procesos constitucionales, lo ideal es que los magistrados al TC tengan alguna especialización en Derecho Consti-

42 Landa, Cesar. La Elección del Juez Constitucional. Gaceta del Tribunal Constitucional. N.º 5, 2007.

43 Häberle, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechts aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft*. Zwei Studien, Athenäum, Königstein, 1980, pp. 57 y ss.

44 Lapuente Arago, Rosa. "El estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional". En: *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política, Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández – Carvajal*. Vol. I. Murcia: Universidad de Murcia. 1997, p. 434.

tucional. Lo óptimo sería que el magistrado del TC maneje los conceptos del derecho constitucional, para que así pueda resolver en base a los principios y valores constitucionales. Y es que no todo excelente jurista puede desempeñar la función de magistrado constitucional con éxito, se necesita un hombre que este especializado en el campo del Derecho Constitucional.

Sin embargo, esta postura no todos la comparten, para el Dr. Jorge Avendaño, no es necesario que el magistrado del TC sea un experto en materia constitucional, solo basta que tenga una buena base de conocimientos sobre la misma: *"Un buen civilista o un buen penalista pueden también acceder al Tribunal Constitucional, pero siempre que tengan una sólida formación jurídica y que estén dispuestos a profundizar en los modernos desarrollos de la ciencia constitucional"*[45].

En nuestra opinión, lo ideal es que todo magistrado del TC maneje nociones fundamentales básicas del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional. Sin embargo, somos conscientes que esto puede cerrar las puertas a profesores que no obstante tener una buena especialización en derecho público, carezcan de post grado en derecho constitucional. Por ello consideramos que la especialización en derecho constitucional no debe ser una condición excluyente.

Sin embargo, somos de la opinión que la especialización en materia constitucional o procesal constitucional debe ser tenida en cuenta al momento del concurso, pues no basta el sentido común y nociones generales de teoría del derecho. Si a eso se agrega otras especialidades, mucho mejor, pero el conocimiento del derecho constitucional es fundamental. En ese sentido, se debe exigir a los magistrados del TC, como mínimo conocimientos en teoría general del derecho, derecho público y derechos humanos. Si además de eso, se cuentan con conocimientos actualizados de teoría constitucional, normativa y jurisprudencia constitucional, se debe valorar positivamente esto al momento de asignarle la puntuación correspondiente.

Los magistrados deben poseer legitimidad democrática

Otro requisito importante a tenerse en cuenta al momento de elegirse a los magistrados del TC es la legitimidad funcional. Como ya dijimos, los magistrados del TC deben ostentar una legitimidad democrática, ya que son elegidos por el Congreso, órgano representativo de la sociedad. La confianza ciudadana es depositada en los magistrados constitucionales, como mandatarios de la voluntad general, a través de Congreso. Por ello la legitimidad social del Tribunal Constitucional es un principio que los magistrados constitucionales deben ser concientes de valorar y desarrollar.

En este sentido, los jueces constitucionales son responsables materialmente de sus decisiones frente al pueblo[46]. Ciertamente, esta legitimidad de los magistrados del TC no solo emana de la votación realizada por el Congreso en el momento de elegirlos, sino también de cómo la sociedad aprueba su desenvolvimiento en sus cargos. Todo ello exige y demanda que se elija como magistrados del TC a personas que cuenten con esta confianza ciudadana, con quienes la población se pueda sentir representada, en quienes

45 Avendaño, Jorge. Elección para el TC: políticos o juristas. El Comercio, 01/ 02/ 2007.

46 Landa, Cesar. La Elección del Juez Constitucional. Gaceta del Tribunal Constitucional. N.º 5, 2007.

la población se reconozca. Este componente es fundamental, y redunda en beneficio de la legitimidad social del TC.

En consecuencia, el procedimiento de elección de los magistrados del TC debe tener la posibilidad de evaluar la capacidad de los candidatos de convertirse en portadores de la voluntad popular, claro está dentro del marco de competencias judiciales constitucionales[47]. Es en virtud del principio de soberanía popular que la jurisdiccional constitucional debe legitimarse en función de la opinión pública mayoritaria y minoritaria[48]. Sin embargo la dependencia de la jurisdicción constitucional no es absoluta, tiene límites en la Constitución y en los valores democráticos[49].

Otros condiciones necesarias

Tenemos también exigencias de la función jurisdiccional. En concreto, los magistrados del TC deben saber tomar decisiones que darán fin a los procesos constitucionales, las cuales deberán ser motivadas, es decir, deben ser expuestas de un modo adecuado, ordenado, secuencial y lógico, además de lidiar efectivamente con la complejidad y análisis de los casos. Asimismo, los Magistrados Constitucionales deben de comprender los hechos y valorarlos del mismo modo que los valora la sociedad, con una visión social de conjunto, para que así puedan evaluar las consecuencias de sus decisiones en los aspectos sociales, políticos, económicos y culturales de la sociedad.

El perfil del magistrado constitucional

El futuro magistrado del TC no solo debe tener condiciones de legitimidad o especialidad en la rama constitucional sino también un conjunto de valores personales que lo acompañen en el desarrollo de su cargo[50]. Como ya lo dijimos anteriormente, estos requerimientos están en estrecha relación con el importante cargo que estos magistrados desempeñaran. Las cualidades internas necesarias que deben reunir los magistrados del TC para satisfacer las actuales exigencias tanto de la sociedad como de la función jurisdiccional, deben ser las siguientes[51]:

1. **Trayectoria de vida personal y profesional intachable**. Debe haber exhibido a lo largo de toda su vida profesional y pública una conducta ejemplar intachable

47 Landa, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p. 105.

48 Landa, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p. 105.

49 Landa, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, p. 105.

50 Landa, Cesar. *La Elección del Juez Constitucional*. Gaceta del Tribunal Constitucional. Nº 5, 2007.

51 Hemos tomado como referencia inicial las cualidades ideales del magistrado el siguiente texto: Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, Fundamentos estructurales de la reforma del Poder Judicial, Lima: Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial, 1999. La versión que henos revisado ha sido la colgada en internet en: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Libros/csociales/festructurales/proyecto_perfil.htm>

y debe estar ajeno a cualquier hecho de corrupción y de faltas a la moral o a la a buenas costumbres.

2. **Compromiso y experiencia en la defensa de los derechos fundamentales, del Estado de Derecho y de la democracia.** Debe haber exhibido a lo largo de toda su vida pública, un profundo compromiso y una experiencia en materia de defensa de los derechos fundamentales, de la supremacía de la Constitución, del Estado de Derecho y de una cultura de paz.
3. **Formación jurídica especializada.** Sólida formación jurídica en teoría general del derecho, y conocimientos especializados en materia de derecho constitucional y en derecho procesal constitucional, conocimientos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, nacional y comparada, y conocimientos sobre el derecho internacional de los derechos humanos. También se valorara el conocimiento y la especialización en otras materias jurídicas.
4. **Independencia e imparcialidad.** El magistrado debe estar en la capacidad de resistir todo tipo de presiones y debe saber resolver los conflictos con objetividad. La independencia se expresa en la no sujeción en el ejercicio de las funciones a las autoridades y organismos públicos integrantes de los otros poderes del Estado. La Imparcialidad se manifiesta en la neutralidad que el magistrado debe observar frente a los intereses en pugna en un conflicto dado.
5. **Tener honestidad e integridad moral.** El magistrado del Tribunal Constitucional debe de ser honesto, no solo en el desarrollo de sus actividades propias del cargo, sino en su vida personal, porque es en su conjunto, la imagen que la sociedad tendrá de el. La conducta del magistrado debe ser consistente en todos los ámbitos de su vida, esto es, en lo institucional, profesional, familiar y personal.
6. **Espíritu de Servicio:** El magistrado del Tribunal Constitucional no puede considerarse dueño de su función, sino servidor de la misma. En tal sentido, debe de facilitar los medios para que su potestad jurisdiccional llegue a los justiciables en forma expedita y oportuna, sin trabas burocráticas ni impedimentos. Como servidor público, debe estar dispuesto a escuchar las críticas que se le formulen y a rescatar de ella los elementos que le permitan mejorar su función.
7. **Espíritu Analítico y Crítico:** El magistrado debe conducirse mediante un examen atento y uso adecuado del razonamiento jurídico, evaluando los argumentos de los contendientes para confrontarlos entre sí, con los hechos y las normas positivas atinentes al caso bajo análisis.
8. **Capacidad Lógica - Jurídica y de Argumentación.** El magistrado del Tribunal Constitucional debe ser diestro en el razonamiento lógico aplicado a las normas legales y constitucionales, y al establecimiento de los hechos de un caso, razonamiento guiado por principios y métodos de interpretación legal. Capacidad para dar razones que justifican la decisión final sobre cada caso.
9. **Conocimiento del Contexto Socioeconómico de la Sociedad y capacidad de adaptabilidad al cambio.** El Magistrado debe estar atento al devenir de la vida y de la conducta humana en su comunidad o localidad. Debe tener una formación e información suficiente para comprender los procesos socioeco-

nómicos por los que atraviesa la comunidad, y considerar dichos elementos para evaluar el impacto social de sus decisiones. Asimismo, el magistrado debe tener la capacidad de analizar la realidad social y adecuar la función jurisdiccional a la satisfacción de las necesidades cambiantes de la sociedad.

10. **Espíritu Creativo.** El magistrado no debe ser un mero aplicador de la ley, sobre todo, frente a casos difíciles en los que el sistema legal no ofrece una respuesta inmediata a primera vista. El magistrado constitucional es el sumo intérprete de la Constitución, teniendo el deber de llenar los vacíos o lagunas con su innovación e interpretación.

Consideramos que el perfil de magistrado que el TC constituye una herramienta que pueden ayudar y contribuir a limitar, disuadir y/o neutralizar los intentos de sacrificar idoneidad y calidad personal y profesional en aras de lealtades partidarias mal entendidas. Ciertamente esto no basta, al lado de esto deberá de exigirse una firme vigilancia ciudadana por parte de la prensa y la opinión pública.

8. Las modificaciones propuestas

Nuestra propuesta es básicamente diferenciar dos momentos, el que está a cargo de la Comisión Especial del Congreso y el que está a cargo del pleno del Pleno del Congreso. El primero tendría un trabajo más técnico. Su función sería presentar una terna de candidatos que reúnen los requisitos mínimos y que se ajustan al perfil que el cargo de magistrado del TC demanda. De otro lado, el pleno tendría una función más política, de negociación y concertación entre todas las agrupación del Congreso, a efectos de lograr una elección de consenso. De esta manera se logrará compaginar idoneidad en el cargo y legitimidad democrática.

En esa línea, la Comisión Especial debe de tener un rol mas activo, ya que es el filtro principal en este proceso, y su objetivo es presentar al Congreso a los mejores y mas capaces candidatos, y que además de cumplir con los requisitos profesionales acorde al cargo, también cumplan con los requisitos personales del perfil del Magistrado del TC.

El proceso comenzaría con la solicitud al Congreso del inicio del proceso de elección por el Presidente del Tribunal Constitucional. Luego, se conformaría la Comisión Especial del Congreso, la cual apenas constituida, procedería a la convocatoria a los postulantes y publicación del cronograma de elección. Esta comisión tendría a su cargo, la evaluación de los requisitos para la postulación debiendo posteriormente disponer la publicación de los postulantes que han cumplido los requisitos mínimos. Es en este momento que deben invitarse a la presentación de tachas a la población.

En definitiva, dos son las principales tareas que le corresponde a la Comisión Especial, la calificación del curriculums vitae de los candidatos y la entrevista personal a los mismos candidatos. Podrán realizarse también Audiencias Públicas con los candidatos que hayan reunidos los requisitos mínimos de postulación. Una vez concluidos estos dos momentos, y luego de la absolución de las tachas, la Comisión Especial procederá a la entrega del cuadro de méritos al pleno, y dispondrá la publicación de este. Con esto concluye la labor de la Comisión Especial, y comienza la tarea del pleno del Congreso, el cual debe elegir a los magistrados sobre la base del cuadro de méritos.

Queremos dejar constancia que hemos tomado como referencia primera para la elaboración de este proyecto de ley, el Reglamento de concursos para la selección y nombramiento de jueces y fiscales, aprobado mediante Resolución N° 138-2008-CNM, actualmente vigente. Sin embargo, lo hemos reformulado en muchos aspectos dada la distinta naturaleza de la elección de los magistrados del TC a cargo del Congreso.

En relación con el anterior reglamento las principales modificaciones que proponemos son:

- Definir y precisar con claridad el perfil de magistrado del Tribunal Constitucional.
- Deben realizarse entrevistas públicas a los candidatos,
- Se debe publicar el CV oportunamente, debiendo señalarse todos los servicios profesionales prestados durante su carrera.
- Un informe sobre los clientes a quienes ha defendido como abogados acusados de delitos de narcotráfico, corrupción de funcionarios, graves violaciones a los derechos humanos.
- Se debe ampliar y facilitar la presentación de tachas. Todo ello sólo puede ser posible luego de haber difundido en forma amplia los currículos de los candidatos.
- La entrevista a los candidatos por la Comisión Especial deberá ser transmitida por televisión en vivo por el Canal del Estado y por los otros canales que deseen hacerlo.
- La Comisión Especial del Congreso encargada de elaborar la terna también estará compuesta por dos juristas notables de reconocida trayectoria y especialistas en derecho constitucional, lo cuales deberán desempeñar una función de veedores del proceso de elección a lo largo de todo el proceso.
- Se debe publicar oportunamente la lista de los candidatos seleccionados por la Comisión Especial, así como el puntaje obtenido luego de cada etapa.
- Realización de audiencias de los candidatos a magistrados al TC con la prensa, con la opinión pública y con la comunidad jurídica
- La votación debe ser pública y no en sesión reservada.
- El voto de cada congresista debe ser público y no secreto.
- Se debe procurar la transmisión de las entrevistas por Televisión Nacional, Radio Nacional y por Canal del Congreso.
- Si no se ponen de acuerdo el Pleno del Congreso por segunda vez para elegir a los magistrados del T, se cubrirán esas plazas en estricto orden de mérito.

PROYECTO

REGLAMENTO ESPECIAL PARA LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TÍTULO I
GENERALIDADES

Artículo 1º- Objetivo

El objetivo de este reglamento es regular la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional a cargo del Congreso de la República, la cual se realiza mediante concurso público de méritos y evaluación personal. El Congreso de la República por mandato constitucional elige a los miembros del Tribunal Constitucional, en sesión plenaria citada con tal fin

El fundamento normativo de este proyecto de ley es:

- Artículo 201 de la Constitución Política
- Artículos 8, 11 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Nº 28301)
- Artículo Único de la Ley Nº 28764 que modificó el artículo 8º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Artículo Único de la Ley Nº 28943 que modifica el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301)
- Artículos 6, 64 y 93 del Reglamento del Congreso de la República
- Artículo 15 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 95-2004-P/TC)

Artículo 2º.- Etapas del proceso de elección

Las etapas del proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional:

1ra etapa Actos preparatorios

1. Solicitud al Congreso del inicio del proceso de elección por el Presidente del Tribunal Constitucional
2. Conformación de la Comisión Especial de Selección del Congreso
3. Convocatoria a los postulantes y publicación del cronograma de elección
4. Evaluación de los requisitos para la postulación
5. Publicación de la lista de postulantes que han cumplido los requisitos mínimos (postulantes aptos)
6. Publicación de los curriculums de los candidatos que han cumplido los requisitos mínimos en la web del Congreso.
7. Presentación de tachas contra postulantes.

2da etapa Proceso de elección de los magistrados

8. Calificación del curriculums vitae de los candidatos
9. Entrevista personal a los candidatos
10. Audiencias Públicas con los candidatos

11. Absolución de las tachas contra los candidatos
12. Entrega de cuadro de méritos al pleno del Congreso
13. Publicación del cuadro de méritos
14. Elección de los magistrados por el pleno sobre la base del cuadro de méritos

Articulo 3º- Principios que regulan todo el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional

El procedimiento de selección y nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional se desarrolla conforme a los siguientes principios:

- **Principio de legitimidad democrática.** Se debe elegir a como magistrados constitucionales a personas capaces de suscitar la confianza ciudadana y de ser mandatarios de la voluntad general a través del Congreso.
- **Principio de pluralismo.** Se debe elegir a magistrados que sean representativos de todas las corrientes políticas y sociales de pensamiento, siempre que ellas sean leales y respetuosas de la Constitución, y que cumplan con los objetivos y se ajusten al perfil exigido.
- **Principio de Publicidad y Transparencia.** Todos los actos en las diferentes etapas del proceso de elección de magistrados deberán de ser realizados de forma pública y transparente, con las excepciones que la ley contempla, para que de esta manera la sociedad pueda estar informada.
- **Principio de acceso a la información.** La opinión pública y la prensa tendrán pleno acceso a las diferentes etapas del proceso de elección de magistrados y a la información referida a él, la cual podrá ser difundida con las limitaciones establecidas en la Ley de transparencia y acceso a la información pública (Ley 27806).
- **Principio de Independencia e imparcialidad.** Debe elegirse a aquellos candidatos que aseguren la mayor imparcialidad e independencia del Tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional.
- **Principio de Legalidad.** La elección se regula mediante la Constitución y el presente reglamento. Cualquier vacío o situación no prevista debe ser interpretada a la luz de estos instrumentos jurídicos.
- **Principio de Objetividad.** Se debe procurar la mayor objetividad y se debe de respetar el orden de mérito en la medida de lo posible. La discusión y debate político para la selección debe contemplar las cualidades profesionales y el perfil del magistrado por sobre todas las cosas.
- **Principio de idoneidad para el cargo**. Se deberá de elegir como magistrados a aquellos candidatos que sean idóneos para el cargo y que reúnan las calidades personales y profesionales establecidas en el perfil del magistrado del Tribunal Constitucional.
- **Principio de Participación ciudadana.** La participación ciudadana se podrá realizar a los largo de todo el proceso de elección de los magistrados, pero se hace más intensa, al momento de presentación de las tachas. Para que se haga efectiva, es necesario que se difunda la mayor cantidad de información sobre el proceso y los candidatos.

- **Principio de igualdad.** Todos los candidatos tienen el derecho de recibir el mismo trato por parte de los evaluadores y ser evaluados con la misma profundidad y dificultad.

TÍTULO II
SOBRE LOS CANDIDATOS Y EL PERFIL DEL MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 4º- Requisitos para postular al cargo de magistrados del Tribunal Constitucional

Solo podrán postular los candidatos que tengan cada uno de los siguientes requisitos:

1. Ser peruano de nacimiento
2. Ser ciudadano en ejercicio
3. Ser mayor de 45 años
4. Tener titulo de Abogado expedido o revalidado conforme a ley.
5. No tener ninguna incapacidad física o mental, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria.
6. No haber sido condenado ni hallarse procesado, por delito doloso común.
7. No encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta.
8. No haber sido sancionado por la OCMA, los Colegios de Abogados y la Universidades de donde procedan los candidatos, por falta grave (corrupción, tráfico de influencias, etc.).
9. No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Publico o de la Administración Publica o de empresas estatales, por medida disciplinaria, ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral.
10. No haber sido sancionado por el Colegio de Abogados de su jurisdicción por falta grave.
11. Haber sido magistrado del Poder Judicial, haber ejercido la docencia y el ejercicio privado de la abogacía en materia jurídica.
12. No haber sido inhabilitado como abogado por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República.
13. No haber ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto.
14. Tener conducta intachable
15. Un informe sobre los clientes a quienes ha defendido como abogados acusados de delitos de narcotráfico, corrupción de funcionarios, graves violaciones a los derechos humanos.

Artículo 5º- Perfil del Magistrado

Deberán ser elegidos como magistrados del Tribunal Constitucional, aquellos candidatos que se ajusten al siguiente perfil.

1. **Trayectoria de vida personal y profesional intachable**. Debe haber exhibido a lo largo de toda su vida profesional y pública, una conducta ejemplar intachable

y debe estar ajeno a cualquier hecho de corrupción y de faltas a la moral o a la a buenas costumbres.

2. **Compromiso y experiencia en la defensa de los derechos fundamentales, del Estado de Derecho y de la democracia.** Debe haber exhibido a lo largo de toda su vida pública y profesional, un profundo compromiso y una experiencia en materia de defensa de los derechos fundamentales, de la supremacía normativa de la Constitución, del Estado de Derecho y de una cultura de paz.
3. **Formación jurídica especializada.** Sólida formación jurídica en teoría general del derecho, y conocimientos especializados en materia de derecho constitucional y en derecho procesal constitucional. Asimismo, debe contar con conocimientos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, nacional y comparada, y conocimientos sobre el derecho internacional de los derechos humanos. También se valorará el conocimiento y la especialización en otras materias jurídicas.
4. **Independencia e imparcialidad.** El magistrado debe estar en la capacidad de resistir todo tipo de presiones y debe saber resolver los conflictos con objetividad. La independencia se expresa en la no sujeción en el ejercicio de las funciones a las autoridades y organismos públicos integrantes de los otros poderes del Estado y de poderes fácticos. La Imparcialidad se manifiesta en la neutralidad que el magistrado debe observar frente a los intereses en pugna en un conflicto dado.
5. **Tener honestidad e integridad moral.** El magistrado del Tribunal Constitucional debe de ser honesto, no solo en el desarrollo de sus actividades propias del cargo, sino en su vida personal, porque es en su conjunto, la imagen que la sociedad tendrá de el. La conducta del magistrado debe ser consistente en todos los ámbitos de su vida, esto es, en lo institucional, profesional, familiar y personal.
6. **Espíritu de Servicio:** El magistrado del Tribunal Constitucional no puede considerarse dueño de su función, sino servidor de la misma. En tal sentido, debe de facilitar los medios para que su potestad jurisdiccional llegue a los justiciables en forma expedita y oportuna, sin trabas burocráticas ni impedimentos. Como servidor público, debe estar dispuesto a escuchar las críticas que se le formulen y a rescatar de ella los elementos que le permitan mejorar su función.
7. **Espíritu Analítico y Crítico:** El magistrado debe conducirse mediante un examen atento y uso adecuado del razonamiento jurídico, evaluando los argumentos de los contendientes para confrontarlos entre sí, con los hechos y las normas positivas atinentes al caso bajo análisis.
8. **Capacidad Lógica - Jurídica y de Argumentación.** El magistrado del Tribunal Constitucional debe ser diestro en el razonamiento lógico aplicado a las normas legales y constitucionales, y al establecimiento de los hechos de un caso, razonamiento guiado por principios y métodos de interpretación legal y constitucional. Capacidad para dar razones que justifican la decisión final sobre cada caso.

9. **Conocimiento del Contexto Socioeconómico de la Sociedad y capacidad de adaptabilidad al cambio.** El Magistrado debe estar atento al devenir de la vida y de la conducta humana en su comunidad o localidad. Debe tener una formación e información suficiente para comprender los procesos socioeconómicos por los que atraviesa la comunidad, y considerar dichos elementos para evaluar el impacto social de sus decisiones. Asimismo, el magistrado debe tener la capacidad de analizar la realidad social y adecuar la función jurisdiccional a la satisfacción de las necesidades cambiantes de la sociedad.

10. **Espíritu Creativo.** El magistrado no debe ser un mero aplicador de la ley, sobre todo, frente a casos difíciles en los que el sistema legal no ofrece una respuesta inmediata a primera vista. El magistrado constitucional es el sumo intérprete de la Constitución, teniendo el deber de llenar los vacíos o lagunas con su innovación e interpretación.

TÍTULO III
ACTOS PREPARATORIOS

CAPÍTULO I
SOBRE LA COMISIÓN ESPECIAL DE ELECCIÓN DEL CONGRESO

Artículo 6º.- Solicitud de inicio del procedimiento de elección de Magistrado del Tribunal Constitucional:

El Presidente del Tribunal Constitucional se dirige al Presidente del Congreso, para solicitarle el inicio del procedimiento de elección de nuevos magistrados, seis meses antes de que estos cumplan con la fecha de término de sus nombramientos. Si el propio Congreso no ha recibido la solicitud de parte del Presidente del Tribunal Constitucional en la fecha prevista, este de oficio deberá de iniciar el procedimiento de elección de los nuevos magistrados.

Artículo 7º.- Conformación de la Comisión Especial del Congreso

La Junta de portavoces del Congreso debe designar una Comisión Especial encargada de las evaluaciones a todos los candidatos a magistrado del Tribunal Constitucional. Estará integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve Congresistas representantes de los grupos parlamentarios. La composición de esta Comisión debe ser proporcional de acuerdo al número de congresistas que cada agrupación tenga. Esta Comisión también estará compuesta por dos juristas notables de reconocida trayectoria y especialistas en derecho constitucional, lo cuales deberán desempeñar una función de veedores del proceso de elección a lo largo de todo el proceso.

El mandato de esta comisión será entregar al Pleno del Congreso la propuesta de los candidatos que cumplan con los requisitos mínimos de postulación y que reúnan las calidades personales y profesionales exigidas por el perfil del magistrado del Tribunal Constitucional. Para dicho efecto, deberá alcanzar al pleno, el cuadro de meritos final con la puntuación de cada uno de los magistrados seleccionados alcanzada en las evaluaciones.

CAPÍTULO II
SOBRE LA CONVOCATORIA

Artículo 8º.- Convocatoria de Candidatos

La Comisión Especial de Selección publica el aviso de convocatoria que contiene los requisitos para postular, la forma y plazo de inscripción, los derechos que correspondan abonarse y demás información necesaria. La convocatoria se publica una vez en el diario oficial El Peruano y en otro de mayor circulación a nivel nacional, así como en la página web del Congreso y del Tribunal Constitucional. Las candidaturas deberán presentarse durante los 15 días naturales siguientes a la publicación de la convocatoria.

Artículo 9º.- Aprobación y publicación del cronograma de la elección

CAPÍTULO III
PRESENTACIÓN DE CANDIDATOS

Artículo 10º.- Presentación de Candidatos

La Comisión Especial publica en el diario El Peruano dentro de los tres días siguientes al vencimiento del plazo para presentar candidaturas, la relación de las personas propuestas como candidatos a fin de que la población y los ciudadanos en particular, puedan formular las tachas contra estos que consideren pertinentes.

Artículo 11º.- Sobre fraude en la información brindada

Los datos consignados por el postulante en la ficha de inscripción tienen carácter de declaración jurada, por lo que, la documentación presentada por el postulante será sometida a un estricto control de fiscalización posterior. Toda la información entregada será pública. En caso de comprobarse fraude o falsedad en la declaración, información o documentación presentada, quedará imposibilitado de volver a postular y se declarará la nulidad del acto sustentado en dicha documentación, sin perjuicio de informar los hechos al Ministerio Público para los fines a que hubiere lugar.

Artículo 12º.- Contenido de la Carpeta de Postulación

La propuesta de candidatura se formula por escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión Especial a título individual y/o por terceros en cuyo caso deberá contar con la aceptación del propuesto. El postulante y/o los terceros deben presentar la carpeta de postulación en la forma y plazo que la Comisión determine para tal efecto, conteniendo la siguiente documentación:

a) Ficha de inscripción impresa.

b) Copia simple del Documento Nacional de Identidad.

c) Acta o partida de nacimiento expedida por el RENIEC o Registro Civil.

d) Copia legalizada notarialmente del título de abogado. El título obtenido en el extranjero debe estar reconocido, revalidado o convalidado ante la Asamblea Nacional de Rectores.

e) Constancia original expedida por el Colegio de Abogados en el que se encuentre inscrito, que acredite su fecha de incorporación y que se encuentra habilitado para ejercer la profesión.

f) Certificado original expedido por un centro oficial de salud de no adolecer de incapacidad física permanente que le impida ejercer la función, el mismo que debe estar acreditado por un profesional competente.

g) Declaración jurada de no haber sido condenado, encontrarse procesado, ni de haber sido declarada su culpabilidad con reserva de fallo condenatorio por delito doloso.

CAPÍTULO IV
SOBRE LA PRESENTACIÓN DE TACHAS

Artículo 13º.- Presentación de Tachas

Se rechaza las tachas que no contenga elementos objetivos que permitan acreditar la validez del mismo; admitida aquella, se corre traslado al postulante para que exponga lo conveniente, si lo estima pertinente. La Comisión Especial tiene la obligación de ampliar y facilitar la posibilidad de presentación de tachas por la población en forma efectiva, contra los candidatos y por actos que los desmerezcan del cargo al que postulan.

Las tachas deben de estar por escrito, dirigidas al Presidente de la Comisión Especial y estar acompañadas por pruebas instrumentales que sustenten las mismas, y todo tipo de información que esté destinada a acreditar o cuestionar la idoneidad y/o probidad del postulante. Esta etapa comprende la recepción de tachas, la notificación del candidato tachado y luego la evaluación de los fundamentos de dicho documento y su descargo para su posterior resolución. Este procedimiento se seguirá en instancia única y su aprobación requiere de mayoría simple entre los integrantes de la Comisión.

Articulo 14º.- De la participación ciudadana y las tachas

La tacha se formula contra el postulante declarado apto y se presenta por escrito en la Mesa de Partes del Congreso o en el lugar que se determine para tal efecto. La tacha presentada por persona natural, debe cumplir los siguientes requisitos:

a) Nombres y apellidos completos.
b) Copia simple del Documento Nacional de Identidad.
c) Domicilio real en el que se efectuarán las respectivas notificaciones.
d) Nombres y apellidos del o los postulantes tachados.
e) La descripción de los hechos y los fundamentos en que se sustenta la tacha.
f) Los medios probatorios; en caso de no tenerlos en su poder deberá precisar los datos que los identifiquen y la dependencia donde se encuentren.
g) Lugar, fecha y firma. En caso de no saber firmar o tener impedimento físico, imprimirá su huella digital.

La tacha presentada por más de una persona debe consignar los datos de cada una de ellas y señalar un domicilio común en el que se efectuarán las notificaciones. La tacha que interponga una persona jurídica se presenta a través de su representante legal debidamente acreditado, cumpliendo los mismos requisitos antes señalados, en lo que corresponda. Quien la interpone debe adjuntar copias de la tacha y de la documentación que la sustenta, de acuerdo al número de postulantes tachados, a fin de ser notificados con la misma. No se exige firma de abogado ni pago de tasa alguna.

Artículo 15º.- Contenido de la Tacha

La tacha debe estar referida única y exclusivamente a cuestionar la probidad e idoneidad, así como el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para postular. No se admite la tacha que se refiera al cuestionamiento de decisiones jurisdiccionales ni la que haya sido declarada infundada en anteriores concursos por la Comisión, salvo que contenga nueva prueba.

Artículo 16º.- Plazo para interponer la Tacha

El plazo de interposición de tachas, en la sede del Congreso o en cualquier otra designada al efecto, es de veinticinco (25) días hábiles improrrogables, contados a partir del día siguiente de la publicación en la página web de la relación de postulantes aptos.

Artículo 17º.- Notificación de la Tacha y derecho a la defensa

Notificado con la tacha, el postulante debe presentar su descargo por escrito dentro de cinco (5) días hábiles improrrogables, acompañando los medios probatorios pertinentes.

Artículo 18º.- Resolución de Tachas

La Comisión resuelve y si la tacha se declara fundada el postulante queda excluido del concurso sin derecho a la devolución de lo abonado por concepto de inscripción.

Artículo 19º.- Reconsideración de Tachas

Contra la resolución de la tacha procede la interposición de recurso de reconsideración en el plazo de tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación, el que será resuelto por la Comisión.

TÍTULO IV
PROCESO DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS

CAPÍTULO I
CALIFICACIÓN DE CURRICULUMS DE LOS CANDIDATOS

Artículo 20º.- Méritos de los Candidatos

Son materia de evaluación y calificación por la Comisión Especial los siguientes criterios:

Criterios	Puntaje
Grados y títulos • Títulos profesional • Diplomados o post títulos • Estudios concluidos de maestría • Grado de magister • Estudios de Doctorado concluidos • Grado de doctor • Estudios post doctorales	Máximo 10 puntos
Ejercicio docente • Cátedra de pregrado • Cátedra de maestría • Cátedra en doctorados	Máximo 10 puntos

Criterios	Puntaje
Ejercicio profesional • Función pública (altos funcionarios y afines) • Actividades relacionadas con temas constitucionales • Ejercicio como abogado	8 puntos
Publicaciones • Artículos • Libros	6 puntos
Conferencias especializadas	4 puntos
Reconocimientos	2 puntos

Artículo 21º.- Calificación de los Meritos

Se califica el currículum vitae de todos los postulantes, basados en los principios que dirigen el proceso de selección de candidatos. En el acto de calificación se procede a asignar un puntaje a cada mérito acreditado. Dado que este momento es objetivo deberá ser realizado en un acto público y con la intervención de los juristas notables, integrantes de la Comisión Especial.

Artículo 22º.- Publicación de los curriculums vital

Todos los curriculums vitae entregados de los magistrados que han cumplido con los requisitos mínimos para su postulación, se publican en el diario oficial El Peruano, en otro de circulación nacional y en las páginas web del Congreso y del Tribunal Constitucional oportunamente.

Artículo 23º.- Reconsideración de la Calificación

Contra el puntaje obtenido en la calificación curricular procede la interposición de recurso de reconsideración en el plazo de tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente de su publicación, el mismo que es resuelto por el la Comisión. No procede recurso alguno sobre lo resuelto por la Comisión. Tampoco se admiten pedidos de informe oral u otras peticiones que puedan retrasar el procedimiento.

CAPÍTULO II
CALIFICACIÓN PERSONAL DE LOS CANDIDATOS

Artículo 24º.- Entrevista Personal

El postulante que obtiene puntaje aprobatorio en la primera etapa del presente Reglamento y no resultara excluido del concurso durante el procedimiento de tachas, pasa a la etapa de entrevista personal.

Artículo 25º.- Criterios de Evaluación

La entrevista personal tiene por finalidad conocer al postulante y evaluar si se ajusta al perfil de magistrado del Tribunal Constitucional. En tal sentido, deberá de evaluar lo siguiente:

1. Trayectoria de vida personal y profesional intachable.
2. Compromiso y experiencia en la defensa de los derechos fundamentales, del Estado de Derecho y de la democracia.

3. Formación jurídica especializada.
4. Independencia e imparcialidad.
5. Tener honestidad e integridad moral.
6. Espíritu de Servicio.
7. Espíritu Analítico y Crítico.
8. Capacidad Lógica - Jurídica y de Argumentación.
9. Conocimiento del Contexto Socioeconómico de la Sociedad y capacidad de adaptabilidad al cambio.
10. Espíritu Creativo.

Artículo 26º.- Evaluación

Corresponde a la Comisión Especial la realización de la entrevista personal. La Comisión dispone la publicación del cronograma de entrevistas y el lugar de su desarrollo en el diario oficial El Peruano, otro de circulación nacional y las páginas web del Congreso y del Tribunal Constitucional con al menos (10) diez días hábiles de anticipación.

Para orientar la entrevista personal la Comisión Especial cuenta con las preguntas formuladas por el equipo de asesores, la carpeta del postulante, el curriculums vitae y cualquier otra información que se considere necesaria. Se pierde el derecho a la entrevista personal por inasistencia o por impuntualidad. No se admite justificación alguna.

Artículo 27º.- Publicidad

La entrevista personal es pública. La Comisión fija las condiciones necesarias para su realización. La entrevista a los candidatos por la Comisión Especial deberá ser transmitida por televisión en vivo por el Canal del Estado y por los otros canales que deseen hacerlo. Los asistentes deben observar conducta adecuada, caso contrario, quien presida este acto dispone su retiro de la sala. La entrevista personal es grabada; cualquier ciudadano puede solicitar una copia de la grabación previo abono de los derechos establecidos en el TUPA. Se debe procurar la transmisión de las entrevistas por Televisión Nacional, Radio Nacional y por Canal del Congreso.

Artículo 28º.- Publicación de Resultados Finales de las entrevistas personales

Los resultados finales de las entrevistas personales son publicados de manera detallada en el diario oficial El Peruano, en otro de circulación nacional y en las páginas web del Congreso y del Tribunal Constitucional en un máximo de dos (02) días útiles desde la última entrevista.

Artículo 29º.- Audiencias Públicas

Luego de las entrevistas personas se podrán realizar en el Congreso, en las Facultades de Derecho de las Universidades nacionales o en los Colegios de Abogados, Audiencias Públicas con los candidatos a magistrados al TC declarados aptos. Estas Audiencias contarán con la participación de la prensa y de la población interesada, y tendrán por objetivo, que la opinión pública y con la comunidad jurídica conozcan a los candidatos a magistrados del TC.

CAPÍTULO III
CUADRO DE MÉRITOS

Artículo 30º.- Promedio final y cuadro de méritos

Concluida la etapa de la entrevista personal, la Comisión elabora el cuadro de méritos, el que comprende la nota de cada una de las etapas y el promedio final. El cuadro de méritos se publica en el diario oficial EL Peruano, en otro de circulación nacional y en las páginas web del Congreso y el Tribunal Constitucional.

Artículo 31º.- Propuesta de la Comisión Especial

Tras haber resuelto las tachas planteadas, la Comisión Especial realiza la verificación de las calificaciones de los candidatos durante todo el proceso de evaluación, sumando los puntajes obtenidos en la evaluación curricular y en la entrevista personal, y elabora el cuadro de méritos de los candidatos, la cual es entregada al pleno del Congreso. Esta debe contener la lista de candidatos aptos y que a su juicio son los mas idóneos para ser elegidos como magistrados del Tribunal Constitucional. Con este cuadro de méritos, la Comisión Especial debe adjuntar un informe que contenga y describa todo el proceso seguido para la elaboración de esta última lista propuesta, así como el puntaje obtenido luego de cada etapa.

CAPÍTULO IV
ELECCIÓN POR EL PLENO DEL CONGRESO

Artículo 32º.- Mecanismo de Elección por parte del Congreso

Recibido el cuadro de méritos de los candidatos de la Comisión Especial, el pleno del Congreso procede con la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional. La elección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional realizada por el pleno será pública, bajo ninguna circunstancia se realizará esta en sesión reservada. El voto de cada congresista será igualmente público y en ningún caso secreto.

Artículo 33º.- Falta de Consenso

Si concluidos los cómputos, no se logra cubrir las plazas vacantes, la Comisión procederá a llamar en otro día al pleno del Congreso para que este elija a los candidatos que cubrirán esas plazas. Si no se ponen de acuerdo, se cubrirán esas plazas en estricto orden de mérito. Concluido el proceso electoral, el Presidente proclama a los Magistrados elegidos por el Congreso. En la redacción de la Resolución Legislativa correspondiente, se usa la siguiente fórmula:

"El Presidente del Congreso:

Por cuanto:

El Congreso de la República del Perú.

Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

El Congreso de la República ha elegido, en Sesión Plenaria de la fecha y de conformidad con la Constitución Política del Perú y la Ley Nº 26435, a los siguientes miembros del Tribunal Constitucional:

Señor don.....

Señor don.....

Señor don.....

Señor don.....

Señor don.....

Señor don.....

Por tanto:

Mando se publique y cumpla, extendiéndoseles el nombramiento correspondiente.

Dada, etc...".

La Resolución y el nombramiento serán firmados por el Presidente y el Oficial Mayor del Congreso.

Artículo 34º.- Vacancias

El presente Reglamento se aplicará igualmente para el caso de las vacancias que se produzcan en el Tribunal Constitucional.

TÍTULO V

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Primera.- Vigencia

El presente Reglamento entra en vigencia al día siguiente de su aprobación y publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Segunda.- Derogación de reglamento

Déjese sin efecto el Reglamento especial para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional del Congreso de la República, aprobado mediante Resolución del Congreso Constituyente Democrático Nº 031-95-CCD el 25 de abril del año 1995.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año IV, N.º 7, julio 2007 - junio 2008

Revista de Revistas

- A. América
  Cuestiones Constitucionales
- B. Europa
  Revista Española de Derecho Constitucional
  Teoría y Realidad Constitucional

A. América

Pensamiento Constitucional

Año XII, N° 12

ENSAYOS

- Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. *Kresalja Roselló, Baldo*
- Del control político al control jurisdiccional: Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Fernández Segado, Francisco*
- El amparo iberoamericano (Estudio de Derecho Procesal Constitucional comparado). *Ferrer Mac-Gregor, Eduardo*
- El amparo como proceso "residual" en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable. *Eguiguren Praeli, Francisco*
- El derecho de la lengua. *Valadés Ríos, Diego*
- La interpretación transnacional a la luz del reciente triunfo del orden internacional sobre la pena de muerte en Estados Unidos de América. *Sagüés, María Sofía*
- Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana. *Oehling de los Reyes, Alberto*

NOTAS

- Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional. *Peralta Martínez, Ramón*
- Vieja-nueva constitución. *Zúñiga, Francisco*

TEMAS EN DEBATE

- Algunos problemas éticos y jurídicos de la globalización. *Marciani Burgos, Betzabé*
- Los derechos laborales como derechos fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral. *Vidal Salazar, Michael*

DOCUMENTOS

- Jueces constitucionales (Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del quincuagésimo aniversario de la Corte Constitucional italiana). *Zagrebelsky, Gustavo*

Pensamiento Constitucional

Año XIII, N° 13

ENSAYOS

- Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina. *Carpizo, Jorge*
- La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la "coalición" contra Sadam Hussein). *Sagüés, Néstor Pedro*

- Evolución y características del presidencialismo peruano. *García Belaúnde, Domingo*
- Antejuicio y juicio político en el Perú. *Eguiguren Praeli, Francisco*
- El debate de la eutanasia y el suicido asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tomar en cuenta ante su eventual despenalización en España. *Rey Martínez, Fernando*
- La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia Genética y en Tecnologías de la Información y la Comunicación. *Díaz Revorio, Francisco Javier*
- Apuntes sobre el derecho "a" y los derechos "sobre" la imagen (personal y de bienes). *Puccinelli, Oscar Raúl*
- ¿Es Kelsen el fundador del Derecho Procesal Constitucional? Análisis de un debate contemporáneo. *Ferrer Mac-Gregor, Eduardo*

TEMAS EN DEBATE

- Derechos económicos, sociales y culturales: apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales. *Zúñiga Urbina, Francisco*

MONOGRAFÍAS

- Aproximaciones al contenido esencial del derecho a la participación política. *Boyer Carrera, Janeyri*

DOCUMENTOS

- Discurso de orden en el acto académico de incorporación del doctor Nestor Pedro Sagüés como Doctor *Honoris Causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Eguiguren Praeli, Francisco*
- Discurso de orden en el acto académico de incorporación del profesor Alessandro Pizzorusso como Doctor *Honoris Causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Gonzáles Mantilla, Gorki*

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

NÚMERO 17. JULIO-DICIEMBRE 2007

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental. *Adinolfi, Giulio*
- La democracia como principio constitucional en América Latina. *Bernal Pulido, Carlos*
- Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos. *Demuro, Gianmario*

- Partidos hegemónicos y organización intrapartidaria. Un análisis comparado entre PRI y el Peronismo. *Gallo, Adriana*
- La ilegitimidad de origen del segundo gobierno de Chávez. Caso venezolano. *Méndez la Fuente, José Luís*
- Reflexiones jurídicas sobre el veto al Presupuesto de Egresos. *Nava Escudero, Óscar*
- Reflexiones en torno a la controversia constitucional. *Suárez Camacho, Humberto y Mortera Díaz, Antonio Rodrigo*

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Sobre la (in)constitucionalidad de "reformas constitucionales: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca. *Flores, Imer B.*

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

- Reformas a la Constitución Política en materia de tratados. *Méndez-Silva, Ricardo*
- Ley española para la igualdad de mujeres y hombres. *Soberanes Díez, José María*

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías. La Ley del más débil. *Batista, Fernando*
- Ahumada ruiz, Marian, La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas. *Corzo Sosa, Edgar*
- Gómez montoro, Ángel José, Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación. *Corzo Sosa, Edga*.
- Ojeda velásquez, Jorge, Derecho constitucional penal. *García Ramírez, Sergio*
- Varios autores, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *García Ramírez, Sergio*
- Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. *Zárate Castillo, Arturo*

Cuestiones Constitucionales

Número 18. Enero-Junio 2008

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- El control parlamentario a través de las comisiones de investigación. *Abreu Sacramento, José Pablo*
- La collaborazione fra Stato ed enti territoriali negli Stati composti dell´Unione Europea. *Ceccherini, Eleonora*
- El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas. *Gutiérrez Rivas, Rodrigo*
- La protesta del presidente de la República. ¿Rito o requisito constitucional? *Melgar Adalid, Mario*
- Il *referendum* constituzionale del 2006 e la storia infinita (e incompiuta) delle riforme constituzionali in Italia. *Olivetti, Marco*

- La problemática de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Pérez Pérez, Gabriel*
- La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. *Rangel Hernández, Laura*
- La jerarquía de las normas locales. Una lectura crítica de Eduardo García Máynez. *Vado Grajales, Luis Octavio*

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Crónica jurisprudencial 2006. *Corzo Sosa, Edgar*
- El derecho a usar armas en México: un problema de interpretación constitucional. *Cossío, Díaz, José Ramón*
- VIH y militares (criterios jurisprudenciales de la SCJN). *Silva García, Fernando*

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

- Un nuevo órgano constitucional autónomo. *Carbonell, Miguel*

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Un nuevo órgano constitucional autónomo. *Carbonell, Miguel*
- DIEZ-PICASO, Luis María. Sistema de derechos fundamentales. *Por Anzures Gurría, José Juan*
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. El voto jurisdiccional y mi disenso en el máximo tribunal. *Por: Paredes Montiel, Marat y Soberanes Diez, José*

B. EUROPA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

NÚMERO 80. MAYO-AGOSTO 2007

ESTUDIOS

- La evolución democrática de la defensa nacional. *López Ramón, Fernando*
- Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía. *Carrillo, Marc*
- La incidencia de la reforma de los Estatutos de Autonomía en la financiación autonómica. *Girón Reguera, Emilia*
- La creación de un estado europeo jurisdiccional en los proyectos de paz perpetua. *Valvidares, María*

NOTAS

- Constitución y multiculturalismo. Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. *Ruiz Vieytez, Eduardo*

- Naturaleza y alcance de las declaraciones estatutarias de derechos en España e Italia. *Anguita Susi, Alberto*

JURISPRUDENCIA

- Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2007 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid).
- Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2007

ESTUDIOS CRÍTICOS

- Contratación laboral de los profesores de religión católica por la Administración pública (Comentario a la STC 38/2007, de 15 de febrero). *Llamazares Fernández, Dionisio*
- El control del ejercicio por el gobierno de la facultad de veto presupuestario (Comentario a la STC 233/2006, con consideración de la STC 242/2006). *Marrero García-Rojo, Ángel*
- ANV: Crónica de una impugnación anunciada (Comentario al Auto de la Sala Especial del artículo 16 LOPJ del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2007, y a la STC 112/2007, de 12 de mayo). *Pérez-Moreno Agapito, Miguel*

Crítica de libros

- Proceso penal y doctrina del Tribunal Constitucional. *Tenorio, Pedro*
- Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible. *Arroyo Gil, Antonio*

Reseña bibliográfica

- Noticias de libros

Revista Española de Derecho Constitucional

Número 81. septiembre-diciembre 2007

ESTUDIOS

- La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo). *Fernández Farreres, Germán*
- De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño. *Díez-Picazo, Luis María*
- Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. *Cobreros Mendazona, Edorta*
- De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático. *Rodríguez Ruíz, Blanca y Rubio Marín, Ruth*

NOTAS

- Una reelectura del Dr. Bonham Case y de la aportación del Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review. *Rey Martínez, Fernando*
- El Mercado Libre de las Ideas, de O.W. Holmes. *Bisbal Torres, Marta*

JURISPRUDENCIA

- Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2007 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid).
- Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2007.

ESTUDIOS CRÍTICOS

- El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007. *Vírgala Foruria, Eduardo*
- Votaciones y Grupos Parlamentarios (Comentario a la STC 361/2006, de 18 de diciembre, sobre votación electrónica del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del País Vasco para 2005). *Pardo Falcón, Javier*

CRÍTICA DE LIBROS

- El problema de la vertebración del Estado de España (Del siglo XVIII al siglo XXI). *Balaguer Callejón, Francisco*
- El principio constitucional de igualdad de las nacionalidades en Austria-Hungría. *Arzoz Santisteban, Xabier*

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- Noticias de libros

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

NÚMERO 82. ENERO-ABRIL 2008

ESTUDIOS

- La competencia de los Territorios Históricos del país Vasco en materia de régimen electoral municipal. *Saiz Arnaiz, Alejandro*
- La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de <<urgencia vital>>. *Arruego, Gonzalo*
- ¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania. *Casal, Jesús M.*
- El Tribunal Supremo como mero órgano unificador de doctrina: la posible afectación de su garantía institucional. *García Ruiz, M.ª Pilar*

NOTAS

- Crónica Política y legislativa del año 2007. *Azpitarte Sánchez, Miguel*

- El Informe de 2006 del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española. *Virgala Foruria, Eduardo*

JURISPRUDENCIA

- Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2007 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)
- La doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2007

ESTUDIOS CRÍTICOS

- La natural ultractividad de las normas parlamentarias sobre representación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2007, de 18 de junio. *Ortega Santiago, Carlos*
- La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional (Comentario al ATC 26/2007, de 5 de febrero. *Delgado del Rincón, Luis E.*

CRÍTICA DE LIBROS

- El futuro de la Constitución. *TORRES MURO, Ignacio*
- Para conocer mejor el Constitucionalismo Norteamericano. *Pérez Ayala, Andoni*

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- Notas de libros.

Revista Española de Derecho Constitucional

Número 83, mayo-agosto 2008

ESTUDIOS

- La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas. *Embid Irujo, Antonio*
- El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea. *Balaguer Callejón, Francisco*
- La tolerancia entre los individuos como deber fundamental en el Derecho alemán: consideraciones aplicables al Derecho español. *Roca Fernández, María José*
- El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales. *Serra Cristóbal, Rosario*

NOTAS

- A propósito de la crítica de Germán Fernández Farreres a la STC 247/2007. *Aragón Reyes, Manuel*
- Forma de gobierno y sistemas electorales en Italia. *Groppi, Tania*

- Protección de los datos personales en las comunidades electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre la conservación de datos. *Cubero Marcos, José Ignacio y Aberasturi Gorriño, Unai*

JURISPRUDENCIA

- Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2008 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid).
- La doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008

ESTUDIOS CRÍTICOS

- Tribunal Constitucional y sistema electoral de las Comunidades Autónomas. Una desafortunada jurisprudencia. *Garrorena Morales, Ángel*
- Variaciones sobre las listas de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008). *Biglino Campos, Paloma*
- A vueltas con el derecho de asociación (Comentario a las SSTC 133 y 135/2006, ambas de 27 de abril). *Perales, Ascensión*

CRÍTICA DE LIBROS

- Ius Publicum Europaeum. *Requejo Pagés, Juan Luís*
- El inacabado debate sobre la competencia. *Arroyo Gil, Antonio*
- El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales. *Gómez Lugo, Yolanda*

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- Noticias de libros.

TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

SEGUNDO SEMESTRE. AÑO 2007, NÚMERO 20

ENCUESTA

- ENCUESTA: Derechos Fundamentales. Encuestados: Luis Aguiar de Luque, Luis María Díez-Picazo, Ángel Gómez Montoro, Gregorio Peces-Barba Martínez, Juan José Solozábal Echevarría.

ESTUDIOS

- La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía. *Canosa Usera, Raúl*
- La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *García Roca, Francisco Javier*
- La autonomía privada y los derechos fundamentales: los intereses generales, mandato constitucional. *López Pina, Antonio*

- El transfondo teórico-ideológico de la "libertad civil" y su eficacia. *Ruipérez y Alamillo, Javier*
- Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela "multilevel". *Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario*
- La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *Gavara de Cara, Juan Carlos*
- La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales: forma de estado y derechos fundamentales. *Villaverde Menéndez, Ignacio*
- Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información. *García Guerrero, José Luis*
- ¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario?: (reflexiones sobre el control iusfundamental del Derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea). *Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio*
- Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales. *Queralt Jiménez, Argelia*

NOTAS

- Los derechos fundamentales en la España del siglo XX. *Varela Suanzes, Joaquín*
- Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *Pérez Luño, Antonio Enrique*
- El derecho a un medio ambiente sano: su recnonocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional. *Vernet I Llobet, Jaume y Jaria I Manzano, Jordi*
- Los nuevos Derechos. *Corchete Martín, María José*

PANORÁMICAS SOBRE OTROS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

- Actualidad política y constitucional francesa (2006/2007). *Sánchez Navarro, Ángel J.*
- Las nuevas fronteras de los derechos fundamentales en el ordenamiento italiano: crónica de un lento avance. *Ortega Santiago, Carlos*
- La doctrina de la Drittwirkung der Grudrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Mijangos González, Javier*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ¿Es posible repetir las votaciones parlamentarias?. ¿vota el diputado o el grupo parlamentario? A propósito de la STC 361/2006. *García-Escudero Márquez, Piedad García*
- La no renovación de contrato a los profesores de religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las Iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador): comentario a las SSTC 38/2007 y 128/2007. *Brage Camazano, Joaquín*
- La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006. *Perales, Ascensión Elvira*

RECENSIONES

- Lorenzo Martín Retortillo Baquer, La afirmación de la libertad religiosa en Europa. De guerras de religión a meras cuestiones administrativas. *Barrero Ortega, Abraham*
- Raúl Canosa Usera, El derecho a la integridad personal. *Rodríguez Izquierdo, Miriam*

Es reseña de:

- Juan Carlos Gavara de Cara, Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad. *Giménez Gluck, David*
- Andrés Ollero Tassara, Bioderecho. Entre la vida y la muerte. *Sánchez González, Santiago*
- Ana María Ovejero Puente, Constitución y derecho a la presunción de inocencia. *Rodríguez-Armas, Magdalena Lorenzo*
- Abraham Barrero Ortega, la Libertad religiosa en España. *Vásquez Alonso, Víctor*
- Antonio Magdaleno Alegría, Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho. *Serrano Maillo, Isabel*

TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

PRIMER SEMESTRE. AÑO 2008, NÚMERO 21

ENCUESTA

- Orientación actual del Derecho Constitucional. Encuestados: Luis María Diez-Picazo, Alfonso Fernández Miranda, Ángel Garrorena Morales, Luis López Guerra.

ACTAS DE LA JORNADA SOBRE ORIENTACIÓN Y MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

- Exposiciones introductorias

  Manuel Aragón Reyes, Carlos de Cabo Martín, Pedro Cruz Villalón, Luis María López Guerra, Pablo Lucas Verdú, Francisco Rubio Llorente
- Comisión sobre aspectos históricos, metajurídicos en general y de Derecho Comparado referentes al Derecho Constitucional

  Miguel Martínez Cuadrado, Enrique Álvarez Conde, Ignacio Fernández Sarasola, Alberto Pérez Calvo
- Comisión sobre el Estado Autonómico

  Pedro de Vega, Juan Cano Bueso, José Antonio Portero Molina, Javier Ruipérez y Alamillo
- Comisión sobre la aplicación judicial del Derecho Constitucional

  Manuel Jiménez de Parga i Cabrera, Ángel José Gómez Montoro, Miguel Revenga Sánchez, Pablo Lucas Murillo de la Cueva
- Conclusiones

  Pedro de Vega, Miguel Martínez Cuadrado, Manuel Jiménez de Parga i Cabrera.

ESTUDIOS

- El Derecho Constitucional, entre pretensión normativa y realidad política. *Volkmann, Uwe*
- La teoría y los valores en el Derecho Público: una interpretación. *Loughlin, Martín*
- La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar (1). *Ruipérez y Alamillo, Javier*
- Consideraciones acerca de la enseñanza del Derecho Constitucional y alguna otra cuestión (de paso). *Escobar Roca, Guillermo y Villacorta Mancebo, Luis*
- El Derecho Constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. *Ortega Santiago, Carlos*
- La aplicación judicial del Derecho Constitucional. *Martínez Alarcón, María Luz*
- Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización. *Salvador Martínez, María*

NOTAS

- El Derecho Constitucional y los nuevos modelos de organización política. *Pérez Calvo, Alberto*
- Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional. *Varela Suanzes, Joaquín V.*
- La definición estatutaria de competencias. *Canosa Usera, Raúl*
- Sobre el objeto y el método de la historia constitucional española. *Fernández Sánchez, Ignacio*
- Constitución del pluralismo y método jurídico. *Azpirarte Sánchez, Miguel*
- Mitos y fábulas en la historia del pensamiento constitucional. Especial atención al Estado y a su organización territorial. *Seijas Villadangos, María Esther*

REPERTORIO BIBLIOGRÁFICO

- Repertorio bibliográfico sobre orientación y método del Derecho Constitucional. *Gonzáles-Aurioles, Jorge y Reviriego Picón, Fernando*

Colaboraron en este número

Andruet, Armando

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Director del Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Atienza, Manuel

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Director del postgrado en argumentación jurídica. Ha sido profesor en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Valencia, así como de la Academia Europea de Teoría del Derecho.

Casal, Jesús

Abogado. Doctor en Derecho. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela. Vicepresidente de la Asociación venezolana de Derecho Constitucional.

Carpentier, Elise

Miembro de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional y la Asociación Francesa de Derecho Administrativo. Miembro del panel externo de expertos en Derecho Público de la Universidad Jean Moulin - Lyon 3 (2009-2010).

Fernández Rodríguez, José Julio

Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela

Landa, César

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.

Montero Aroca, Juan

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia desde 1977. Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (a propuesta de las Cortes Valencianas), desde 1989.

Rubio, Marcial

Profesor Principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y de la Academia Peruana de Derecho.

Schulze-Fielitz, Helmuth

Catedrático de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Würzburg.

Taruffo, Michele

Profesor de la *Università degli Studi di Pavia*. Especialista en Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil.

Vega Mere, Yuri

Director Nacional de Asuntos Jurídicos. Presidente del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Consultor Internacional de Naciones Unidas. Ex Asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil.

Se terminó de imprimir, en los talleres
de ***Grández Gráficos*** *S.A.C.*
el mes de septiembre de 2010,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.:(511) 531-4658