

El *ascenso*
de los *principios*
en la práctica
constitucional



Pedro P. Grández C.



Pedro P. Grández Castro

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica
en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú

El ascenso de los
principios en la práctica
constitucional

PALESTRA

Palestra Editores
Lima – 2016



El ascenso de los principios en la práctica constitucional

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

Primera edición de Palestra Editores SAC., enero de 2016

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

- © Pedro P. Grández Castro
- © 2016 Palestra Editores S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 1 - Perú
Telf. (511) 637-8902 / 637-8903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Grández Gráficos SAC
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
Enero de 2016

DIAGRAMACIÓN:

Adriana J. Mallqui Luzquiños

DISEÑO:

Gisela Lumbre Chafloc

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-17758
ISBN: 978-612-4218-44-6

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

*A mis hermanos,
en recuerdo de nuestros días
inolvidables en Huambo*



“Toda Constitución debe contener, (...) de un modo breve y sencillo, la manera cómo los ciudadanos y la sociedad han de cumplir recíprocamente sus respectivos fines; y decimos de un modo breve, ya por la popularidad que es necesario dar a la Carta, lo cual se dificulta recargándola de pormenores que debe ser objeto de leyes secundarias; ya porque de esta manera se preserva más de cualquier violación, supuesto que con más facilidad se quebranta una regla que un principio, y la inviolabilidad del Pacto ha de conservarse a toda costa, por cuanto es el dogma fundamental de la sociedad. Son defectuosas por lo tanto, las Constituciones que desciende a minuciosos detalles, propios de una legislación civil o administrativa, y ajenas del símbolo de fe política.”

*JOSÉ SILVA SANTISTEBAN,
Curso de derecho constitucional, (1874).*

“(...) el ideal estadounidense de gobierno no bajo leyes sino además bajo principios es la más importante contribución de nuestra historia a la teoría política. Otras naciones y culturas se han dado cuenta de esto, y el ideal estadounidense ha sido creciente y auto-conscientemente adoptado e imitado en todos lados.

(...)

Cuando nosotros entendamos mejor a la democracia, veremos que la lectura moral de una constitución política no es antide-mocrática sino, por el contrario, es prácticamente indispensable para la democracia.”

*R. DWORKIN,
Freedom's Law. The Moral Reading of the
American Constitution, (1996)*



Índice

Agradecimientos	11
Introducción	13
El ascenso de los principios y su incidencia en el razonamiento constitucional.....	21
La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar.....	61
Una defensa de la racionalidad limitada de la ponderación: comentarios a las críticas de Gregoire C.N. Webber.....	89
Tribunales kelsenianos y precedente: una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional	103

Razonabilidad y “supervisión” en la ejecución de sentencias constitucionales que protegen derechos fundamentales.....	139
La autodeterminación del Tribunal en la admisión del Recurso de Agravio: anotaciones a un precedente.....	179
Origen de los artículos	211



Agradecimientos

Los trabajos que se recogen en este pequeño volumen han sido presentados y discutidos en diversos espacios donde han recibido valiosos comentarios y aportes de muchas personas a las que quisiera agradecer, aun cuando no logre individualizarlas a todas.

En principio, mi gratitud hacia el grupo de profesores del Área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica, con quienes compartimos nuestros desayunos mensuales de trabajo y discusión. Al profesor César Landa, coordinador del Área, y a los profesores Elena Alvites, Erika García, Abraham Siles, David Lovatón y Luis Huerta. En algunas de estas reuniones hemos contado con la visita de la Magistrada Marianela Ledesma, a quien extendemos nuestra gratitud.

Debido a mi afición por los temas de teoría del derecho y la filosofía, en más de una ocasión he tenido problemas a la hora de “clasificarme”, si como profesor de Derecho Constitucional o de Filosofía del Derecho. Esta vez, sin embargo, la falta de “identidad” clara me ha beneficiado, en la medida que también

me he podido aprovechar de las reuniones —siempre profundas y rigurosas— de los amigos del Área de Filosofía del Derecho de la PUCP. Mi gratitud permanente con el excelente equipo de profesores de dicha área que me han acogido de manera siempre amable y abierta: las profesoras Rocío Villanueva y Betzabe Marciani, al igual que Félix Morales, César Higa y Joel Campos.

Por lo menos uno de los trabajos que se incluyen en este volumen tuvo su origen en una conferencia que preparé para el Primer Encuentro de la “Red Justicia, Derecho, Constitución y Proceso”, gracias a la invitación del profesor Giovanni Priori Posada, a quien quisiera expresar mi gratitud por este y otros varios gestos de amistad y respaldo a proyectos que venimos trabajando en la PUCP.

En mi Alma Máter, mi querida Universidad de San Marcos, el sentido de la vida académica entre profesores casi ha desaparecido en los últimos años. Si no fuera por los estudiantes y sus talleres, coloquios, seminarios y debates, no podríamos hablar en estricto de la Universidad Decana. Son ellos y todo su esfuerzo y talento quienes mantienen viva la Universidad. Con ellos tengo una deuda y compromiso permanente, porque en cada clase o en cada seminario hay una pregunta que me deja pensando el resto de los días. El sentido crítico tan indispensable para descolonizar nuestras mentes solo es posible de alimentar hoy en día en estos espacios.

Quisiera, para finalizar, agradecer a Carlos Quispe y Lucía León, jóvenes estudiantes de la Facultad de Derecho de San Marcos que me han apoyado en la corrección y actualización de la bibliografía. Con los alumnos encontramos sentido a esto que nos gusta tanto a los profesores: sentir que ayudamos a crecer a los demás.

Pueblo Libre, noviembre de 2015

Introducción

-1-

Principio es una palabra con muchos significados. Incluso en este pequeño volumen tiene más de uno, y por tanto exige alguna precisión. En el título, por ejemplo, intento poner de manifiesto la relevancia normativa fundamental que han adquirido hoy los principios, en cuanto vienen recogidos en los textos constitucionales. En cuanto normas directamente aplicables, los principios no siempre han tenido esta connotación. Hasta hace muy poco, los principios a lo más aspiraban ser un conjunto de “pautas” para llenar los defectos o deficiencias de la legislación, que era como decir de las verdaderas normas. Por eso, con el título he querido resaltar ese cambio de actitud frente a los principios, al asumirlos ahora como normas: verdaderas normas fundamentales.

Pero también puede resultar dudoso que esto en verdad sea así. Para ello, bastaría contrastar los textos de la Constitución con lo que sucede en la realidad. La Constitución se refiere, por ejemplo, al principio de igualdad (art. 2.2.) y dispone que nadie será discriminado “por motivo de origen, raza, sexo, idioma,

religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.” Pese a esto, uno de los problemas mayores de nuestra sociedad es la discriminación, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones (se discrimina al chino, al cholo, al negro, al gordo, al feo, al pobre, al que asume opciones “diferentes”, etc).

Este contraste entre la afirmación de que los principios son las normas más importantes y la realidad que parece negarla, es el desafío cultural de nuestras sociedades. De este modo, cuando abogados, juristas, jueces o funcionarios afirman que los principios son las normas fundamentales de nuestro sistema jurídico, hay que asumir en esta afirmación la necesidad de ajustes que exige el sistema jurídico para todas esas conductas y estados de cosas que la contradicen en la realidad. El que la realidad no se corresponda con lo que un sistema jurídico proclama en sus normas de mayor importancia obedece a muchas variables, pero una relevante tiene que ver con nuestras actitudes frente a estos actos. Una ciudadanía vigilante de sus derechos es una condición *sine qua non* para un sistema democrático basado en principios constitucionales fundamentales.

-2-

Los principios son las normas fundamentales, pero hay que hacer más precisiones aun. Con frecuencia, en las propias Constituciones existen principios, unos más relevantes que otros. Una de las cuestiones necesarias que debe esclarecer una teoría general de los principios es precisamente la tipología de los principios y, dentro de ella, una tipología de los principios constitucionales. Esta no es una tarea fácil y tampoco existen tipologías de esta naturaleza en este libro. Siguiendo a algunos autores que han avanzado investigaciones en esta dirección, se puede, sin embargo, trazar algunos lineamientos que considero oportuno hacer ahora.

Entre las varias distinciones que se pueden hacer de los principios constitucionales, una tiene que ver con la distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Esta es una distinción que se reconduce hacia los textos y sus posibilidades

normativas vía interpretación. Algunos de sus enunciados son fuente de normas que no siempre aparecen “visibles” a primera vista o, en otros casos, se trata de significados normativos que se desprenden de un conjunto de enunciados vía argumentación. Se puede afirmar que algunos principios constitucionales se asumen como implícitos cuando: i) son extensiones de principios ya existentes; ii) son manifestaciones o contenidos nuevos de principios reconocidos expresamente; iii) resultan de nuevos argumentos desarrollados en nuevos contextos o también de nuevas valoraciones críticas respecto a otras anteriores; iv) expresan argumentos sólidos para fortalecer posiciones jurídicas asumidas como válidas a partir de un conjunto de normas vigentes en el sistema. A veces, en fin, se denomina principio implícito a una regla extraída de un principio para defender una determinada posición jurídica. En cualquier caso, se trata siempre de construcciones interpretativas.

En algunos casos, los principios implícitos (o los que suelen denominarse así) no son sino un nombre distinto para algo que existe explícitamente. Piénsese, por ejemplo, en el denominado así por el Tribunal Constitucional, principio de interdicción de la arbitrariedad. Dependiendo del contexto, este principio puede expresar un contenido básico del debido proceso o del principio democrático. El Tribunal lo usa con una cierta incidencia retórica para presentar una conducta o acto como proscrito, aunque para ello apela al uso emotivo del lenguaje: “interdicción de la arbitrariedad”.

Otra clasificación aceptada por la doctrina es la que se establece entre principios formales “procedimentales” y sustantivos o materiales. En el *Epílogo* a la teoría de los derechos fundamentales, Alexy esboza un concepto de principio formal que resulta un tanto tautológico, en la medida que viene a sostener que se trata de principios sin contenido. Refiriéndose al principio democrático, señala que “este es un principio formal porque no establece ningún contenido”. Al parecer, lo que quiere expresar es que algunos principios definen competencias o procedimientos de manera definitiva o que no están sujetos a ponderaciones o que “valen más”, pero no está claro a qué

responde esta especial relevancia de los principios formales que, en determinado contexto las convierta en normas no derrotables. Alexy argumenta a favor de un margen de discrecionalidad legislativa en aquellos casos en los que no exista suficiente evidencia sobre la actuación del legislador respecto de las afectaciones o interferencias a un derecho fundamental. Se trataría de casos de incertidumbre sobre si algo está prohibido o no para el legislador con relación a los derechos o principios materiales. En estos casos, la tesis de Alexy, sugerida como aplicación de un principio formal como el de la presunción de la constitucionalidad de los actos legislativos, es que la ley debe prevalecer y el juez no estaría autorizado para declarar su invalidez en el marco de un proceso judicial de control.

Aplicando este mismo razonamiento a otros ámbitos del control constitucional, se abren perspectivas de gran relevancia para los límites al control constitucional en el Estado democrático. Así por ejemplo, si se tratara de analizar si el Consejo Nacional de la Magistratura ha violado o no un derecho fundamental material en el marco de sus funciones, el control solo podría desplegar sus efectos ahí donde no hay duda de las violaciones, mientras que en los espacios de duda o de empates en un esquema de ponderación alexiano, la conclusión a la que debiera arribar el Juez, tendría que ser, aplicando el principio formal que reserva las competencias del CNM, a mantener la decisión cuestionada o declarar el margen de discrecionalidad a favor del órgano que constitucionalmente tiene encomendada una determinada función. Los principios formales tendrían una función de cautelar las competencias que constitucionalmente corresponden a un determinado órgano, de modo que el control constitucional material no termine por avasallar competencias o procedimientos que son la expresión visible del principio del estado de Derecho.

De esto se desprende que los principios formales son enunciados que en la Constitución designan competencias o establecen procedimientos (distribuyendo el poder entre diversos órganos) que no pueden desconocerse en el marco de las ponderaciones a las que conduce de forma inevitable el

modelo de los principios. Destacando sus evidentes ventajas como límites al control material, quedan sin embargo varias preguntas sobre la separación entre principios formales y materiales. Una separación tajante o que presente a los principios formales desconectados de los principios materiales pareciera desdibujar la idea de la democracia constitucional. Esto, porque cada institución y cada procedimiento establecido constitucionalmente tiene, en las constituciones que se fundan en la dignidad humana, un vínculo innegable en la necesidad de protección o garantía de derechos sustantivos o materiales. Aun cuando el conflicto entre principios formales y principios sustantivos resulte inevitable en algún momento, parece necesario mantener esta relación de fundamentación o complemento entre principios formales y sustantivos. Por otro lado, también puede resultar problemática la tesis de la prevalencia en abstracto de los principios formales sobre los principios materiales.

En la práctica, esta prevalencia –declarada ya como problemática por el propio Alexy– podría fácilmente conducir (en contextos de una arraigada cultura autoritaria por parte de los poderes públicos) hacia una práctica judicial complaciente con los titulares de los poderes públicos. De ahí la necesidad de que su prevalencia repose siempre en una irrenunciable práctica de justificación y razonabilidad en su ejercicio por parte de los llamados a ponderarlos o concretarlos.

A nivel de los principios que establecen contenidos, hay todavía necesidad de poner en evidencia una distinción más. Se trata de la distinción que puede establecerse entre principios que recogen auténticos derechos de libertad o que expresan o concretan el principio general de dignidad humana y los otros principios cuyos contenidos, a pesar de ser también de relevancia constitucional (en la medida que vienen recogidos en la Constitución), no alcanzan vínculos directos con la dignidad humana. Ferrajoli ha diferenciado y, más todavía, ha denunciado esta falta de claridad a la hora de establecer las relaciones entre lo que ha llamado derechos de libertad (universales y personalísimos o que realizan la autonomía moral de

las personas) y los derechos de autonomía más bien negociales o patrimoniales, reconocidos a sus titulares respecto de bienes patrimoniales o de capacidades de negociación.

En textos constitucionales en los que, como ocurre con la Constitución peruana de 1993, no existe una separación “geográfica” entre derechos con garantía constitucional privilegiada y otros que no alcanzan tal privilegio, esta distinción conceptual parece relevante. Así por ejemplo, mientras el principio de protección de la familia, el menor o el anciano en situación de abandono se encuentra enunciado en el artículo 4º, en la misma Constitución también se establece el principio de libertad contractual que se encuentra enunciado en el artículo 62º. ¿Qué hace diferentes a estos dos principios constitucionales? Al parecer, solo el objeto de regulación: en el primer caso se trata de las condiciones de vida básicas, en el segundo caso, la libertad contractual se refiere a la capacidad jurídica y sus garantías. Resulta meridiano que la condición de la dignidad se encuentra más directamente comprometida en el primer caso que en el segundo, aun cuando puedan surgir algunos casos en los que la libertad de negociación podría también significar una restricción intolerable de la propia libertad. En todo caso, a primera vista parece que no todos los contenidos de los principios tienen la misma relevancia al menos *prima facie*.

Otros principios constitucionales orientan fines institucionales colectivos de especial relevancia que podrían incluso constituir razones para la propia limitación de la autonomía individual. Este es el caso de la seguridad (art. 2.24), la educación de calidad (art. 14º) o el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (art. 67º). En todos estos casos, los principios constitucionales suponen obligaciones de garantía por parte del Estado, atendiendo a la relevancia social de los fines a los que se orientan estos principios. Esta es la razón por la que la Ley puede imponer cargas para lograr un sistema de calidad en la educación o para establecer garantías a la explotación de los recursos naturales o en el caso de la seguridad pública.

Finalmente, existen en la Constitución, por lo general, en los preámbulos o enmarcando los textos constitucionales, un conjunto de principios que podemos llamar fundacionales o definicionales. Son tales en la medida que fundan o definen la forma del Estado y de la organización estatal. En algunos casos, se trata de auténticos principios formales pero que resultan pilares de la organización estatal. Tal es el caso del principio de división de poderes, el principio de soberanía del pueblo, o la forma republicana de gobierno a que se refiere en artículo 3º y el 43º del texto de 1993. Entre estos principios, hay que destacar también el principio de la garantía jurisdiccional de los derechos (art. 200) o el principio de transparencia y responsabilidad de la función pública (arts. 40º y 41º). Aun cuando sus contenidos suelen presentarse ambiguos, ayudan a construir el principio general del Estado de Derecho como un conjunto de instituciones y derechos que interactúan con un *thelos* que debe armonizarse constantemente.

-3-

No es mi intención presentar, como lo he anunciado ya, una tipología de los principios constitucionales; creo, sin embargo, que es una tarea pendiente de especial relevancia en un contexto en que el Derecho suele verse desde los principios y, dentro de estos, desde los principios constitucionales (que suelen presentarse como el fundamento y punto de partida de todos los demás). En esa constelación de principios, estos han generado también su propia medida. Una investigación que ha tenido enorme repercusión en esta dirección es la elaborada por el profesor brasileño Humberto Ávila, quien en forma inteligente y creativa ha reconstruido el debate en torno a los principios, proponiendo nuevas orientaciones. En su esquema, junto a los principios de corte regulativo, puede hablarse también de metaprincipios o de Pautas específicas en tanto esquemas para aplicar principios. Este sería el caso del principio de proporcionalidad, el de razonabilidad e incluso una de las dimensiones instrumentales de la igualdad.

De este modo, la propia medida de los principios son también otros principios. Dentro de estos *metaprincipios*, quizá haya que destacar especialmente el principio de razonabilidad, más que como medida para los principios, yo diría como una actitud o pauta que acompaña de forma inevitable a los principios. Así como las reglas tienen en el principio de legalidad su medida de aplicación que ordena que debe hacerse estrictamente lo que esté dispuesto en la ley o que solo por ley se habilitan determinadas competencias de los poderes públicos; así también el principio de razonabilidad ordena que ante principios uno debe actuar con el mayor grado de razonabilidad que sea posible en cada contexto.

Así como en la vida práctica suele decirse “gente de principios” a quien actúa con responsabilidad y de manera razonablemente correcta, así también parece orientarse la vida del Estado Constitucional: si hay que vivir bajo principios, hay que aprender a ser razonables.



El ascenso de los principios y su incidencia en el razonamiento constitucional

Sumario: I. Introducción. – I. Tres momentos en el debate sobre los principios. – II. La normatividad de los principios. – III. La identidad de los principios. – IV. Fundamentalidad: el ascenso de los principios. – V. Contextualización: Dos casos en la jurisprudencia reciente. – Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre los principios jurídicos ha sido seguramente el debate más prolífico de los últimos tiempos¹. Una reconstrucción de los últimos años, que inicia con el famoso artículo de Dworkin hacia finales de los años sesenta², muestra por lo

¹ La bibliografía sobre este debate es inabarcable, un buen resumen puede de verse en, GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC, 1998; más recientemente, SIECKMANN, Jan-R. *El Modelo de los Principios del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; AVILA, H. *Teoría de los principios* (Trad. Laura Criado Sánchez). Madrid: Marcial Pons, 2011; LUZZATI, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Traducción de Pau Luque. Madrid: Marcial Pons, 2013; PRIETO, Luis, *Principios y normas. Problemas de razonamiento*, Lima, Palestra, 2013 (Reimpresión de la tercera edición).

² DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio* Trad. de Marta Guastavino, 4ta Reimp. Barcelona: Ariel, 1999, 80-83. 1999, 80-83.

menos tres momentos en los que se ha destacado de manera preferente algún aspecto o foco de atención en el debate.

En un primer momento, la cuestión central del debate se orienta a poner de manifiesto la naturaleza normativa de los principios. Tras la intervención de Dworkin en el debate con Hart, el siguiente punto del debate se centró en establecer la identidad propia de los principios. Se trataba de establecer en qué sentido debía entenderse el carácter normativo de éstos. Lo que suponía, desde luego, poder establecer una distinción (fuerte o débil, pero distinción al fin) respecto del modelo tradicional de normas: las reglas. Finalmente, hay espacio para un tercer momento: se trata del triunfo de los principios como normas fundamentales.

Esta perspectiva muestra, desde nuestro punto de vista, un progresivo ascenso de los principios, que de haber sido considerados como pautas auxiliares para la interpretación de las verdaderas normas del sistema —con discutible status respecto de su normatividad—, pasan a convertirse en lo que son hoy en día: las normas más importantes del sistema jurídico, esto es, indiscutibles normas fundamentales.

Este trabajo se orienta a resaltar, solo con fines analíticos y reconstructivos, estos tres momentos. Hacia el final, me gustaría destacar la presencia de los principios en el razonamiento judicial a partir de un par de casos recientes de la jurisprudencia peruana que nos permitirán reflexionar sobre algunas de las propiedades sustantivas que éstos tienen, así como sobre los riesgos a los que puede conducir su sobre-dimensionamiento, que podría llevarnos a un exceso de ponderaciones que puede poner en peligro el propio prestigio y relevancia que han adquirido hoy en los sistemas jurídicos.

II. TRES MOMENTOS EN EL DEBATE SOBRE LOS PRINCIPIOS

2.1. La normatividad de los principios

En un primer momento, con la intervención de Dworkin, se destaca la normatividad de los principios. Toda la discusión

anterior, en la que la doctrina civil resulta protagonista, solía identificar en los principios un conjunto de pautas residuales en la actividad del jurista, que normalmente solían aparecer en “ausencia de normas”, para llenar vacíos o deficiencias, como aún se recoge en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil Peruano vigente³.

En este contexto, el debate entre Dworkin y Hart vino a reivindicar la normatividad de los principios, al punto de colocar en el centro la necesidad de asumir a los principios como verdaderas normas e incluso como normas de cierre del sistema jurídico, en la medida que, en la argumentación primigenia de Dworkin, venían a llenar todo vacío del Derecho, convirtiéndose en el argumento central a favor de la única respuesta correcta⁴.

Cabe reconocer que en la argumentación de Dworkin aparece la distinción entre reglas y principios con toda su relevancia, no obstante, para la presente reconstrucción, no es ese el punto que me gustaría resaltar. Dworkin está especialmente interesado en demostrar cómo actúan los principios en cuanto estándares para el comportamiento y la regulación de la conducta. Los ejemplos que cita van en esta dirección: lo que diferencia a las reglas de los principios en cuanto estándares normativos es que estos últimos hacen notar su presencia en el razonamiento no de forma categórica o “disyuntiva”, sino más bien de forma gradual o *modulativa*. “Decimos que nuestro derecho —escribe— respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permita que un hombre se beneficie de las injusticias que comete”. En respaldo de esta afirmación, Dworkin propone el caso de la usucapión: “Si penetro reite-

³ Artículo VIII.— Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

⁴ DWORKIN, ob. cit., 65-72.

radamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera...”⁵.

Pero una vez que somos conscientes que los principios están presentes en el sistema jurídico y operan como auténticas normas, incluso con capacidad para desplazar a reglas estrictas e indubitables, como señala Dworkin, “comprobamos que estamos rodeados de ellos”.

Un aspecto que quizá convenga dejar aquí anotado es que, desde Dworkin, la “revelación” de los principios se presenta con todas sus implicancias en los casos difíciles. Más aun, es posible afirmar que una mirada principalista a los casos casi siempre termina por convertirlos de “fáciles” en “difíciles”, de manera que quien solo ve casos fáciles o rutinarios, es probable que esté asumiendo una mirada fragmentaria o incompleta de la vida del Derecho.

La verdadera dimensión del rol del derecho, en cuanto a las obligaciones que impone a ciudadanos y autoridades, no sería completa si no se observa el rol que cumplen los principios, especialmente en la forma del razonamiento de los tribunales. Como escribió Dworkin en su famoso artículo: “un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas”. Dworkin es consciente que en el contexto en el que formula sus planteamientos, la discusión no es clara y hay actitudes frente a los principios que niegan su relevancia jurídica⁶. Al referirse a estas dos formas de contemplar los principios —una que lo asume como verdaderas normas y otra,

⁵ DWORKIN, ob. cit., 76.

⁶ Un dato que resulta ilustrativo es que el propio Hart, incluso admitiendo como “un defecto” de su libro (HART, t, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961) el que los principios sean “tocados solo de pasada”, insiste en su *post críptum* que en realidad los principios, al tratarse de normas con mayor amplitud, generalidad y no especificidad, se configuran como una “variedad de reglas distintas”. Cfr. HART, H. *Post Críptum al concepto del Derecho*, editado por Penélope A. Buloch y Josep Raz, trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, 2000, p. 39

en cambio, que ve en los principios el espacio de la discreción del juez—, Dworkin concluye que sería inaceptable asumir que cuando los jueces, en el famoso caso *Riggs v. Palmer*, decidieron no permitir que el asesino se quedara con parte de la herencia que le dejó su víctima, actuaron en el marco de “su discreción judicial aplicado *ex post facto*”⁷.

Este sería precisamente el error central del positivismo: confundir lo que es una obligación del juez proveniente de los principios en cuanto normas con lo que es el ejercicio legítimo de su discrecionalidad (ejercicio, por lo demás, inevitable en un contexto en el que la interpretación asume un rol preponderante, como ocurre con la concepción del propio Dworkin). No hacen falta por ahora más argumentos para concluir, en este punto, que el foco de la mirada de Dworkin en el marco del debate no es solo (o no es principalmente) la distinción entre reglas y principios. Lo que en verdad resulta relevante, visto ahora en retrospectiva, más allá de la referida distinción, es el haber rescatado el carácter normativo de los principios. El debate sobre la distinción sería por tanto un aspecto secundario que cobra relevancia solo en un segundo momento.

2.2. La identidad de los principios

Sin embargo, no debe olvidarse que incluso en Dworkin esta distinción nunca ha sido del todo clara. Como dejó escrito en su famoso artículo incluido luego en su libro *Taking Rights Seriously*, “en ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma”⁸.

A pesar de estas dificultades, en los años sucesivos, los filósofos del Derecho han centrado su atención en la distinción, al punto de que se puede afirmar que no hay autor relevante que no haya dedicado esfuerzos a esclarecer este asunto. El debate

⁷ DWORKIN, ob. cit., 82.

⁸ DWORKIN, ob. cit., 79.

sobre la identidad de los principios abarca buena parte de los años 80' y 90' del siglo pasado⁹.

Se han identificado hasta tres posturas o actitudes sobre la distinción entre reglas y principios. Una primera postura sostiene que entre reglas y principios existe una distinción disyuntiva o lógica, en la medida en que pueden establecerse diferencias claras o determinantes, ya sea lingüísticas, estructurales o funcionales, entre ambos tipos de normas¹⁰. Una segunda postura sostiene que dicha separación es solo una distinción débil. Se trataría de una distinción de grado y, en algunos casos, ni siquiera sería factible establecer diferencias, en la medida que a partir de un mismo enunciado se pueden extraer respuestas concluyentes o *prima facie*, dependiendo de los contextos y de la naturaleza de los casos. Finalmente, una tercera postura niega cualquier distinción, al punto que una teoría sobre las distinciones jugaría un papel nocivo en la idea misma del derecho, que debe ser comprendida más bien como un sistema de normas vinculantes, esto es, de mandatos definitivos¹¹.

En *Las piezas del Derecho*, Atienza y Ruiz Manero sostienen un punto de vista estructural. Esta estructura diferente se

⁹ Para una revisión de las concepciones de Dworkin y Alexy puede verse, GARCÍA FIGUEROA, ob. cit., 1998.

¹⁰ AARNIO, Aulis. "Reglas y principios en el razonamiento jurídico". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, número 4, p. 593 y ss . Un buen resumen de estas dos posturas, con literatura sobre todo en lengua alemana, puede consultarse también en PORTO-CARRERO, J. "Sobre la distinción entre reglas y principios". En: AA.VV. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, 103 y ss.

¹¹ Sobre estas posturas en el debate alemán, Cfr. SIECKMANN, op. cit., 174-175. En el ámbito de los principios constitucionales, una postura que parece negar la distinción es la de Ferrajoli, para quien los derechos constitucionales son reglas que expresan mandatos definitivos y que, si se ponderan, no es porque sean "mandatos optimizables", sino porque los supuestos de hecho son variados. La ponderación no incide de este modo en el ámbito de la estructura normativa, sino en todo caso en la necesidad de valoraciones respecto de los supuestos de hecho. Cfr. FERRAJOLI 2014, 193 y ss.

mostraría a la hora de encarar los casos: mientras que los principios configuran el caso de forma abierta, las reglas lo harían de forma cerrada, con lo cual “mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”. De este modo, la distinción entre reglas y principios se traslada a su capacidad para responder a los casos: en las reglas, con un mayor grado de determinación y, por tanto, con un margen menor de discrecionalidad; en los principios, en cambio, el tipo de indeterminación sería “más radical”, por tanto —contra las tesis centrales de Dworkin en este punto— la discreción sería mayor¹².

La propuesta de Alexy, que es seguramente el autor que mayores resultados ha logrado a partir de las observaciones realizadas por Dworkin, entiende que el “núcleo” de la distinción entre *reglas* y *principios* se sitúa en la forma en que exigen ser cumplidos: mientras las reglas exigen cumplimiento pleno, los principios exigen ser “optimizados”. De este modo, la distinción es también categórica, pero no por algo que sea observable en la formulación de los enunciados, sino más bien por la forma en que interactúan con los casos. Mientras que las reglas ordenan algo en forma definitiva, los principios aceptan grados de su cumplimiento en cuanto “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos gradualmente y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.”¹³

La separación fuerte entre reglas y principios lleva, en el caso de Alexy, a establecer también una separación disyuntiva entre dos modelos de razonamiento. Mientras las reglas se aplican mediante silogismos subsuntivos, los principios exigirán

¹² ATIENZA y RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ta. Reimp. Barcelona: Ariel, 2007, p. 31.

¹³ ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número, 05 (1988). ISSN 0214-8876, pp. 139-151.

ser optimizados mediante el mecanismo de la ponderación¹⁴. De este modo, Alexy defiende una conexión necesaria entre teoría de los principios y ponderación¹⁵. La medida de los principios sería, de este modo, el test de proporcionalidad estructurado en tres sub test (adecuación, necesidad y ponderación) que permitirían por fin establecer relaciones de prelación o jerarquía entre principios en conflicto de forma “correcta” para cada caso.

Esta tesis, aun cuando pueda parecer persuasiva a primera vista, presenta sin embargo aporías e inconsistencias que la convierten en una tesis discutible. Se puede argumentar en contra, primero, a partir de la experiencia de la jurisprudencia, que muestra que la ponderación se ha desarrollado con independencia de una teoría de los principios¹⁶. Por otro lado, es también discutible su consistencia teórica, en la medida que no es en la tipología de las normas donde haya que ubicar la naturaleza convergente de las expectativas de una sociedad que comparte finalidades, valores y proyectos de vida diferentes.

Como ha escrito un crítico de la ponderación en el ámbito del derecho norteamericano, al parecer, lo que nos lleva a considerar la ponderación como inevitable es una cierta concepción compartida “de que el derecho constitucional es un campo de batalla en el que se libran intereses y de su supuesta

¹⁴ ALEXY, “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en: Montealegra, Eduardo, Bautista, Nathalia y Vergara, Luis Felipe [Comp.]. *La ponderación en el Derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho Alemán*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014[2003], p. 39.

¹⁵ La presentación de estas tesis ha sido constante en los escritos de Alexy, desde su *Teoría de los derechos fundamentales*. Cito aquí uno de sus trabajos más recientes, ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, número 91, p. 11.

¹⁶ Una excelente presentación en este sentido, que permite reconstruir la historia de la ponderación en la práctica de la Corte Suprema de los EE.UU., puede verse en: ALEINIKOFF 1987. Existe traducción al castellano ALEINIKOFF, A. *El derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores, 2010.

habilidad para identificar y otorgar un valor a esos intereses”¹⁷. Esto muestra, por otro lado, como lo ha hecho notar el mismo autor, que es posible un mundo sin ponderación, aun cuando al parecer no es posible contemplar el mundo del Derecho sin principios¹⁸. No es este el lugar para exigirle más cuentas a la teoría de los principios que Alexy ha desprendido de los debates de Dworkin con los positivistas: debemos regresar a explorar el otro grupo de autores que asumen una distinción no categórica, sino más bien de grado y más sutil, entre reglas y principios.

En este grupo de autores, no está clara la separación entre quienes aceptan realmente una distinción incluso leve o de “estilo” —como lo ha sostenido Ferrajoli en un debate más reciente¹⁹— y quienes realmente niegan la existencia de la distinción incluso a un nivel “débil”. El propio Ferrajoli, en el debate aludido, luego de afirmar que la distinción resaltaría cierto “énfasis retórico” al atribuir cierto protagonismo a los principios en el actual contexto de las democracias constitucionales; luego sin embargo, al responder a sus críticos en el mismo volumen, pareciera negar la inexistencia de posibles distinciones, asumiendo, más bien, una tesis asimilacionista de los principios al interior del mundo de las reglas: “mi noción de regla, escribe, es mucho más extensa que la utilizada en el léxico principalista, —según ha sostenido—”. Tan extensiva es, que también los principios que enuncian derechos fundamentales son para el autor de *Principia iuris*, reglas o normas “regulativas”²⁰.

¹⁷ ALENIKOFF, ob. cit., p. 25.

¹⁸ El argumento de Aleinikoff es, en este punto, empírico. Antes de mediados del siglo XX, cuando surgen los llamados de la Corte Suprema a la ponderación, la Corte ya había decidido muchos casos conjugando intereses o valores en juego sin hacer referencia a la ponderación. Razones, políticas institucionales (a nivel judicial) y académicas, explicarían el auge y desarrollo posterior de la ponderación. Cfr. ALENIKOFF, ob. cit., p. 32.

¹⁹ FERRAJOLI 2011, 39

²⁰ FERRAJOLI 2011, 349.

Por su parte, Aulis Aarnio considera problemática la distinción. Pues a decir del mismo, la distinción se desvanece toda vez que tanto reglas como principios son entidades lingüísticas con una alta carga de indeterminación. Siendo esto así, no sería posible establecer qué grado de indeterminación convierte a una regla en principio o viceversa: cuánta precisión se requiere para que un enunciado sea reconocido como una regla y no como un principio. De todos modos, si se quisiera establecer algún nivel de diferenciación, este tendría que ubicarse en el ámbito de su funcionamiento en el razonamiento jurídico. En tal sentido, concluye: “1. Sólo las reglas pertenecen al área de la *lógica deóntica*, mientras que los principios se emplean de acuerdo con la *lógica de la preferencia*. 2. Las reglas jurídicas son objeto de *interpretación*, los principios jurídicos lo son de *ponderación*.²¹”

Aarnio concluye que tanto la separación fuerte como la débil resultan problemáticas. Así pasa respecto de la tesis de la separación fuerte, debido a que a nivel estructural no es posible establecer los límites de la distinción; y, por otro lado, con la tesis de la separación débil, en la medida que es manifiesto que en muchos casos un mismo enunciado puede actuar como regla o como principio dependiendo de los contextos y de los procesos de interpretación.

Luis Prieto parece mejorar esta perspectiva. Restando relevancia a la distinción lógica o estructural entre reglas y principios, Prieto también sostiene que “bajo el nombre de principios no se esconde una clase (particular) de normas, sino

²¹ AARNIO, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 4, p. , 598. Esta “distinción” que aparece en principio como una pequeña concesión que hace Aarnio al enfoque de las distinciones se parece mucho a la formulación que realiza Zagrebelsky, en el sentido de que mientras que las reglas se “aplican”, a los principios “se les presta adhesión”. Sobre esta distinción volveremos más adelante a propósito de analizar la fundamentalidad de los principios en cuanto enunciados que encarnan los valores más importantes de un sistema constitucional.

un tipo de argumentación”²². De manera que no se trata de establecer una suerte de falso dilema, en el sentido de que toda norma deba ser catalogada o como principio o como regla, o que las únicas formas de aplicación de las normas tengan que ser o la subsunción o la ponderación. A veces también las reglas se ponderan²³ y a veces los principios también se aplican bajo formas del todo o nada. Más todavía, contra la opinión mayoritaria en este punto, García Figueroa ha reunido argumentos sugerentes para sostener que en el fondo, la distinción resultaría disfuncional al propio modelo del Estado Constitucional que intenta describir. Se incurría en la paradoja del *principialista formalista* si se insiste en mantener la distinción fuerte entre reglas y principios (yo diría cualquier distinción), en la medida que conduce a mirar el espacio de las reglas “descontaminado” del efecto impregnación de los principios que es lo que cualquier constitucionalista principalista propugnaría desde una concepción normativa de constitución²⁴.

Esto muestra que, todos los esfuerzos desembocan, en un punto en el que no es posible reunir todas las propiedades que logran individualizar las características exclusivas y excluyentes de las reglas, como tampoco es posible hacer lo mismo con los principios. Lo que es meridiano, en cualquier caso, es que los principios abren un horizonte no explorado en la dimensión del derecho visto solo como un conjunto de reglas. Su naturaleza *derrotable*, por otro lado, muestra a los principios en su faz discursiva, como una dimensión del derecho que permite conectar al sistema jurídico con la razón práctica haciendo posible las convergencias de mundos diversos y, de este modo, permitiendo hacer más visible la perspectiva argumentativa en el Derecho²⁵. Podría incluso afirmarse *prima facie* en esta

²² PRIETO SANCHÍS 2013, 149.

²³ GARCÍA FIGUEROA *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 133 y ss.

²⁴ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, ob. cit., p. 143

²⁵ Sobre el enfoque argumentativo del Derecho, véase DWORKIN, Ronald,

dirección, que los principios fomentan las exigencias de un mayor grado de justificación al momento de la aplicación del Derecho, con lo cual, podríamos estar de acuerdo, en algún sentido, con la propuesta de García Figueroa quien, en un tono un tanto irónico, se ha preguntado si en verdad es posible hablar de reglas en un sistema en el que reinan los principios²⁶. El razonamiento jurídico estaría aquí orientado a la concreción de las reglas que pueden extraerse del enjambre de principios.

Desde luego, no es mi propósito realizar una exploración en detalle de todas las teorías y esquemas que se han ensayado para resaltar la distinción entre reglas y principios. Es probable que todos esos esfuerzos teóricos hayan resaltado algún aspecto válido de la diferenciación, aun cuando visto desde otra perspectiva resulten siempre superables. De ahí que se pueda concluir, en este punto, que quizá la diferencia entre reglas y principios es solo un pretexto o, más bien, una manifestación de las distintas actitudes frente al Derecho y sus intersticios, de modo que lo que en verdad existe es una diferencia no de enunciados, sino de concepciones a la hora de asumir el trabajo con el derecho en el contexto de una sociedad abierta y plural.

Sea como fuere, conviene también resaltar la enorme relevancia de este debate y de las distinciones entre reglas y principios en el ámbito del Derecho Constitucional. Aquí no se trata en rigor de distinciones morfológicas ni funcionales, sino más bien sintomáticas de un cambio de época: los principios expresan para el derecho constitucional la pluralidad de valores y la necesidad de acuerdos mínimos en el ámbito de lo consti-

El imperio de la Justicia. Barcelona: Gedisa, 1988; también ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica.* México: UNAM, 2005.

²⁶ Según escribe este autor al sustentar su respuesta en sentido negativo a la pregunta si en verdad existen las reglas como normas definitivas en un Estado Constitucional: “Si nos tomamos en serio la constitucionalización del Derecho y el efecto de irradiación de la Constitución, entonces la distinción entre principios y reglas pierde (al menos en su versión fuerte) buena parte de su sentido”. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, ob. cit., p. 145

tucionalmente posible²⁷. Por otro lado, los principios expresan también la necesidad de redimensionar el papel del propio derecho constitucional respecto del derecho ordinario que debe verse impregnado a través de los principios constitucionales. Finalmente, y no menos importante, el reconocimiento de los principios supone también la necesidad de replegar, cuando no desplazar, los métodos tradicionales de interpretación que resultan insuficientes (e incluso disfuncionales) para interpretar la Constitución²⁸.

23. Fundamentalidad: el ascenso de los principios

El triunfo del Estado Constitucional sobre su antecesor, el Estado Legislativo, ha sido celebrado en Europa como la transformación más relevante operada en la segunda mitad del siglo XX²⁹. Sin embargo, en esencia, esta transformación —como lo ha hecho notar de manera sutil Ronald Dworkin— no es otra que el triunfo, a nivel global, del constitucionalismo de los principios inaugurado con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica:

“...el ideal estadounidense de gobierno no bajo leyes sino además bajo principios es la más importante contribución de nuestra historia a la teoría política. Otras naciones y culturas se han dado cuenta de esto, y el ideal estadounidense ha sido creciente y auto-conscientemente adoptado e imitado en todos lados”³⁰.

²⁷ De este modo, expresaba Alexy, el espacio para la actuación de la justicia constitucional y los márgenes de actuación de la legislación. Cfr. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004, 224 pp.

²⁸ ZAGREBELSKY *La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta, 2014, pp. 180 y ss. También BARROSO 2004, 198 y ss.

²⁹ Un verdadero “cambio genético”, según la expresión de Zagrebelsky (ZAGREBELSKY 1995, 2005, p.33). También Alexy asume la distinción entre legalismo y constitucionalismo como dos paradigmas o “concepciones básicas” de los sistemas jurídicos contemporáneos. Cfr. ALEXY ob. cit., 2004, 159 y ss.

³⁰ Cfr. DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majorita-

En el caso europeo, el constitucionalismo de los principios significó al mismo tiempo el ascenso de los principios a un nivel donde nunca antes habían llegado. Tras las dos guerras del siglo XX, los europeos no querían insistir más en la primacía de la legislación y entonces asumieron la fórmula de una Constitución basada en la dignidad y otros principios universales. Los derechos fundamentales hicieron su ascenso a las constituciones y, con ello, el triunfo de los principios se había también concretado en el viejo continente. En un escenario tal, las distinciones entre reglas y principios son también —en alguna manera— una relación de sujeción, en la medida que la validez de las reglas dependerá de su adecuación a los principios constitucionales.

El entonces presidente de la Corte Constitucional Italiana lo expresaría con elocuencia aun a riesgo de parecer poco riguroso: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”; con lo cual, la distinción entre reglas y principios supondría “a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley”³¹.

A pesar de que no sea del todo exacta esta separación entre Ley y Constitución a partir de la estructura de sus enunciados, sí es verdad la superioridad normativa y con ello la subordinación de la ley a los principios. Los principios son el fundamento o la razón subyacente a las reglas, de modo que, en muchos casos en los que se discute la validez constitucional de las reglas, se trata con frecuencia de esta subordinación de la ley a los principios que hoy la juzgan desde un estrado más elevado. Si bien se puede afirmar que las distinciones nunca han sido del todo claras —en la medida en que no es a nivel de los enunciados donde haya que encontrarlas, debido a que el fenómeno

rian Premise”, en: DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

³¹ Cfr. ZAGREBELSKY 2005, 110.

normativo es al final una cuestión de interpretación³² o que la distinción, por lo que fuera, haya devenido ahora en “poco relevante”³³ — lo cierto es, sin embargo, que esta irrelevancia de la distinción no opaca el gran protagonismo que han asumido los principios en el estado constitucional de derecho.

La Constitucionalización de los derechos fundamentales en las constituciones de posguerra en Europa ha ayudado a este proceso. La teoría hoy dominante suele considerar a los derechos como un conjunto de principios que merecen el más alto grado de protección jurídica y exigen al mismo tiempo máxima eficacia en el sistema de fuentes. Como bien ha descrito Alexy, los derechos fundamentales expresan en grado máximo su superioridad como derecho y constituyen parámetros de validez también para la ley. Su máxima eficacia, por otro lado, les otorga capacidad para enervar o proscribir cualquier contenido del derecho infraconstitucional que se les oponga, poniendo de manifiesto la importancia de su objeto de regulación³⁴.

Desde una perspectiva incluso escéptica respecto del fenómeno de la principalización de los sistemas jurídicos, Guastini ha escrito “describiendo” a los principios como normas que poseen dos caracteres relevantes: se trataría de normas *fundamentales e indeterminadas* a la vez. Fundamentales en dos sentidos: por un lado, fundamentan el resto del sistema jurídico y a su vez, como normas del más alto grado jerárquico, ya no requieren ser fundamentadas, en cuanto constituyen las “razones últimas” del sistema jurídico³⁵.

³² ÁVILA HUMBERTO, op. cit., p. 63.

³³ PRIETO, Luis. “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2011, num. 34, p. 238.

³⁴ ALEXY, R. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. En: Carbonell, Miguel [Ed.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. , 31-48.

³⁵ GUASTINI Riccardo. *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, pp. 173-ss.

Este entusiasmo y a la vez, la convergencia de teorías normalmente disímiles sobre la teoría del derecho y sobre la relevancia actual de los principios, no es solo un asunto que concierne al mundo del Derecho. Del *principialismo* se viene hablando en el campo de la medicina desde hace ya algunas décadas. Asumida como una metodología para la solución de casos complejos en el ámbito médico y que comprometen decisiones éticas fundamentales, los médicos han explorado a los principios como grandes pautas para soluciones particulares, en la medida en que sean usados bajo pautas de razonabilidad y prudencia.

En un trabajo pionero, Beauchamp y Childress (1979)³⁶ expusieron cuatro grandes principios (Autonomía, No maleficencia, Beneficencia y Justicia) que deben orientar moralmente las decisiones médicas en casos de alta incidencia ética. Dichos principios, al ser generales y abstractos, exigen concreciones en caso de conflicto entre ellos, para lo cual resulta irrenunciable una metodología propia de la razón práctica como es la ponderación.

El Derecho habría también sido notificado sobre la necesidad de identificar los grandes principios que lo gobiernan. Dworkin ya hablaba de los principios básicos del modelo de democracia liberal: autonomía, igualdad y máxima libertad, a la que ha unido un principio de armonización que ha denominado el principio de integridad³⁷. Bajo estos principios, el papel del intérprete se orientaría a demostrar qué construcciones o alternativas interpretativas, asumidas como “lecturas morales” de nuestros derechos, resultan más poderosas en la medida que nos otorgan un mayor grado de autonomía de libertad o de igualdad³⁸.

³⁶ BEAUCHAMP y CHILDRESS (2002 [1979]): *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson..

³⁷ Cfr. DWORKIN 2014, 321 y ss.

³⁸ DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en: DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 16.

a. Los principios y la “ley de la ventaja”: los principios como normas “reaccionales”

En un trabajo memorable, Genaro Carrió presentó la imagen de las distinciones entre reglas y principios apoyándose en un modelo de normas que denominó “un modelo no jurídico”. A partir de las reglas del fútbol, proyectó la imagen de las normas de una manera didáctica: mientras la regla del *penalti* contenida hoy en la regla 14º de fútbol conforme al reglamento de la FIFA sería un modelo de reglas específicas; el fútbol, como el derecho, mantiene otro tipo de *estándares* como el de la Ley de la ventaja en el que Carrió encontró por lo menos cuatro notas saltantes: i) versan sobre la aplicación de otras reglas, en este sentido, según anotó, se la puede considerar “una regla de segundo grado”; ii) se dirige primordialmente a los árbitros, o a quienes hacen sus veces, y no a los jugadores en cuanto tales...”; iii) sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas de primer grado, incluso para justificar la actitud del árbitro cuando no aplica de modo estricto las reglas que quedan exceptuadas; iv) presentan cierto grado de “indiferencia de contenido”³⁹.

Se trata, desde nuestro punto de vista, de anotaciones especialmente relevantes a la luz del recorrido que han tenido los principios. Aun cuando haya que adecuar algunas expresiones, recoge con magnífica claridad la dimensión actual de los principios en los sistemas jurídicos constitucionalizados. Desde luego, no podemos hoy afirmar que los principios puedan ser tratados como “normas de segundo grado”, en cambio, es claro que se trata de normas sobre normas o, si se quiere, de auténticos parámetros para la validez de las reglas.

Tampoco podemos decir que los principios no estén dirigidos a los jugadores (si trasladamos el parangón, diremos a los ciudadanos), pero es claro también que los principios

³⁹ Cfr. CARRIÓN Genaro. “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 5ta edición, 2011[1970].

requieren de un árbitro o un intermediario que permita revelar las reglas que son posibles de justificar a su amparo. Esta nota característica de la “ley de la ventaja” resulta especialmente aprovechable, pues al igual que ésta, también en los principios juegan un rol preponderante las valoraciones de los hechos y de las normas que deben respetarse o no en un contexto determinado y con limitaciones de observación y una serie de interferencias. Cuando tratamos con principios, más que la formulación enunciativa del estándar (al margen de la forma cómo venga expresada en cuanto disposición, como regla o como principio, con menos o con más indeterminación), lo que en verdad resulta especialmente importante es el grado de identidad o adhesión que estos logran con quien tiene poder y competencias para definir los resultados.

Así como en la jugada peligrosa el jugador avanza o se detiene dependiendo de lo que ordene el árbitro, también en la valoración de los principios la jugada avanza hacia las posibilidades del gol o se detiene, dependiendo de lo que dispongan los juicios “evaluativos” de los árbitros. En muchos casos, esos árbitros son los jueces, o también el legislador, cuando se trata de los debates en los foros parlamentarios.

De este modo, como en la jugada peligrosa, los principios requieren de un dato de la realidad para reaccionar como normas, sin la jugada y sus contextos, los principios son solo formulaciones bondadosas, “bienes jurídicos” o mejor aún, “valores objetivos del ordenamiento jurídico” que deben poder concretarse en la vida cotidiana mediante interpretaciones o mejor, mediante “concreciones”⁴⁰.

De este modo, podemos decir que los principios son, como sostenía Zagrebelsky, *normas reaccionales*, en la medida que su dimensión normativa solo aparece frente a los casos concretos: A las reglas se obedece y por eso es importante que sean claras y determinantes de la conducta, sostenía este autor, en cambio

⁴⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, G. 2012, 220-230.

a los principios se les presta adhesión y por ello el constitucionalismo requiere de la mirada del participante⁴¹.

b. Convergencias: positivistas y no positivistas en el Estado Constitucional

La Constitucionalización de los principios ha replanteado también el debate entre positivistas y no positivistas. Dworkin obligó con sus críticas, a que en el seno mismo del positivismo se abrieran posturas internas que a la larga han debilitado la unidad de las tesis positivistas (*divide et vince*)⁴². Este debate parece hoy centrarse precisamente en la identificación y el papel que corresponde a los principios en el Derecho Constitucional. El número 34 de la prestigiosa revista Doxa, recoge lo que podríamos llamar la última versión de este debate, al menos en la perspectiva de Europa continental⁴³.

La discusión se abre con la presentación de una nueva versión del constitucionalismo que Ferrajoli denomina “constitucionalismo garantista” frente al que llama en el mismo texto, “constitucionalismo principialista”⁴⁴. Es llamativo que en la identificación de las concepciones de constitucionalismo aparezca precisamente la concepción sobre los principios en la definición del Derecho. El debate ha continuado luego en distintos espacios, yo mismo he editado un volumen recogiendo algunos de los argumentos centrales de este debate, esta vez entre Juan Ruiz Manero y Ferrajoli⁴⁵.

⁴¹ “Puesto que carecen de supuesto de hecho, a los principios, a diferencia de las reglas, solo se les puede dar algún significado operativo, haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos, y solo en los casos concretos se puede entender su alcance”. Cfr. ZAGREBELSKY, 2005, 111.

⁴² Cfr. ESCUDERO ALDAY, Rafael 2004.

⁴³ Cfr. Doxa, N.º 34, 2011.

⁴⁴ FERRAJOLI 2011, 15-53.

⁴⁵ Cfr. FERRAJOLI y RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra, 2014, 355 pp.

El escenario en el que se desarrolló esta nueva etapa del debate entre positivistas y no positivistas, no puede desatender el rol preponderante que cumplen los principios en cuanto normas fundamentales que expresan los elementos más valiosos en la conformación del Estado Constitucional. Esto no solo porque también es hoy un tópico compartido la afirmación según la cual las Constituciones contienen normas directamente aplicables y, por tanto, capaces de imponerse como tales frente a cualquier tipo de incompatibilidad con el resto de fuentes del sistema jurídico; sino además, porque si algo caracteriza a las Constituciones de nuestro tiempo es, precisamente, su vocación de convertirse en límites infranqueables al poder, venga del orden público o de los poderes fácticos del mercado, los lobbies, la iglesia o los grupos de poder. En consecuencia, detrás de la discusión sobre la estructura de las normas constituciones no solo está su caracterización como normas más genéricas o que solo constituyen el marco de actuación de los poderes constituidos y/o dispersos de la sociedad en su conjunto; sino sobre todo, su capacidad de actuar y concretarse como verdaderas normas capaces de poner ese límite y constituirse como auténticas normas vinculantes.

Esta es precisamente la premisa que, creo, comparten los profesores Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero de este exquisito debate sobre los principios constitucionales. En ambos, las Constituciones son (deben ser) asumidas como la norma capaz de convertirse en parámetro de validez del resto del Derecho que emana de las distintas fuentes (incluso de aquellas fuentes extra estatales como los contratos privados basados en la otrora sagrada “autonomía de la voluntad”). No obstante, este inicial acuerdo empieza a diluirse en cuanto las normas constitucionales inician su recorrido hacia su concretización. Aparecen así en este debate dos concepciones sobre los derechos, sobre los límites a los derechos, incluso dos actitudes: una quizás más porfiada y conforme con el estilo de los principios, otra más precavida o desconfiada sobre las zonas de discrecionalidad judicial que cree se incrementan sin controles en un mundo de los principios, filósofos y jueces que actuarían inventando principios *ad infinitum*.

Aun cuando no puedo comprometerme con una metodología descriptiva sobre enunciados acerca de los principios en el Derecho Constitucional —inevitablemente comprometidos con la política, la justicia y la moral— quizá como ninguna otra especialidad del Derecho, trataré en esta breve presentación de recoger algunos de los elementos centrales del diálogo de estos dos grandes juristas que han puesto en evidencia, no solo la necesidad de reexaminar constantemente nuestras convicciones sobre algunos postulados jurídicos, con frecuencia tomados muy a la ligera por juristas y prácticos del Derecho, a partir de su popularidad o repetición acrítica en un determinado contexto; sino también, asumir algunas de las precauciones de las que nos advierten ambos juristas a la hora de admitir los logros del debate: la respuesta más razonable no aparece en las tesis sino en la síntesis y esa es quizás la virtud de todo diálogo racional cuando es asumido en serio y respetando algunas pautas básicas de la discusión crítica, como en efecto ha ocurrido en esta oportunidad.

Creo que el diálogo ha permitido claridad y acuerdos sobre los aspectos centrales respecto de los cuales ambos autores disienten, por otro lado, ha permitido también un acercamiento, quizás el único posible dadas las premisas conceptuales de ambos, respecto de la necesidad de que la disociación inicial entre principios y reglas, necesaria en el debate contra el positivismo emprendida por los no positivistas desde Dworkin, hoy sin embargo, (esta sería admito, una lectura principalista) carente de propósito, en la medida que una cabal comprensión del sistema jurídico, requiere tanto de las reglas como de los principios actuando no en forma separada sino conjunta y permanente, pues un modelo puro de reglas sería un sistema sin justificación moral racional, mientras que un sistema puro de principios sería un sistema abierto a la anarquía de los intérpretes⁴⁶. Veamos primero los términos de los acuerdos sobre el disenso.

⁴⁶ Me sirvo de la conclusión a la que llega Mauro Barberis en su magnífico Manual de Teoría del Derecho. Cfr. BARBERIS, M. *Introducción al Estudio del Derecho*. Lima: Palestra, 2014, 260 pp.

i. Acuerdos sobre los desacuerdos

En primer lugar, este debate ha permitido que ambos contendientes admitan que uno de los puntos neurálgicos a la hora de identificar las diferencias entre lo que ambos han convenido en llamar *constitucionalismo principalista* o *argumentativo* frente a lo que también ambos reconocen como *constitucionalismo garantista* o *positivista*; se ubica en la descripción o identificación fisonómica de las normas constitucionales: para los primeros una distinción entre reglas y principios en su estructura, dejando la denominación de principios en sentido estricto para la mayor parte de los derechos fundamentales que se recogen en la Constitución. Ferrajoli en cambio ha propuesto como una distinción “mucho más estructural” no tanto la que existe entre reglas y principios, sino más bien entre *principios regulativos* (en los que convergen reglas y principios y por tanto la regulación de los derechos fundamentales) y *principios directivos* o directrices (*policies*) en la denominación originaria de Dworkin.

Mientras en la distinción estándar de Atienza y Ruiz Manero (aunque también en sentido muy similar Alexy y Zagrebelsky⁴⁷), la distinción entre regla y principio se ubica fundamentalmente en la distinta configuración del predicado fáctico, esto es, de la parte descriptiva del enunciado normativo: indeterminado en el caso de los principios, más preciso y en consecuencia “aplicable” sin necesidad de ponderaciones, para el caso de las reglas; en Ferrajoli no hay más que una diferencia de estilo y, en consecuencia, tanto reglas como principios son configurables respecto de

⁴⁷ Es de resaltar que Zagrebelsky ha mantenido una posición principalista centrando su atención no tanto en la estructura de las normas sino más bien en su funcionamiento frente a los casos. Así uno de los aspectos que destaca el jurista italiano es que los principios, a diferencia de las reglas sería un tipo de enunciado en el que no es posible identificar el supuesto de hecho al que debe aplicarse. “Su radio de acción es ilimitada” ha escrito refiriéndose a los principios, en la medida que, incluso cuando se logra configurar un supuesto de hecho al que haya de aplicar sus consecuencias, éstas aparecen solo como indicación en sentido genérico o como una “orientación” que no es concluyente. Cfr. ZAGREBELSKY, 2012, 224.

“su observancia o de su violación”, por lo que para ambos casos resulta aplicable el concepto de regla. Las directrices en cambio se diferencian de las reglas en la medida que en cuanto normas, “no son configurables actuaciones o violaciones específicas consistentes en comportamientos determinados”⁴⁸.

En segundo lugar, los desacuerdos también se ubican en la diferente actitud sobre la indeterminación de los principios. En verdad este parece ser un desacuerdo genuino que ambos, no obstante admiten, y que solo puede ser validado con las diferentes bases conceptuales o teóricas que albergan sus respectivas actitudes. Para Ruiz Manero, la indeterminación de los principios es el precio del pluralismo de la sociedad del Estado Constitucional, la necesidad de perdurabilidad e incluso podríamos decir, la mayor cobertura y proyección de los derechos que, de este modo, al no venir delimitados en abstracto, dejan abierta la posibilidad de que sean los “vivos” y no los “muertos”, quienes dirijan la vida constitucional del futuro. De este modo, la actitud del profesor de Alicante, frente a la imprecisión de los principios podríamos decir que es, en cierto sentido, de resignación pero también de esperanza y optimismo. Ferrajoli en cambio ve en los principios solo una variante de las reglas en la que cuando se trata de los derechos fundamentales destaca en todo caso su “énfasis retórico” y su “indudable relevancia política”, pero más allá de ello, cualquier contraposición con las reglas, pondría en riesgo el carácter normativo de los mismos dejando en manos de filósofos, jueces y legisladores, la delimitación del contenido normativo de las constituciones, por lo que los principios concebidos como normas no aplicables sino como objetos de ponderación, constituyen en verdad un peligro para la vigencia y efectividad de los derechos que deben asumirse como reglas absolutas.

Como corolario de lo anterior o quizá más bien como premisa, este debate también ha puesto en evidencia y, en

⁴⁸ Cfr. FERRAJOLI, “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 36, 2013, p. 559.

consecuencia, ha permitido esclarecer que, en el centro de las disputas aparecen dos conceptos teóricos de norma y de ponderación diferentes. Norma es para Ferrajoli todo enunciado del que se pueda desprender obligaciones o prohibiciones, esto es, enunciados a los que cabe imputar consecuencias puntuales o de las que “cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia”. Aun cuando se trata de concepto amplio y general que no es fácil de reconstruir para su análisis más exhaustivo, se podría, espero sin equivocarme, afirmar que Ferrajoli construye el concepto de norma o más precisamente de *regla deóntica*, a partir de sus posibilidades de concreción en el mundo fáctico como “comportamientos determinados o indeterminados”, de los que se puede extraer (siempre en el mundo fáctico) conclusiones sobre su “cumplimiento o incumplimiento”. De ahí que los derechos fundamentales son reglas, puesto que los comportamientos prohibidos o las obligaciones que imponen los derechos, se configuran en el mundo fáctico como posibles de ser identificados “frente a sus violaciones” como auténticas reglas. Este concepto de norma sería, por decir lo menos, incompleto para la teoría principalista, puesto que la estructura de toda norma puede ubicar problemas de indeterminación tanto en la descripción del mundo fáctico como en la interpretación/comprensión del contenido de la prescripción o de la calificación jurídica. En consecuencia, los problemas estructurales de las normas pueden contener indeterminaciones en ambos lados y, dependiendo de dónde se ubique tales indeterminaciones tendremos un cuadro, como lo presentan Atienza y Juan Ruiz Manero, en el que aparecen normas con el mayor grado de precisión en la descripción del mundo y la configuración jurídica (regla de acción); normas con precisión en la descripción y con cierto nivel de imprecisión en la configuración de la prescripción normativa (reglas de fin); normas con indeterminación en la descripción del mundo fáctico pero con claridad o precisión en la prescripción normativa (principio en sentido estricto) y; finalmente, normas con indeterminación tanto en la descripción del mundo como

en la prescripción respecto de la obligación normativa o la prohibición que intenta proyectar (directriz).

Esto explica, por otro lado, un concepto también diferente de ponderación en ambos autores. Mientras en los autores principialistas la ponderación se presenta como una operación intelectual en la que interactúan hechos y valoraciones sobre principios y/o valores, una optimización fáctica y moral y/o jurídica como lo presenta Alexy por ejemplo; en Ferrajoli en cambio, la ponderación, si hay que por lo menos describirla, consiste en una operación que solo operaría en el mundo de los hechos. Para el profesor italiano en efecto, “objeto de ponderación no son ya los principios, es decir, las normas en las que estos son formuladas y que siguen siendo siempre las mismas, sino las circunstancias o propiedades adicionales de los hechos previstos por aquellas, hechos que son, por el contrario, siempre diferentes porque singulares e irrepetibles⁴⁹”.

Esta separación tajante entre mundo fáctico y mundo de los valores en que consiste el Derecho desde la visión ferrajoliana, parece no obstante en este punto, una proyección de creencias o convicciones que por muy arraigadas y consecuentes que fueran respecto de determinada tradición de pensamiento, resultan, sin embargo, difíciles de corresponderse con lo que realmente ocurre en la práctica jurídica y, especialmente en la práctica judicial⁵⁰. Habría que preguntarnos cuán comprometido se encuentra este concepto claramente normativo y no descriptivo de ponderación que propone Ferrajoli, con su

⁴⁹ Cfr. FERRAJOLI, ob. cit., 2014, 265.

⁵⁰ Es verdad que Ferrajoli, vería precisamente en esta exigencia (correspondencia con las prácticas) una distorsión de la teoría o más bien una vulgarización del Derecho hacia la fastidiosidad y por esta vía una reivindicación de la doctrina del realismo pragmatista que es lo que achaca al principialismo en algunos tramos del debate. Lo que quiero resaltar es que hay cosas que son, al margen de nuestro deseo sin que puedan transformarse en cosa distinta para acomodarse a alguna teoría en particular, este sería el caso precisamente de la práctica del derecho en cuanto actividad predominantemente valorativa y/o argumentativa (Cfr. ATIENZA, M., ob. cit., 2005).

escepticismo respecto de las ponderaciones judiciales, con las precauciones de las que nos alerta sobre el uso excesivo de la ponderación a la que nos termina conduciendo, al parecer, de manera inevitable la práctica judicial del principialismo y, sobre todo, de su aversión y denuncia a la posibilidad de que los jueces puedan crear normas a través de estas ponderaciones, desvinculándose de este modo con su propuesta, también normativa y no descriptiva, de estricta vinculación al legislador: “En cualquier caso, escribe Ferrajoli, la ponderación es un término infeliz y distorsionador: porque transforma la aplicación de la ley en una aplicación desvinculada de esta, o porque se usa con un significado demasiado extenso, hasta el punto de designar cualquier tipo de razonamiento jurídico y de interpretación sistemática”⁵¹.

ii. Coincidencias y concordia

La discusión muestra, de este modo, algunos puntos que resultan claramente irreconciliables aun cuando el talante y buenas formas de ambos contendientes trate por todos los medios de ubicar puntos de concordia, no obstante, en cuanto se abre un nuevo capítulo o tema en el debate, surgen de inmediato, como correlato de tesis previas, las diferencias y distinta proyección de resultados de ambos planteamientos.

Hay sin embargo un punto de convergencia que me parece digno de resaltar en esta presentación. Al final la separación entre reglas y principios con diferentes contenidos en ambos autores, pueden y deben actuar en forma coadyuvante en la argumentación jurídica. De este modo, la separación fuerte o cualitativa entre reglas y principios, también para el principialismo habría ya cumplido su finalidad pedagógica y de esclarecimiento en el debate contra el positivismo que en sus inicios se mostraba renuente a aceptar la capacidad deontica

⁵¹ Cfr. FERRAJOLI, Ob. cit., 256.

de los principios. No es una concesión del principialismo el reconocer que los principios y las reglas interactúan en forma permanente en la dinámica de los sistemas jurídicos. En cambio, debe reconocerse que el positivismo ha debido ingresar, necesariamente, en el debate sobre la distinción entre reglas y principios, aun cuando para desconocer su relevancia.

Así, mientras Ferrajoli encuentra que las reglas también son “opacas” respecto de los valores ético-políticos que reconoce en los principios; estos en cambio se muestran, expresivos, y por eso solemnes, respecto de tales principios que son proclamados sobre todo en las constituciones⁵². Se puede ver aquí que las reglas necesitan de los principios para “aclararse” a la luz de los principios que los sustentan, mientras que los principios requieren, seguramente, de las concreciones (¿judiciales? ¿Legislativas? ¿Solo legislativas?), para poder expresar con más precisión las reglas que se “esconden” tras su indeterminación, a la luz de cada circunstancia de los casos.

La concordia llega así, justo en el punto en que la divergencia parecía inamovible, pues también Ruiz Manero reconoce que “solo con un modelo mixto de reglas más principios es posible atender a dos exigencias que consideramos irrenunciables, pues si un sistema jurídico careciera de reglas y fuera de composición únicamente principal, no podría cumplir una de sus funciones esenciales, que es la de guiar la conducta de la gente en general y la adopción de decisiones por parte de los órganos sin que ello implique para todos los casos y para todos los tramos de cada caso la necesidad de embarcarse en un proceso deliberativo; un modelo puro de principios multiplicaría, por ello, los costes de las decisiones y volvería éstas más difícilmente predecibles. Pero, por otro lado, un sistema que careciera de principios y obedeciera a un modelo puro de reglas, sería un sistema que aparecería como un conjunto de mandatos más o menos arbitrarios, sin presentar una coherencia de sentido y, en cuanto a la adopción de decisiones, no

⁵² Cfr. FERRAJOLI 2014, 127.

podría evitar la adopción de un buen número de ellas valorativamente anómalas.”⁵³

En definitiva, en el largo camino en torno al debate sobre el papel de los principios en el razonamiento jurídico, se ha llegado así a un punto en donde precisamente inició el debate con la separación: los principios resultan fundamentales (son siempre normas fundamentales), pues sobre ellos se asienta cualquier sistema coherente de reglas. En consecuencia, más importante que su segmentación con relación a las reglas y los esfuerzos que se suelen hacer para diferenciarlos, es quizás la necesidad de concebirlos actuando en forma conjunta en la dinámica del razonamiento jurídico orientado siempre por principios que trascienden la capacidad del propio lenguaje, que no ha encontrado aún la fórmula de prescribir todas las posibilidades de supuestos que las complejas realidades muestran en la práctica del Derecho.

III. CONTEXTUALIZACIÓN: DOS CASOS EN LA JURIS-PRUDENCIA RECENTE

En el anterior acápite, los principios se muestran en un ascenso imparable hasta la cúspide del sistema constitucional. Los principios gobiernan la estructura normativa de nuestros sistemas jurídicos. Pero los principios tienen, sin embargo, un código de identidad que complica enormemente su real protagonismo. Dworkin ya lo había advertido casi al finalizar su famoso artículo de denuncia al positivismo jurídico. Estas interrogantes fueron planteadas del siguiente modo: “¿cómo decidimos qué principios han de contar, y en qué medida (...)? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro, si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase...?”⁵⁴.

⁵³ RUIZ MANERO, “Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli”. *Isonomía*, México, número 37, 2012.

⁵⁴ Cfr. DWORKIN, ob. cit., 1999, 100.

Fundamentalidad, indeterminación y también conforme hemos dejado dicho, *juicios de adhesión previa*, es lo que caracteriza a los principios. Las respuestas que requieren las preguntas que dejó planteadas Dworkin han sido avanzadas en buena medida por la teoría contemporánea de la ponderación. Aun con las enormes dudas y disputas que genera, la ponderación ha sido presentada como la metodología para trabajar con principios. Hay, sin embargo, un elemento que debe merecer nuestra atención observando la forma en que los Tribunales resuelven los casos en los que se presenta una disputa entre principios. Al parecer, como ocurre con la jugada peligrosa, solo un grado adecuado de *adhesión previa* a los principios logra que el árbitro sea capaz de asumir que estamos ante una jugada peligrosa para los derechos. Esta es la idea que desearía aclarar con los dos casos que he seleccionado de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC).

3.1. Los alimentos no prescriben

El primero tiene que ver con los derechos alimentarios de los niños y su posibilidad de prescripción luego de que hubieran sido declarados judicialmente exigibles por una sentencia firme⁵⁵. El Código Civil peruano establecía (antes de una reciente modificación precisamente a partir de la sentencia del TC) que si la deuda no hubiera sido reclamada en los próximos dos años de declarada judicialmente, ésta prescribía (art. 2001 del Código Civil)⁵⁶. En el presente caso, el Tercer

⁵⁵ Sentencia TC N.º 2132-2008-AA (2011).

⁵⁶ “**Artículo 2001.**— Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 4.— A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo”.

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional, esta disposición del Código fue modificada con el siguiente texto: “5.— A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.” Podemos cuestionarnos si derechos tan básicos como lo alimentos pueden quedar atrincherados en disposiciones cerradas como son las reglas de plazos. Parece que la

Juzgado de Familia de Ica, el Primer Juzgado de Familia de Ica y el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Ica, habían ratificado la prescripción de la pensión establecida judicialmente por no haberse solicitado su ejecución “oportunamente”. Con relación a ello, el TC asumió que esta regla clara debía ser desplazada por el principio de protección del interés superior del menor en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. Aun cuando no se trató de un caso de control de convencionalidad, el tribunal prefirió la tesis de los principios como metodología de solución.

Al abrir su argumentación a favor del principio del interés superior del niño, el Tribunal estableció que si bien este principio no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, no obstante, “constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”⁵⁷.

Adelantándose a la ponderación que realizaría luego, entre el principio de seguridad jurídica y protección del interés superior del menor, el TC dejó establecido recordando un fallo anterior que: “(...) mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado (...)”⁵⁸.

En la medida que se trataba del control constitucional de decisiones judiciales, el Tribunal tuvo que establecer que se trataba de una vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que los jueces ordinarios no habrían realizado una adecuada ponderación de los bienes en juego. De este modo el Tribunal parece sugerirnos que los

dimensión principalista de algunos derechos no radica en su fisionomía enunciativa sino en su fuerza moral, de modo que hay derechos que no pueden ser objeto de limitaciones.

⁵⁷ Cfr. Fundamento 5º de la sentencia.

⁵⁸ La cita aparece en el fundamento 9º y corresponde a una decisión anterior, Sentencia TC N.º 0298-1996-AA/TC (1998).

jueces ordinarios no violaron directamente el principio del interés superior del menor sino sólo el de la debida motivación. En la misma línea, también es de resaltar que pese a que el caso pudo resolverse como un caso de antinomia entre ley ordinaria y constitución, por tanto, aplicando el principio de jerarquía normativa, sin embargo, el Tribunal apeló a una extensa operación de ponderación para lo cual tuvo primero que ubicar los fines “constitucionales” de la regla de prescripción para proceder luego a la conocida aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio. Al final el Tribunal declaró que la regla de la prescripción debe inaplicarse al caso en la medida que los fines constitucionales a los que intenta proteger (básicamente la seguridad jurídica), resultaron a la luz del caso de menor importancia que el principio del interés superior del menor.

3.2. Perros Lazarillos y autonomía moral

El siguiente caso tiene que ver de nuevo con una prohibición clara y, a primera vista, categórica de parte del Ministerio de Salud destinada a los supermercados, mediante la cual se prohíbe el ingreso de todo tipo de animales a los supermercados⁵⁹, esto asumiendo la necesidad de proteger la sanidad pública en los espacios donde se expenden productos para la alimentación. Así pues, invocando la misma norma un supermercado publicó primero un comunicado y luego impidió el ingreso de animales a los supermercados (lo que en el caso concreto afectaba a varias personas con discapacidad visual acompañadas de sus perros Lazarillos). Esto llevó a que los afectados presentaran una demanda de amparo por considerar que la prohibición de ingresar con perros al establecimiento público, aun cuando estuviera

⁵⁹ Reglamento sanitario de funcionamiento de autoservicios de alimentos y bebidas, aprobado mediante R. M N.º 1653-2002-SA/DM que en su artículo 34 dispone lo siguiente: “(...) Queda expresamente prohibido el ingreso de cualquier animal al autoservicio. La administración deberá colocar carteles visibles sobre la prohibición de traer consigo mascotas al interior del local.”

respaldada en una norma de la autoridad competente, resultaba discriminatoria y violaba sus derechos reconocidos, no solo en la Constitución, sino también en la convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad⁶⁰. El caso fue asumido por el Tribunal una vez más como un caso de ponderación de principios de relevancia constitucional⁶¹.

En la “selección” de los principios que favorecen la protección de los derechos de las personas con discapacidad, el Tribunal encontró que no se trata sólo de la igualdad⁶², sino incluso el derecho reconocido en el artículo 2.22 (derecho a gozar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la vida), encontraba en el presente caso, una especial connotación, en la medida que, “En relación con las personas con discapacidad, este garantiza que los espacios públicos o privados, de uso o abiertos al público, tengan la infraestructura adecuada que les permita el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de cualquier otra clase”⁶³.

⁶⁰ Entre los argumentos de la demanda el TC recoge con especial énfasis las referencias al artículo 9º de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad que dispone en las partes pertinentes que, “2. Los Estados Partes también adoptaran las medidas pertinentes para: b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;” (subrayado agregado)

⁶¹ Sentencia TC N.º 2437 2013-PA (2014).

⁶² El Tribunal también recuerda que el artículo 7º de la Constitución establece un régimen especial de protección a través del sistema legal para las personas con discapacidad: “Artículo 7º.— Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

⁶³ Fundamento N.º 11 de la sentencia.

Al referirse al deber de especial protección que dispone el artículo 7º de la Constitución, el Tribunal estableció que: “Tal régimen legal de protección *especial* no se circumscribe solo a medidas de asistencia sanitaria sino que, en general, comprende el deber estatal de establecer medidas de *ajustes razonables* orientados a promover las condiciones necesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas. Por *ajustes razonables*, en este contexto, el Tribunal ha de entender a:

“(…) las modificaciones y adaptaciones *necesarias y adecuadas* que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [artículo 2º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante la Convención, cursivas agregadas]⁶⁴.

No obstante, entre los principios a los que se refiere el Tribunal debe destacarse el principio de *autonomía moral* que debe ser asumido no solo como pauta de interpretación de los derechos de las personas con discapacidad, sino como contenido de las medidas legislativas que emprenda el estado para garantizar sus derechos. Según el Tribunal, en la base de las medidas legislativas del estado para garantizar los derechos, debe asumirse que los “ajustes razonables” de estas políticas públicas deben orientarse a facilitar un entorno que permita la plena realización de las personas sin restricción.

De este modo, aun cuando el supermercado ofreció como medio alternativo el facilitar a estas personas las compras con ayuda de un personal de apoyo, el Tribunal respondió argumentando que, “Las personas con discapacidad no son *incompetentes* para valerse por sí mismas ni se encuentran impedidas para desarrollarse plenamente en un centro de

⁶⁴ Fundamento N.º 7 de la sentencia.

abastos de las características del Supermercado”⁶⁵. Recogiendo algunos de los argumentos del Recurso de agravio el tribunal sostuvo también que los perros lazarillos son para las personas con discapacidad visual, algo parecido al “bastón” o a la “silla de ruedas” para quienes tienen dificultades de desplazamiento. Por tanto, el Estado, al recortar estas posibilidades, en el fondo estaría recortando un mínimo de autonomía moral y dignidad, indispensables para su realización en determinados contextos, como un supermercado⁶⁶. En este sentido, citando fuentes especializadas, el Tribunal concluyó que los perros lazarillos, “contribuyen de esa forma a que la persona discapacitada logre a mayor independencia y autonomía...”⁶⁷

Puestas así las cosas en la balanza de la ponderación, el Tribunal concluyó que la medida de restricción impuesta para el caso de las personas con discapacidad visual resultaba irracional o desproporcionada, toda vez que los logros o beneficios que se obtienen de la salud son incluso discutibles⁶⁸ frente a la intensidad de la afectación que supondría para la igualdad y la autonomía moral de las personas afectadas con esta restricción.

IV. REFLEXIÓN FINAL: LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS QUE REQUIEREN ADHESIONES PREVIAS

En los casos presentados, tanto el principio de imprescriptibilidad de la deuda alimentaria, como el principio de autonomía moral o el libre desenvolvimiento de los invidentes

⁶⁵ Fundamento N.º 35 de la sentencia.

⁶⁶ “(...)el impedimento de acceder al Supermercado sin la asistencia de un perro guía dificulta que las personas con discapacidad visual gocen de sus derechos y los ejerzan de acuerdo con los *ajustes razonables* establecidos por la legislación con el propósito de que puedan desarrollarse *autónomamente* en los establecimientos abiertos al público. Impide las personas con discapacidad visual gocen de una plena movilidad *personal* e interactúen con la *mayor independencia* posible” Fundamento nº 35

⁶⁷ Fundamento Nº 39 de la sentencia

⁶⁸ Cfr. Fundamentos 59 a 61 de la sentencia en la que el fin de la protección de la seguridad alimentaria y la salud pública, aparece bastante minimizado por el Tribunal.

en los espacios públicos como es un supermercado, aparecen como principios de relevancia constitucional, por tanto, capaces de desplazar cualquier norma del sistema de fuentes que pueda hacerles frente.

La indeterminación de estos principios no se encuentra tanto en su formulación semántica como en la necesidad de su comprensión por parte de quien debe extraer conclusiones operativas en la práctica del Derecho. Leer fríamente el código civil olvidando la relevancia moral que pueda tener la exigencia de alimentos para un menor en estado vulnerable, no sé si se condice con una actitud positivista frente al Derecho, pero es meridianamente claro que extraer consecuencias para que un menor no se vea perjudicado por el paso del tiempo, ya sea por negligencia o cualquier otra causa; requiere un mínimo de adhesión moral a las exigencias de justicia que laten en el caso concreto. Es decir, si no se asume que es injusto que el paso del tiempo cause agravio a un menor vulnerable, no es posible extraer el valor normativo que subyace al principio del interés superior del menor o de la imprescriptibilidad de los alimentos.

Creo que estamos ante una característica relevante de los principios que quizá requiera de mayores argumentos que no son posibles de desarrollar aquí. La adhesión moral que los principios requieren, se asemeja en este punto a la prognosis que debe realizar el árbitro en la jugada peligrosa de la ley de la ventaja. También el árbitro, como en este caso el juez, deben saber ambos que hay un principio que administrar, pero hay que observar primero a la jugada y el comportamiento de los actores en el terreno de juego. Los hechos, unido a la valoración que haya que hacer de los bienes en juego, logran captar la norma final que debe imponerse. La prescripción no triunfa, como no triunfa la obstrucción de la jugada en la ley de la ventaja, porque hay buenas razones para no cobrar el *fault* o para no ver en el caso un supuesto de prescripción sino más bien una exigencia de justicia. Pero esa “percepción” requiere adhesiones previas. Requiere valorar como relevante los alimentos para un menor.

El segundo caso muestra con mayor claridad la relevancia moral de los principios. Una racionalidad de tipo pragmática o utilitaria podría aceptar que si el supermercado está dispuesto a “acompañar” la visita de las personas con discapacidad visual con una señorita anfitriona que le ayuda a realizar sus compras incluso “con mayor eficiencia” que como lo haría un perro lazarillo que solo guía su desplazamiento, entonces, siguiendo el esquema de la ponderación alexiana, se podría concluir que estamos frente a un medio alternativo incluso más óptimo y, por tanto, la restricción resultaría legítima. Pero el tribunal cree que en este caso, los perros lazarillos son mejores o más óptimos que cualquier persona acompañante. La razón es que una percepción más comprometida con el problema de la integración social de las personas con discapacidad, logra percibir que éstas son más personas junto a un perro lazarillo que junto a un ayudante que puede guiar sus compras. Y esta es la razón determinante en este caso: los perros lazarillos logran realizar mejor la autonomía moral de las personas con discapacidad, por tanto, son un medio más eficiente que cualquier ayudante o personal de auxilio.

De nuevo, el principio de la autonomía moral, expresado en términos lingüísticos o en tanto enunciado no es problemático. Lo realmente relevante a la hora de extraer los contenidos normativos de este principio, tiene que ver con el grado de comprensión del mismo por parte del juez. El nivel de *adhesión previa* determina los resultados. Un juez más comprometido con los problemas de inclusión social de las personas con discapacidad será más permeable a argumentos que permitan un contenido más amplio de la autonomía moral que uno que haya sido formado en espacios más alejados a dar relevancia a estos problemas.

Llegados a este punto, el problema de los principios, como el problema de los derechos, se presenta como un problema de educación y cultura. La *adhesión previa* a la que hacemos referencia, no es más que una variable cultural necesaria para trabajar con principios. Los principios son normas, son

las normas fundamentales de nuestros sistemas jurídicos, no obstante sus contenidos dependen en última instancia de nuestra capacidad de comprender hasta donde sean capaces de convertir nuestras expectativas en realidad y eso depende en buena medida de la posibilidad de adhesión a tales contenidos.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis

2000 “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. España, número 4, pp. 593-602.

ALEXY, Robert

2011 “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, número 91, pp. 11-29.

2011 “La doble naturaleza del derecho”. En Bernal, Carlos [Ed.], *La doble dimensión del Derecho*. Lima: Palestra Editores, pp. 29-58.

2004 *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa.

2003 “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. En Carbonell, Miguel [Ed.], *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.

2014[2003] “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”. En Montalegra, Eduardo, Bautista, Nathalia y Vergara, Luis Felipe [Comp.], *La ponderación en el Derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho Alemán*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 39-47.

ALEINIKOFF, Alexander

2010 *El derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan

2007 *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, 4 Re-imp. Barcelona: Ariel.

ÁVILA, Humberto

2011 *Teoría de los principios*, trad. Laura Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons.

BARBERIS, Mauro

2014 *Introducción al Estudio del Derecho*. Lima: Palestra Editores.

BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James Franklin

2002 [1979] *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson.

CARRIÓN, Genaro

2011[1970] “Principios jurídicos y positivismo jurídico”. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 5ta edición.

DWORKIN, Ronald

1999 *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 4ta. Reimp.

1996 “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en: Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

1988[1986] *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

ESCUDERO, Rafael [coord.]

2011 *Disposición v. Norma*. Lima: Palestra Editores.

FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan

2014 *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra Editores.

FERRAJOLI, Luigi

2013 “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, número 36.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

1998 *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC.

2009 *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

GUASTINI, Riccardo

2011 *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffrè Editore.

2011 “Disposición versus Norma”. En Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael. Lima: Palestra Editores.

HART, H.L.A.

1961 *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

2000 *Post Críptum al concepto del Derecho*, editado por Penélope A. Buloch y Josep Raz, trad. de Rolando Tamayo. México: UNAM.

LUZZATI, Claudio

2011 *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Madrid: Marcial Pons.

PORTOCARRERO, J.

2009 "Sobre la distinción entre reglas y principios". En AA.VV. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 103-120.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2011 "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 34, pp. 229-244.

RUIZ MANERO, Juan.

2012 "Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli". Isonomía. México, número 37.

SIEKMANN, Jan-R.

2010 *El Modelo de los Principios del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2014 *La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta.

2011 *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gas-cón. Madrid: Trotta, 10^a. Ed.

NORMAS CITADAS

Decreto Legislativo N.º 295. Código Civil Peruano. Diario Oficial, 25 de julio de 1984.

Resolución Ministerial N.º 1653-2002-SA/DM. Reglamento sanitario de funcionamiento de autoservicios de alimentos y bebidas. Diario Oficial, 23 de octubre de 2002.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia TC N.º 2437-2013-PA/TC (2014): Tribunal Constitucional, 16 de abril de 2014.

Sentencia TC N.º 2132-2008-AA/TC (2011): Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 2011.

Sentencia TC N.º 0298-1996-AA/TC (1998): Tribunal Constitucional, 3 de abril de 1998.



La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar

Sumario: I. Introducción. – II. Desacuerdos clasificatorios. – III. Desacuerdos en la comprensión de la democracia constitucional. – IV. Desacuerdos pragmáticos. – V. Teorías posibles. – VI. La interpretación constitucional como argumentación concretizadora. – Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el Derecho Constitucional ha redefinido sus fronteras (extendiendo sus dominios más allá de la organización estatal y las funciones del gobierno,¹ al punto casi de convertirse en la nueva teoría general del Derecho) las cuestiones relativas a la interpretación de la Constitución se han convertido en el centro de preocupación ya no solo del Derecho Constitucional, sino también de la Teoría del

¹ Esta cita de Susanna Pozzolo resume bien esta transformación: «De ser límite jurídico al poder, la Constitución se convierte en un pacto de ciudadanía, se convierte en la razón en torno a la cual se pueden unir las diferencias de una sociedad cada vez más compleja. Los derechos, enunciados originariamente *contra el poder*, en el paso del proyecto liberal a la sociedad democrática, se convierten en *pretensiones hacia el poder*, directrices vinculantes para la acción política, dirigida a concretarlos para dar sentido al pacto». Cfr. POZZOLO, S. “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*, Lima: Palestra, 2011, p. 24.

Derecho en un sistema dominado por la Constitución². El recorrido que se suele hacer para abordarlas es, por otro lado, harto trajinado en la teoría constitucional. Aquí, sin embargo, quisiera presentar, en forma de esquema preliminar, algunos argumentos de crítica a las clasificaciones teóricas sobre las concepciones de la interpretación y, al final, esbozar un mapa de cuestiones problemáticas o presupuestos que están implícitos en los procesos de adjudicación de sentido y valor a las cláusulas constitucionales en el contexto del Estado Constitucional.

Las cuestiones planteadas serán abordadas a propósito de confrontar dos autores contemporáneos que discuten algunos problemas clásicos en torno a la interpretación (más precisamente, dos textos, uno de Berman y otro de Waluchow).³ La tesis central de este trabajo, como hipótesis que aquí solo debe quedar anunciada y no desarrollada, consiste en poner en evidencia que el proyecto de las clasificaciones en materia de teoría de la interpretación constitucional ha agotado su cometido teórico sin dar respuesta a la pregunta más inquietante en este campo: ¿existe una teoría que permita orientar los resultados de la interpretación hacia la respuesta correcta?

PALESTRA

-
- ² La bibliografía de los últimos años desarrolla en buena cuenta las transformaciones del Derecho Constitucional dando cuenta del *Constitucionalismo de los derechos* y el rol protagónico de la Constitución. Un resumen de este proceso transformador puede verse en el volumen monográfico de la revista *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, N.º 4. De manera especial, véase el trabajo del profesor Luis Prieto en este número, «Iusnaturalismo, positivismo y control constitucional de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional». Universidad de Oviedo, 2006, p. 27 y ss. Disponible en: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>>
- ³ Los textos son: BERMAN, Mitchell «Constitutional Interpretation: Non-originalism», en *Philosophy Compass* 6/6 (2011), pp. 408–420; y WALUCHOW, Wil «Constitutionalism», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), E. N. Zalta (Ed.), disponible en: URL = <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>

II. DESACUERDOS CLASIFICATORIOS

La primera cuestión que surge en el análisis de los enfoques teóricos sobre la interpretación constitucional tiene que ver con una dificultad operativa o descriptiva de las teorías. Los autores suelen clasificar las teorías según criterios diversos y, por tanto, no es posible un acuerdo mínimo sobre las clasificaciones y tampoco sobre el objeto de la teoría de la interpretación constitucional.

En este primer punto, un error frecuente —o más bien yo diría, una desviación— consiste en incluir en las clasificaciones sobre «teorías de la interpretación constitucional» (TIC) clasificaciones o investigaciones de concepciones o teorías sobre la *Judicial Review* (JR), para el caso norteamericano —como lo pone en evidencia Berman⁴— o concepciones sobre la democracia constitucional en general, para el caso de los países del *Civil Law*.

De este modo, una teoría con pretensión de ser descriptiva sobre las prácticas judiciales termina por introducir discursos prescriptivos o normativos. En esta dirección, Berman desarrolla por lo menos tres aspectos que pondrían en evidencia las diferencias entre teorías de la *Judicial Review* y teorías de la interpretación constitucional: por lo general, en las teorías de la JR a) habría una preocupación centrada en la justificación no de la interpretación, sino más bien del rol que corresponde a los jueces llegado el momento de realizar una interpretación constitucional de la ley; b) antes que describir el cómo los jueces realizan la interpretación de la Constitución, intentan

⁴ En este sentido escribe Berman: «Muchas reconocidas teorías del *judicial review* son mayormente descripciones, no de cómo los jueces deben interpretar la constitución para anunciar que es el derecho, sino sobre cuándo es que los jueces deberían enfascarse en aquella actividad y cuándo no. Esto es más claro en el trabajo de Alexander Bickel, cuya famosa teoría del *judicial review* es en gran parte una perspectiva sobre por qué y cómo es que la judicatura debe explotar las reglas de la justiciabilidad para evitar tener que interpretar la constitución, de este modo superando la llamada «dificultad contra-mayoritaria». Cfr. BERMAN, M. Ob. Cit. p. 409

«prevenir» a estos sobre cuándo es aconsejable o adecuado hacerlo. Como ejemplo paradigmático de esta diferencia, Berman cita el trabajo de John Hart Ely, que si no fuera por el subtítulo de su libro («una teoría de la *Judicial Review...*»)⁵, suele ofrecerse como una teoría de la interpretación constitucional; c) suelen usar estándares como el de la «igual protección» o el de los pasos o test que conforman en conjunto la libertad de expresión. En estos casos, a decir de Berman, de nuevo no se trata de estrategias o técnicas para conocer el contenido de la Constitución, sino más bien estaríamos otra vez ante «doctrinas creadas judicialmente» para orientar hacia un determinado contenido o sentido constitucional. Desde este punto de vista, se habla de sentido del Derecho Constitucional y de doctrina que lo implementa.⁶

III. DESACUERDOS EN LA COMPRENSIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Creo que las observaciones de Berman pueden también encontrarse en el texto de Waluchow. Pero en este autor, antes de las clasificaciones, aparecen lo que podríamos denominar las «precomprensiones» o las concepciones que, de todos modos, están en la antesala de todo proceso de interpretación constitucional. En tal sentido, en tono sugerente ha escrito Waluchow que, en una Constitución, «hay (muchas veces) más que normas constitucionales».⁷ Junto a las «convenciones» y prácticas sociales consolidadas, sobre todo en contextos de estabilidad constitucional arraigada, la interpretación de la Constitución también se ve «orientada» — cuando no res-

⁵ La referencia es a John HART ELY, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University press, 1980. Existe versión castellana editada en Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

⁶ BERMAN, M. *Op. Cit.* p. 910

⁷ Estas precomprensiones incluyen también acuerdos o «convenciones», «reglas sociales que surgen de las prácticas de la comunidad política y que imponen importantes límites, no jurídicos, sobre los poderes del gobierno». Cfr. WALUCHOW, Wil; «Constitutionalism», *Op Cit.* p. 11

tringida— por la forma en que es asumido por la comunidad política y jurídica el modelo de organización política del Estado y del rol que deben cumplir las diferentes instancias de la organización estatal.

Como nos ha recordado Häberle citando a Esser, «toda interpretación es gobernada por una concepción previa, la cual influye en la selección del método. Dicha concepción previa tiene que ser *expuesta*, tiene que ser racionalizada en lo posible».⁸ También entre nosotros esta obviedad ha sido expuesta con toda rotundidad por García Belaúnde, para quien «[...] la interpretación implica una concepción sobre el derecho, que no es positiva, sino filosófica».⁹

En este sentido, las categorías que Waluchow introduce al distinguir entre *gobierno* y *soberanía* pueden parecer, en abstracto, categorías neutras o descriptivas, pero en el marco de un proceso de control del poder de las instancias de gobierno, pueden resultar fundamentales.¹⁰ Las distintas maneras de comprender la democracia constitucional pueden, igualmente, corresponderse o no con la idea de democracia delegada o pueden incluir también garantías judiciales a los derechos.

⁸ HÄBERLE, P. «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas» en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/13Haerle.pdf>> p. 381

⁹ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, D. «La interpretación constitucional como problema», en Revista Pensamiento Constitucional, año 1, N° 1, Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP, Lima, 1994, p. 20.

¹⁰ «En pocas palabras, dice nuestro autor, podríamos definir 'soberanía' como estar en posesión de un poder y autoridad suprema (y posiblemente *ilimitada*) sobre algún terreno, y el 'gobierno' como aquellas personas o cuerpos a través de los cuales aquella soberanía es ejercida. Una vez que hacemos esta distinción, vemos inmediatamente que la soberanía puede residir en algún lugar más allá del gobierno. Una vez que aceptamos esta implicación, podemos hablar coherentemente de un gobierno *limitado* sumado con una soberanía *ilimitada*. Se podría decir que las democracias constitucionales son aquellas en las que la autoridad soberana del pueblo se cree *ilimitada* pero los cuerpos gubernamentales –es decir las legislaturas y las cortes– a través de las cuales aquella soberanía es ejercida en nombre del pueblo son *limitados* de forma constitucional.» Ob. cit. p. 5

Por ejemplo, por casi 200 años, los europeos (me refiero a la órbita francesa fundamentalmente, tras la Revolución) no incluían en su concepción de la democracia las garantías judiciales de los derechos y, hoy mismo, muchos autores defienden la idea de que la democracia en sentido *fuerte* (hacen referencia de este modo a la rigidez constitucional más la garantía judicial de los derechos) resultaría en algún sentido incompatible con la democracia constitucional.¹¹

No obstante, el *atrincheramiento* ahora forma parte de nuestras «convenciones teórico-constitucionales», por lo que la discusión se traslada a la vigilancia del modelo en su puesta en práctica. Podríamos decir, de este modo, que el debate se centra en cuánto de atrincheramiento resiste nuestro concepto de democracia constitucional.¹²

Una democracia que se concibe como medio o mecanismo para la mejor preservación de nuestras libertades debe incluir necesariamente algunas reservas a favor de ellas, incluso si con ello se cae en la sospecha de limitar la propia democracia.¹³ Por ejemplo, algunos constitucionalistas defienden la idea de las *cláusulas pétreas*. Esta sola idea supone que hay —o debiera

¹¹ Cfr. TROPPER, Michel, «El Poder Judicial y la Democracia» en *Isonomía*, N.º 18, 2003, p. 47 y ss.

¹² Esta es, creo, la preocupación de autores que, como Bayón, han discutido el problema que debe afrontar un modelo constitucional que incluye reservas a través de los derechos: Cfr. BAYÓN, Juan Carlos: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo»; disponible en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf (consultado el 20 de octubre de 2013).

¹³ Esta tesis no es aceptada por muchos autores. En otros casos (este sería el caso del propio Waluchow), si bien se acepta el atrincheramiento, se sostiene sin embargo que no hay nada que aconseje llevar la vigilancia constitucional a los Tribunales. En este sentido, Waluchow, poniendo como ejemplo el caso de Nueva Zelanda, sostiene que no es contradictorio decir que un país cuenta con una Constitución limitada y que el poder de control queda en el Parlamento. Sus argumentos, sin embargo, no son claros, y por tanto, nada convincentes. A la pregunta de si se puede decir que el poder está limitado, al menos en cuanto al Parlamento en un país con este sistema, el autor responde «tal vez», pero enseguida agrega que de ello no se extraigan conclusiones generales. (Cit. p. punto 5 de su trabajo)

haber— determinadas disposiciones que están contenidas en la Constitución y que no pueden ser tocadas incluso por el poder de reforma y con todos los procedimientos establecidos para la reforma.

Se cree que de este modo se garantiza mejor los logros progresivos del invento constitucional. Pero creo que también estas teorías deberían admitir que con ello se expresa una profunda desconfianza en la democracia. Si una mayoría acrítica está dispuesta a *retroceder* legislando contra los derechos por ejemplo, en ese mismo instante, habría que admitir que la democracia ha fracasado en su intento de progresiva expansión y mejor protección para los derechos.

Sin llegar a este extremo, sin embargo, las democracias han instituido algunas reservas y las han puesto en un lugar donde se suelen poner las cosas valiosas para ser preservadas a temperaturas que no las dañen. Podemos referirnos a este espacio de reserva como el *freezer* de los derechos humanos.

Los derechos humanos y sus contenidos mínimos no pueden estar expuestos a las temperaturas altas de la política y menos ingresar al manoseo de las negociaciones en los parlamentos, por eso sus guardianes deben tenerlos en la custodia, no de la catedral pero sí de los palacios de la justicia de nuestro tiempo. Esta es una consideración que ha alcanzado cierto consenso, también en Europa, luego de que fuera proclamada en los Estados Unidos de América.¹⁴

Sin embargo, esta comprensión del constitucionalismo tiene problemas en su puesta en práctica. Creo que lo que con frecuencia ocurre en diferentes contextos es que en abstracto se aceptan las tesis del constitucionalismo incluidas sus *reservas*: los derechos; pero no siempre se cae en la cuenta de que su puesta en marcha supone, muchas veces, la anulación de las decisiones del parlamento o el eventual surgimiento visible

¹⁴ Puede que la imagen de un *freezer*, nos transmita la idea de «derechos congelados», aquí sin embargo, la imagen que quisiera transmitir es la de un espacio de reserva, de *salubridad* para los derechos que no pueden *infectarse* por los virus de la política o por el calor de las pasiones.

de un poder contramayoritario que ha estado de espectador y que de pronto logra un inusual protagonismo que exaspera a la clase política que ahora debe colocarse en una situación de dependencia o *vinculatoriedad*.

Si se repara con atención, se descubre que las discusiones sobre la interpretación constitucional, con mucha frecuencia, incorporan estos elementos de manera encubierta, pretendiendo que existe alguna técnica que desvanezca esta «terrible tesis» de la censura judicial, que es la parte incómoda de la democracia que incluye un *freezer* plagado de derechos.

IV. DESACUERDOS PRAGMÁTICOS

¿Qué es, entonces, interpretar una Constitución de estas características? Creo que primero que nada supone acercarse a la Constitución, reconociendo su naturaleza contextual. Desde esta perspectiva (al menos desde una perspectiva todavía general), interpretar la Constitución supondría *poner en práctica alguna concepción de la democracia cuando surgen desacuerdos a su interior*.

Hecha esta advertencia general, la segunda cuestión que de inmediato conviene tomar en cuenta es la observación que nos sugiere Waluchow, en el sentido de que los problemas de interpretación son más pragmáticos que teóricos. En otras palabras, tienen que ver con la asignación de significados a un texto y, de otro lado, con la necesidad de dar respuestas contextualizadas a problemas concretos. Esto puede permitirnos ver los fines de la interpretación, que, como resulta meridiano, no son fines teóricos, sino más bien prácticos.¹⁵ Tales fines están, sin duda, orientados a la concreción y desarrollo de los ideales del modelo constitucional. De ahí que se pueda hablar de finalidades intrínsecas de la interpretación, en la medida de que la interpretación no puede desvanecer o desarticular el

¹⁵ También en este punto, García Belaunde ya había avanzado anotando como una finalidad de primer orden de la interpretación constitucional la *autopreservación*: «la Constitución debe ser interpretada de la manera que más la favorezca para su conformidad con ella misma y la realización de sus fines». *Ob. cit*, p. 30

proyecto primordial del constitucionalismo, esto es, el control del poder del Estado y de los poderes sociales o fácticos.¹⁶

De modo que interpretar es contextualizar una respuesta que debe tomar en cuenta, i) por un lado, un texto; ii) por otro, un caso. Lleva razón Zagrebelsky cuando cuestiona la visión tradicional del positivismo decimonónico, que concebía la actividad judicial como una actividad de segregación de los casos respecto de la realidad, a través de ejercicios lógicos de interpretación y subsunción. En la visión práctica de la jurisprudencia, el Derecho se articula en un complejo entramado de matices entre instituciones, valores, realidad y normas, en el que el intérprete debe ser capaz de moverse «intermediando» y tratando de que tanto los casos (y por tanto, la realidad) como el sistema jurídico encuentren algún nivel de adecuación cooperativa.¹⁷

Es esta la dimensión olvidada de la interpretación constitucional, que algunos teóricos llaman interpretación operativa o judicial, y que está en el centro de sus disputas. Sin embargo, con demasiada frecuencia las teorías (es decir, sus propulsores) olvidan este contexto de la interpretación, lo que genera

¹⁶ Conviene tomar nota en este punto de la tesis de Ferrajoli de un constitucionalismo orientado no solo a controlar la clásica amenaza de los poderes públicos, sino también, especialmente en tiempo de globalización de los poderes supraestatales, a controlar el peligro real de convertir el Estado en una simple herramienta para la dominación de los poderes económicos. Cfr. FERRAJOLI, L. «Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo de Derecho Privado», traducción de Miguel CARBONELL, disponible en:
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf>>

¹⁷ Según escribe el magistrado emérito de la Corte Constitucional italiana, «en el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta». En esta visión, la interpretación es la herramienta para un diálogo entre el sistema de fuentes y la realidad cuyo objeto y cometido institucional se concreta cuando «el resultado interpretativo no violenta ni unas (las fuentes) ni otras (la realidad y el caso)». Cfr. ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*; trad. de Marina Gascón. Trotta, 1995, pp. 133-134.

disputas no a nivel de la interpretación, sino más bien, como vimos, en torno a las concepciones generales del modelo de democracia constitucional a la que se adscribe determinado criterio interpretativo.¹⁸

No obstante, mirando los contextos donde ocurren las prácticas interpretativas, es posible encontrar aparentes contradicciones *teóricas* de los tribunales que desde una perspectiva pragmática, sin embargo, se pueden comprender a partir del contexto y de los actores presentes en cada caso. Así, un modelo de interpretación textual o semántica puede resultar en muchos casos la mejor forma de construir una respuesta que al mismo tiempo sea razonable frente a un caso. En otros contextos, sin embargo, quizá la mejor interpretación, literal o textual-semántica no responda de manera razonable al caso por lo que será necesario acudir a otro tipo de estrategias reconstructivas que encuentran respaldo en teorías opuestas.

Si se observa con atención la práctica de los altos tribunales, se puede constatar no sin algún desconcierto que, incluso con la misma conformación, suelen usarse alternativamente distintas teorías para buscar la mejor manera de responder a las cuestiones que plantea un caso en un contexto determinado. Creo que esta es también la observación que trata de mostrar Berman cuando descubre, con cierto asombro, las coincidencias entre Scalia y Sunstein en términos prácticos.¹⁹

Esto mostraría, sin embargo, que las teorías de la interpretación actúan más como herramientas condicionadas por teorías normativas de «Constitución» o de «democracia». Es decir, se trataría de teorías funcionales que podrían convertirse

¹⁸ El trabajo citado de García Belaunde, entre nosotros, ya advertía también de esta dimensión del problema de la interpretación constitucional: «el proceso interpretativo –sostenía nuestro profesor–, si bien puede darse en abstracto, lo que se denomina la interpretación doctrinaria (que normalmente es hecha por juristas), está siempre vinculado con un caso práctico; de ahí que la interpretación sea una suerte de razonamiento práctico, al revés de los razonamientos teóricos que se dan en otras ciencias». *Ob. cit.* p. 23.

¹⁹ Cfr. BERMAN, M. *Ob. cit.* p. 10

autónomamente en modelos prescriptivos a la hora de interpretar la Constitución. Si hay algo que orienta la interpretación constitucional es su naturaleza *viviente* y la obligación sustantiva que se impone a todo intérprete de la Constitución de no autoimponerse algún modelo previo a costa de producir un resultado no razonable o injusto.

Si la razonabilidad es el *megaprincipio* de toda práctica constitucional, incluida la práctica interpretativa, ningún juez debiera renunciar, por adelantado y en abstracto, a sacrificar la justicia en un caso concreto so pretexto de seguir alguna teoría que, también en abstracto, se presenta como la correcta.²⁰ De este modo, la teoría constructivista, por más arriesgada que fuera, no podría válidamente dejar de lado alguna dosis de originalismo que, llegado el caso, podría aplicar como la «mejor lectura moral» en un caso dado.

Llevado al extremo, estas consideraciones pueden estar mostrándonos una curiosa paradoja: la mejor teoría de la interpretación constitucional sería aquella que se construya fuera de los marcos de la Constitución (entendida esta como un documento formal) para más bien presentarse como una forma de hacer convivir a los miembros de una determinada comunidad sobre la base de algunas creencias que no siempre pueden retenerse en un texto escrito. Son las prácticas y no los textos los objetos de la interpretación. Es la *cultura en general*²¹

²⁰ En este punto cabe recordar el celebrado voto del juez Holmes en el caso *Lochner vs. New York* (1905): «Las ideas generales no sirven para resolver los casos concretos. La solución debe encontrarse mediante un juicio o una intuición bastante más sencillas que una deducción extraída de una premisa mayor general y abstracta. Creo que esta afirmación, si fuese llevada a la práctica, nos acercaría a la solución correcta». Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y Julio V. GONZALEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, segunda edición, Madrid: CEC, 2006, p. 184.

²¹ Me inspireo en este punto de las enseñanzas de Häberle, que entiende a la propia Constitución como «pedazo de cultura», «expresión de un estadio de desarrollo cultural», «medio de autorrepresentación cultural del pueblo», «fundamento de sus esperanzas». Cfr. *La Constitución como cultura*, traducción de p. 19

la que se pone en movimiento cuando surge un problema constitucional que no puede ser socorrido leyendo un texto. Como ha escrito en forma bastante descriptiva Susan Sontag, la interpretación casi siempre revela una profunda insatisfacción con las lecturas textuales y, por lo general, se configura como una práctica de traición de ellas.²²

V. TEORÍAS POSIBLES

Si lo que se acaba de afirmar tiene algo de verdad, ¿cuál es entonces el lugar de las teorías de la interpretación y cuáles son estas? Una posible respuesta puede encontrarse en teorías que distinguen entre la interpretación en abstracto y en concreto.²³ Los problemas expuestos harían alusión a problemas de la interpretación en concreto, mientras que las teorías se desarrollarían en un plano más abstracto y conceptual.

Si bien esta distinción resulta, por decir lo menos, ingenua —pues pretendería en forma sincera que hay teorías que no sirven sino como mera especulación conceptual—, en su esfuerzo analítico permite poner de manifiesto las distintas concepciones a la hora de interpretar la Constitución. El par conceptual más impreciso, pero al mismo tiempo de mayor cobertura (en el sentido de que *cubre la totalidad de posibilidades teóricas*) sería en esta dirección el *originalismo* frente al *no-originalismo*.

Una forma simple de presentarlas sería como dos creencias que consisten en dos maneras opuestas de comprender la práctica constitucional: una más vinculada a alguna dirección textual o intencional previa y otra más asociada a soluciones

²² «Por tanto, escribe Susan Sontag —luego de advertir las variadas formas históricas de interpretación—, la interpretación presupone una discrepancia entre el significado evidente del texto y las exigencias de (posteriore) lectores. Pretende resolver esa discrepancia. [...] la interpretación es entonces una estrategia radical para conservar un texto antiguo, demasiado precioso para repudiarlo, mediante su refundición». Cfr. S. SONTAG *Contra la interpretación* p. 17.

²³ Cfr. GUASTINI, R. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Trotta, 2008.

pragmáticas que desde luego toman el texto como referencia, pero que no se limitan solo a él o no hacen depender de él necesariamente y siempre la solución de los casos futuros.

Vistas de este modo, sin embargo, ambas teorías, ya sea por sus múltiples variantes en cada extremo o, como consecuencia de ello, por su impracticabilidad, sugieren ser abandonadas en cuanto se toma conciencia de su falta de precisión.

No obstante, los intentos por encontrar un enfoque novedoso y que sea al mismo tiempo útil no han sido abandonados por los teóricos. El intento de Berman parece ir en esta dirección, pero los costos no son menores. Por ejemplo, el pluralismo, que este autor presenta como la «teoría de interpretación constitucional contemporánea dominante en el ámbito judicial y académico»,²⁴ es en seguida observado por el propio autor, quien encuentra que esta manera de comprender las prácticas constitucionales muestra inconvenientes a la hora de convertirse en teorías generales, pues las inevitables contradicciones en la formulación de sus tesis internas terminan por desaconsejarla.

No menos problemático resulta el pragmatismo, ya no solo porque claramente se presenta como una forma de «pluralismo interpretativo», sino que además no está claro si se trata de una teoría o de una manera fácil de resolver casos orientando los resultados solo a las consecuencias, algo que si bien puede tener algún sentido cuando se trata de decisiones patrimoniales, puede sin embargo resultar contraproducente en materia de interpretación de cláusulas que contienen nuestros derechos básicos.

Mención aparte merece el esfuerzo de Dworkin que también, producto de las manipulaciones teóricas, termina perjudicado con los rótulos y contra su expresa voluntad.²⁵ Se le imputa un «perfeccionismo» porque se orienta hacia una

²⁴ BERMAN, M. *Ob. cit.* p. 413

²⁵ Es llamativo quizá para poner en evidencia que los rótulos poco importan en este campo complejo de la interpretación, que el propio Dworkin se haya hecho llamar *originalista* en alguno de los sentidos posibles del término: lo que él llama *el originalismo de las expectativas*.

respuesta coherente y articulada, al menos como metadiscurso ideal. Quien interpreta la Constitución, sostendrá este autor, tiene que sentirse parte de algo más que su propio proyecto, tiene que intervenir asumiendo que sus respuestas no pueden ser aisladas y deben integrarse en forma armónica a un concierto mayor del que solo es una pequeña parte.²⁶

Dworkin es, sin duda, el autor con el proyecto teórico más ambicioso en materia de interpretación constitucional. Pero para analizar sus propuestas no es recomendable hacerlo desde quienes caricaturizan o simplifican sus puntos de vista, con claro interés por proponer teorías alternativas que compitan con la suya. Se trata de un proyecto en construcción y sujeto a constantes modelaciones en cada uno de sus aportes. Creo, además, que no se trata de una teoría de la interpretación de la Constitución aislada de la interpretación de nuestra cultura y de nuestra historia, y quizás por ello inquieta tanto a sus críticos, generalmente acostumbrados a ver en el discurso jurídico un constante autorreferenciamiento, como si los juristas provinieran de otra galaxia.

Celosos guardianes de sus propias conjeturas, los críticos de Dworkin no se atreven a acompañarlo en la búsqueda de rutas que, rompiendo la ruta circular y arañada del Derecho, hurguen en otros confines desde donde el Derecho siempre se ha beneficiado, como cuando los filósofos ingresaron en las investigaciones del lenguaje o la lógica. Quizás en este caso la interpretación puede beneficiarse de otras artes y ciencias como la historia, las teorías de la cultura y la propia antropología.

VI. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO ARGUMENTACIÓN CONCRETIZADORA

A estas alturas, las diversas teorías aceptan sin mayores reparos que no hay una única respuesta correcta también en el ámbito de las teorías de la interpretación constitucional.

²⁶ Cfr. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986 (trad. cast., *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988).

Se podría decir incluso que quien busca una teoría que dé respuestas correctas en materia de interpretación desconoce el estatuto dinámico e inacabado de la vida constitucional.

Diversas indagaciones, y no solo las constructivistas, convienen en un punto que es importante: la interpretación es una actividad creadora de normas. La teoría analítica genovesa, por ejemplo, con fundamentos en el escepticismo epistémico, propone que la interpretación es una actividad «del espíritu» que puede ser reconstruida como un conjunto de decisiones, todas ellas creadoras.²⁷

Ello lleva a reflexionar que, hoy en día, hay cierto consenso para pensar que el Derecho consiste, al menos en su estructura normativa, en dos grandes momentos de creación de normas. En un primer momento, se avanza en crear el marco general de referencia con enunciados normativos que se convierten en el punto de partida de las concreciones futuras: este es el campo de la legislación en sentido amplio. Pero este primer momento no es suficiente si queremos que el Derecho sea una herramienta que perdure. Necesitamos un segundo momento de concreción normativa en el que los intérpretes tienen y deben tener un margen de discreción legislativa también. El Estado de Derecho consistiría, de este modo, en un espacio de colaboración constante entre legisladores que promueven discursos normativos y concretizadores de estos discursos.

Más todavía si se piensa en el carácter indeterminado o «competitivo» del lenguaje de nuestras constituciones. Como ocurre con la Constitución, hay más de un autor que ha visto en sus fórmulas vagas no un problema sino más bien una virtud.²⁸ Esta sería «la virtud de los principios», en la medida de que su indeterminación activa de modo constante el diálogo deliberativo que sería el ingrediente genuino de las democracias constitucionales.

²⁷ Cfr. GUASTINI, R. *Interpretare e argumentare*, Giuffré, 2011. Especialmente, Capítulo. VII

²⁸ En este sentido, FERRERES COMELLA, V. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, segunda edición, CEC, 2007.

En el mismo sentido, Marisa Iglesias encuentra en las fórmulas constitucionales un buen ejemplo de «conceptos indeterminados» que garantizarían «que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso», sino más bien en promover la disputa, rescatando de este modo, la «dimensión dialéctica» de estas fórmulas, en cuanto que obligan a las partes que intervienen en las deliberaciones que se generan a partir de las mismas a «la necesidad de justificar cualquier posición que trate de dar contenido a este concepto».²⁹

De modo que nada extraordinario debiera ocurrir si se piensa que el Derecho necesita de los dos momentos: uno para escribir las fórmulas indeterminadas y otro para concretarlas en el momento de su aplicación. Como la carta que a nadie le importa si no es leída y se pierde en el correo, los textos normativos quedan sin trascendencia si no habilitamos y damos poder a los intérpretes: el Estado de Derecho no puede negar poder a los intérpretes si lo que interesa es la comunicación de un discurso normativo hacia el futuro.³⁰

Hay, sin embargo, un problema por resolver. La legislación del primer nivel trabaja en un marco amplio de libertad con sustento en la legitimidad que recibe del pueblo. Para los actos normativos del segundo nivel (actos legislativos de concreción interpretativa), se necesita una teoría de la legitimación normativa suficientemente consistente que pueda contener las desviaciones del Estado de Derecho que se presentan plausibles en este proceso.

Las indagaciones y avances de las teorías de la argumentación en las diversas tradiciones jurídicas parecen aquí como

²⁹ Cfr. IGLESIAS, M., «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en *Doxa*, N° 23, 2000, pp. 77-104.

³⁰ Con Sager es posible comprender la labor de los jueces como una actividad de colaboración (incluso técnica) con el legislador democrático, en la que la concreción de normas debe realizarse ya no en términos especulativos, sino de concreción a los casos para los que son hipotéticamente pensados. Cfr. SAGER, L. *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica judicial norteamericana*; Madrid: Marcial Pons, 2007.

la mejor contribución.³¹ La interpretación se presenta aquí como una forma de argumentación, quizá como el corazón de la argumentación técnico-jurídica. La teoría analítica denomina «argumentos interpretativos» al conjunto de argumentos y estrategias que intentan racionalizar algún discurso concretizador de normas.³² Por otro lado, se debe también a la tradición analítica, e incluso a la práctica constitucional italiana, la separación entre el texto (disposiciones normativas) y las normas (los significados de los textos).³³

Sin embargo, la interpretación constitucional no se agota en argumentos normativos de tipo interpretativo, en la medida de que las respuestas constitucionales no dependen —o no dependen solo— de descifrar o de asignar significados a los textos normativos. Una teoría de los significados no es suficiente en materia constitucional. Se requieren también referencias a la filosofía política y a la teoría del Estado dominante: *en este caso se requiere comprender las premisas del Estado Constitucional basado en la dignidad humana como epicentro*.³⁴

Por otro lado, como lo ha sugerido Susana Pozzolo, quizá convenga, especialmente en el ámbito de la interpretación constitucional, «cambiar de perspectiva». En esta búsqueda, incluso desde la tradición del «realismo genovés» vinculado con el positivismo crítico, esta autora se ha preguntado de una forma que puede sorprender: «¿Y si considerásemos que la estabilidad de la legislación es solo apariencia? Esto es, ¿y si existiese “siempre un margen de apertura en el cual los con-

³¹ Un resumen de estas teorías puede verse en, ATIENZA, M. *Las razones del Derecho*, Segunda edición. Lima: Palestra, 2004.

³² Cfr. TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, especialmente el capítulo VIII.

³³ La reconstrucción de esta invención italiana puede verse en POZZOLO, S. y ESCUDERO, R. (Eds.), *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, 2011. Se trata de una recopilación de trabajos que permiten ver en perspectiva cronológica la formulación de estas teorías.

³⁴ Cfr. LANDA ARROYO, C. «Teorías de la interpretación constitucional» en Ferrer MAC-GREGOR (Coordinador), *Interpretación Constitucional*, Editorial Porrúa Vol. II, México 2005, p. 731 y ss.

flictos se pueden (y a veces se deben) reabrir en otras sedes”³⁵? Los argumentos derrotados en la *competición* encontrarían, a través de otros órganos del sistema, vías de renegociación y de revisión».³⁶ Se trataría, entonces, de buscar estabilidad ya no en los textos sino en los procesos de concretización. Ello, sin embargo, exige alguna teoría de la argumentación que el positivismo no se ha esforzado en construir.³⁷

La interpretación de la Constitución vista como argumentación constitucional³⁸ debe permitir abrir otras perspectivas y no solo los aportes de la teoría analítica en materia de interpretación: necesitamos de la tópica porque los problemas constitucionales requieren respuestas orientadas a problemas concretos que urgenten respuestas aquí y ahora.³⁹ Necesitamos de argumentos retóricos persuasivos, porque la argumentación constitucional convoca un auditorio plural con concepciones diversas de lo bueno y de lo malo.⁴⁰ Para ello necesitamos conocer la historia, y las diversas variantes de la cultura, necesitamos practicar la tolerancia en serio. En definitiva, requerimos de un enfoque que contemple el Derecho ya no como un conjunto de autoridades y normas, sino como un proceso social más complejo y dinámico en el que, no obstante, la justificación

³⁵ Cfr. LUZZATI, C., «Le metafore della vaghezza», *Ob. cit.*, p. 125. La referencia es de Susanna Pozzolo, *Ob. cit.* p. 64

³⁶ *Ibidem*

³⁷ Una razón más, como enseñan Atienza y Ruiz Manero, para «dejar atrás el positivismo jurídico». Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, 2009, p. 127 y ss.

³⁸ En este sentido se orientan algunos trabajos que, según podemos decir, están abriendo camino a nuevas indagaciones. Por ejemplo, ATIENZA, M., «Argumentación y Constitución», en AGUILÓ, J., ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel, 2007.

³⁹ Cfr. VIEHWEG, T., *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. de Luis Diez Picazo, Segunda Edición, Thomson-Civitas, 2007.

⁴⁰ Cfr. PERELMAN Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid: Gredos, 1989.

parece ser la única forma de legitimar los procesos de creación de normas.⁴¹

Vista la dimensión de la problemática, en lo que sigue desearía dejar al menos esbozado un esquema general que intenta orientar las respuestas a las preguntas planteadas al inicio, asumiendo los distintos ámbitos o dimensiones que involucra la actividad de interpretación de la Constitución.

Concepciones de Constitución y de democracia	Teorías de los enunciados constitucionales	Teorías y modelos de concreción interpretativa	Principios y técnicas de interpretación
Permiten el marco ideológico y conceptual que orienta la interpretación constitucional	Condicionan los procesos de concreción a partir de distinguir la diversa estructura de las normas: Se pueden distinguir entre reglas, principios y directrices. Pero también se pueden establecer clasificaciones de principios (véase la introducción)	Orientan la construcción de significados: Orientación hacia el texto, hacia la historia, hacia los valores, hacia las intenciones, etc.	En este caso nos referimos a principios en cuanto pautas o metaprincipios. Sirven para racionalizar los contenidos de los discursos interpretativos. Algunos de estos principios están directamente influidos por concepciones de democracia como el principio de interpretación conforme o el de favor libertatis; otros, en cambio, han sido desarrollados en el marco de aplicación del Estado Constitucional. Ejemplo: el principio de unidad, de concordancia práctica, de corrección funcional. Las técnicas, en cambio, tienen un espacio de acción más limitado. Ayudan, por lo general, a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos: los llamados argumentos interpretativos de la teoría analítica.

⁴¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. *Notas sobre la interpretación constitucional*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Editorial Trotta, S.A ,vol. II, p. 919 y ss.

El cuadro intenta mostrar por lo menos cuatro de los componentes o variables fundamentales que despliegan sus efectos en todo proceso de concreción constitucional. En un primer momento, todo proceso de interpretación constitucional presupone una cierta concepción de la Constitución y de la democracia constitucional. Las concepciones de la Constitución se configuran como modelos teóricos o ideologías que condicionan los resultados del proceso de interpretación.⁴²

En un segundo momento, dado que las Constituciones son por lo general documentos formales escritos, resulta indispensable una teoría de sus enunciados. Aquí la distinción entre reglas, principios y directrices resulta fundamental.⁴³ Hace falta una teoría general de los enunciados constitucionales que ayude en este punto. En el ámbito europeo, el debate en torno a la separación (fuerte o débil) entre reglas y principios ha sido especialmente provechoso en este punto, aun cuando la dogmática constitucional haya estado, por lo general, ausente de este debate.

La relevancia del papel de los principios en los sistemas constitucionales es seguramente uno de los mayores aportes de la filosofía y la teoría del Derecho contemporáneas a la mejor comprensión de los actuales sistemas jurídicos. Atienza y Ruiz Manero han contribuido, precisamente desde este ámbito, con su distinción entre *reglas* (de acción y de fin), *principios* y *directrices*.⁴⁴ Especialmente destacable es el esfuerzo de Juan

⁴² Valga solo como ejemplo el esquemático panorama que presenta AGUILÓ REGLA, J. en: «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en AA. VV. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel, 2007, p. 21 y ss.

⁴³ Como es conocido, el redescubrimiento de los principios en la era del Derecho Constitucional es una de esas grandes deudas que tenemos con Dworkin. La bibliografía sobre el tema es inabarcable; me remito, en todo caso, a la extraordinaria tesis de Alfonso García Figueroa, que recoge buena parte de estos debates. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEC, 1997

⁴⁴ Cfr. ATIENZA M. y RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2^a edición actualizada, 2004.

Ruiz Manero que ha profundizado aún más las investigaciones iniciadas con Manuel Atienza.⁴⁵ No obstante, hay contextos, como ocurre con la Constitución peruana de 1993, por ejemplo, que pretenden poner en el mismo nivel principios que contienen derechos fundamentales y principios que confieren poderes, por ejemplo a la Policía o al Ministerio Público en sus funciones de investigación y persecución del delito. O peor aún, los principios constitucionales que se refieren con la misma jerarquía a aquellos que en la Constitución se refieren a auténticos derechos de libertad frente a aquellos principios que configuran las llamadas libertades económicas o de la empresa.⁴⁶ Una teoría de los enunciados constitucionales debe ayudarnos aquí a diferenciarlos, al momento de realizar concreciones de tipo ponderativo por ejemplo.⁴⁷

⁴⁵ Cfr. RUIZ MANERO, J. «Una tipología de las normas constitucionales», en: AA. VV. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Buenos Aires: edición América Latina Cit. p. 63 y ss.

⁴⁶ Parte del debate reciente en la teoría del Derecho tiene que ver precisamente con la configuración de las distinciones entre los enunciados de la Constitución. Véase, por ejemplo, el debate a que se refiere el número 34 de la revista *Doxa*, que se abre con un artículo de L. Ferrajoli sobre la distinción entre lo que llama «constitucionalismo principalista» vs. «Constitucionalismo garantista». Uno de los puntos del debate tiene que ver con la tipología, también propuesta por Ferrajoli, que clasifica entre *principios directivos* y *principios regulativos*. Los primeros son más indeterminados y abiertos, mientras que los segundos son no negociables ni ponderables, puesto que corresponde al ámbito de lo *no decidable*. Cfr. FERRAJOLI, L. «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», en *Doxa* 34, 2011, Madrid p. 15 y ss.

⁴⁷ Resultaría de todo punto de vista razonable, por ejemplo, asumir que los principios que pueden ser objeto de ponderación, y que, por tanto, pueden colocarse en la *balanza*, fueran por lo menos del mismo o parecido contenido. De modo que si se tratara, por ejemplo, de *pesar* principios que confieren libertades para ingresar al mercado o para conducir una empresa, estos deberían ingresar con alguna carga a la *balanza de la ponderación* de tal forma que no sea fácil o resulte poco probable que puedan vencer a los principios vinculados con la dignidad o a los derechos personalísimos o vinculados con la dignidad. De otro modo la *balanza de la ponderación* se convertiría en una forma de calibrar nuestras diferencias sociales.

En un tercer nivel deben considerarse las diferentes teorías que se presentan como teorías de la interpretación constitucional en concreto. Aun cuando puedan estar condicionadas ya por el primer nivel, al asumir las concepciones sobre la Constitución, su identificación ayuda a reconstruir el discurso interpretativo. No es lo mismo la orientación interpretativa de un originalista semántico respecto de un originalista intencionalista; tampoco el de un constructivista analítico respecto de un constructivista moral a lo Dworkin, por ejemplo.

Finalmente los principios y técnicas de la interpretación deben permitir racionalizar el discurso. Al margen de la concepción de Constitución o del modelo de interpretación que se adopte, los principios y técnicas responden, por lo general, a los esquemas conceptuales e ideológicos. Por ejemplo, las técnicas de interpretación lingüística pueden responder mejor a un modelo de interpretación de tipo cognitivo-semántica, mientras que las técnicas y principios de la interpretación orientada a los fines y resultados favorecen una interpretación menos vinculada por la literalidad de los textos.

Especial referencia merece, en este esquema general, algunos principios que suelen solaparse como «principios de interpretación», pero que en realidad son pautas o directrices ideológicas de autoconservación del modelo constitucional y que conviene dejarlos aquí solo anotados. Dos principios especialmente relevantes orientan la interpretación de las constituciones del Estado Constitucional. Me refiero al *principio de jerarquía normativa de la Constitución* y el *principio de interpretación conforme*. En el primer caso, se trata de una advertencia al intérprete para no olvidar que la interpretación no puede «reducir» ni la fuerza vinculante ni la máxima jerarquía jurídica que ostenta la Constitución. En el caso del principio de *interpretación conforme*, este puede verse como una expresión invertida del mismo principio de jerarquía. Aquí se trata de la aplicación del principio de razonabilidad a la hora de enjuiciar el resto de las entidades normativas a la luz de la Constitución. La *interpretación razonable de la Constitución* se presenta en este caso como una actividad residual de cara a

los demás interpretes de la Constitución. Como ha destacado Luis Prieto, la misión del juez constitucional no consiste en determinar de manera concluyente cuál ha de ser la única interpretación posible, sino, en cualquier caso, «indicar qué interpretaciones resultan intolerables».⁴⁸

Como puede apreciarse, estas directrices o *pautas* no son propiamente herramientas neutrales sino que están «comprometidas» con un modelo de Constitución y también con ciertas finalidades institucionales, como puede ser la preservación del propio modelo o la de la división de funciones entre jueces y legislación a la hora de trabajar, vinculada por un sistema constitucional. En esta misma dirección, también se han desarrollado algunos criterios jurisprudenciales en la Alemania de la postguerra canonizados luego por K. Hesse, y que han tenido amplia difusión hacia finales del siglo XX.⁴⁹ En los últimos años, nuevas concepciones de los derechos se han vuelto casi en método exclusivo para concretar las cláusulas constitucionales a la ponderación. Sin embargo, no se deben dejar de lado las críticas permanentes que deben ser contempladas, por lo menos, como llamados a la vigilia desde la academia.⁵⁰

Sea como fuere, la interpretación constitucional no agota sus posibilidades en una única concepción de la interpretación. Se requieren indagaciones que sean capaces de buscar los hilos que permitan comunicar y hacer colaborar a más de una teoría de la interpretación y a todas las técnicas posibles, asumiendo sí que en la interpretación constitucional no se trata de una indagación en busca de resolver intersticios o aclarar las zonas grises de los textos constitucionales. La interpretación constitu-

⁴⁸ Cfr. PRIETO L. “Notas sobre la interpretación constitucional”, *ob Cit.* p. 921.

⁴⁹ Cfr. HESSE, Konrad, “La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁵⁰ Un texto hoy indispensable en esta dirección es el trabajo de T. Alexander ALEINIKOFF, *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*, Trad. de Carlos Bernal, Lima, Palestra, 2010.

cional supone, fundamentalmente, un ejercicio intelectual que debe responder a problemas de convivencia en una sociedad con aspiraciones plurales y que ha creído que la Constitución puede ser un nexo o punto de unidad en esa convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J.

2007 "Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución". En: AA. VV. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

ATIENZA M. y RUIZ MANERO, J.

2004 *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2da. edición actualizada. Madrid: Ariel.

ATIENZA, M.

2004 *Las razones del Derecho*, 2da. Edición. Lima: Palestra Editores.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.

2009 "Dejemos atrás el positivismo jurídico". En: *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra Editores.

ATIENZA, M.

2007 "Argumentación y Constitución". En AGUILÓ, J., ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO. *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

BAYÓN, Juan Carlos:

«Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», disponible en:

<http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf>.

BERMAN, Mitchell

2011 "Constitutional Interpretation: Non-originalism". *Philosophy Compass* CSLI. USA, Stanford University, número 6, pp. 408-420.

DWORKIN, Ronald

1986 *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press (trad. al castellano, *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1988).

FERRAJOLI, L.

“Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”. En *Doxa*. Alicante, número 34, p. 15 y ss.

FERRERES COMELLA, V.

2007 *Justicia constitucional y democracia*, segunda edición. Madrid: CEC.

GARCÍA BELAUNDE, D.

1994 “La interpretación constitucional como problema”. *Pensamiento Constitucional*, Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Lima: año 1, número 1.

GARCÍA FIGUEROA,

1997 *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEC.

GUASTINI, Ricardo

2011 *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffre.

GUASTINI, Ricardo

2008 Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Ed. Trotta.

HÄBERLE, Peter

“Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas” disponible en:

<<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/13Haeberle.pdf>>.

HÄBERLE, Peter

2002 *La Constitución como cultura*. Traducción de Ana María Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia.

HESSE, Konrad

1983 “La interpretación constitucional”. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

IGLESIAS, M.

2000 Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. *Doxa*. Barcelona, número 23, pp. 77-104.

HART ELY, John

1980 *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Harvard University Press. Versión castellana editada en Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

LANDA ARROYO, César

2005 “Teorías de la interpretación constitucional”. En FERRER

- MAC-GREGOR (Coordinador). Interpretación Constitucional. Mexico: Editorial Porrúa-Vol. II.
- PERELMAN Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L.
- 1989 Tratado de la argumentación. La nueva retórica. Madrid: Gredos.
- Pozzolo, S.
- 2011 Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo". En Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos. Lima: Palestra.
- Pozzolo, S. y ESCUDERO, R. (Eds)
- 2011 Disposición vs. Norma. Lima: Palestra Editores.
- PRIETO SANCHÍS, L.
- Notas sobre la interpretación constitucional. En Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coordinador). Interpretación Constitucional, vol. II.
- PRIETO SANCHIS, Luis
- 2006 "Iusnaturalismo, positivismo y control constitucional de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional". *Revista Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, número 4. Asturias: Universidad de Oviedo.
- RUIZ MANERO, Juan
- "Una tipología de las normas constitucionales". En AA. VV. Fragmentos para una teoría de la Constitución.
- SAGER, L.
- 2007 Juez y Democracia. Una teoría de la práctica judicial norteamericana. Madrid: Marcial Pons.
- SONTAG, S.
- 2007 Contra la interpretación y otros ensayos. Barcelona: Ed. De Bolsillo.
- ALEINIKOFF, T. Alexander
- 2010 El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación. Trad. de Carlos Bernal. Lima: Palestra.
- TARELLO, G.
- 1980 *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- TROPPER, Michel
- 2003 "El Poder Judicial y la Democracia". *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho y Discusiones*. Alicante, número 18, p. 47 y ss

VIEHWEG, T.

2007 *Tópica y Jurisprudencia*. Trad. de Luis Diez Picazo, Segunda Edición. España: Thomson-Civitas.

WALUCHOW, Wil

2008 «Constitutionalism», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, E. N. Zalta (Ed.), disponible en: <=http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism>.

ZAGREBELSKY, Gustavo

1995 *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta.



Una defensa de la racionalidad limitada de la ponderación: comentarios a las críticas de Gregoire C.N. Webber

Sumario: I. Planteamiento.– II. El éxito de la ponderación y las críticas. 2.1. La ponderación se presenta como “técnica” que pretende enmascarar respuestas políticas y morales. 2.2. ¿Incommensurabilidad o relatividad? 2.3. La idea de constitución del constitucionalismo exige ponderación.– III. Ideas finales.– Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

La práctica de los Tribunales constitucionales y, desde luego, también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, han puesto en evidencia el enorme impacto que

¹ La corte IDH ha puesto de manifiesto su adhesión a este modelo de razonamiento en muchas de sus decisiones, a modo de ejemplo puede citarse el caso *Kimel contra Argentina* (2008). En esta decisión, usando el modelo alexiano de ponderación, la Corte determinó que una decisión judicial ratificada como válida por la Corte Suprema de la Argentina resultaba desproporcionada y, en consecuencia, inválida. Al asumir competencia la Corte planteó el caso en estos términos: “La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y

tiene al día de hoy, la teoría de la ponderación de derechos como modelo teórico para resolver conflictos entre derechos fundamentales.

La ponderación, que suele ser presentada, al menos en la perspectiva europea, como uno de los pasos últimos del test más amplio de proporcionalidad, es considerada hoy en día como un principio que forma parte de la estructura misma del modelo del Estado Constitucional de Derecho². Su popularidad tiene muchas explicaciones, pero quizás lo que le ha permitido convertirse en un modelo “global” de solución de conflictos por parte de las Cortes y Tribunales, tenga que ver con la practicidad de los elementos que incorpora y, sobre todo, con la “sensación” que genera en el auditorio, al presentarse como una estrategia que pone en una balanza a los derechos, los que frente a sus eventuales conflictos aparecen estar siendo “optimizados” o conciliados uno con otros, de modo que los sacrificios por parte de los poderes públicos no se presentan como “antojadizos” o arbitrarios³.

No obstante, esta popularidad aparente no está exenta de debates académicos y de serios cuestionamientos, muchas veces auspiciados por las prácticas manipuladoras de los jueces que suelen usar este tipo de estrategias argumentativas en situaciones moralmente controvertidas, lo que lleva de modo inevitable a comprometer la propia metodología, presentándola como embustería pues permitiría justificar cualquier agresión a los derechos, después de todo, suelen afirmar los críticos, hoy en día, todo parece ser objeto de ponderaciones.

circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.” (Párrafo 51 de la Sentencia de fondo).

² Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal, 2da edición. Madrid: CEPC, 2008.

³ Véase las sugestivas explicaciones al respecto de Alec Stone y Jud Matthews en una reciente publicación. Cfr. De los autores, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Traducción de Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

En lo que sigue, de manera muy breve y resumida, intento organizar argumentos de respuesta a algunas de estas críticas, en especial las presentadas por el profesor canadiense Grégoire Webber, autor de dos importantes libros publicados en los últimos años, donde ha insistido en estos argumentos de crítica al modelo Alexiano de la ponderación⁴. Mis comentarios solo han tenido en cuenta el resumen de sus principales tesis que se recogen en un artículo publicado en el año 2010, aun cuando estas conclusiones son ahora mejor elaboradas y defendidas en su texto de 2014⁵.

II. EL ÉXITO DE LA PONDERACIÓN Y LAS CRÍTICAS

El problema que intenta atacar Webber en su trabajo es, al parecer, el éxito de la ponderación y no tanto sus problemas teóricos o prácticos. “Me parece —sostiene este autor— que hemos llegado a mirar los derechos constitucionales solo a través de los lentes de la proporcionalidad y el balanceo, tanto que ahora no podemos comprender la posibilidad de otros métodos y estilos de razonamiento alternativos”⁶. Los tres

⁴ Cfr. WEBBER, Gregoire. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification* (New York: Cambridge University Press, 2014) (edited with G. Huscroft and B.W. Miller); *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009; paperback edition 2012).

⁵ El que haya elegido este autor para este ejercicio es en verdad un tanto arbitraria y casual. Pues tomé conocimiento del mismo gracias a un material que nos fue entregado como texto para discutir el modelo de la ponderación en el marco de un curso sobre argumentación constitucional como parte del Master in Global Rule Of Law and constitutional democracy que organiza el Instituto Giovanni Tarello de la Universidad de Génova. Dicho sea de paso, aprovecho la ocasión para expresar mi gratitud una vez más a Carlos Bernal que fue quien me motivó para publicar este texto que luego expuse en el marco de la primera reunión de la Red sobre Proceso y Constitución desarrollado en el año 2013 en la Pontificia Universidad Católica del Perú gracias a la gentil invitación del profesor Giovanni Priori Posada a quien también extiendo mi gratitud por esta oportunidad.

⁶ Este resumen se basa fundamentalmente en un trabajo inicial de WEBBER: “Proportionality, Balancing, and the Cult of the Constitutional

problemas que aborda de manera puntual, son sin embargo, bastante conocidos entre los propios defensores de la ponderación que han respondido de manera sostenida y coherente a estas críticas⁷. Creo que el trabajo del profesor Bernal que también será materia de este breve comentario, los resume de manera muy clara y precisa: i) la indeterminación; ii) la incommensurabilidad y; iii) su falta de predicación⁸.

Si bien las críticas a la ponderación en Webber aparecen resumidas en cuatro rubros, las repuestas, desde luego no definitivas, creo que vienen bien planteadas en el trabajo de Carlos Bernal que usaré como esquema de este comentario. Según Webber, al principio de proporcionalidad se le puede reprochar por lo menos con estos cuatro argumentos: (a) intenta despolitizar los derechos constitucionales, (b) va en contra del cuestionamiento de la incommensurabilidad, (c) violenta la idea de una constitución, y (d) niega respuestas categóricas desde los derechos. Si analizamos estas críticas en el centro latén dos ideas: La incommensurabilidad y la falta de objetividad del método. Quizá solo el primer cuestionamiento resulte aquí original y por ello conviene empezar con el mismo.

2.1. La ponderación se presenta como “técnica” que pretende enmascarar respuestas políticas y morales

Al parecer la crítica en este punto se dirige a una pretendida (aunque no defendida en estos términos ni por Alexy ni por Bernal) “neutralidad técnica” de la ponderación. Según Webber, “El punto aquí es que un intérprete siempre debe acercarse a la naturaleza política de esta tarea con la filosofía política a la

Rights” Scholarship, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXIII (2010), pp. 179–202.

⁷ Véase por ejemplo, las respuestas del propio ALEXY. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. En: *Revista española de derecho constitucional*, año nº 22, número 66, 2002, pp. 13-64

⁸ Cito la versión de “La racionalidad de la ponderación”, en *El Principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y P. Grández (Editores). Lima: Palestra, 2010, pp. 37 y ss.

mano; una constitución no va a hablar por sí sola. Algo similar puede decirse de la “historia, tradición y sociedad actual”. En resumen, el balanceo no puede ser un ejercicio descriptivo; si es del todo posible, es inevitablemente una tarea normativa”. Lo que se quiere resaltar es que la ponderación “escondería” algo, alguna filosofía política o, peor aún, alguna ideología.

Creo que esta es una observación algo descuidada. La filosofía detrás de la ponderación es bastante evidente y sus promotores han sido bastante explícitos al respecto. Aun cuando sus premisas son liberales (como la autonomía moral de los individuos requieren siempre cargas para ser restringidas, la dignidad y la propia supremacía de los derechos); es verdad también que se puede ejercitar “comunitaristamente”. Es decir se “puede sacarle la vuelta” y presentar resultados de la ponderación que podrían ser incluso antiliberales.

Ello muestra, sin embargo, que la ponderación no resuelve problemas genuinos sobre nuestros juicios morales, sino que su cometido es bastante más limitado y pragmático, en cuanto exigencia de argumentación en contextos dados. Por tanto, esta crítica es baladí o pueril. Si se afirma, como lo hace Webber que, “Diferentes personas asociaran diferentes pesos a los intereses en base a sus compromisos político-morales” no se está descubriendo nada relevante. Esto es así y no puede considerarse que con esta afirmación se pone en riesgo alguna de las premisas de la ponderación. De modo que esto que no niegan los defensores de la ponderación, tampoco tendrían que negar sus críticos. Al contrario el reconocimiento de esta constatación evidente, plantea desafíos de argumentación. La ponderación proporciona en este sentido un esquema que exige explicitar estos desacuerdos a efectos de hacer más transparentes los discursos en torno a los conflictos entre derechos. Sin ponderación los desacuerdos no desaparecen, pero convendría preguntarnos ¿cómo inciden en las decisiones y cómo son controlados desde las perspectivas críticas?

Me atrevería a sugerir que el cometido institucional de la ponderación está orientado por la exigencia de una máxima exigencia de fundamentabilidad de las decisiones públicas,

especialmente en contextos donde se debe decidir el peso concreto de los principios. Su cometido no es pues eliminar las disputas morales o esconderlas. Quien pretende encontrar una respuesta de este tipo en el esquema de la ponderación, equivoca seriamente el diagnóstico sobre los problemas que sin duda los tiene la ponderación, pero que no pasan por pedirle explicaciones a la ponderación respecto de los desacuerdos morales.

Como ha argumentado Atienza, defendiendo el esquema de la ponderación, éste debe tratarse como un esquema formal de razonamiento, “no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo”⁹. Lo que puede aportar es, entonces, todo lo que se le puede exigir a un esquema o estructura, los contenidos dependerán de cada circunstancia y de cada argumentador que lo use.

2.2. ¿Incommensurabilidad o relatividad?

La crítica aquí apunta de nuevo en un blanco equivocado. Algunas de las preguntas comunes son también recogidas por Webber: ¿De acuerdo a qué estándar es que uno debe medir la optimización de un derecho constitucional o un principio en conflicto con otro? O como ha preguntado con cierto sarcasmo García Amado en España, ¿Cuál es ponderómetro?¹⁰

La objeción se apoya, en este punto, en la búsqueda de un propósito que no está en el itinerario de la ponderación: La objetividad 100%. Como ha escrito Bernal, es un propósito imposible de lograr y habrá que aceptar que es un ideal que no puede orientar ni a la ciencia más exacta. Sin embargo, cuando se exige commensurabilidad, se olvida este dato intuitivo de

⁹ Cfr. ATIENZA, M. “A vueltas con la ponderación”. En ATIENZA, M. & GARCÍA AMADO, A. *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, 2012, p. 21.

¹⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”. En Mantilla, F. *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

nuestras prácticas cotidianas: Hay muchos espacios de la razón práctica en el que se toman decisiones aproximativas, a veces guiadas por la intuición, pero sabemos que tales decisiones son las mejores en los contextos presentados. La ponderación tiene en este sentido más de sentido común que de técnica jurídica.

Así el propio Webber citando a Finnis, anota que para que haya posibilidad de comparación entre objetos resulta necesario que:

“(a) Los objetivos estén bien definidos, (2) los costos puedan ser comparados por referencias a alguna unidad de valor definida (por ejemplo, dinero), (3) los beneficios también puedan ser cuantificados de una manera que los vuelva medibles entre ellos, y (4) las diferencias entre los medios, otros diferentes a los costos medibles, beneficios y otros aspectos de su eficiencia como medios, no se cuenten como importantes”¹¹. Estas condiciones se aplican en el campo técnico, no en el razonamiento moral”.

Considero que la respuesta a esta objeción aparece al final en la parte que hago énfasis. Es decir, al parecer cuando se exige la medida exacta de la ponderación (el ponderómetro), se está exigiendo un modelo de objetividad propio de otras ciencias y en los mismos términos para solucionar disputas morales. Este es un problema presente en quien usa la ponderación sin un modelo argumentativo. Es igual como sucede con la estructura de la subsunción, también aquí hay que construir premisas y muchas veces hay que valorar antes de incorporar una realidad o un supuesto de una norma como tal. La subsunción solo es un esqueleto que espera ser cubierto. Igual habría que pensar en quien hace uso de la ponderación. El esqueleto, el armazón, no libera a quien quiere empacar un producto defectuoso sin una suficiente calidad en su interior. La ponderación es, si se me permite usar esta analogía, el empaque del razonamiento.

¹¹ La referencia es a John FINNIS, “Commensuration and Public Reason” in Ruth Chang, ed., *supra* note 82 at 219; John Finnis, “Natural Law and Legal Reasoning” in Robert R George, ed., *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992) at 146.

Cabe mencionar que esto que resulta casi intuitivo no siempre se destaca por quienes cuestionan el modelo de la ponderación. La ponderación no es más que una estructura argumentativa como lo han hecho notar Alexy y también Bernal. Si esto así, entonces no está exenta ni de las críticas ni tampoco de los peligros que entraña la puesta en práctica de cualquier estructura argumentativa de tipo formal.

Aquí el punto en cuestión está en comprender que el eje central no es la commensurabilidad o no, sino el concepto de juicio relacional o relativo que encierra la ponderación. En este punto ayuda creo las mayores exigencias en la estructura de la ponderación propuestas por Bernal quien ha sumado a las exigencias originarias de Alexy dos elementos especialmente valiosos. El primero referido a la necesidad de establecer algunos criterios formales para la determinación del *grado de importancia de los principios en conflicto*. El segundo, orientado a trabajar de forma más exigente la variable “seguridad de las premisas empíricas”¹². En ambos casos se trataría de juicios fácticos y normativos.

Por ejemplo, la determinación del valor abstracto de un principio está directamente vinculada con el grado de su importancia. Es meridianamente claro que un principio vinculado con la dignidad debe tener mayor peso abstracto y, por ende, el grado de importancia es mayor que cualquier principio que solo se vincula con lo que conocemos como la “constitución económica”. La constitucionalización de la vida económica no debiera suponer el riesgo para los derechos de libertad o de primera generación. Este aspecto no tiene que ver con nuestras preferencias por el mercado o por la propiedad colectiva, sino con el diseño antropocéntrico de las constituciones del Estado Constitucional. Esto es especialmente valioso y muestra que las ideologías pueden sin embargo dar preferencia con relativa objetividad un principio sobre otro guiándose por

¹² Cfr. “La racionalidad de la ponderación”, Ob. cit.

otros principios formales, como la definición del modelo de Constitución.

Otro tanto se puede lograr en términos de racionalidad en las exigencias de la seguridad de las premisas empíricas. Aquí el derecho debe conectarse tanto como sea posible con otras ciencias para lograr niveles de racionalidad aceptables por sujetos desinteresados en un conflicto. Esta variable exige además, procesos constitucionales más abiertos a la prueba y cada vez más desligados del ideal inicial en el que solo se aceptaban juicios normativos abstractos. Cuanto más abstracto es el juicio de constitucionalidad por ejemplo, más subjetivo puede llegar a ser. Quizá esto lleve también a presentar al control concreto de constitucionalidad de las leyes, o las formas de interacción del control concreto con el control concentrado, como ocurre en el modelo italiano, como esquemas más racionales para el control de la legislación por parte de la judicatura. Pero este es un debate que excede el tema que aquí se plantea.

2.3. La idea de constitución del constitucionalismo exige ponderación

Si he comprendido bien, la crítica central en este punto tiene que ver con la imputación que se hace a la ponderación de influir en el debilitamiento de los derechos y, con ello, de hacer perder su función de limitación del poder a la propia Constitución. En este sentido, se viene a decir, “la constitución no da la orden de “tú no pasaras”; si no, en su mejor momento, la constitución sugiere: “pasa si es que debes, pero hazlo de forma proporcionada””¹³.

Es una imputación grave, sin embargo se parte de nuevo de una premisa falsa: la idea que la constitución es siempre clara y precisa a la hora de establecer las relaciones entre el poder y los derechos. Esta no es la imagen de las constituciones que recogen derechos fundamentales. Por ejemplo en el caso de la libertad de expresión, Webber señala que, “bajo el principio de

¹³ Cfr. WEBBER, G., Ob. cit. nota a pie 6.

proporcionalidad, los límites de la libertad de expresión puede que nunca sean claros, que nunca sean definidos completamente.” Sin embargo la verdad es más bien todo lo contrario, la libertad de expresión ha salido siempre bien librada incluso contra reglas claras que podrían ponerla en riesgo gracias a su ambigüedad a la hora de ser formulada como principio en las constituciones. Como respaldo de esta afirmación puede citarse el caso *Johnson vs. Texas* de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁴. Una regla clara que condenaba la quema de la bandera de los Estados Unidos tuvo que ser relegada al asumir la Corte que los hechos se subsumían más bien en un supuesto de libertad de expresión.

De modo más categórico aún, se puede afirmar que no es la ponderación la responsable de la indeterminación o del carácter *prima facie* y no categórico de los derechos. La dignidad y la libertad están mejor protegidos con estas fórmulas de principio y la ponderación solo es una consecuencia de asumir que la Constitución, en el mejor de los casos, está por definir en sus aspectos quizá más álgidos.

El imaginario de una Constitución que pone muros claros a la hora de definir las competencias de los poderes públicos o al declarar los derechos de todos, es un imaginario en cierto sentido peligroso. Quien asume que las cláusulas de una Constitución deban ser demasiado claras o concluyentes, quizá no esté asumiendo en serio el ideal del pluralismo que es consustancial a una constitución de principios. Al contrario, es más bien probable que esté gobernado en sus juicios morales por algunas preferencias que salen de su interior y no de las fórmulas lingüísticas de la Constitución. En cualquier caso, de la falta de objetividad o de la vaguedad al parecer inevitable, de los textos constitucionales, solo somos responsables quienes nos damos esas constituciones, mas no así la estrategia de la ponderación.

¹⁴ Cfr. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

III. IDEAS FINALES

Aun cuando quizá convenga sacar de su “sueño de ponderación”¹⁵ al razonamiento constitucional de muchos Tribunales, también conviene destacar que no todos los cuestionamientos que se han dirigido a la ponderación en los últimos años, resultan pertinentes ni originales.

A lo largo de este breve resumen he tratado de sistematizar algunas críticas al hilo de los planteamientos del profesor Grégoire Webber, respondiendo cada argumento de crítica. Ninguno de los argumentos que aquí se han discutido resultan sustantivos. Quizá porque nuestra concepción de la ponderación tampoco espera demasiado de esta estrategia argumentativa. Si asumiéramos, como a veces suele suponerse por algunos Tribunales, que todo el razonamiento constitucional puede reducirse a juicios de proporcionalidad o a relaciones de fines y medios, quizá nuestras respuestas debieran ser mejor meditadas.

Mientras ello no ocurra, la ponderación no solo es inevitable, sino también necesaria. Con ella los tribunales asumen, contra lo que suele pensarse, un mayor compromiso y responsabilidad a la hora de establecer las preferencias. Nuestro optimismo sobre la racionalidad del razonamiento judicial, solo puede prevenirse de los deslices y excesos de la justicia, si asumimos que juzgar es, en esencia, asumir decisiones ponderadas en cuanto justificadas tomando en cuenta todas las variables de un caso.

Este es un concepto débil de ponderación y puede ser asumido como una estrategia residual en el razonamiento constitucional, de modo que siempre que existan estrategias menos riesgosas, éstas deben prevalecer a la estrategia de la ponderación. De este modo, también la puesta en práctica de la ponderación puede ser objeto, ella misma, de un examen

¹⁵ Esta era una de las propuestas que casi al cerrar su célebre artículo nos dejaba el profesor Norteamericano Alexander ALEINIKOFF. Cfr. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Traducción de Jimena Aliaga, con nota de Carlos Bernal. Lima: Palestra, 2010, p. 128.

previo de ponderación. Si estamos en condiciones de confiar en los juicios imparciales de los jueces, éstos debieran elegir la ponderación solo cuando no sea posible y por tanto resulte indispensable, acudir al método de sopesar nuestras propias preferencias en cuestiones morales.

BIBLIOGRAFÍA

ALENIKOFF, Alexander

2010 *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Traducción de Jimena Aliaga, con nota de Carlos Bernal. Lima: Palestra Editores.

ALEXY, Robert

2002 “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 22, número 66, pp. 13-64.

2008 *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal, 2da edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ATIENZA, M. & GARCÍA AMADO, A.

2012 *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra Editores.

CARBONELL, Miguel & GRÁNDÉZ, Pedro (Editores)

2010 *El Principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio

2008 “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”. En MANTILLA, F. *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario.

FINNIS, John

1992 “Natural Law and Legal Reasoning”. En GEORGE, Robert (Ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press.

STONE, Alec & MATTHEWS, Jud

2013 *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Traducción de Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

WEBBER, Gregoire.

2014 *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Jus-*

- tification. HUSCROFT, G. & MILLER, B.W. New York: Cambridge University Press.
- 2012 The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. Cambridge: Cambridge University Press
-
- 2010 “Proportionality, Balancing, and the Cult of the Constitutional Rights” Scholarship. En: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. XXIII.



Tribunales kelsenianos y precedente: Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional

“Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular, las leyes inconstitucionales se mantienen válidas —sin poder anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.

H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución —La justicia constitucional*— (1928).

Sumario: I. Introducción.— II. El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano.— III. La doctrina constitucional frente al legislador.— IV. Interpretaciones constitucionalmente vinculantes.— V. Decisiones con reserva de nulidad.— VI. Los vínculos desde la cosa juzgada.— VII. La doctrina constitucional frente a los jueces.— VIII. *Leading case* o doctrina de la dignidad.— IX. Precedentes formalmente vinculantes.— X. Algunas consideraciones finales.— Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es presentar una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional, a partir de la forma como actúan sus decisiones en el marco del sistema constitucional peruano. Se trata por tanto de una reconstrucción de tipo descriptiva en la mayor medida posible. Desde luego, algunas de las conclusiones a las que se puede arribar observando esta realidad, pueden servir para identificar

variables comunes en otros contextos o sistemas. En el caso peruano, desde la vigencia del Código Procesal Constitucional (01.12.04), con la incorporación de un modelo canónico de precedente jurisdiccional, se ha abierto un debate sobre el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal constitucional. No obstante, ese debate ha reducido el alcance de la vinculación de las decisiones del máximo Tribunal a un grupo limitado de decisiones calificadas por el propio Tribunal como precedentes¹, dejando fuera de esta consideración a un importante grupo de decisiones, incluso aquellas que caracterizan a un Tribunal de tipo kelseniano, como es el caso de las decisiones que declaran la invalidez de una Ley o las decisiones interpretativas que también se emiten en este tipo de procesos. Es probable que una imagen completa de todas las manifestaciones de vínculos con sus variadas formas e intensidades, no sea posible de captar en términos abstractos y generales. En cualquier caso, en lo que sigue quisiera llamar la atención de algunas de estas manifestaciones, asumiendo como telón de fondo, la necesidad de visualizar en el precedente formal vinculante, solo una de estas manifestaciones del carácter vinculante de las decisiones del TC, quizás la que con más celo habría que vigilar, en la medida que en los últimos años ha sido en este espacio donde el TC ha puesto en riesgo, en más de una ocasión, su legitimidad y prestigio.

Una reconstrucción en sentido más amplio de los vínculos que despliegan las decisiones del Tribunal, requieren sin embargo, precisar en qué sentido debemos entender el término

¹ La fórmula del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “Art. VII.— Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

“vinculante”. Como lo ha hecho notar Schauer, aunque en una primera impresión “cuando imaginamos una regla o un límite como vinculante, pensamos que es inevitable, que no deja lugar a la elección” o que los límites impuestos por tales reglas, son “absolutos o incapaces de ser vencidos por otras consideraciones”; no obstante, “en el derecho como en la vida, las obligaciones genuinas pueden ser desplazadas por otras más fuertes, sin perder así su fuerza como obligaciones”².

En tal sentido, entendemos por vinculantes las decisiones que, en principio, generan obligaciones a sus destinatarios conforme a lo dispuesto, ya sea en el fallo o en los argumentos. Los vínculos visto en este sentido no son mandatos inexorables y pueden por tanto merecer, cuando no desplazamientos, al menos consideraciones sobre su pertinencia y relevancia antes de ser asumidos como tales. También los destinatarios varían. A veces el Tribunal Constitucional decide en abstracto y para todos (con efectos *erga omnes*); en otros casos, sin embargo, sus decisiones tienen destinatarios individualizados o identificables.

Las decisiones también pueden ser apreciadas en sus vínculos no solo a partir de sus destinatarios, sino por la intensidad en que se expresan. Algunas decisiones pueden considerarse que generan vínculos estrictos o más intensos, otras veces en cambio, solo generan vínculos a “tener en cuenta” o que pueden resultar persuasivos en casos futuros. Finalmente, la vinculación, que siempre como se ha dicho desde el comienzo no es inexorable en cualquier sistema jurídico, puede también expresarse a partir de otro tipo de consideraciones, por ejemplo; el tipo de procesos; el tipo de relación que existe entre el Tribunal y el sistema judicial; la forma de decisión o el tipo de sentencias e, incluso, atendiendo al modelo de justicia constitucional instaurado en un determinado contexto: si un modelo concentrado, un modelo difuso, mixto, paralelo o incidental,

² Cfr. SCHAUER, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Trad. de Tobías J. Schleider. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013, p. 90.

en cada sistema las relaciones de vínculos pueden establecerse de maneras diferentes³.

II. EL “GOBIERNO” DE LAS INTERPRETACIONES: EL TRIBUNAL KELSENIANO

Antes de avanzar con la tipología que intento presentar en el contexto de un Tribunal de clara orientación kelseniana como es el caso del Tribunal peruano, conviene llamar la atención sobre algunos de los rasgos que identifican a los dos modelos que conocemos en la actualidad, aún con sus matices y desarrollos sobre el control de constitucionalidad de la legislación: el concentrado y el difuso y sus distintas variantes⁴.

En esta valoración, desde luego, no puede perderse de vista que también los fundamentos filosóficos y presupuestos prácticos se colocan en extremos a veces irreconciliables. El resumen más elocuente sobre estas diferencias, corresponde a Luis Prieto: “(...) el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces”⁵. De esta arquitectura, solo puede

³ Sobre los tipos de decisiones de los Tribunales en función del modelo de justicia constitucional puede verse: Pegoraro, L. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004, especialmente pp. 110 y ss.

⁴ Sobre la evolución o hibridación de los modelos de justicia constitucional y la búsqueda de nuevas lecturas desde la perspectiva comparada, puede verse, BAGNI, Silvia (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte clasificatorie a confronto*. Bologna: Bolonia University Press, 2013.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis; “Iusnaturalismo, positivismo y control de ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”. En: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, número 4, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Rebelión de las Leyes / coord. por Juan Luis Requejo Pagés), p. 100.

surgir un modelo de legislación depurada, mas no un modelo de precedentes a partir del juzgamiento de casos.

Por otro lado, como es conocido, en el modelo de *revisión judicial* americano el control constitucional de la legislación se produce a través de casos concretos resueltos por los tribunales. De esto resulta que la identificación del caso y sus particularidades se convierte en el centro de discusión para la imputación de vínculos al razonamiento del Tribunal a través de sus sentencias. Esto es un rasgo relevante, así hay autores que sostienen que el precedente en el sistema del *Common Law* no puede consistir en meras interpretaciones de la Ley, como tampoco puede ubicarse en las consideraciones sobre los hechos presentados por las partes. Lo que resulta relevante, se suele afirmar, debe ser analizado a la luz de las razones y consideraciones que el Tribunal realiza de cara a la decisión que toma y *necesariamente* vinculado a las peculiaridades del caso resuelto con antelación⁶.

En materia de interpretación de la legislación, la concepción según la cual, el precedente no hay que ubicarlo en las interpretaciones abstractas de la ley realizadas por el tribunal que emite el precedente, parece ser más bien una herencia de la tradición inglesa del precedente.

Esta concepción aparece con claridad en una cita de Lord Denning que se recoge en el clásico manual de Rupert Cross y J.W. Harris, en el que se sugiere que los jueces no están sometidos a las interpretaciones realizadas en abstracto, sino en

⁶ Este es el concepto estándar de precedente para los sistemas del *Common Law* pese a sus diferencias entre el precedente inglés y norteamericano según las anotaciones de R. Cross y J. W. Harris: “En la práctica judicial inglesa, escriben, cualquiera de las afirmaciones hechas por un juez de manera implícita o explícita en relación con la regla jurídica en la que base su decisión, **necesariamente** deben interpretarse a la luz del *Case Law* preexistente en el momento en que dicha regla sea estudiada por el juez posterior o por cualquier otro interesado en el asunto ...” *Cfr.* De los autores, *El precedente en el sistema inglés*. Trad. de M^a Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 69 (negrita fuera del texto original).

todo caso, debe tomarse en cuenta las peculiaridad del caso, puesto que, “al interpretar la ley, la única función del Tribunal es aplicar las palabras de la ley a una determinada situación. Una vez se ha llegado a la decisión en dicho caso concreto, señalan, la doctrina del precedente nos lleva a aplicar la ley de la misma forma en cualquier situación similar, pero no en una situación diferente. Así, cuando surja una nueva situación que no esté cubierta por las decisiones previas, el Tribunal deberá guiarse por la Ley y no por la palabra de los jueces”⁷.

Cross y Harris admiten que “aunque sería ir demasiado lejos el afirmar que existe una práctica establecida según la cual las decisiones sobre la interpretación de una Ley solamente se consideran precedentes de autoridad para los casos posteriores en los cuales los hechos relevantes sean similares, haciendo caso omiso de cuál fue la regla de derecho que el juez consideró necesaria para dichas decisiones”⁸; no obstante, concluyen que, existen razones de peso para considerar que la *ratio decidendi* de los casos relativos a la interpretación de las leyes pueden tener un efecto restringido.

Esta breve anotación con relación al valor de la interpretación de la legislación por parte de los Tribunales, sirve para destacar cuán distintos resultan los sistemas de control constitucional en este punto. Como es conocido, los Tribunales Constitucionales, desde sus orígenes, han tenido como función principal la interpretación en abstracto de la legislación. Sus decisiones, incluso cuando estaba vigente la tesis de su mentor, que consideraba a dichos tribunales como un “legislador negativo”, cuando estaban referidas a la anulación de una ley por inconstitucional, resultaban siempre vinculantes y con efectos generales principalmente para el legislador. Ello, desde luego, incluye como se verá luego, no solo a la parte dispositiva del fallo, sino también a los argumentos en los que se fundamenta,

⁷ Voto disidente de Lord Denning en el caso *Paisner v. Goodrich* (1955), citado por R. Cross y J.W. Harris, Ob. cit. p. 209.

⁸ R. CROSS y J. W. HARRIS, Ob. cit. p. 211

lo que como resulta obvio, consiste precisamente en argumentos sobre la interpretación constitucional de la Ley.

Conforme ha precisado Ahumada Ruíz, con relación a la doctrina mayoritaria hoy en día en Europa, influenciado básicamente por la concepción del Tribunal Federal Alemán⁹, los efectos de una decisión del Tribunal Constitucional, resultan vinculantes para todos los poderes públicos, lo que incluye a sus fundamentos determinantes¹⁰.

“Los poderes públicos no están simplemente obligados a cumplir lo que el Tribunal constitucional resuelva o, dicho de otro modo, lo que el fallo de la sentencia disponga. Los poderes públicos, además habrán de conformar en el futuro su actuación a las pautas marcadas por la doctrina del Tribunal”¹¹.

⁹ “[...] 5. Una sentencia que declare la nulidad de una ley, tiene no solo fuerza de ley (§ 31, párrafo 2 BVerfGG), sino que también, de conformidad con el § 31, párrafo 1 BVerfGG, los fundamentos de la decisión vinculan a todos los órganos constitucionales de la federación, de manera tal que en el futuro no será posible expedir una ley federal con el mismo contenido.” Sentencia BVerfGE 1, 14 [Consecuencias de la nulidad de una ley]. Cfr. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. México, DF.: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 44.

¹⁰ Una cuestión que debe quedar abierta por ahora, es si tales “argumentos determinantes” han de extraerse con alguna técnica parecida a las técnicas de las cortes del *common law*. La separación entre *ratio* y *obiter*, parece sin embargo una separación de ficción para tribunales de tipo kelsenianos. Lo que es razón suficiente visto un caso desde una perspectiva puede cambiar radicalmente observando las cuestiones decididas desde otro prisma. Si una Ley ha sido declarada inconstitucional, las razones pueden ser diversas dependiendo si todas aquellas razones se expresaron quedaron implícitas incluso. Por otro lado, con frecuencia, no hay acuerdo entre los mismos jueces que integran un colegiado y éstos pueden dejar expresado fundamentos de votos distintos que leídos en otro momento pueden resultar relevantes para un Tribunal o Juez posterior.

¹¹ Cfr. AHUMADA RUÍZ, María A. “Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores”; en AA. VV. *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2012, p. 47.

El respaldo de este razonamiento, al parecer, no se encuentra en alguna teoría de la *ratio decidendi*, sino más bien en la especial ubicación de los tribunales Constitucionales que han alterado la lógica de la división de poderes como tantas veces ha sido dicho¹².

Así, existe cierto consenso de la doctrina respecto del modelo kelseniano de justicia constitucional que suele afirmar que éste no juzga casos o hechos, en la medida que no le corresponde «aplicar» la Constitución a casos concretos; sino más bien, toda vez que mantiene el “monopolio” de la interpretación constitucional, sus decisiones adquieren, por ese solo hecho, valor y supremacía constitucional que afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos y que, por tanto, necesariamente es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales¹³.

Este es un dato que no siempre se valora en toda su dimensión a la hora de analizar la forma en que vinculan las decisiones del TC o de la Corte Suprema, en uno y otro sistema jurídico que, por muy cercanos que hoy se sitúen, mantienen no obstante, algunas notas propias de la cultura y las tradiciones de donde provienen. En el caso de los Tribunales europeos, aunque a veces se haya sostenido que están más cercanos en su forma de actuación a la Corte Suprema de los EE.UU., en cuanto Tribunales Jurisdiccionales¹⁴; no obstante, como lo ha destacado García de Enterría, en cuanto a la forma de sus

¹² En este sentido: LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, tercera edición, Lima: Palestra, 2007. En la doctrina Alemana este parece ser también la comprensión estándar. Cfr. Jutta Linbach, “Poder y papel del Tribunal Constitucional”. En: *Teoría y realidad constitucional*, Número 4, UNED 1999, pp. 93 y ss.

¹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Civitas, 2006 p. 63

¹⁴ Según señala Luis Prieto; “Salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de la *judicial review*”. Cfr. Prieto Sanchís, L. Ob. cit. p. 100, hay referencias en pie de página en el mismo sentido a García de Enterría y Francisco Rubio Llorente.

decisiones, éstas no tienen parangón en la práctica constitucional norteamericana.

Así, una de esas notas “culturales” o de tradición se puede apreciar en el alcance general y *erga omnes* de sus decisiones en el control de constitucionalidad de las leyes, una característica que al tiempo de distinguir a los Tribunales Kelsenianos, suele presentarse como un “residuo de su concepción como decisión legislativa, pero, en realidad, único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en un Tribunal único y su relación con la pluralidad de jueces y Tribunales que mantienen enteras sus competencias de decidir litigios singulares”¹⁵.

Sea como fuere, los pocos datos que he podido reunir de cara a esta breve introducción, espero que sean suficiente para la finalidad que aquí nos convoca: llamar la atención sobre la necesidad de construir, sobre la base de una teoría distinta a la del *common law*, la teoría de las vinculaciones de las sentencias de los tribunales constitucionales. Espero que a esta construcción sirvan las líneas que siguen, en la medida que los Tribunales constituciones de tradición kelseniana, no han necesitado hasta ahora, de una teoría de la *ratio decidendi* al estilo del *common law* para influir de manera vertical y determinante en el sistema de fuentes.

III. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL FRENTE AL LEGISLADOR

Ya en la introducción ha quedado establecida que la primera forma en que se expresan los vínculos de las decisiones del TC kelseniano es en el proceso de control abstracto de la legislación. Si bien es verdad en el modelo Europeo hay un matiz que bien puede presentar al control incidental como una variante del control concreto, en la medida que son los jueces

¹⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas”. En REDC, Número 1, Enero de 1981, p. 46.

quienes instauran, a partir de un caso, el contencioso legislativo ante el Tribunal constitucional; no obstante el resultado, al margen de cómo inicia el proceso de control (ya sea por una demanda directa de alguno de los entes legitimados o por un juez urgido por un caso que requiere una solución constitucional), afecta al sistema jurídico en su conjunto.

Esta tesis es indiscutible respecto de la decisión que declara la inconstitucionalidad de la Ley, mas no así, respecto de los argumentos en que se basa la decisión, especialmente cuando se trata de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Recientemente, un estudio del profesor Víctor Ferreres de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, ha planteado el debate en los términos adecuados. La tesis del profesor Ferreres señala que existe una concepción tradicional en el constitucionalismo español de los últimos años que se ha mantenido hasta la actualidad, que niega el carácter de fuente vinculante a la jurisprudencia del TC con relación a los jueces del Poder Judicial. Entre los fundamentos de esta postura estarían, básicamente, la idea de la tradición jurídica del *civil law* y, por otro lado, la independencia de los jueces del Poder Judicial. Desde esta postura, según afirma el profesor Ferreres, tampoco debiera predicarse vínculo alguno a la jurisprudencia constitucional con relación al legislador: “Si, de acuerdo con el planteamiento tradicional, la jurisprudencia no puede ser fuente del derecho en los países que se inscriben en la cultura del *civil law*, tampoco la jurisprudencia del TC puede serlo. Y si la independencia judicial significa que el juez no está obligado a aplicar el derecho vigente de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, esa misma independencia judicial debe significar entonces que el Juez no está vinculado por la interpretación que el TC haya hecho de la Constitución”¹⁶. De este modo, según la concepción tradicional, no existe forma de vinculación ni para el juez ni para el legislador.

¹⁶ Cfr. FERRERES COMELLA, V. “¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador? En: *Con vinculen les sentències constitucionals al legislador?* Barcelona: Institut d’ Estudis Autonòmics, 2012. p. 13

La cuestión entonces debe resolverse cuestionando la concepción tradicional. Las razones para este cambio estarían en asumir en serio las obligaciones que despliegan los principios de seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación del Derecho. La vinculación a las interpretaciones que realiza el Tribunal que se coloca en la cúspide del sistema, vendría de este modo a aliviar los problemas de indeterminación e incertezas de los sistemas constitucionales y, al mismo tiempo, los ciudadanos no se verían frente a decisiones contradictorias que con frecuencia les coloca ante tratamientos dispares por parte de los jueces respecto de asuntos y situaciones parecidas e incluso homologables. De este modo, concluye, “una adecuada salvaguarda de la igualdad y la seguridad exige un sometimiento directo de los jueces a la jurisprudencia”. Este planteamiento general sería aplicable también para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto Tribunal Jurisdiccional respecto de las cuestiones constitucionales que le corresponde decidir¹⁷.

Si los jueces están vinculados como se ha argumentado por la jurisprudencia del TC en cuanto intérprete último del sistema constitucional, el siguiente paso consiste en extender este razonamiento también con relación al legislador. Como bien advierte Ferreres Comella al abordar este asunto, la vinculación de la doctrina del TC al legislador no debe confundirse con el impacto que tiene una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley y que logra expulsarla del orden jurídico. “Que el tribunal se comporte como “legislador negativo”, cuando a través de sus sentencias, expulsa las leyes que juzga inconstitucionales, no significa necesariamente que su jurisprudencia posea fuerza vinculante. Una cosa no lleva a la otra”¹⁸.

Esta confusión sobre los alcances de la doctrina jurisprudencial con relación al legislador, que a veces se da por descontado asumiéndola incluso como una consecuencia

¹⁷ FERRERES COMELLA, V. ob. cit p. 15.

¹⁸ FERRERES COMELLA, Ob. cit. p. 18

lógica derivada de la propia Constitución¹⁹ o de la regulación del Código Procesal Constitucional, también es frecuente entre nosotros²⁰. No obstante, la base de la vinculación de la doctrina jurisprudencial no solo hacia el legislador, sino a los demás poderes del Estado, parece más bien provenir de la ubicación institucional del Tribunal Constitucional que viene instituido desde la Constitución como “órgano de control de la Constitución”²¹ y conforme a su Ley Orgánica como “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”²².

A estas razones autoritativas se pueden agregar otras razones de tipo institucional y funcional. La necesidad de lograr estabilidad en la construcción de la democracia y sus instituciones, requiere que los contenidos que se da a la legislación y, sobre todo a la Constitución no sean contradictorios. Si el Tribunal ha interpretado desde la Constitución el contenido de la legislación en cierto sentido, la certeza para los ciudadanos provendrá tanto de que el TC mantenga esta interpretación, y en cuanto que el Congreso no intervenga con una propuesta contradictoria.

En sentido práctico, como se ha destacado también en otros contextos, el diseño del Estado Constitucional ha colocado en un sitial privilegiado a los Tribunales Constitucionales.

¹⁹ **Const. Artículo 204°.**— La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

²⁰ **CPCConst: Artículo 81.**— **Efectos de la Sentencia fundada.**— Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (...)

Artículo 82.— **Cosa juzgada.**— Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. (...)

²¹ **Const. Artículo 201°.**— El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. (...)

²² Así el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Comprender este diseño coloca al legislador en la necesidad de no proponer construcciones legislativas que ya hayan sido rechazadas por el TC en interpretaciones que se puedan considerar razonables o sólidas.

La deslealtad del legislador frente a la doctrina constitucional puede tener un precio caro como muestra la experiencia. La forma como suele resolverse estas disputas no hacen bien a las instituciones en las que se sustenta la democracia. Entre nosotros, un buen ejemplo lo ofrece el desacato del Parlamento al insistir con sacar del control a través del amparo a las decisiones del máximo Tribunal Electoral. Durante buen tiempo y en decisiones consistentes el TC venía sosteniendo la inevitabilidad del control constitucional de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, cuando éstas eran cuestionadas por violación a los derechos fundamentales de los electores, los candidatos o de las autoridades electas. Esta doctrina constitucional había sido reiterada y consolidada a nivel del proceso de amparo y luego fue introducida en el Código Procesal Constitucional²³. Es decir, el legislador en un primer momento, recogiendo la doctrina constitucional del TC incorporó de manera expresa la posibilidad del control.

Una vez abierto el debate público²⁴, con intervención de las dos instituciones en disputa (JNE v. TC), intervino una vez más el legislador y contraviniendo la doctrina constitucional establecida de manera consistente por el TC aprobó una reforma al Código Procesal Constitucional para dejar aparentemente zanjada la disputa. Los términos lingüísticos de la intervención del legislador en este debate dejan entrever, de una forma por demás expresiva, la necesidad casi angustiosa

²³ La versión original del artículo 5º del CPConst. establecía que, “No proceden los procesos constitucionales cuando: 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. (Resaltado agregado).

²⁴ Una reconstrucción de este debate puede verse en: Christian DONAYRE MONTESINOS, *En defensa del amparo electoral*, Lima, Palestra, 2010.

de imponerse²⁵. No obstante, como era de esperarse, el debate terminó en las puertas del propio TC con la presentación de una demanda contra la Ley que reformaba el CPCost; la misma que como resulta fácil de vaticinar, fue declarada inconstitucional dejando incólume la doctrina constitucional del amparo electoral²⁶.

Este caso muestra las consecuencias, llevado a un punto extremo, de una actuación del legislador en abierta confrontación con la doctrina del TC y, al mismo tiempo, permite avizorar, los problemas del propio sistema constitucional, que en algunos temas y circunstancias, puede dejar la imagen que finalmente haya que atenerse a un único intérprete definitivo de la Constitución. Con esto se puede concluir con Ferreres Comella que hay también razones funcionales (de funcionamiento del sistema constitucional) que sugieren la necesidad que el legislador actúe con lealtad a la doctrina del TC, en la medida que le corresponde “contribuir al buen funcionamiento del sistema, absteniéndose por regla general, de aprobar leyes que entren en colisión con la jurisprudencia constitucional”²⁷.

IV. INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALMENTE VINCULANTES

La doctrina constitucional despliega sus vínculos a través de su identificación como argumentación razonable, consistente, pública, no contradictoria y, con una permanencia

²⁵ La reforma se produjo con relación al artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional con estos términos: “No proceden los procesos constitucionales cuando: “8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.”

²⁶ Cfr. STC recaída en el Exp. N.º 0007-2007-PI-TC, publicado el 22 junio 2007.

²⁷ Cfr. FERRERES COMELLA, Ob. cit., p. 21.

en el tiempo. Esto supone que hay doctrina en un conjunto de decisiones que se mantienen a lo largo de un conjunto de decisiones con clara vocación de orientar el comportamiento del propio Tribunal que lo emite en casos futuros.

Pero los tribunales constitucionales no solo gobiernan el derecho a través de la doctrina constitucional que se debe extraer, como se ha dicho, de los razonamientos de sus fallos. El proceso constitucional abstracto, de la mano del principio de interpretación conforme, genera una obligación en el Tribunal Constitucional, de interpretar la ley de conformidad con la Constitución y solo expulsarla del ordenamiento jurídico si es que no fuera posible una interpretación adecuada. De esta exigencia ha surgido en la tradición de los Tribunales Constitucionales europeos, especialmente por obra de la Corte Constitucional Italiana, un conjunto de decisiones que se sitúan en camino entre la mera anulación de la ley y su conformidad con la Constitución. El título amplio de esta variedad de decisiones es la de *sentencias interpretativas* y su finalidad práctica consistiría en adaptar las fuentes infraconstitucionales, en especial los sentidos de la legislación, a las normas y principios de la Constitución²⁸. No es este el lugar para extenderme en sus múltiples manifestaciones a los que la doctrina ha dedicado amplia bibliografía en los últimos años²⁹. Lo que aquí quiero resaltar es la forma en que estos pronunciamientos generan efectos vinculantes generales, así como la fuerza con que operan.

²⁸ Cfr. SILVESTRI, Gaetano; “Le sentenze normativa della corte costituzionale”, en *Scriti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli*, Vol I, p. 757. Padua: Cedam, 1985.

²⁹ Me remito aquí al trabajo del profesor Javier Díaz Revorio que recoge lo más relevante de la bibliografía y los debates que ha suscitado su puesta en práctica en Europa. El volumen editado en Perú, incluye un excelente estudio introductorio del Profesor Samuel Abad, que da cuenta de la presencia de estas modalidades de decisión por parte del TC. Cfr. DÍAZ REVORIO, Javier, *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra, 2003.

Se trata, en primer lugar, de decisiones que por su naturaleza, no suelen repetirse, en la medida que el Tribunal solo tiene una ocasión de pronunciarse sobre su constitucionalidad o no. Esto hace que no sea posible su tratamiento como parte de la doctrina constitucional del Tribunal. Como quedó dicho, la doctrina requiere coherencia y permanencia en el tiempo. Dos decisiones contradictorias no hacen doctrina, como tampoco podría ser invocada como doctrina constitucional una decisión solitaria o aislada que haya emitido el TC.

Las sentencias interpretativas resultan vinculantes en cuanto expresan la interpretación constitucionalmente válida de la legislación. Sus múltiples manifestaciones generan, una diversidad de intensidades en su vinculación, que pueden ir desde la simple persuasión, hasta una vinculación más estricta, cuando el Tribunal establece como única posible interpretación un determinado sentido que viene fijado en la fundamentación de la sentencia o, cuando se trata de un sentencia de acogimiento o estimación parcial en el que la norma suele quedar integrada en el fallo de la decisión³⁰.

Como ha destacado el profesor Javier Díaz Revorio³¹, pese a que la práctica lo ha introducido entre las variantes de decisiones de los Tribunales constitucionales, con frecuencia, ello no viene acompañado de un desarrollo legislativo que lo respalde, con lo cual, a veces, queda en manos del propio Tribunal defender no solo su presencia sino también su fuerza vinculante. La controversia surge cuando se trata de darle

³⁰ Un ejemplo en este sentido de vínculo estricto lo constituye la sentencia en el caso FONAVI, en la que el sentido de la interpretación que controla parcialmente la constitucionalidad de la norma cuestionada se traslada al fallo de la decisión:

Cfr. STC 012-2014-PI/TC

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf>

³¹ Cfr. DÍAZ REVORIO, J. “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español”. En Biblioteca Virtual de la UNAM, disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/19.pdf> (consultado el 10/04/15)

algún valor a las decisiones que, en principio, aparecen como sentencias desestimatorias, sin mayor relevancia (se suele afirmar) que el de la cosa juzgada con los matices que también se pueden hacer al respecto³².

No obstante, hay un plano distinto para argumentar a favor del valor vinculante de estas interpretaciones que constituyen la expresión genuina de la función más relevante que está llamado a cumplir un Tribunal Constitucional. En la medida que al Tribunal Constitucional corresponde, en última instancia, fijar los límites a la legislación, la tarea de interpretar las fuentes del sistema jurídico y, en especial, la legislación de conformidad con la Constitución, resulta consustancial a esta tarea. Se trata de una actividad indiscutiblemente normativa, si se entiende por norma, la construcción de significados a las disposiciones o enunciados normativos. En este caso, por lo demás, esta tarea se desarrolla en un diálogo directo entre Constitución y legislación, lo que permite que el resultado tenga especial relevancia para el sistema de fuentes. Como ha sostenido Rubio Llorente en forma concluyente: “La fuerza vinculante de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional no tiene otra razón de ser que la fuerza vinculante de la ley, porque sólo es ley la norma conforme con la Constitución.”³³

Desde luego, como ya se adelantó, no todas las decisiones interpretativas resultan con el mismo grado de vinculación. Las exhortaciones al legislador, por ejemplo, no pueden sino solo verse como una invocación a desplegar su capacidad

³² El tratamiento que se suele dar a las sentencias interpretativas de rechazo y de acogimiento en la práctica jurisprudencia italiana expresa de algún modo esta problemática. Como lo hace notar Zagrebelsky, pese a los múltiples esfuerzos teóricos que se han hecho, sigue asumiéndose un valor formal solo relativo a las sentencias “di rigetto”, por lo tanto no vinculante para sus destinatarios. En cambio, las sentencias de acogimiento tienen como tales, valor de cosa juzgada con efectos vinculantes para todos. Cfr. ZAGREBELSKY, G. *Giustizia costituzionale*, segunda edición. Bologna: il mulino, 2012, p. 384.

³³ RUBIO LLORENTE, F. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, REDC, número 4, 1982, p. 59

regulatoria o derogatoria según sea el caso, pero sin que ello imponga al legislador actuar en determinado sentido. Zagrebelsky ha desarrollado un esquema para el caso italiano que puede servirnos de ayuda.

- a) Pronunciamientos de rechazo interpretativo, adoptados para orientar la jurisprudencia del juez ordinario cuando no exista una determinada orientación interpretativa que permita hablar de un “derecho constitucional viviente”. Con una sentencia interpretativa de rechazo, la Corte “propone” su interpretación estableciendo un precedente, para contribuir a la formación de interpretaciones conformes a la Constitución, cuando la labor de los jueces está en curso.
- b) Pronunciamientos de acogimiento interpretativo, que la Corte adopta para completar el mecanismo del doble pronunciamiento, particularmente cuando aquella sea una norma inconstitucional que hay que eliminar para establecer la constitucionalidad de la disposición enjuiciada (un típico caso de acogimiento parcial).
- c) Pronunciamientos de acogimiento puro y simple, las que eliminan cualquier posibilidad de incertezza, aunque a un precio elevado: la eliminación de la ley en su integridad con la creación de un vacío legislativo³⁴.

V. DECISIONES CON RESERVA DE NULIDAD

En los procesos de control abstracto, los tribunales constitucionales han desarrollado un tipo de decisiones en las que reservan la declaración de nulidad pese a constatar la inconstitucionalidad de la Ley. Su desarrollo se debe a la práctica del TFA que en forma pretoriana incorporó esta modalidad de fallos asumiendo una cierta deferencia al legislador³⁵.

³⁴ ZAGREBELSKY, G. *Giustizia Costituzionale*, cit. p. 385

³⁵ “El Tribunal ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa, incluso aún más, contra la ley, ya que la ley relativa al T.F.A. tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma”. El reconocimiento legal habría venido luego; Cfr. KLAUS, Schlaich (1984), “El

Generalmente estas decisiones suelen ser declarativas de la inconstitucionalidad, reservándose el pronunciamiento sobre la nulidad y generándole un plazo para que sea el propio legislador quien supere el vicio de inconstitucionalidad derogando la ley cuestionada o, en todo caso, emitiendo las correcciones que se hubieran observado para que las normas analizadas en el proceso de control recuperen su estatus de normas compatibles con la Constitución³⁶.

Es un modelo de decisión que se sustenta, generalmente, en las alteraciones graves que podría significar la intervención directa del TC declarando la nulidad inmediata, de manera que se apela a la ponderación de bienes en conflicto en el caso concreto para diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El TC peruano ha sido cauto en el uso de esta modalidad de decisiones durante la transición. Un ejemplo lo constituye una de las primeras decisiones sobre la justicia militar en la que el Tribunal reservó la nulidad de la ley otorgándole un plazo perentorio al legislador para encausar la Ley de la Justicia Militar conforme a las observaciones que había realizado en su análisis de constitucionalidad³⁷. Durante la época de retroceso en su jurisprudencia, el Tribunal ha

Tribunal Constitucional Alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos...* Cítr. p. 192

³⁶ A este tipo de decisiones se refiere el reporte alemán escrito por Klaus Schlaich para el volumen sobre los *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, organizado por el Prof. Favoreu y publicado luego por el CEPC de Madrid, 1984, p. 133 y ss.

³⁷ STC 006-2006-PI/TC. En esta decisión el TC dispuso en la parte del fallo: “5) Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. 6) Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución.”

extendido esta modalidad de fallos al proceso de amparo. El problema de esta extensión es, sin embargo, que la modulación del fallo o el efecto diferido, ya no viene a prevenir un grave riesgo, sino más bien por el contrario evita pronunciarse sobre las consecuencias de una violación manifiesta declarada en el ámbito de los derechos fundamentales: en buena cuenta el Tribunal renuncia a ejercer su labor de tutela de los derechos³⁸.

El Tribunal también ha justificado la modulación de los efectos de su decisión en el tiempo, aunque esta vez con autorización legal³⁹, en el control de la potestad tributaria de la administración municipal. Aquí se trata, fundamentalmente, de no generar mayores estragos a la administración que haya venido cobrando un tributo que haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal⁴⁰.

Los vínculos que despliega una decisión declarativa con reserva de nulidad dependerán del grado de receptibilidad del legislador y de los instrumentos con que cuente el Tribunal para implementar su “amenaza”. Si la nulidad ya viene expuesta en el

³⁸ Cfr. Al respecto la decisión el caso AIDESEP, Exp. N.º 6316-2008-AA/TC. El hecho que se traslade una modalidad de decisión propia del proceso de control abstracto hacia el ámbito de la tutela de los derechos ya genera reservas. Sin embargo en este caso el TC, luego de constatar que una decisión administrativa del gobierno ha sido adoptada sin tomar en cuenta el contenido del derecho convencional a la consulta previa, lo que llevaría de modo inevitable a declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos de concesión de lotes a favor de una empresa, sin embargo el TC argumenta que estas violaciones deben ponderarse en el marco de la buena de la empresa y los contratos ley que lo ampara (Fundamentos 27 a 29 de la sentencia).

³⁹ Conforme al segundo párrafo del artículo 81 del CPConst. “Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

⁴⁰ Para el ámbito tributario, aun cuando no es exactamente un caso de nulidad solo declarativa, puede citarse la sentencia en el caso de los arbitrios Municipales: Exp. N.º 00053-2004-PI/TC, en la que además se formula una serie de exhortaciones al legislador.

fallo y opera automáticamente o si debe volverse a pronunciar una vez que el Legislador ha incumplido en el plazo establecido.

VI. LOS VÍNCULOS DESDE LA COSA JUZGADA

El Código Procesal Constitucional se refiere a la cosa juzgada como uno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley (art. 82). También conforme a dicho Código, solo los pronunciamientos de fondo adquieren esta calidad (art. 6). De manera que los vínculos que se despliegan a partir del efecto de cosa juzgada, se diferencian en este punto de la doctrina constitucional, no solo porque la cosa juzgada se predica del fallo, mientras la doctrina se recoge en los argumentos de la sentencia, sino además, debido a que los vínculos de la doctrina constitucional, pueden provenir sin ningún inconveniente, de todo tipo de resoluciones (también de resoluciones de rechazo por improcedencia por ejemplo); mientras que, como es sabido, el Código Procesal Constitucional, reserva los efectos de la cosa juzgada, solo para aquellas decisiones donde haya pronunciamiento sobre el fondo del asunto decidido⁴¹.

Se ha discutido el efecto de la cosa juzgada en sentido material en relación a los procesos de inconstitucionalidad. Por un lado están los vínculos que despliegan desde la cosa juzgada las decisiones desestimatorias de inconstitucionalidad con relación al Juez ordinario, en la medida que conforme al artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional, los jueces ya no pueden ejercer el control difuso en estos supuestos de leyes confirmadas en su constitucionalidad. Esta tesis ha sido modulada por la doctrina. El Ex Presidente del TC, profesor César Landa⁴² por ejemplo, ha sostenido que ello debe

⁴¹ Cfr. Art. 6º del CPConst. “En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”

⁴² Cfr. LANDA ARROYO, C. “Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010), p. 205.

asumirse solo en línea de principio, en la medida que es posible que si las condiciones han cambiado, ya sea con relación al contexto o al propio parámetro que haya servido al TC para su pronunciamiento, los jueces podrían, eventualmente, no verse vinculados por la decisión del Tribunal ejerciendo el control difuso en un caso concreto, cuando las condiciones objetivas así lo exijan, actuando con lealtad constitucional y sujetos siempre a un posible control que el TC podría realizar requerido mediante un eventual proceso de amparo⁴³.

De igual parecer es el profesor Luis Castillo C órdova⁴⁴, para quien en el análisis de confirmación de la constitucionalidad de una ley resulta determinante el precepto constitucional que haya sido invocado por el propio Tribunal como parámetro. Los jueces no estarían impedidos de realizar el control difuso en un caso posterior, si se les requiere a partir de argumentos en los que el análisis de inconstitucionalidad resulta a partir de utilizar otros preceptos no tomados en cuenta por el Tribunal. Esto hace que por ejemplo, que los jueces del poder judicial no estén impedidos (sino al contrario obligados) de realizar el control de convencionalidad aun cuando se trate de una ley confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal, en la medida que se trata de dos parámetros diferentes: en un caso la

⁴³ A veces es el propio TC el que ha avalado de manera abierta esta posibilidad. Esto ha ocurrido en un caso en el que se discutía si un Impuesto a las Transacciones Bancarias resultaba en abstracto inconstitucional. El Tribunal confirmó la constitucionalidad del impuesto, pero dejó abierta la posibilidad de que sea inaplicado por los jueces en aquellos casos en los que se pudiera acreditar, por las propias circunstancias del mismo, que la aplicación del impuesto pudiera resultar confiscatorio. El TC puso en la parte resolutiva de la sentencia: “los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados”. Cfr. STC Expedientes acumulados: Exps. N.º 0004-2004-AI/T; N.º 0011-2004-AI/TC ; N.º 0012-2004-AI/TC; N.º 0013-2004-AI/TC ; N.º 0014-2004-AI/TC ; N.º 0015-2004-AI/TC ; N.º 0016-2004-AI/TC Y ; N.º 0027-2004-AI/TC (Acumulados).

⁴⁴ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (coord.). *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 24.

Constitución, en otro la Convención o tratado internacional de derechos humanos correspondiente.

Esta posibilidad también queda abierta para el propio Tribunal, en la medida que nuevas circunstancias, ya sea provenientes de las condiciones normativas (cambio en la legislación o en la propia constitución o en las valoraciones de los derechos, etc.) o del propio contexto social y cultural, pueden justificar un nueva valoración de una ley que antes ya había sido confirmada en su constitucionalidad. El límite en estos supuestos estará determinado, en todo caso, por el tiempo que la legislación prevé para que la norma sea impugnada.

Con relación al legislador, el efecto de cosa juzgada supone en principio, que éste se abstenga de formular una nueva proposición legislativa con similares contenidos a las leyes que hayan sido rechazadas por inconstitucionales por el TC. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida en la doctrina que ha encontrado dificultades operativas y funcionales para imponer esta obligación en sentido determinante al legislador.

De modo que, al parecer, no queda más camino que aceptar que “la aprobación de una ley idéntica a una ya declarada inconstitucional no constituye por sí misma una vulneración del efecto de cosa juzgada”. En estos supuestos, a decir de Ahumada Ruiz, estaríamos ante una confrontación del legislador con la doctrina constitucional, mas no se trataría de una vulneración de la cosa juzgada⁴⁵.

VII. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS JUECES

El vínculo para los jueces del Poder Judicial tiene en el Código Procesal Constitucional una fuente directa (art. VI del TP del CPConst). La llamada doctrina constitucional vinculante aparece, sin embargo, al menos de una primera lectura, limitada a la interpretación de la Ley. Dos tipos de

⁴⁵ AHUMADA RUIZ, M^a Ángeles, “Cómo vincula la jurisprudencia...” Op. cit. p. 56

vínculos se señalan de manera explícita: Una que proviene como ya se ha dicho del fallo, en la medida que los jueces no pueden ejercitar el poder/deber del control difuso respecto de leyes ya confirmadas en su constitucionalidad por parte del TC. Como ya quedó dicho en el acápite anterior esta vinculación es relativa y admite atenuantes. Distinto es el caso de las interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales, en la medida que la interpretación de tales preceptos contenidos en las resoluciones dictadas por el TC deben ser tomados como parámetros para la interpretación de la “ley y toda norma con rango de ley y también los reglamentos...”.⁴⁶

El profesor Luis Castillo ha realizado una interpretación que amplía el espectro de implicancias de esta disposición, al sostener que a partir del artículo VI del T. Preliminar del CPConst. “todos los operadores jurídicos, señaladamente los jueces, han de resolver con base en las interpretaciones que de la Constitución haya formulado el TC, porque tales interpretaciones conforman reglas jurídicas constitucionales (normas adscriptas constitucionales)”⁴⁷. Aun cuando claramente se trata de una interpretación extensiva, su propósito es sin duda, preservar el valor constitucional de las interpretaciones del TC más allá del ámbito judicial, lo que sin duda no sería coherente si solo podría vincular a los jueces. Creo de nuevo que la razón está fuera del Código, para colocarse en el propio *ethos* institucional de un Tribunal kelseniano.

⁴⁶ Los párrafos segundo y tercero del artículo VI del CPConst. recogen esta regulación:

“Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

⁴⁷ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Introducción” al libro: Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

También la doctrina constitucional, entendida como el conjunto de criterios interpretativos sobre los derechos o sobre las instituciones constitucionales realizadas por el TC alcanza efectos generales por la ubicación privilegiada del Tribunal en cuanto intérprete calificado que se coloca en la cúspide del sistema constitucional. Este alcance general está sin embargo sometido a algunas condiciones de relevancia práctica y funcional.

La doctrina constitucional tiene que ser identificable de manera indiscutible o no controversial. Para que esto sea así, es necesario que el Tribunal haya sido coherente en el tratamiento de determinado derecho o institución constitucional.

- i. Debe tratarse de una doctrina con clara relevancia constitucional. Las interpretaciones legales o que no alcancen relevancia constitucional carecen de autoridad para imponerse como definitivas como corresponden al máximo Tribunal.
- ii. La doctrina constitucional tiene que ser el sustento de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Muchas veces el Tribunal suele realizar apreciaciones tipo *obiter* en sus consideraciones pero que no se relacionan ni con las cuestiones discutidas en el proceso en cuestión ni, peor aún, están relacionadas a la decisión. El caso Tineo Cabrera que ha servido en los últimos años de parámetro para cuestionar los procedimientos parlamentarios es un claro ejemplo de doctrina falsa del Tribunal, en la medida que se trata de consideraciones equiparables a un artículo académico no relacionadas con la decisión adoptada por el Tribunal⁴⁸.

⁴⁸ Exp. 156-2012-PHC/TC. En este caso el Tribunal desarrolló una serie de apreciaciones sobre el Devido Proceso en sede parlamentaria. Pese a que estas consideraciones no estaban orientadas a la decisión del TC que declaró improcedente la demanda, sin embargo estos *Obiter*, han sido utilizadas por algunos jueces del Poder Judicial como parámetro para evaluar la actuación de las Comisiones Parlamentarias, declarando en algunos casos de importancia, como fue el caso de la investigación al Ex Presidente Alan García, la invalidez de dichas actuaciones por no haber respetado dichos parámetros.

- iii. La doctrina constitucional se construye en un dialogo entre el Tribunal y los destinatarios de sus decisiones. En algunos casos el Tribunal ha querido instruir estableciendo de oficio lo que ha llamado “doctrina jurisprudencial” equiparándolo con la formula formal del precedente vinculante, es decir, precisando los fundamentos que constituyen la doctrina. Esta es una forma de decisión bastante autoritaria que desconoce la dinámica de la interpretación constitucional, que debiera mantenerse siempre abierta a las interpretaciones de sociedad plural. En consecuencia, aun cuando el Tribunal lo invoque como “doctrina jurisprudencial”, hay que asumirlas, según sea el caso, como “decisiones interpretativas” impuestas por la autoridad del Tribunal, pero que no suponen una regla determinante⁴⁹.
- iv. Como ocurre con todas los tipos de decisiones vinculantes del TC también la doctrina está sujeta a interpretaciones y revisiones. No hay nada inmutable en el Derecho Constitucional que es más bien el producto de constantes mutaciones. Nuevas circunstancias, mejores argumentos, pueden hacer variar los razonamientos.

VIII. LEADING CASE O DOCTRINA DE LA DIGNIDAD

Existen algunos casos cuyos razonamientos aun cuando expuestos en una única ocasión, determinan su importancia y peso en cuanto razonamiento que sientan un precedente inelu-

⁴⁹ Me refiero a decisiones del tipo la expuesta en el Exp. 005-2010-PA/TC en el que en la parte del fallo se coloca una formula como ésta: “Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios expuestos en los fundamentos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 23, 26, 33, 34 y 35.” Al parecer se trataba de casos controvertidos en los que ni siquiera se lograba unanimidad de una Sala del Tribunal y se pretende no obstante imponer una cierta “doctrina jurisprudencial” con efectos vinculantes para todos en la que además es el propio Tribunal quien selecciona la *ratio decidendi* que se extiende a una buena parte de las consideraciones de la sentencia.

dible para todos los poderes públicos. Se trata de razonamientos sobre nuestros derechos básicos o sobre la propia dignidad.

En la experiencia del constitucionalismo norteamericano se ha identificado estas decisiones como casos líderes (*leading cases*) que, aunque suelen determinar su relevancia con el paso de los años, lo cierto es que provienen de una única decisión que luego se convierten en referente ineludible y por ello en un precedente vinculante, aun cuando el Tribunal no lo designe así en sentido formal.

Hace ya algún tiempo (el trabajo aparece fechado en diciembre de 2001), a comienzos de la última transición democrática, luego de la caída del régimen de Fujimori, el profesor García Belaunde se preguntaba si existían este tipo de casos y decisiones en la jurisprudencia peruana. La respuesta era en aquel entonces más o menos predecible: Una judicatura que se había convertido, según sus palabras, en “un huesero forense, al cual van los que no tienen otro lugar a donde ir”⁵⁰, no podría desde luego, ser capaz de liderar el Derecho desde el razonamiento de sus fallos.

En los últimos años las cosas respecto del Poder Judicial, tengo la impresión que no han cambiado sustancialmente con relación al duro diagnóstico del profesor García Belaunde. Pero hay un hecho indudable para todos: el Tribunal Constitucional ha incursionado en la dinámica del derecho peruano de un modo como no se había visto nunca antes desde el orden jurisdiccional.

Como no podía ser de otro modo, la incursión del Tribunal ha generado debates y no hay acuerdos sobre cuales decisiones son las más relevantes durante este periodo. Algunas de sus decisiones, sin embargo, han merecido reconocimiento no solo nacional sino también fuera del país, porque han permitido al propio Tribunal encontrar su espacio como garante de los derechos y de la dignidad humana en un contexto en el que

⁵⁰ GARCÍA BELAUNDE, D. “¿Existe el “leading case” en el derecho peruano?”, consultado en línea en: <http://www.garcia-belaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>

se salía de un periodo de violaciones y excesos que debían ser corregidos por la vía del Derecho. El caso en el que se pone límites a la legislación contra el terrorismo es uno de estos casos: También los procesados por terrorismo merecen un justo proceso dirá el Tribunal y por tanto deben ser tratados con respeto a su dignidad⁵¹.

Años más tarde, una decisión de una de las Salas del Tribunal, también basándose en la dignidad humana, declaró que una interna de una prisión que estaba purgando una sentencia por delito de terrorismo no podía ser restringida en su derecho a la “visita íntima”, en la medida que se trataba de un derecho irrestricto vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad⁵².

No es mi propósito ubicar cada uno de aquellos casos de los que creo fluye un razonamiento inimpugnable por su fuerza y relevancia al concretar determinados contenidos mínimos de nuestros derechos y la dignidad humana. La fuerza moral y jurídica de estos razonamientos no resultan de un conjunto de decisiones, sino de un único caso en el que se define de manera concluyente el contenido mínimo de la dignidad humana.

IX. PRECEDENTES FORMALMENTE VINCULANTES

He dejado para el final una breve referencia a lo que los últimos años ha sido el centro de los debates cuando nos hemos referido al efecto vinculante de las sentencias del TC⁵³. Lo hago adrede para llamar la atención sobre lo que creo sin duda no representa a las decisiones de mayor relevancia en materia de Derecho Constitucional. Esto no solo por razones

⁵¹ STC 010-2002-AI/TC, sentencia del 03 de enero de 2003.

⁵² STC N.º 01575-2007-PHC/TC, caso Marisol Venturo Ríos contra autoridades del INPE.

⁵³ El primer volumen con el que se iniciaron esos debates, creo no equivocarme cuando digo que lo editamos conjuntamente con mi colega, el profesor Edgar Carpio, en el año 2007. Cfr. Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*: Lima: Palestra, 2007.

estadísticas, sino también por razones sustantivas. Conforme a las estadísticas del propio Tribunal, desde su reinstalación en el año 2000 ha emitido a la fecha cerca de 70 mil resoluciones, entre autos y sentencias, mientras que dentro de estas resoluciones, solo 43 han sido declarados precedentes formalmente vinculantes⁵⁴. Por otro lado, es fácil percatarse que en cuanto a los contenidos de dichos precedentes, en muchos casos, sobre todo analizando los primeros precedentes, ni siquiera alcanzan verdadera relevancia constitucional y responden más bien a otro tipo de criterios, como la notoriedad del caso o la búsqueda de algún protagonismo mediático a través de su emisión.

De manera que hay que atribuir a la novedad de la institución y no a su relevancia práctica, el que haya generado tanto entusiasmo en la academia, que no ha dejado de indagar sobre su naturaleza y sus alcances⁵⁵. Estos precedentes formales, que resultan de la sola voluntad del máximo Tribunal, deben su presencia en nuestro sistema jurídico, seguramente, a una cierta concepción y decepción de los jueces del sistema judicial

⁵⁴ Cfr. El portal del TC: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_prevalecenes_vinc.php

⁵⁵ Sobre el Precedente Constitucional se han pronunciado los más destacados constitucionalistas del medio. Aquí algunas referencias. Landa Arroyo, C. “Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010); ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana”. *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Chile, Año 4, número 1. 2006, pp. 67-96; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”. *Gaceta Constitucional*. Lima, número 17. 2009, pp. 95-109. Una respuesta al trabajo del profesor Castillo, puede verse en: GRÁNDEZ CASTRO, P. “El precedente a la deriva. Diálogo con un “crítico” del Tribunal Constitucional”, en: *Gaceta Constitucional*, N.º 18, año 2009; HAKANSSON, Carlos. “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación”. *Dikaion: Revista de fundamentación jurídica*. Bogotá, núm. 18. 2009, pp. 55-77; SÁENZ DÁVALOS, Luis, “El camino del precedente vinculante”, en *Gaceta Constitucional* N.º 83, Lima, 2014.

peruano, a quienes el legislador los ha visto siempre como boca irreflexiva de las letras de la ley, lo que aplican muchas veces de forma mecánica y hasta irresponsable.

De modo que si se trata de vincular a los jueces, esta vez a las interpretaciones del Tribunal, la formula ha de ser la misma. Palabras “claras y precisas”, cánones o cláusulas taxativas que permitan aplicaciones silogísticas sin mayores indagaciones sobre sus razones subyacentes o los valores y principios a los que sirven o en los que sustentan estas reglas. Se ha incorporado así un modelo taxativo o canónico de precedente que obliga al TC a individualizar los fundamentos que él cree que son los fundamentos vinculantes de su decisión, sin dejar margen al juez de una causa futura.

Este modelo de “precedente” que se aparta de la tradición del *common law*⁵⁶ coloca al Tribunal en un riesgo permanente sobre su legitimidad⁵⁷. Primero, porque no está claro, pese a los esfuerzos del TC⁵⁸, en qué supuestos se habilita su competencia para emitir precedentes, en segundo lugar, tampoco es claro cuál es la metodología que sigue el Tribunal para seleccionar los fundamentos que terminan convertidos en “precedentes vinculantes”. Aun cuando la doctrina nacional se ha esforzado por resolver estos problemas, acudiendo a las teorías de la

⁵⁶ Con conocimiento directo, Taruffo ha sentenciado de manera categórica, sobre estos usos en sistemas del *civil law*, considerándolos, como “... un tipo de actividad más legislativa que jurisdiccional”. Refiriéndose a experiencias parecidas, como la *sumula vinculante* en Brasil o las “máximas” de la Corte de Casación italiana, ha escrito: “Todos estos casos, incluyendo el ejemplo de la casación italiana, no son precedentes. Son colecciones de enunciados generales y abstractos”, Cfr. TARUFFO, Michell, “El precedente judicial en los sistemas del *civil law*”, en *Ius et Veritas*, N° 45, Diciembre 2012 , p. 93.

⁵⁷ En otro lugar me he referido a estos riesgos. Cfr. “Las peculiaridades del Precedente constitucional peruano, en: Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007.

⁵⁸ Algunas decisiones de los primeros años, daban cuenta de estos esfuerzos. Cfr. STC 024-2003-AI/TC; STC 3741-2004-AA/TC. En estas decisiones el TC exponía algunos criterios para la emisión de un precedente.

ratio decidendi de los sistemas del *common law*, lo cierto es que, en la medida que todo ha quedado en manos del Tribunal, ningún esfuerzo racional en esta dirección puede tener éxito, generándose de este modo una paradoja con la introducción del modelo de precedente “a la peruana”: esta paradoja consiste en que se trata de un modelo de precedente altamente impredecible. La falta de predictibilidad no se refiere aquí a lo que se recoge en cada uno de los precedentes, sino a las circunstancias que no podemos conocer, sobre las variables o contextos que resultan gravitantes para que el Tribunal emita un precedente vinculante⁵⁹.

Los precedentes concebidos como reglas que el propio Tribunal selecciona, como se ha dicho, sin criterios objetivos claros, violenta la lógica interna de los precedentes. Estos surgen como sabemos de una deliberación para afrontar casos futuros. No solo las consideraciones de los casos resultan relevantes en esta “lógica del precedente”, sino también las otras lecturas de fuera del tribunal: los abogados, las partes, la academia. Conforme ha advertido la doctrina más autorizada del *common law*, para refutar la posibilidad de que los precedentes surjan anteladamente y por obra del propio juez que emite una decisión: “sin un juez posee la libertad de determinar cuáles de sus observaciones son *ratio decidendi* y cuales son *obiter dictum*, ¡ello no genera acaso un grave peligro de que dicho juez influencie indebidamente la futura evolución del Derecho? El juez podría por ejemplo plantear veinte proposiciones, y bastaría con que afirmara que todas ellas son el fundamento de su decisión, para crear veinte nuevas reglas de derecho”⁶⁰.

Son estos los peligros no advertidos al momento de incorporarse en el Código Procesal los que han conseguido una imagen reducida de los precedentes vinculantes del Tribunal

⁵⁹ La actual composición del TC parece haberse percatado de este hecho y solo ha emitido un precedente orientado a limitar sus propias competencias. Cfr. STC Exp. N.º 00987-2014-PA/TC. Requisitos para el acceso al Tribunal a través del Recurso de Agravio.

⁶⁰ Cfr. CROSS y J.W. HARRIS, Ob. cit. p. 64

Constitucional. Pero además, según me parece, a más de 10 años de vigencia del modelo de precedentes formales, hemos podido ya comprobar que se trataba de peligros ciertos y que creo desvirtúan la propia naturaleza del Derecho constitucional, abierto siempre a debates y permanentes innovaciones y que vía el precedente formal vinculante, también pretende quedar de alguna forma petrificado como interpretaciones inexorables del máximo Tribunal, incapaz de entrar en diálogo con los demás actores de la sociedad plural del Estado Constitucional.

X. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda que las decisiones de un Tribunal Constitucional que se coloca en la cúspide del sistema jurisdiccional, tiene enormes repercusiones en el orden jurídico. Se trata, muchas veces, de reelaboraciones del Derecho en sentido objetivo que repercuten de modo innegable en el sistema de fuentes. Las interpretaciones autorizadas de los contenidos de la Constitución a través de los procesos de control de normas o la concreción de los derechos, a través de los procesos constitucionales de la libertad, como los denominó Cappelletti, configuran un conjunto de argumentaciones, razonamientos y decisiones que ingresan en el sistema jurídico bajo distintas manifestaciones, no siempre homologables a la imagen del precedente judicial de los sistemas del *Common Law*.

De ahí, la necesidad de abrir un espacio de reflexión e investigación académica orientada a indagar sobre la necesidad de una teoría propia del precedente constitucional para contextos en los que se han instaurado y desarrollado los Tribunales de tradición kelseniana, cuyas decisiones más importantes inciden en la propia Constitución y sus contenidos. Es mi deseo que esta pequeña contribución sea leída (interpretada) en esta dirección.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUÍZ, María A.

2012 “Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores”. En AA. *VV.Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?* Barcelona: Generalitat de Catalunya.

BAGNI, Silvia (a cura di)

2013 *Giustizia costituzionale comparata. Proposte clasificatorie a confronto*. Bologna: Bononia University Press.

CARPIO, Edgar & GRÁNDEZ, Pedro (Coords.)

2007 Estudios al precedente constitucional. Lima: Palestra Editores.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (coord.).

2009 Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

2009 “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 17, pp. 95-117.

CROSS, R. & HARRIS, J. W.

2012 El precedente en el sistema inglés, Trad. de M^a Angélica Pujado. Madrid: Marcial Pons.

DONAYRE MONTESINOS, Christian

2010 En defensa del amparo electoral. Lima: Palestra Editores.

DÍAZ REVORIO, Javier

2007 “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español”. En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo V: *Juez y Sentencia Constitucional*. México: UNAM.

2003 La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra Editores.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2006 “El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la

- reciente coyuntura peruana". *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Chile, año 4, número 1, pp. 67-96.
- FERRERES COMELLA, V.
- 2012 "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador? En Con vinculen les sentències constitucionals al legislador? Barcelona: Institut d' Estudis Autònòmics.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo
- 1981 "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 1, número 1, pp. 35-132.
- 2006 La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cuarta edición. Madrid: Civitas.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro
- 2009 "El precedente a la deriva. Diálogo con un "crítico" del Tribunal Constitucional". *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 18, pp. 99-114.
- HAKANSSON, Carlos
- 2009 "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación". *Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica*. Bogotá, núm. 18, pp. 55-77.
- JÜRGEN, Schwabe (Comp.)
- 2009 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes. México, DF: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- LANDA ARROYO, César
- 2010 "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, núm. 14.
-
- 2007 Tribunal Constitucional y Estado Democrático, tercera edición. Lima: Palestra Editores.
- LINBACH, Jutta
- 1999 "Poder y papel del Tribunal Constitucional". Teoría y Realidad Constitucional. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, número 4, pp. 93-126.
- PEGORARO, L.
- 2004 La justicia constitucional. Una perspectiva comparada. Madrid: Dykinson.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2006 “Iusnaturalismo, positivismo y control de ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”. Fundamentos. *Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Principado de Asturias, número 4, pp. 27-101.

RUBIO LLORENTE, F.

1982 “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 2, número 4, pp. 35-67.

SÁENZ DÁVALOS, Luis

2014 “El camino del precedente vinculante”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 83, pp. 25-43.

SCHAUER, Frederick

2013 Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico, trad. de Tobías J. Schleider. Madrid: Editorial Marcial Pons.

SCHLAICH, Klaus

1984 “El Tribunal Constitucional Alemán”. En *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Constitucionales.

SILVESTRI, Gaetano

1985 “Le sentenze normativa della corte costituzionale”. En *Scritti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli*, Vol I. Padua: Cedam.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2012 *Giustizia costituzionale*, segunda edición. Bologna: Il Mulino.

Razonabilidad y “supervisión” en la ejecución de sentencias constitucionales que protegen derechos fundamentales

Sumario: I. Delimitación.– II. Caracterización general de las sentencias en los procesos de tutela de derechos. 2.1. La sentencia constitucional en función del tipo de pretensión. 2.2. La sentencia constitucional como “cosa interpretada”.– III. Ejecución y “supervisión” del cumplimiento de las sentencias. 3.1. Dos lecciones de la jurisprudencia constitucional comparada. 3.1.1. El caso de la desegregación en las decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. 3.1.2. El caso de los desplazados y la supervisión de las sentencias de la Corte Colombiana. 3.2. Necesidad de incorporar mecanismos de “supervisión” en la ejecución de las sentencias del TC.– IV Ideas finales: Razonabilidad y jurisdicción.– Bibliografía.

I. DELIMITACIÓN

El propósito de este trabajo es doble: en primer lugar, identificar las distintas formas y contenidos que adquieren las decisiones de los jueces constitucionales en materia de protección de derechos fundamentales; en segundo lugar, a partir de esta tipología, identificar los espacios de mayor dificultad en los que tales decisiones encuentran dificultades i) fácticas, ii) jurídicas y/o; ii) institucionales para su realización. La identificación de estos problemas y espacios de actuación de la justicia constitucional en fase de ejecución permitirá, al final, proponer algunas medidas que deben orientarse por el criterio de razonabilidad, en el sentido que suele entenderse en los debates contemporáneos.

Como es conocido, la actuación de la justicia constitucional se ha desplazado en los últimos años del clásico control de normas, al control de actos y omisiones, situaciones en las que la eficacia de los derechos ocupa hoy el grueso de la carga procesal de los Tribunales. De este modo, a través de los procesos constitucionales de tutela de la libertad (hábeas corpus, amparo, hábeas data), el Tribunal Constitucional genera órdenes a los poderes públicos y también a los particulares. En este escenario, la ejecución de las sentencias que protegen derechos se ha convertido en un capítulo especialmente relevante para la eficacia de los derechos fundamentales. No obstante, pese a esta relevancia, la atención que se suele prestar a los problemas de ejecución desde la perspectiva constitucional es escasa y casi inexistente en nuestro contexto.

Asimismo, la naturaleza especial de estos procesos, plantea también, un cierto distanciamiento respecto del enfoque procesal convencional con que se suele referir la doctrina a la ejecución de la sentencia ordinaria y su íntima vinculación al concepto de cosa juzgada. Como ha observado Blasco Soto¹, “el proceso constitucional no se define sólo acudiendo a los conceptos clásicos de litigio, acción y pretensión. La valoración de la discordancia entre Ley-Constitución excede de lo que propiamente se entiende por función jurisdiccional por lo que se exigen muchas cautelas a la hora de asumir plenamente el aparato conceptual de la cosa juzgada a la sentencia Constitucional”. De ahí la necesidad de prestar atención a los temas de ejecución, atendiendo a la dimensión constitucional que le es inherente y convirtiendo todas las técnicas y los instrumentos procesales en aquello que realmente son: instrumentos al servicio de la tutela.

¹ BLASCO SOTO, M. del Carmen “Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad”, en REDC, Madrid, año 14, N.º 41, 1994. P. 36.

II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS SENTENCIAS EN LOS PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

Sabido es que en la clásica clasificación de las sentencias, éstas suelen identificarse en función del contenido de su parte dispositiva: esto es, si declaran un derecho o una situación jurídica preexistente a la sentencia (sentencias declarativas), si constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o situación (sentencias constitutivas) y si ordenan compulsivamente la realización de determinados actos establecidos en el proceso tras verificar la transgresión del orden legal (sentencias de condena). La condena es la consecuencia de la violación de un mandato o de una obligación, “La condena consiste, normalmente, en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en comunicarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o en deshacer lo que haya realizado”².

La doctrina procesal ha propiciado en los últimos tiempos la desvinculación de estas categorías con las posibilidades de ejecución, recusando de este modo la afirmación según la cual, sólo las sentencias de condena se ejecutan inmediatamente y en forma incluso forzada³ o aquellas que dividían la secuela del proceso con la ejecución de la sentencia que emana del mismo. Como ha escrito, Ayarragaray⁴, “el proceso es una unidad; tiende a la tutela de los derechos”, no existe por tanto, ninguna justificación para separar en dos momentos distintos el proceso de su ejecución.

No obstante ello, si siguiéramos, aunque sea en sentido metodológico, la distinción propuesta, las sentencias que pronuncia el Tribunal Constitucional en los procesos para la tutela de los derechos fundamentales, serían *prima facie*, sentencia de condena que contienen un mandato ejecutivo

² COUTURE, E. J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4^a edición, Editorial B de F, 2002, p. 260.

³ SATTA, S. “Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata”. En *Riv. Di Diritto Proc. Civ.* Vol. 9º, parte Primera, 1932, Pgs. 333 y ss.

⁴ AYARRAGARAY, Carlos, *Introducción a la ejecución de sentencia*, Buenos Aires: Librería Jurídica V. Abeledo, 1943, p. 51

y, que por tanto, se trataría de decisiones que pueden ser objeto de ejecución forzosa. En este caso, la orden del Juez Constitucional está encaminada como lo establece el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, a “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, o en todo caso, a obligar a la autoridad o poder público “el cumplimiento de un mandato legal o un acto administrativo”⁵. La condena, en consecuencia, viene impuesta a partir de la verificación de que se ha violado o verificado una amenaza “cierta y real” a un bien o derecho de relevancia constitucional (arts. 5.1 y 38 del mismo CPC)⁶. Esta verificación si bien no es de conocimiento pleno, tratándose de un proceso de tutela urgente, es deber del órgano que otorga la tutela, constatar los hechos que se alegan a efectos de que lo que se exige posteriormente en etapa de ejecución, no sea el producto de la arbitrariedad o el absurdo.

Sin embargo, la consideración preliminar en el sentido de identificar las sentencias de tutela de derechos fundamentales como sentencias de “condena”, sólo anuncia los problemas que se presentan respecto de la caracterización de las sentencias constitucionales y su ejecución. Una mirada más detenida nos muestra que el Juez Constitucional no sólo “ejecuta” los mandatos de la Constitución referida a los derechos fundamentales, sino que esta tarea es, a menudo, una ardua actividad de valoración interpretativa, de ponderaciones, en resumen de “creación” y por tanto, en algún sentido, se trata también de sentencias constitutivas⁷.

⁵ Esto para el caso del proceso de cumplimiento que en la legislación peruana está contemplado también como un proceso constitucional.

⁶ Conforme al artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el peritorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

⁷ Piénsese en aquellos supuestos en los que el Tribunal Constitucional, primero establece el contenido de un derecho por vía de adscripción de significados a los enunciados de la Constitución o más todavía, en aquellos supuestos en los que es posible hablar de normas de derecho

Como lo ha puesto de relieve Spadaro, “quien interpreta crea”, más aun tratándose del máximo Tribunal Jurisdiccional del país. En tal sentido, “quien está en posibilidades de establecer qué cosa significa la Constitución del Estado es, a todas luces, el órgano-sujeto que tiene el (mayor y más auténtico) poder en el Estado”. De este modo, no se trata de un órgano cualquiera que debe ejecutar aquello que es el producto de la aplicación mecánica de la Constitución o de la Ley. El Tribunal Constitucional a través de sus sentencias interpretativas no solamente crea normas con rango legislativo tal como ya lo hemos dejado dicho, sino que además, “crea, nos guste o no, normas constitucionales (o si se prefiere, como ya se ha mencionado, extrapolá estas últimas al conjunto de disposiciones constitucionales vigentes)”⁸. En tal sentido las

fundamental carentes de enunciados expresos, es decir aquellos derechos construidos mediante argumentación. El Tribunal Peruano amparándose en la cláusula de apertura de la Constitución (art 3º) ha ampliado el catálogo expreso de los derechos enunciados en el texto constitucional. Como ejemplo puede verse el caso del derecho al agua, no previsto en el texto constitucional pero cuya relevancia constitucional el Tribunal lo ha destacado en estos términos: “En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principalista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.” Cfr. STC 654-2006-AA/TC Fundamento 17º.

⁸ SPADARO, A. “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales”. Trad. de Federico Valle. En *Nomos*, N.º 3/1993. México, 2005 (cito de la separata).

sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo actos retóricos o argumentativos en torno a la Constitución o a la Ley, sino también constituyen en buena parte, actos de auténtico poder jurisdiccional. Las sentencias constitucionales son de este modo, piezas del derecho y de los derechos, que a partir de los casos concretos permite el desarrollo y evolución del contenido de los derechos en contextos muchas veces no imaginados por el constituyente⁹.

En este sentido, refiriéndose a la importancia de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y su efecto “constitutivo”, Alexy ha escrito para el caso alemán lo siguiente: “Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el siete de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”¹⁰. La interpretación es pues actividad no de “descubrimiento” de algo preexistente, sino “atribución de significados”, lecturas actuales de textos que en muchos casos pueden ser bastante antiguos.

De modo que, establecer que las sentencias constitucionales son siempre sentencias de condena y por consiguiente ejecutables “forzosamente”, sólo por tal motivo, no sólo deja al margen una buena cantidad de decisiones del Tribunal, sino además, desconoce la labor creativa hermenéutica del máximo intérprete de la Constitución. La ejecutabilidad de la

⁹ Quizá en este contexto resulte pertinente recordar la frase célebre del ius publicista español Eduardo García de Enterría quien refiriéndose al Tribunal Constitucional acuñó la expresión de “comisionado del Poder Constituyente” llamado a actualizar su obra. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006

¹⁰ ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. Traducción de Alfonso García Figueroa. En Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

sentencia constitucional no se desprende de la “naturaleza” de condena o no que ella represente, sino de la posición que le otorga el sistema constitucional a las decisiones del máximo tribunal jurisdiccional del país en cuanto al objeto de las pretensiones que se hacen valen en las instancias judiciales, incluido el TC.

Tal parece, al menos de una mirada preliminar, que los esfuerzos que viene haciendo la mejor teoría procesal por ofrecer una comprensión adecuada para la protección de los derechos¹¹, sin asumir una determinada concepción material de los mismos y sus posibilidades de realización en un determinado contexto, puede terminar en un intento frustrado. En este sentido, resultan especialmente ciertas para el caso de la tutela de los derechos fundamentales aquellas “reflexiones críticas” que hacía hace ya algunos años, Juan Monroy Palacios, quien al cerrar su análisis sobre las formas de tutela en el proceso civil, reconocía con humildad académica, las enormes dificultades para construir respuestas “dogmático-sistémicas” en abstracto en este punto, exigiendo más bien a falta de una teoría “coherente” una cierta actitud de “versatilidad permanente” en los operadores del sistema. Esta “versatilidad” debiera llevar en el caso del Proceso de amparo, según recomendaba, “privilegiar los remedios opuestos a los instituidos por los juristas clásicos”, aun cuando insistía en “sentencias de condena pasibles de ser actuadas mediante medidas coercitivas” que permitan la concreción de una tutela “específica”¹².

¹¹ Cfr. MARINONI, Luiz G. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela. Lima: Palestra, 2007. Entre nosotros merece destacarse los trabajos emprendidos por Juan Monroy Palacios, aunque sus consideraciones no han sido elaboradas de cara al proceso constitucional, sus observaciones sobre la tipología sobre “las distintas formas de tutela procesal”, podrían persuadirnos para proyectarlas al ámbito de la tutela de los derechos fundamentales. Cfr. MONROY PALACIOS, Juan José, *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra, 2004, especialmente el Cap. 4., p. 273 y ss.

¹² Cfr. MONROY PALACIOS, cit. p. 309.

2.1. La sentencia constitucional en función del tipo de pretensión

Otra forma de presentar la misma clasificación, es aquella que incide esta vez ya no en la decisión, sino en el tipo de pretensión que ha sido puesto a consideración del Tribunal. En tal sentido, se sostiene que la clasificación entre demanda *autodeterminada* y *heterodeterminada*, que opera en el Derecho Procesal Civil, también podría trasladarse en términos similares a los procesos constitucionales, en base a la naturaleza del derecho demandado por el actor. En consecuencia el objeto del proceso determinaría el tipo de respuesta del juez, que se pronunciará, consecuentemente, ya sea con una sentencia declarativa, constitutiva o de condena.

De este modo y tal como lo ha propuesto recientemente Silvia Bagni, “también en el proceso constitucional el objeto (es decir, la naturaleza del derecho violado) influye en el pronunciamiento del Juez Constitucional. En particular, se puede distinguir el caso en el que, para eliminar la situación de ilegitimidad, es suficiente la declaración de inconstitucionalidad del acto denunciado (por cuanto el objeto del proceso está representado por un derecho absoluto de primera o segunda generación); o bien, cuando resulta necesaria una ulterior actividad “positiva” de parte del Estado (porque el objeto del proceso es en este caso, un derecho considerado de prestación). En otras palabras, podemos distinguir dependiendo de si la sentencia sea o no *self-executing* respecto a la exigencia de tutela individual sobre el cual el proceso constitucional se ha puesto en movimiento”¹³.

Esta perspectiva tiene la virtud de poner en evidencia que los problemas reales respecto de la ejecución de las sentencias constitucionales, no se situarían tanto (o no debieran situarse al menos) en el cumplimiento de aquellas sanciones de actos u

¹³ BAGNI, Silvia. “Modelos” de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación”. Traducción de Pedro Grández. En *Justicia Constitucional*, año 1, número 2, Lima, 2006.

omisiones referidos a los derechos de libertad (entendida en sus dimensiones positiva y negativa); sino sobre todo, respecto de aquellas “prestaciones” de parte del Estado configuradas como “derechos de prestación”. Sin embargo, como ocurre con toda clasificación, esta perspectiva deja fuera muchas otras variables que complican enormemente la ejecución de una decisión del máximo Tribunal, incluso tratándose de los llamados derechos de libertad o de defensa. Sucece así, por ejemplo, cuando el Tribunal tenga que “vigilar” el cumplimiento de una decisión basada en la protección de un derecho como el de asociación o de reunión. En ambos casos pueden presentarse situaciones de desacato o necesidades de “hacer” de parte del ente (público o privado) denunciado a efectos de garantizar el derecho en cuestión.

Por tanto, una clasificación que en abstracto cuenta de todos los supuestos en los que se presentan situaciones de incumplimiento o de dificultad para el cumplimiento de las decisiones del Tribunal, parece no sólo difícil de encontrar, sino incluso hasta inconveniente para enfrentar el problema de la ejecución de la sentencia constitucional como teoría general.

2.2. La sentencia constitucional como “cosa interpretada”

Hasta aquí, hemos podido darnos cuenta, que la sentencia constitucional no puede ser comprendida ni analizada desde las perspectivas desarrolladas por la teoría general del proceso, ni por las teorías que estudian los efectos de las sentencias de la perspectiva civil o penal. La sentencia constitucional requiere pues, no sólo de una teoría nueva que la fundamente, sino también, de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución de los mismos.

Su dimensión como decisión que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales, le otorgan una posición de primer orden entre las decisiones del Estado Democrático de Derecho. Sus peculiaridades resultan por tanto:

1) de la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (bienes indisponibles); 2) del valor y fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones (IV Disp. Final de la Const., art. 1º de su propia Ley Orgánica, y art. VI del Código Procesal Constitucional) y; 3) del poder extrapartes y sólo sometido a la Constitución y su Ley Orgánica con que actúa el Tribunal.

Relevancia de objeto.— La especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia, implica que sus decisiones, en muchos casos, puede rebasar las propias alegaciones fácticas o jurídicas de las partes. En efecto, a partir de determinados hechos presentados por las partes, el Tribunal puede definir situaciones con implicancias no sólo para éstas, sino también para terceros. Esto sucede, por ejemplo, con las decisiones donde el Tribunal se pronuncia sobre un Estado de cosas inconstitucional (Exp 2579-2003-HD/TC y 3149-2004-AC/TC), esto al margen de la competencia conocida de los Tribunales Constitucionales con relación a la llamada inconstitucionalidad por conexión propia de los procesos de control normativo (Art. 78 del CPC).

También en los procesos constitucionales de la libertad, las propias normas de los procesos constitucionales hacen ahora referencia a esta dimensión de las decisiones del máximo Tribunal. Así por ejemplo, el artículo 60 del Código Procesal Constitucional, según el cual el Juez Constitucional en vía de ejecución puede “homologar” los casos que se presenten con decisiones ya pronunciadas o por el propio Juez o por el Tribunal a efectos de anular el trámite procesal y convertir la admisión de la demanda en ejecución de una sentencia anterior. Esto es impensable en otros procesos y sólo se justifica en la medida de la especial relevancia y urgencia con que deben ser respondidas las pretensiones en la vía constitucional.

La ejecución de este tipo de pronunciamientos supone por ello, un serio reto para la justicia Constitucional, que requiere equiparar al poder de decisión, las competencias y poderes también en la fase de ejecución. Es decir, quien decide con tal fuerza y deja en manos de quien no tiene tal poder la ejecución

de lo decidido, corre el riesgo de perder en esta fase lo logrado con la sentencia. La advertencia en este tramo está dirigida a otorgar potestades y competencias al Juez de Ejecución, similares a los que tiene el máximo Tribunal al momento de decidir.

Fuerza jurídica de las interpretaciones.— Además del concepto de “cosa juzgada”, con que viene revestida toda sentencia, en el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional se suele hablar ahora de “cosa interpretada” siguiendo el “*nomen iuris*” que suele otorgarse a los efectos de las decisiones de las instancias supranacionales respecto de los estados sujeto a dicha jurisdicción¹⁴. Tal dimensión puede evidenciarse a partir de la concepción de un Tribunal como Supremo Intérprete de la Constitución (art. 1º de la LOTC). El concepto de “cosa interpretada” incorpora la posibilidad de que el Tribunal pueda hacer evolucionar su propia jurisprudencia, “retocando” así la idea tradicional del propio concepto de cosa juzgada que suele presentar las decisiones, también del Tribunal Constitucional, como “cosas intocable. El concepto de cosa juzgada permite de este modo, “una eliminación gratuita y absurda de las mejores posibilidades de un Tribunal Constitucional adaptando un texto Constitucional a circunstancias y situaciones inevitablemente variables”¹⁵.

Como lo pone de manifiesto Ruiz Miguel, “el efecto de cosa interpretada es inseparable del problema del valor de la jurisprudencia como fuente de derecho”¹⁶. Los efectos de cosa interpretada de las decisiones del máximo Tribunal se expresan

¹⁴ Véase en este sentido: RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos 1997, P. 53 y ss. Más recientemente, Argelia Queralt Jiménez, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH” en: *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* / Francisco Javier Roca y Pablo A. Fernández-Sánchez (Coord..), 2009,pp. 229-255.

¹⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R. *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 2da. Edición. Madrid: Civitas, 1981, p. 174.

¹⁶ RUIZ, Miguel, C. Op. cit. p. 53

de dos maneras. Por un lado supone que ningún Juez puede desatender las interpretaciones que realiza el TC conforme lo exige el artículo VI del CPC y; en segundo lugar, los efectos de cosa interpretada se proyectan también no sólo a los Jueces, sino a los terceros que llevan sus causas ante la Justicia Constitucional, quienes podrán invocar tales interpretaciones y hacerlas valer como doctrina jurisprudencial del Tribunal.

Tal dimensión de la sentencia constitucional en los procesos de tutela de los derechos y libertades resulta especialmente relevante, pues permite una función pedagógica y de protección no sólo subjetiva, sino también objetiva de los procesos constitucionales. Las interpretaciones del Tribunal valen acá ya sea como doctrina jurisprudencial, o llegado el caso y cuando así lo configure el propio Tribunal, también como precedente vinculante para todos los poderes públicos¹⁷.

La ventaja de considerar como cosa *interpretada* y no como “cosa juzgada” las decisiones del máximo Tribunal, permite poner de relieve que es el propio Tribunal quien puede, atendiendo a nuevas circunstancias, volver a analizar un caso que ya ha sido decidido con pronunciamiento incluso sobre el fondo. Esto resulta especialmente relevante tratándose por ejemplo del control abstracto de normas, donde la sentencia desestimatoria parece no aconsejar un efecto de cosa juzgada en el sentido tradicional, puesto que si se defiende una posición en tal sentido “quedaría de algún modo petrificada la primera norma y el Tribunal Constitucional rígidamente vinculado a sus precedentes”¹⁸, incluso contra una tradición bastante arraigada en los sistemas del *civil law*, donde no rige el principio de *stare decisis* y, por tanto, el concepto de precedente resulta bastante flexible.

¹⁷ Es verdad que la distinción de “doctrina jurisprudencial” y “precedente” es ahora incierta y dudosa en la propia jurisprudencia del TC, pero es de esperar que vengan tiempos de aclaración conceptual que permita algún criterio meridiano de distinción racional.

¹⁸ BLASCO SOTO, Ob. cit.P. 39

Configuración del proceso y ampliación a la etapa de ejecución.— La eficacia de los derechos fundamentales, no queda configurada con la sola intervención del legislador. Como ha escrito Marinoni, “si el Estado tiene el deber de proteger los derechos, sería incoherente suponer que ese deber depende solo de *acciones normativas*”: la protección judicial de los derechos supone desde luego acciones orientadas a la efectividad y ello, en última instancia supone, un conjunto de estrategias y mecanismos para la concreción de los mandatos judiciales contenidos en las sentencias.

De este modo la configuración del proceso mismo queda sujeto, en buena parte, a la capacidad procesal del Tribunal para “fijarse” sus propios límites (piénsese por ejemplo en el principio *iura novit curia* o en las propias lecturas que suele hacer el Tribunal a partir de la narración propuesta por las partes). El Tribunal ha encontrado, en más de una ocasión, una pretensión distinta o, en algunos casos, incluso ha podido “convertir” un proceso de cumplimiento en Amparo a efectos de dar “una mejor protección” al recurrente¹⁹.

Estas “operaciones” procesales del Tribunal han encontrado apoyo en cierta doctrina alemana²⁰ aun cuando no ha estado exenta de debates y controversias²¹. Pero es verdad tam-

¹⁹ Cfr. Exp. 4080-2004-PC/TC, en esta ocasión el Tribunal ha desarrollado nada menos que el derecho a la ejecución de una sentencia a partir de convertir un proceso de cumplimiento en proceso de amparo y solo así ha podido atender al derecho a la tutela judicial que en el caso había sido violado con el retardo en la ejecución de la sentencia.

²⁰ Cfr. Entre otros, su trabajos, HÄBERLE, P. “El Derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en *Nueve Ensayos y una lección jubilar*, Palestra, Lima 2004, pp., 23 y ss.

²¹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan “La Teoría del proceso a la luz láguida del Tribunal Constitucional Peruano. Sobre la presunta “Autonomía Procesal Constitucional”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, número 12, 2008, pp. 145-189. También en sentido crítico se ha pronunciado, Luis CASTILLO CÓRDOVA, “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y*

bién que si somos conscientes de la relevancia de las cuestiones que decide un Tribunal Constitucional, habrá que aceptar que una dosis de “autonomía” resulta innegable²², puesto que no resultaría legítimo argumentar que el principio de legalidad interfiere de manera insalvable en la realización efectiva de los derechos. En cualquier caso, la no regulación de mecanismos procesales para hacer efectiva la protección dispuesta por un Tribunal Constitucional, habilitaría al propio Tribunal a “crear” las reglas procesales necesarias. Esta “creación” estaría respaldada no ya en una cierta “autonomía” reservada siempre de modo implícito a los Tribunales Constitucionales, sino también en la propia efectividad de los derechos cuya protección última recae en el Tribunal Constitucional.

Especialmente relevante y sugestiva se presenta en este punto la posibilidad de trasladar, también al ámbito de la ejecución de las sentencias, la idea de “configuración procesal” o “autonomía procesal jurisdiccional”, como parte indisoluble de la idea de tutela que legitima la actuación del Tribunal. Se trata aquí de comprender que el proceso no concluye con la expedición de una orden sino con la concreción y efectividad de la orden. En esta dirección merece especial atención las anotaciones del profesor Marinoni, que desde el Derecho Procesal moderno, ha llamado la atención sobre la necesidad de “conferir al juez un poder suficiente para la efectivización de la tutela”, exigiendo al mismo tiempo y en proporción a la ampliación del poder del Juez en etapa de ejecución, un razonable control a través de la justificación de sus decisiones ejecutivas, en la medida que “la justificación es la otra cara del incremento del poder del Juez”²³.

el Poder Judicial”, en: *Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional*, N.º 4. Lima: Palestra, diciembre de 2007.

²² Cfr. LANDA ARROYO, C. “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En *Justicia Constitucional*, número 4. Lima: Palestra, 2006 p. 63 y ss.

²³ Cfr. MARINONI, L.G. *ob cit.* P. 266

Es verdad que las reglas procesales disponen, para el caso de los procesos de tutela de los derechos, que sea el “juez de la demanda” el encargado de concretar las órdenes o disposiciones del Tribunal. Pero cabría hacer un balance de este traslado de jurisdicción de ejecución o coparticipación en la tutela efectiva de los derechos. Parece apropiado a las condiciones de la ejecución del mandato, el que el Tribunal no abandone por completo sus funciones de tutela hasta cuando la sentencia se haya cumplido de conformidad a “sus propios términos”. El Juez de ejecución debiera participar “acompañado” y respaldado por quien es autor del mandato en este punto. A estas cuestiones nos remitimos en seguida para evaluar su incorporación en sede interna.

III. EJECUCIÓN Y “SUPERVISIÓN” DEL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS

Varias son las cuestiones que han sido ya adelantadas: a saber, a) la insuficiencia de la teoría procesal para caracterizar las decisiones de los jueces constitucionales, especialmente las del Tribunal Constitucional; b) la necesidad de instrumentalizar los mecanismos de tutela de los derechos en función del tipo de pretensión “material” de los derechos (lo que llevaría a pensar en una diversidad de formas de ejecución de mandatos en función del contenido de las órdenes o mandatos de la sentencia); c) la variedad de formas y dimensiones que adquieren las sentencias constitucionales que protegen derechos, que hace suponer que no es conveniente que en la fase de ejecución queden libradas “al juez de la demanda”. Corresponde ahora, detenernos en observar la necesidad de que algunos de estos mandatos deban ser “supervisados” para que la tutela llegue a ser realmente efectiva conforme lo ordena la Constitución.

La “supervisión” de las sentencias del TC no es un instituto que se encuentre reglado entre las disposiciones procesales. Por tanto, hay que construir los argumentos que nos permitan justificar su presencia. Dos tipos de argumentos se pueden ensayar: i) en primer lugar, la formula de la tutela “jurisdiccional”

a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución. Esta no se agota, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁴, en la sola admisión de la demanda, el debido proceso y el pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas por las partes, es necesario (indispensable) que ésta se concrete en la realidad. En la medida que la tutela jurisdiccional corresponde prestarla a los órganos jurisdiccionales, la ejecución no deja de configurarse como un espacio de actuación de la jurisdicción. La “supervisión” se presenta en este caso como una manifestación de los deberes de la jurisdicción hasta el momento en que las sentencias hayan sido cumplidas en su integridad, conforme a los criterios de la jurisdicción.

Una segunda línea argumentativa tiene que ver con los ejemplos que se observan en la actuación de los Tribunales y Cortes encargadas de la protección de derechos humanos. La Corte de San José suele hacer referencia que en la supervisión de sus sentencias, actúa, ejercitando una “facultad inherente a su función jurisdiccional”²⁵. Estas facultades “inherentes” no son diferentes tratándose de cualquier órgano jurisdiccional al interior de cualquier Estado. La regulación de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, para el caso de la Corte IDH se recoge en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana, 30 de su Estatuto y 69 de su Reglamento²⁶. El hecho que las actuaciones de supervisión no estén reguladas no debiera dejar fuera de toda intervención al Tribunal Constitucional.

²⁴ En tal sentido tiene establecido el TC que, “Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (STC 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).

²⁵ Cfr. Caso Penal Castro Castro Vs. Perú. Supervisión y Cumplimiento, 7 de agosto de 2013, considerando n.º 2.

²⁶ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 131-133.

Esta línea de razonamiento ya ha sido avanzada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en un Auto referido a la ejecución de la sentencia sobre Homologación de los salarios de los docentes de las Universidades Públicas (Ex. 0023-2007-AI/TC, Auto de Ejecución de 22 de junio de 2010) y, “(...) asumiendo jurisdicción sobre la fase de ejecución de la sentencia” avanzó dando órdenes concretas, “cumpliendo, de este modo, el mandato de ser el órgano de control de la Constitución, establecido en el artículo 201 de nuestra Carta Fundamental, y viabilizando el fin último de los procesos constitucionales, tanto orgánicos como de la libertad, que es garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.)”²⁷.

Esta es, sin embargo, un pasaje solitario en la jurisprudencia constitucional que no ha sido continuada ni menos desarrollada. Por ello, conviene mirar algunas experiencias del Derecho comparado que nos pueden ayudar a motivar al Tribunal a avanzar en la línea de la supervisión de sus decisiones. Esta función de supervisión pueden resultar especialmente relevante para concretar la tutela de derechos sociales o, cuando el Tribunal se ha pronunciado sobre el derecho a la salud en el contexto de un asentamiento minero que se había “urbanizado” con el transcurso del tiempo²⁸ o en el caso ONP en el que ha encargado la supervisión a la Defensoría del Pueblo que no es un órgano con prerrogativas jurisdiccionales²⁹.

²⁷ El auto da cuenta además “Que si bien conforme al artículo 118.9 de la Constitución corresponde al Presidente de la República: “Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales”; frente a la renuencia reiterada de los órganos encargados de cumplir las decisiones jurisdiccionales, la ejecución forzada se presenta como la única solución a la que este Colegiado no puede renunciar, llegado el caso, a efectos de que, reivindicando el Estado de Derecho, se obligue al poder a someterse al Derecho”. Cfr. Auto de Ejecución, Exp. 0023-2007-AI/TC fundamento 9.

²⁸ Cfr. Caso La Oroya, Exp. N.º 2002-2006-AC/TC.

²⁹ Cfr. Caso ONP, Exp. N.º 05561-2007-PA/TC.

Piénsese en las órdenes que se establecen en uno de estos casos referido a la afectación del Derecho a la Salud. En el caso La Oroya, el Tribunal al declarar Fundada la Demanda dispuso lo siguiente:

“1.Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, conforme se expone en los fundamentos 59 a 61 de la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

2.Ordena que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas aquellas acciones tendentes a la expedición del diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el artículo 11º del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, de modo tal que, cuanto antes, puedan implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya.

3.Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas las acciones tendentes a declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme lo disponen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM y el artículo 105 de la Ley 26 842.

4.Ordena que la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya.

5.Ordena que el Ministerio de Salud, transcurridos los plazos mencionados en los puntos precedentes, informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia.

6.Exhorta al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras, que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de La Oroya, a participar, urgentemente, en las ac-

ciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes³⁰.

Han pasado varios años desde la emisión de esta decisión y la Oroya sigue siendo un espacio de contaminación sin controles. Una sentencia de este tipo muestra la necesidad de mecanismos de supervisión por parte del propio Tribunal Constitucional, incluso con participación de la población involucrada y la ayuda de expertos que permitan al Tribunal un conocimiento objetivo sobre el grado de cumplimiento de las decisiones, así como de sus posibilidades reales. Esta es la experiencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Corte Colombiana que pasamos a tratar muy brevemente en seguida.

3.1. Dos lecciones de la jurisprudencia constitucional comparada

La actuación “supervisada” por parte de la propia Corte o Tribunal que ampara la protección de los derechos en cuestión, forma parte de algunas de las hazañas más celebradas de la justicia constitucional en el Derecho comparado. Revisamos a continuación dos decisiones que nos parecen ilustrativas al respecto.

3.1.1. El caso de la desegregación en las decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU.

La “supervisión” de las decisiones de la Corte, tienen especial relevancia en casos de alto contenido social o que impactan en las estructuras económicas y sociales. Estas decisiones no son de rutina en la jurisprudencia, pero marcan hitos en la jurisprudencia constitucional. El Caso *Brown* es uno de aquellos casos en los que la etapa de ejecución con activa

³⁰ Parte dispositiva de la sentencia en el caso La Oroya: Exp. 2002-2006-AC/TC.

participación de la propia Corte supone también desde esta perspectiva, una lección adicional.

Como es conocido, en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, la Corte Suprema de los EE.UU., cerró un periodo oscuro en su jurisprudencia que había convalidado las prácticas sociales de segregación racial en los espacios públicos³¹, aunque en un primer momento con referencia a la sola declaración de ilegitimidad de las normas que admiten la segregación de las escuelas públicas³². En un primer momento, la Corte renuncia a adoptar resoluciones de actuación en determinado sentido y deja, de alguna manera, en manos del Poder Ejecutivo y de la administración en general, la adopción de políticas concretas de desegregación. Sin embargo, debido a las dificultades operativas y la poca o nula actuación de los entes públicos, era necesario concretar los medios por los que se debía proceder a la integración racial en las escuelas públicas.

Vista la dimensión social del caso, la Corte aprovecha un nuevo caso en el año 1955 y dispone al final una nueva audiencia, a la que se invitan al fiscal general de los Estados Unidos y de cada uno de los Estados en los que la segregación racial en las escuelas públicas es obligatoria o permitida. La sentencia resultante es conocida como *Brown II*³³. Mediante esta decisión, la Corte remite a los tribunales de los que proceden los recursos planteados la tarea de controlar que la

³¹ Cfr. El caso *Plessy contra Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) que imprimió en la Jurisprudencia la conocida doctrina «Separate but equal», que establecía que la segregación no era contraria al mandato de igualdad ante la Ley de la XIV Enmienda.

³² “Concluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina “separados pero iguales”. Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual afirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar, la segregación de la que se quejan les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizada por la XIV Enmienda...” Cfr. Beltrán de Felipe *Op. cit.* Pg. 290.

³³ Cfr. 394 US 294. La información resumida del proceso de adopción de medidas de ejecución en este tramo de la exposición las tomo en forma resumida del trabajo de Silvia Bagni, citado.

integración racial se vaya efectuando en las escuelas públicas de forma apresurada («*with all deliberate speed*») en una suerte de ejecución inmediata de la sentencias³⁴.

De acuerdo con la estructura del sistema jurídico norteamericano, los efectos de las mencionadas sentencias no se limitaron a los recurrentes. Entendiendo que la segregación racial en las escuelas públicas era contraria a la Constitución, las autoridades de algunos distritos escolares trataron de proceder a la integración. De esto se desprende de nuevo una suerte de “Estado de cosas inconstitucional” ya enarbolada por la Corte Suprema Norteamericana³⁵ y que ha sido recientemente “redescubierta” como técnica eficaz por la Corte Constitucional Colombiana³⁶.

Con todo, en el sur de los Estados Unidos, la a las decisiones de la Corte fue mayor llegando a niveles de verdadera resistencia en Arkansas. En una escuela de la capital de ese Estado, la *Little Rock Central High School*, tropas federales tuvieron que proteger con armas en mano a los jóvenes negros que trataban de acudir a ella. Según la narración de Xavier Arbós “Los soldados habían llegado allí por orden del presidente Eisenhower, que pudo comprobar cómo el gobernador de Arkansas no estaba dispuesto a acatar las sentencias del

³⁴ Resulta interesante observar en este caso, una especie de antecedente en la jurisprudencia norteamericana de lo que hoy se conoce como ejecución inmediata de la sentencia. La Corte se apoya en la judicatura de los niveles inferiores a los que insta actuar en determinado sentido.

³⁵ Revelador es en este sentido la frase puesta en la sentencia en el caso Brown donde se lee, “por lo cual afirmamos que a los demandantes y todos aquellos que se encuentran en una situación similar...” (resaltado nuestro).

³⁶ Sobre la técnica de la declaración de un “estado de cosas inconstitucional” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, véase, Vargas Hernández, Clara Inés “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. En *Estudios constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2003, p. 203 y ss.

Tribunal Supremo; antes bien al contrario, había enviado a la guardia nacional bajo sus órdenes para mantener alejados a los negros de la escuela”.

En el caso *Cooper v. Aaron*, el Tribunal Supremo volvió a recordar a todas las autoridades, el deber de acatar la Constitución, al tiempo que reiteraba la doctrina de *Brown*. En *Griffin v. Prince Edward County* (1964), El Tribunal Supremo anuló las subvenciones que las autoridades de un Condado de Virginia habían otorgado a los colegios privados (tras cerrar los colegios públicos para evitar que se juntaran blancos y negros). Ello propició que el Tribunal Supremo diera orden a los Jueces Federales a reasignar recursos con el fin de volver a abrir los Colegios Públicos³⁷.

Es importante analizar la capacidad de actuación de sus mandatos en fase de ejecución por parte de la Corte Suprema norteamericana, que apoyado en la organización judicial federal logra hacer cumplir sus decisiones, incluso como se vio, apelando a la fuerza pública. Debe recordarse además, que en el caso *Brown* la Corte se pronunció en términos concretos sobre la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas públicas, es decir, no se pronunció sobre el problema general de la discriminación generalizada en la sociedad norteamericana. Siguiendo el precedente sentado en *Brown*, el Tribunal extiende su doctrina a los clubes de golf (*Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 —1955); piscinas (*Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877-1955); o autobuses municipales (*Gayler v. Browder*, 352 U.S. 903 —1955)³⁸.

La forma como actúa en estos casos la Corte, es mediante la implementación de una técnica ya conocida con antelación; las llamadas sentencias *per curiam*. Se trata de una especie de mandato ejecutivo que apela a un precedente, simplemente invocándolo escuetamente. Como bien señala Xavier Arbos,

³⁷ Cfr. Estudio de presentación a la sentencia *Brown* (Miguel Beltrán, cit. P. 280).

³⁸ Cfr. ARBOS XAVIER, “De Wechsler a Bickel. Un Episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, REDC, Número 44, 1995, pp. 268 y ss.

se trata de una suerte de Certiorari pero con decisión sobre el fondo: "Se supone que una resolución *per curiam* ha entrado en el fondo del asunto, y es tan escueta como la mera inadmisión de un recurso, esto es, la denegación del llamado «writ of certiorari»³⁹.

En todos estos supuestos, puede decirse que lo que está en el centro del debate es, a final de cuentas, la ejecución en sentido lato de una decisión de la máxima instancia jurisdiccional. Las herramientas ideadas por la Corte Norteamericana y sus mecanismos de implementación son una buena muestra de cómo los Tribunales a través de la ejecución efectiva de sus decisiones, pueden cambiar no sólo situaciones particulares, sino que pueden lograr también cambios sociales, culturales e históricos de profunda significación para el desarrollo de las sociedades. De ahí también la importancia del estudio de los mecanismos de aseguramiento o ejecución de las decisiones judiciales en general y, en especial, de las decisiones de la máxima instancia jurisdiccional, como es en nuestro caso, la sentencia Constitucional⁴⁰.

3.1.2. El caso de los desplazados y la supervisión de las sentencias de la Corte Colombiana

La Corte Constitucional Colombiana se ha consolidado en poco tiempo, como una de las Cortes Constitucionales más progresistas y comprometida con la eficacia de los derechos humanos en la Región. Quizá en esta valoración tenga algún peso de importancia el hecho que la Corte cuente, a diferencia de otros Tribunales de la Región, con mecanismos normativos que le permiten mantener sus competencias en etapa de ejecución de sus decisiones.

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Si bien aquí nos referimos a la ejecución de la sentencia del TC, en realidad igual importancia habría que asignar a la ejecución de la sentencia constitucional en general, entendida como aquella emitida, tanto por los jueces del Poder Judicial en los procesos de tutela de los derechos, como por el propio Tribunal Constitucional.

Conforme lo establece el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza” (subrayado nuestro)”⁴¹. Esta prerrogativa ha permitido que la Corte mantenga abierta la ejecución de sus fallos por períodos que pueden llegar a los 10 años como es el caso que ahora nos ocupa.

En la sentencia T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda), la Corte se ocupó de un tema de enormes connotaciones sociales, declarando “la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada”. Las cuestiones que habían llegado a la Corte a través de múltiples demandas que fueron luego acumuladas, daban cuenta, conforme al resumen de la propia corte de los siguientes derechos en juego:

“Los demandantes interpusieron acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Protección Social), el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, así como contra varias administraciones municipales y departamentales, por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.”

Las reclamaciones de los solicitantes de tutela, planteadas a las distintas instancias del gobierno no habían dado ninguna

⁴¹ Una disposición parecida se recoge en la Nueva Ley de Amparo Mexicana de Abril de 2013, al establecer en su artículo 93: “En el supuesto de que sea necesario precisar, definir o concretar la forma o términos del cumplimiento de la ejecutoria, cualquiera de los órganos judiciales competentes podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, que se abra un incidente para tal efecto.”

solución al problema y, por el contrario, dichas solicitudes habían sido siempre respondidas con excusas de toda índole⁴². La Corte asume entonces un papel especialmente receptivo de las cuestiones planteadas y logra formularse un verdadero caso de "litigio estructural"⁴³. Al plantearse las cuestiones "jurídicas" que deben ser resultas en el presente caso, la Corte adelantó en el primer punto, la dimensión de la decisión que estaba asumiendo:

"1. ¿Procede la acción de tutela para examinar las acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada para determinar si problemas en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de la respectiva política estatal contribuyen de manera constitucionalmente relevante a la violación de sus derechos constitucionales fundamentales?"

En la decisión la Corte que contiene 23 puntos en su parte resolutiva, dispone en primer lugar: "PRIMERO.– DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado."

La sentencia, que ha merecido estudios y comentarios no siempre elogiosos por la doctrina comparada, ha sido también calificada como, "el intento judicial latinoamericano más ex-

⁴² Cfr. El resumen en los 10 puntos resumidos por la propia Corte, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/r-025-04.htm>

⁴³ La comprensión de este tipo de litigio tiene que ver con la dimensión estructural de los reclamos planteados ante la jurisdicción, de los actores y de la forma en que suele presentarse los remedios de tutela. Sobre este enfoque del litigio puede verse: Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007; especialmente el capítulo II."Los fundamentos políticos y sociales de la adjudicación".

plícito y sistemático por asegurar la implementación de una macrosentencia.” Conforme se lee en uno de los estudios más completos sobre el impacto para la propia teoría constitucional de esta sentencia, “durante el periodo de seis años (enero de 2004 a enero de 2010), la Corte Constitucional mantuvo jurisdicción sobre el caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, a través de 84 decisiones de seguimiento (autos) y 14 audiencias públicas de discusión, que hicieron balances del trabajo del Gobierno, y ha dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada”⁴⁴.

El espacio que abre una sentencia como esta en la etapa de ejecución, ha sido destacado como favorable a la activación de un debate deliberativo que promueve la participación de la propia política y de los grupos activistas de derechos humanos, en la agenda pública a favor de la eficacia de los derechos. La actuación de la Corte en la etapa de supervisión abarca tres ámbitos que van desde, i) *La creación de un plan de acción* para superar el estado de cosas inconstitucional, ante la ausencia de políticas públicas sobre el desplazamiento; ii) 2. *La realización de todos los esfuerzos posibles para conseguir el presupuesto requerido* a fin de atender a los desplazados, según el cálculo exigido al mismo Gobierno. Para el cumplimiento de esta orden se fijó un plazo de un año.iii). *La garantía del goce efectivo del contenido esencial de los derechos básicos de la población desplazada.* A saber, el derecho a la vida; el derecho a la dignidad y a la integridad personal; el derecho a la familia y la unidad familiar; el derecho a la subsistencia; el derecho a la salud básica; el derecho a la no discriminación; el derecho de los niños a la educación básica; el derecho a la asesoría para la estabilización económica y social; y el derecho a decidir libremente sobre el retorno al lugar de origen o la permanencia en el lugar de desplazamiento⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional. transformó el desplazamiento forzado en Colombia.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 14

⁴⁵ Rodríguez GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 58-59

El estudio mencionado da cuenta del efecto favorable del mecanismo de supervisión en la etapa de ejecución, al destacar que con la participación de la Corte se “ha empezado a delinear una ruta y ha acompañado al Gobierno en la delineación de esa ruta. Ese ha sido el aporte. No ha sido sólo “cumpla” y que el Gobierno verá qué hace, sino que también ha sido “cumpla pero creo que usted debería mirar estos parámetros para cumplir”. Eso no lo tiene ninguna sentencia”⁴⁶.

Este no es el lugar apropiado para profundizar sobre el análisis de todas las dimensiones de esta importante pieza del derecho constitucional contemporáneo. Aquí solo ha sido traído en forma de “muestra” sobre las dimensiones que puede alcanzar la efectividad de la tutela cuando hay imaginación y voluntad para asumir en serio la concreción de los derechos. El acompañamiento de la Corte a través de “recomendaciones” “lineamientos a seguir”, audiencias públicas con participación de los interesados, académicos, estudiantes de Derecho y público en general, da cuenta de una dimensión que no hemos explorado en nuestro contexto y que puede ayudarnos a reencausar los horizontes de la justicia constitucional de nuestros días.

3.2. Necesidad de incorporar mecanismos de “supervisión” en la ejecución de las sentencias del TC

Como se ha adelantado, en el caso peruano no existen previsiones normativas para la “supervisión” de las sentencias en fase de ejecución. La Constitución prevé que sea el Presidente de la República, quien se encargue de “cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales” (art. 118.9 de la Const.). Esta es, sin embargo, una formula que no ha brindado eficacia a las sentencias, aun cuando desde luego, puede y debe invocarse por los jueces de ejecución,

⁴⁶ Entrevista recogida por los autores citados supra (nota de pie n.º 40) con Viviana Ferro, subdirectora de atención a la población desplazada de Acción Social, 8 de enero de 2009.

llegada el extremo, incluso notificando al Presidente, cosa que no ha ocurrido hasta donde conocemos.

Por otro lado, el mecanismo de remisión al “juez de la demanda” tampoco ha asegurado de mejor manera las decisiones del TC que, en muchos casos, ha tenido que actuar mediante otros mecanismos, algunos de ellos construidos jurisprudencialmente, para lograr compelir al cumplimiento de sus decisiones⁴⁷. En esta dirección puede establecerse que la “supervisión” se ha ido poco a poco implementando a través de la práctica de la jurisprudencia.

Esto puede considerarse un paso más, aun cuando el Auto proviene —en este caso— de un proceso de inconstitucionalidad, pero debe rescatarse que el Tribunal ya ha establecido de manera meridiana, el concepto base para otras intervenciones en etapa de ejecución. Me refiero a la idea de que el Tribunal “mantiene sus plenos poderes jurisdiccionales” hasta cuando la decisión contenida en una sentencia haya sido cumplido satisfactoriamente. Esa fue la consideración del Tribunal en el Auto de Ejecución, Exp. 0023-2007-AI/TC que ya hemos aludido *supra*.

Podría argumentarse que dicha actuación resulta comprensible en procesos en los que el Tribunal actúa como jurisdicción exclusiva y excluyente respecto del Poder Judicial. No obstante, el argumento de base no es éste, sino en todo caso, la calidad de órgano jurisdiccional obligado a brindar tutela efectiva que recae también en el Tribunal Constitucional en forma especialmente comprometida en el caso de la protección de los derechos.

Pero quizá la puerta de entrada “legal” tanto para habilitar mecanismos de “supervisión” como también para abrir espacios de debate y discusión en casos de gran impacto social o económico, lo constituye el propio artículo 59º del Código Procesal Constitucional que establece que, “el Juez (...) mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el

⁴⁷ Este es el caso del Recurso de Agravio para facilitar la ejecución, establecido mediante Resolución N.º 0168-2007-Q/TC.

derecho”. Se refiere al Juez de Ejecución sin duda, pero ello no quita que el propio Tribunal en cuanto Juez de la máxima instancia constitucional pueda también verse orientado por esta disposición para acudir en auxilio o incluso, para “rectificar” las desviaciones en fase de ejecución.

La “supervisión” también podría reivindicar otro aspecto especialmente relevante de la tutela jurisdiccional. La necesidad de que sea el máximo Tribunal que emitió la orden o mandato quien pueda otorgar satisfacción del cumplimiento “en sus propios términos” a decisiones que no siempre recogen reglas imperativas, que deban siempre acogerse en términos de “todo o nada”. También las órdenes de ejecución, especialmente en situaciones o procesos complejos, pueden requerir el elemento *sine qua non* de toda actuación jurisdiccional: me estoy refiriendo a la idea implícita en el ejercicio del poder jurisdiccional, el mandato de que las órdenes siempre deben contener un mandato razonable, en sentido de posible de realizar en un determinado contexto.

Desde luego, hay que agregar en seguida que no creemos que en todos los casos deba abrirse un expedientillo de “supervisión de sentencias”, situación que por lo demás podría complicar las funciones ya recargadas del actual Tribunal. Esto debe estar dispuesto para los casos complejos, aquellos que, por ejemplo, recogen en la parte dispositiva el dictado de una declaración de “estado de cosas inconstitucional”. Igualmente, decisiones sobre la afectación de derechos sociales o la actuación de la administración para regularizar situaciones que vienen estructuralmente orientadas a causar lesiones “estructurales” a los derechos. Casi siempre en decisiones que tienen impacto sobre un grupo amplio de la población, la supervisión e incluso las audiencias de ejecución, parecen una práctica recomendable.

Algunos ejemplos muestran de manera palmaria esta necesidad. El caso FONAVI es un ejemplo en el que la decisión genera dificultades de orden fáctico en la ejecución. En la sentencias 1078-2007-AA/TC y 3283-2007-AA/TC, el TC declaró que las aportaciones dadas por los ciudadanos para que

se satisfaga la necesidad de vivienda de forma progresiva no tenían carácter tributario, por lo que su devolución podía someterse a referéndum. Esto pese a que en decisiones anteriores, el TC le había reconocido el carácter de tributo destinado a fines predeterminados, lo que significaba que la transferencia de activos y pasivos de FONAVI debía pasar al Fondo Mi Vivienda y no al Ministerio de Economía, pues la acción recaudatoria se convertiría en confiscatoria (Sentencia 001-1999-AI/TC. Esta sentencia fue citada en el voto singular de los magistrados Landa y Mesía).

La consecuencia de estas sentencias fue que el JNE admitiera el pedido de referéndum, que éste se lleve a cabo y que gane el sí para la devolución⁴⁸. Esto ponía al Ejecutivo en el centro de un problema financiero: cómo presupuestar el pago de esta deuda interna con los ciudadanos. Si bien no se había logrado satisfacer la necesidad de vivienda en la ciudadanía, el Ejecutivo había emprendido acciones destinadas a ello, como el Fondo Mi Vivienda. De ahí que la devolución en montos dinerarios resultara ajena al reconocimiento de esta realidad.

Frente a este problema, la solución la planteó el propio TC. A través de “precisiones que el Congreso y el Ejecutivo podrían tomar en cuenta”, propuso una ejecución razonable de los efectos de su decisión previa. Lo que algunos consideraron como un “retroceso” resultó ser la respuesta que daba sentido a la vulnerable línea de razonamiento inicial trazada por el TC. En la resolución 5180-2007-AA (f. 8.a), el TC señaló que no era inconstitucional que la devolución pueda operar mediante bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes. Además, se precisó que el FONAVI no se consideró como un aporte a un fondo individual, por lo que “los mecanismos de la devolución pueden tener un carácter colectivo” (f. 8.b).

⁴⁸ Cfr. SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, “La ejecución de las sentencias de los jueces constitucionales. A propósito de la sentencia del TC respecto al referéndum sobre el Fonavi”, en *Gaceta Constitucional*, número 2, Lima, 2008, p. 73 y ss.

Al aprobarse la Ley por referéndum, esta fue cuestionada en su constitucionalidad, por considerarse que ésta preveía una devolución individual, por no seguir los procedimientos para la aprobación de leyes presupuestarias y por prever un gasto público no sería proporcional. El TC confirmó la constitucionalidad de la ley, interpretándola en el sentido de la devolución de los aportes de los empleadores y del Estado “se destinarán a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la necesidad básica de vivienda” (Sentencia 0007-2012-AI/TC).

Se observa entonces que una primera respuesta razonable puede encontrarse en las pautas dadas por el TC en la resolución N.º 5180-2007-AA/TC, para finalmente aterrizarlas y atenuarlas en la sentencia 0007-2012-AI/TC. La razonabilidad en este caso se manifiesta en la comprensión de los bienes constitucionales en juego y las posibilidades fácticas de lograr su máxima satisfacción. Desde luego, esta manera de proceder no está exenta de críticas en la medida que el Tribunal pudo prever estos inconvenientes. Rescate aquí, en cualquier caso, la forma de actuación en etapa de ejecución mediante mecanismos diversos no siempre reglados. Casos como este, debieran sin embargo ser seguidos con más atención, también por la ciudadanía, lo que se facilitaría si el TC incorporara la práctica de las “audiencias” en la etapa de ejecución de sus fallos.

Otro caso que muestra en toda su dimensión la problemática de la ejecución de las decisiones del TC y la necesidad de una actuación “razonable”, lo constituye las decisiones de ejecución que el Tribunal ha tenido que adoptar en el caso de los nombramientos de dos Fiscales Supremos por parte del Consejo Nacional de la Magistratura⁴⁹.

⁴⁹ Cfr. Exp. N.º 01044-2013-PA/TC. Recurso de Agravio por salto declarado Fundado a favor de Mateo Grimaldo Castañeda Segovia. La parte dispositiva ordena que el CNM, “Reponiéndose las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos invocados, y en aplicación del artículo 59º del Código Procesal Constitucional, ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi, a aquel que

El caso Castañeda Segovia muestra que incluso las decisiones del máximo intérprete de la Constitución también requieren de razonabilidad para su ejecución. El aspirante a fiscal supremo ya había obtenido sentencias constitucionales que declaraban que el CNM había vulnerado sus derechos a la debida motivación de resoluciones, así como su derecho de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia. Debido a que el juez de ejecución no concretó la sentencia del TC *en sus propios términos*, el recurrente interpone una apelación por salto, para exigir se respete su derecho a la ejecución de sentencias. Este caso muestra el problema de coordinación con el juez de ejecución y la necesidad de “acompañamiento” más cercano para no ver desvirtuadas sus decisiones. En uno de los tramos del proceso de Ejecución el Juez del Quinto Juzgado, incluso había dispuesto que en el caso se habría ya producido un daño irreparable, en la medida que el CNM, mientras se tramitaba la ejecución de la sentencia, había cubierto la plaza en disputa, tras asumir la imposibilidad jurídica y fáctica del mandato dispuesto por el Tribunal Constitucional.

La sentencia (sic) 791-2014-PA/TC se emitió con ocasión de la segunda apelación por salto presentada por Castañeda Segovia. Considerando que, frente a la reiterada renuencia del CNM de nombrar al recurrente como fiscal supremo, se requería una reparación “adecuada y suficiente” en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estimó que ésta sería el ordenar su nombramiento. De esta forma, invocando un artículo del Código Procesal Constitucional que confiere al juez de ejecución la posibilidad de emitir, “una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia” (art. 59 del CPCConst.); el TC contravino un mandato constitucional explícito: El artículo 150 de la Constitución que señala que “El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la se-

corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.”

lección y el nombramiento de los jueces y fiscales”, precisando además, en el artículo 154º que para dichos nombramientos se “requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.”

La irrazonabilidad constitucional de esta decisión “ampliatoria”, radica por ello en que se ha invertido el principio de interpretación de conformidad con la Constitución para convertirlo en un principio de “interpretación de la Constitución de conformidad con la Ley”. Parece meridiano que el enunciado del artículo 159º del CPConst., no se puede invocar para “ejecutar” una orden que contraviene una competencia que la Constitución reserva de forma expresa a otro órgano constitucional autónomo de la misma relevancia que el Tribunal Constitucional en el marco de sus competencias. Una teoría leal al modelo constitucional, aconsejaría asumir un control constitucional residual respecto de órganos que cuentan con una reserva constitucional de esta naturaleza. Así lo exige no sólo el principio de corrección funcional, tantas veces invocado por la propia jurisprudencia constitucional, sino también el principio de razonabilidad que exige que las órdenes de los poderes públicos sean posibles desde un punto de vista fáctico o jurídico: El tribunal no puede convertir por mandato de razonabilidad fáctica, el día en noche, como tampoco podríamos admitir que una ley autorice al tribunal dejar sin contenido una norma constitucional (esto sería un claro imposible jurídico para las órdenes de un Tribunal)⁵⁰.

IV. IDEAS FINALES: RAZONABILIDAD Y JURISDICCIÓN

Ahora estamos en condición de dejar, al menos anotado de manera muy preliminar, algunas ideas sobre las distancias que hay que superar para encarar con éxito la problemática de

⁵⁰ Como se lee en un bello pasaje de *El principito* de Antoine Saint Exupéry “Debe exigirse de cada uno lo que cada uno puede dar — prosiguió el rey. — La autoridad se fundamenta en primer lugar en la razón. Si ordenas a tu pueblo que se tire al mar, hará la revolución. Yo tengo el derecho de exigir obediencia porque mis órdenes son razonables.” Cap. X.

la ejecución de las sentencias constitucionales, especialmente, cuando de sus fallos no se desprenden órdenes perentorias sino decisiones de amplio calado como ocurre con algunos de los casos propuestos.

Para estos casos parece recomendable no solo una buena dosis de imaginación a la hora de implementar su concreción, sino además, la necesidad de mantener la competencia jurisdiccional hasta cuando la decisión se haya concretado en los términos que el Tribunal encuentro cumplido el mandato. Por otro lado, parece aconsejable, en estos casos, mantener también el mandato de “razonabilidad”, asumiendo que las decisiones emitidas puedan sufrir el impacto de las “circunstancias” del contexto durante el proceso de su ejecución.

La razonabilidad no es un concepto pacífico. Para muchos autores, ahí donde se habla de “decisiones razonables”, se abre una caja de pandora que deja en manos de los hombres lo que debiera ser resuelto por las leyes. No obstante, los casos muestran que en muchas ocasiones invocando “reglas claras e indubitables”, los jueces renuncian a sus compromisos básicos con la justicia y la tutela efectiva de los derechos. Si se tratara de presentar los dos extremos dañinos de esta extrapolación, tan irrazonable resultaría que los jueces renuncien a sus responsabilidades públicas invocando las letras de la ley o la “claridad de las órdenes”, como también que invocando la propia “razonabilidad” se intente legitimar cualquier manipulación para presentarlo con un mando de juridicidad y de justicia ad-hoc. Pareciera que la medida de la razonabilidad es, aunque parezca circular, la propia razonabilidad.

Razonabilidad y jurisdicción, son en este sentido, un par conceptual que se articulan y van juntos. La razonabilidad es el mandato abierto del Estado Constitucional que vincula especialmente a un “Tribunal de las posibilidades” en la bella expresión de Häberle⁵¹. En tal sentido, el Tribunal no “ejecuta” las cláusulas de la Constitución, más bien construye soluciones

⁵¹ Cfr. HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix Fierro. México: UNAM, 2003.

a partir de que los actores de los procesos reivindican dichas cláusulas enormemente indeterminadas o incluso, abiertas al futuro. La razonabilidad es entonces solo una de las tantas consecuencias de haber establecido un conjunto de principios como pautas de Derecho que se coloca en el vértice del sistema de fuentes.

Como ha escrito Ángel Carrasco⁵², “este principio de apertura (a través de los principios y valores) exige del juez constitucional una «vinculación a la razonabilidad» (*Zwang zur Rationalität*), como garantía de un proceso democrático estable”. La comprensión de las decisiones razonables en el derecho, muestran que se pueden hacer juicios externos respecto de las decisiones jurídicas y, por otro lado, muestra también que el marco de actuación último incluye variables como el de la aceptabilidad, permitiendo de este modo, conectar las razones constitucionales con el “sentido común” de una determinada comunidad, en cualquier caso se trata de un límite último.

Manuel Atienza ha destacado que el marco de los juicios de racionalidad jurídica, pueden tener en la razonabilidad un último parámetro de validación, en la medida que las decisiones razonables deben asumirse como racionales, mientras no ocurre lo mismo con las decisiones racionales, que podrían llegar a ser no razonables⁵³. Esto muestra, que pueden ocurrir algunos casos que en etapa de ejecución de la sentencia se siguen “lógicamente” de mandatos incluso claros de las decisiones, pero que analizados en los contextos en los que deben concretarse resultan imposibles o contraproducentes o absolutamente insatisfactorios.

Pienso en el caso de una decisión que ordena la reposición de un trabajador un día “X”, pero que al siguiente día de notificado el mandato, un terremoto destruye por completo la fábrica en la que laboraba llevando a la quiebra absoluta a la empresa.

⁵² Cfr. CARRASCO PERERA, Angel “El ‘Juicio de razonabilidad’ en la justicia Constitucional”. En REDC, año 4, número 11, Madrid, 1984.

⁵³ Cfr. ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de ‘razonable’”. En Doxa, número 4, 1987, p. 193.

O el caso en el que las órdenes establecidas para garantizar los derechos que han sido protegidos por la sentencia, tengan un formato parecido a los que hemos reseñado en este trabajo. Para estos casos, la razonabilidad puede convertirse en el marco de referencia último para que las decisiones se mantengan como “mandatos vivientes” que pueden ser supervisados en su cumplimiento por el propio Tribunal Constitucional.

La idea de la razonabilidad, por lo demás, no ha estado ausente en la regulación del Derecho Procesal Constitucional. La reciente Ley de Amparo Mexicana (abril de 2013) prevé, en cierta medida, la “ejecución razonable” de las sentencias. Al establecer al menos con relación al plazo de ejecución, la posibilidad de que, “*El órgano judicial de amparo, al hacer los requerimientos, podrá ampliar el plazo de cumplimiento tomando en cuenta su complejidad o dificultad debiendo fijar un plazo razonable y estrictamente determinado. Asimismo, en casos urgentes y de notorio perjuicio para el quejoso, ordenará el cumplimiento inmediato por los medios oficiales de que disponga.*”⁵⁴

A lo largo de este trabajo, he tratado de poner de manifiesto, alguno de los problemas para la eficacia de los derechos fundamentales en el marco de la ejecución de las sentencias constitucionales. Pensar la sentencia en “sus propios términos” o como “mandato concreto” que se debe cumplir en los dos días posteriores a la notificación, (art. 59º del CPConst.), nos muestra la imagen de un mundo que no se ajusta a lo que ocurre en la realidad. Esta disposición copiada de manera literal de la Ley Orgánica del Tribunal Español⁵⁵ nos muestra, por otro lado, que los autores del Código Procesal Constitucional no se han orientado por el contexto y las realidades circundantes en este punto.

⁵⁴ Art. 92 de la Nueva Ley de Amparo de abril de 2013.

⁵⁵ Ley Orgánica 2/1979, **Artículo noventa y tres:** Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas.

Más apropiado resulta pensar la tutela desde la perspectiva de los fines. En este sentido, los procesos de protección de derechos tienen como finalidad, “proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.”

Pensar la tutela de los derechos desde una perspectiva de los fines, permite al propio tiempo, instrumentalizar los mecanismos de protección a través de los procesos constitucionales, lo que desde luego alcanza la etapa de ejecución. En un escenario tal, el principio de razonabilidad, permite orientar los resultados que se obtiene relacionándolos con las finalidades y las posibilidades de su realización. Visto así, debe también permitirnos que las órdenes, cuando no son razonables al momento de su ejecución, encuentren una vía excepcional que impida que el Tribunal ponga en riesgo su propia legitimidad insistiendo con decisiones que pueden resultar “imposibles” de cumplir jurídica o fácticamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert

2003 “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En: CARBONELL, Miguel (Editor). Neoconstitucionalismo(s), Traducción de Alfonso García Figueroa. Madrid: Editorial Trotta.

ARBOS, Xavier

1995 “De Wechsler a Bickel. Un Episodio de la doctrina constitucional norteamericana”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 15, número 44, pp. 263-298.

ATIENZA, Manuel

1987 “Para una razonable definición de «razonable»”. *Doxa*. Alicante, número 4, pp. 189-200. ISSN 0214-8876.

AYARRAGARAY, Carlos

1943 Introducción a la ejecución de sentencia. Buenos Aires: Librería Jurídica, V. Abeledo.

BAGNI, Silvia.

2006 “«Modelos» de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación”. Traducción de Pedro Grández. *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Lima, año 1, número 2, pp. 201-222.

BLASCO SOTO, M. del Carmen

2004 “Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 14, número 41, pp. 35-62.

CARRASCO PERERA, Ángel

1984 “El «Juicio de razonabilidad» en la justicia Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 4, número 11, pp. 39-106.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2007 “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional, número 4. Lima: Palestre Editores.

COUTURE, Eduardo

2002 Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4^a edición. Buenos Aires: Editorial B de F.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón

1981 Curso de Derecho administrativo. Segunda edición, Tomo II. Madrid: Editorial Civitas.

Fiss, Owen

2007 El derecho como razón pública. Madrid: Marcial Pons.

HÄBERLE, Peter

2004 “El Derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En: *Nueve Ensayos y una lección jubilar*. Lima: Palestre Editores.

2003 El Estado Constitucional, traducción de Héctor Fix Fierro. México: UNAM.

LANDA ARROYO, Cesar

2006 “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. *Justi-*

- cia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Lima, número 4, pp. 63-96.
- MARINONI, Luiz G.
- 2007 Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Traducción de Aldo Zela. Lima: Palestra Editores.
- MONROY GÁLVEZ, Juan
- 2008 "La Teoría del proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional Peruano. Sobre la presunta «Autonomía Procesal Constitucional»". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, número 12, pp. 145-189.
- MONROY PALACIOS, Juan José
- 2004 La tutela procesal de los derechos. Serie Derechos y Garantías, número 10. Lima: Palestra Editores.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana
- 2010 Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- RUIZ MIGUEL, Carlos.
- 1997 La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Tecnos.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia
- 2009 "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH". En GARCÍA ROCA, Francisco y FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pablo (Coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SATTA, S.
- 1932 "Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata". *Riv. Di Diritto Proc. Civ.* Vol. 9º, parte Primera.
- SALCEDO CUADROS, Carlo Magno
- 2008 "La ejecución de las sentencias de los jueces constitucionales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al referéndum sobre el Fonavi". *Gaceta Constitucional*. Lima, número 4, pp. 101-107.
- SPADARO, A.
- 2005 "Las motivaciones de las sentencias de la Corte como "técnica" de creación de normas constitucionales". Trad. de Federico Valle. *Nomos*. México, número 3/1993.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés

2003 “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. Estudios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Santiago de Chile, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 203-228.



La autodeterminación del Tribunal en la admisión del Recurso de Agravio: anotaciones a un precedente

Sumario: I. Introducción: precedentes de un Precedente.— II. El contexto: sobre la necesidad de “repositionar” Tribunal Constitucional.— III. El rol del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos a través del recurso de agravio. III.1. ¿Qué se califica? Demanda o Recurso: Un posible espacio para el reparto de funciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. III.2. Los términos de la auto-regulación del Tribunal.— IV. Ideas Finales.— Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: PRECEDENTES DE UN PRECEDENTE

Entre los años 2005 y 2006 el Tribunal Constitucional (TC) llegó al pico más alto de su historia en la admisión de causas, pasando los 10 mil expedientes ingresados por año¹. Ante tal panorama que estaba colapsando sus posibilidades de actuación, el Pleno del Tribunal, mediante un precedente vinculante al que nos referiremos en seguida, llamó la atención sobre la necesidad de buscar mecanismos para frenar el acceso de recursos intrascendentes o irrelevantes al Tribunal.

“El Tribunal Constitucional, ante la situación de tensión —según manifestó—, entre una protección óptima de los

¹ Cfr. Estadísticas producidas por el propio Tribunal Constitucional, accesible en: http://www.tc.gob.pe/tc_estadisticas_gen.php

derechos fundamentales y una permanente sobrecarga de trabajo, requiere de una reorganización funcional en la prestación del servicio de justicia constitucional, de manera que ésta sea lo más efectiva posible y que cumpla, a su vez, con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la justicia”².

Como salida inmediata al problema propuso:

“...que una de las Salas que lo integran se encargue de revisar y determinar la procedencia de los RAC interpuestos. Los magistrados del TC constituidos en Sala o Pleno revisarán los recursos respecto de los cuales exista duda, discordancia o impliquen un caso difícil, así como los casos que merezcan un pronunciamiento sobre el fondo, y aquellos recursos que fundamenten fáctica y jurídicamente la necesidad de una variación del precedente vinculante vigente. Las Salas o el Pleno resolverán, en consecuencia, solamente aquellos recursos que hayan pasado por este nuevo filtro de procedencia.”³

La propuesta así formulada, llevó como conclusión al Tribunal a establecer en calidad de precedente vinculante que en lo sucesivo,

“Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC”⁴.

En los años siguientes, si bien la jurisprudencia del TC no ha dejado de ocuparse del RAC, el derrotero de la jurisprudencia muestra algunas contradicciones, en la medida que, mientras con el precedente sentado en el caso Sánchez Lagomarcino, la señal que se daba era de alarma y preocupación respecto de la necesidad de restringir el acceso, al contrario, algunas decisio-

² Precedente vinculante Exp. N.º 2877-2005-HC/TC, Fundamento 25.

³ *Ibid.*

⁴ Fundamento 31 de la sentencia citada en el pie de página anterior. Este fundamento será luego recogido en una reforma al Artículo 11 del Reglamento normativo del Tribunal Constitucional.

nes posteriores proyectaban más bien un interés por expandir el control del Tribunal, incluso más allá de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en sentido del artículo 202.2 de la Constitución⁵, permitiendo, aunque en forma excepcional, recursos de agravio también respecto de decisiones estimatorias del Poder Judicial⁶.

El panorama respecto de la carga procesal, al menos a juzgar por las estadísticas del propio Tribunal hacia el cierre de 2014, distan de las cifras que preocupaban al Tribunal en el año 2006⁷. No obstante, la carga abultada de expedientes sigue siendo parte de la agenda de prioridades en un escenario de renovación de las expectativas ciudadanas respecto de la nueva composición del Tribunal. De ahí que una de las primeras decisiones del renovado Tribunal ha sido, precisamente, recordar la vigencia del anterior precedente en el caso Sánchez Lagomarcino, insistiendo en la necesidad de su observancia vinculante e incorporando lo que constituye, desde nuestro punto de vista, una nueva categoría para el derecho procesal constitucional nacional a la hora de delimitar el futuro del Recurso de Agravio Constitucional: nos estamos refiriendo a la exigencia, para el recurrente, de argumentar sobre la Especial Relevancia Constitucional (ERC) que alberga el recurso en cuestión.

⁵ Debe recordarse en este punto, que en el diseño constitucional, el Recurso de Agravio en los procesos de tutela de los derechos fundamentales solo está previsto respecto de “las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

⁶ Sobre la Evolución jurisprudencial del Recurso de Agravio véase: ABAD, Samuel. “El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional. Un balance necesario: diez años después”. En: *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional* Nº 9, Lima, Palestra 2014.

⁷ Aunque la carga procesal se ha mantenido por sobre los 6 mil expedientes pendientes de resolver, el ingreso de expedientes en el año 2014 es similar a la carga (6,143 al 30/11) lo que supone en promedio, un año de retraso en la atención de causas, sin duda una cifra menos dramática a la que presentaba el año 2006.

El caso elegido para emitir este nuevo precedente ha sido uno de los tantos que llegan hasta la máxima instancia, alegando para ello los derechos al debido proceso, el derecho de defensa o la falta de motivación sin mayor sustento que avale estas afirmaciones⁸. De este modo, si bien también en el caso que nos ocupa, bien pudo haberse rechazado el recurso aplicando uno de los supuestos establecidos en el precedente del año 2006, esto es, por tratarse de un recurso “manifestamente infundado” o como se recogía con más precisión en el Reglamento normativo, debido a que “el objeto del recurso, o de la demanda, es manifestamente infundado, por ser fútil o inconsistente”; sin embargo, el Tribunal, aun cuando recordando al olvidado precedente establecido en el caso Sánchez Lagomarcino, ha preferido renovar el debate en torno a la necesidad de limitar el Recurso de agravio.

Las notas que siguen se centran, fundamentalmente, en la naturaleza de este precedente⁹. Estamos aquí ante un precedente que si bien está pensado para orientar el uso debido de los procesos constitucionales, el destinatario principal no sería, en principio, la judicatura del Poder Judicial como ocurre con los precedentes verticales, sino que estamos ante un auto-precedente, esto es, un conjunto de reglas que deben

⁸ Conforme al resumen elaborado por el propio Tribunal: “La actora manifiesta que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N.º 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Agrega, asimismo, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercera preferente de pago, que es de naturaleza civil, lo “transformó” en constitucional y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Añade, por último, que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Expediente N.º 1460-2006” (Exp. N.º 00987-2014-PA/TC). Entre los fundamentos 28 al 38 de la sentencia, el Tribunal concluye que los argumentos de la demanda no tienen ningún sustento, refutando cada uno de sus argumentos.

⁹ STC 00897-2014-PA/TC, caso Francisca Vasquez Romero.

asumirse como vinculantes para el propio Tribunal¹⁰. En segundo lugar, mis comentarios se dirigen al debate que genera este conjunto de reglas en cuanto reglas que limitan el uso de los mecanismos de acceso a la justicia constitucional. La cuestión que debe responderse aquí es si el Tribunal tiene competencia para restringir o regular el acceso por parte de los justiciables. Finalmente en un tercer apartado espero analizar cada una de las reglas establecidas en el caso Vásquez Romero. Como preámbulo conviene empezar por el contexto de renovación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

II. EL CONTEXTO: SOBRE LA NECESIDAD DE “REPOSICIONAR” AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Derecho no se entiende alejado de sus contextos y sus complejas funciones. El contexto es para el Derecho como el agua para el pez, su estudio alejado del contexto mata al Derecho, lo vuelve inerte e inexpresivo de las funciones complejas a que está llamado a cumplir. En la medida que el Derecho tiene funciones “relacionadas con la superación de dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias de la vida humana”, no se puede pretender que el Derecho ordene cosas que no son posibles de lograr en un determinado contexto. La escasez de recursos o su distribución distorsionada o asimétrica, constituyen sin duda un aspecto que debe merecer la total atención del derecho a la hora de regular la actividad humana¹¹. Por otro lado, el contexto también ayuda a comprender la interacción de las instituciones con la cultura en general. El Derecho es en este sentido un producto de la cultura y la cultura es siempre una referencia contextual en la medida de que no es posible

¹⁰ Ello no quita desde luego, como también argumentaremos más adelante, que estas reglas puedan y deban convertirse en un conjunto de reglas para la admisión y rechazo de los Recursos de Agravios por parte de las Salas del Poder Judicial que actúa en segunda instancia en los Procesos Constitucionales.

¹¹ Cfr. NINO, Carlos S. “El contexto del Derecho”. En: *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, Primera edición, 1983, p. 2

hacer abstracción de ella sin antes referirse al tiempo, el lugar, la historia y las tradiciones.

Esta breve introducción general no puede ser desarrollada aquí con más argumentos. Nos debe servir tan solo para llamar la atención sobre el contexto de desarrollo incipiente y tardío de la justicia constitucional en nuestro país. La experiencia reciente muestra que pese a que el Tribunal Constitucional puede contribuir de manera notable, como lo hizo en la transición democrática, al desarrollo y fortalecimiento de las instituciones y la concreción y defensa de los derechos humanos, también puede ser desviada de sus fines, copada políticamente o incluso tocada por la terrible lacra de la corrupción¹². Por tanto, el Tribunal Constitucional no puede ni debe ser idealizado y, más bien conviene, respecto de sus decisiones, asumir un razonable punto de vista externo, sin renunciar a la crítica de sus fallos en la sana comprensión de que es la mejor manera en que la Academia puede contribuir con las relevantes funciones que la Constitución le encomienda, pero además, sin renunciar al ejercicio de un derecho constitucional como es el de formular crítica y análisis de las resoluciones judiciales¹³.

PALESTRA

¹² Según una nota periodística aparecida en el diario “La República” el 17 de octubre de 2014, un colaborador eficaz signado con el N.º 14-2014 en el marco de un proceso judicial de corrupción que involucran al Ex Alcalde la ciudad de Chiclayo, habría declarado a la fiscalía que el aludido alcalde “Torres pagó 160 mil dólares a dos magistrados del TC para que resuelvan a su favor. Cada uno de estos, hoy ex magistrados, habría recibido 80 mil dólares en efectivo, reveló el titular de la 3^a Fiscalía Penal Corporativa de Chiclayo, Lucio Zapata.” La nota precisa además, “Aunque el fiscal no dio mayores detalles, La República pudo conocer que el colaborador señaló a Carlos Mesía y Gerardo Eto como los magistrados que habrían recibido el pago.” Cfr. Diario “La República” edición del día 17/10/2014, puede consultarse en línea: <http://www.larepublica.pe/17-10-2014/acusan-a-dos-magistrados-del-tc-de-recibir-dinero-de-torres> (consultado el 12 de marzo de 2015).

¹³ Conforme al artículo 139 de la Constitución, son “principios y derechos de la función jurisdiccional: inciso 20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.”

Pues bien, en el caso del Tribunal Constitucional, el desprestigio al que condujo sus controversiales decisiones en el último período¹⁴, llevó a acelerar la designación de nuevos integrantes por parte del Congreso, designación que tampoco ha estado exenta de episodios que ponían constantemente en tela de juicio la forma de designación y la propia legitimidad del Parlamento para tan trascendental tarea¹⁵. En efecto, como se recuerda, luego de un largo período de espera, el Congreso de la República con una activa vigilancia ciudadana¹⁶, pocas veces visto en los últimos tiempos, tuvo que deponer su inicial actitud que fuera calificada como “repartija”, por el nivel de

¹⁴ Un balance de las sentencias más controvertidas del anterior Tribunal que cubre el periodo 2007-2012 puede verse en: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis, “Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012”, disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf (revisión del 16 de febrero de 2015)

¹⁵ He analizado los cambios a la legislación de magistrados planteando la necesidad de volver a revisar el modelo de selección en: Grández Castro Pedro, “Repensar la estructura orgánica del Tribunal Constitucional” en: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, PUCP, volumen 5, número 1, 2014.
Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocесal/article/view/79-118> (revisión del 16 de febrero de 2015)

¹⁶ Convocados a través de redes sociales, los manifestantes tomaron las principales plazas y calles no solo en la capital de la república. La tarde del 22 de julio de 2013 los medios daban cuenta que en la Plaza San Martín habían más de 10 mil manifestantes que se habían autoconvocado pidiendo la anulación de las designaciones que se habían concretado mediante Resolución N.º 004-2012-2013-CR publicado el día 18 de julio y que designaba a Francisco Eguiguren, Cayo Galindo, Víctor Mayorga, Rolando Sousa, José Luis Sardón y Ernesto Blume como magistrados del Tribunal Constitucional. Luego de las protestas a nivel nacional, mediante una lacónica Resolución N.º 006-2012-2013-CR publicada el día 25 de julio, el Congreso dejó sin efecto esta designación que estaba a punto de convertir en magistrado del máximo Tribunal Jurisdiccional encargado del control de constitucionalidad y la defensa de los derechos humanos en última instancia nacional, a uno de los abogados del Estudio que patrocinó a Alberto Fujimori frente a los cargos de corrupción y violaciones a los derechos humanos por los que fue finalmente condenado.

politización que suponía los acuerdos de los voceros políticos a los que finalmente correspondió la designación ante el Pleno¹⁷.

Las primeras decisiones del Tribunal reconformado, han dado señales de su independencia y su preocupación por saldar los excesos del pasado y restablecer su prestigio social. De hecho, resulta especialmente simbólico el que su primera decisión haya sido una que rectifica de modo directo uno de los excesos más cuestionables de la anterior composición que, desbordando las funciones propias de control constitucional, ingresaba claramente en las competencias que corresponden al Consejo Nacional de la Magistratura¹⁸.

El primer precedente que motiva estas breves anotaciones, puede también por ello ser analizado en un contexto de reposicionamiento del Tribunal por asumir en serio el papel que le corresponde, esto es, garantizar el orden constitucional y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, principalmente a través de su jurisprudencia y sus precedentes. Como lo ha sugerido una de sus integrantes, no se trataría tanto de combatir la carga procesal, que es lo primero que salta a la vista como estrategia de cualquier tribunal que intenta poner filtros al acceso; sino más bien de “repositorio al Tribunal en la tutela de los derechos”¹⁹. Es este el horizonte que no

¹⁷ Esto, gracias a una modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permitía la “invitación” de candidatos restringiendo de este modo la convocatoria abierta y pública. En: GRÁNDEZ, P. *Op. cit.*

¹⁸ Mediante resolución (Auto) que está fechado 15 de julio de 2014, el nuevo Pleno del TC ha decidido por unanimidad, declarar fundado un recurso de “nulidad” entendido como “recurso de reposición” y que fue presentado por el Procurador del Consejo Nacional de la Magistratura contra una denominada, “sentencia ampliatoria” que en etapa de ejecución ordenaba, “sustituyendo” en sus funciones a dicho órgano constitucional, que proceda a nombrar, “entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo”. Cfr. Exp. N.º 00791-2014-PA/TC Expediente del Proceso de amparo originario, Exp. N.º 01044-2013-PA/TC.

¹⁹ Cfr. Entrevista a Marianela Ledesma, Magistrada del Tribunal Constitucional en: *Actualidad Jurídica* N.º 250, Gaceta, Setiembre de 2014, p. 15.

debe perderse de vista, en la medida que el Tribunal basa su legitimidad en la protección de los derechos, incluso cuando ejerce su función de garante del orden constitucional en los procesos de control abstracto, al punto que hoy los derechos son la medida última de toda autoridad y, desde luego, también de la actuación del Tribunal.

III. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A TRAVÉS DEL RECURSO DE AGRAVIO

Qué duda cabe que, en cualquier lugar donde exista un Tribunal Constitucional, hoy en día, su misión más importante ya no es el de “legislador negativo” en la célebre expresión de su mentor, sino más bien el de un “tribunal ciudadano” en la gráfica expresión de Häberle²⁰. También entre nosotros el Tribunal, sobre todo a través del proceso de amparo, es una instancia de protección de derechos, la “última y definitiva” como se lee en el texto constitucional. El que la intervención del Tribunal se active a través de un recurso no ha sido óbice para pensar en su limitación y creo que, una adecuada delimitación debe contribuir a mejorar los estándares de protección del sistema en su conjunto.

En efecto, un adecuado reparto de competencias y funciones en el Estado Constitucional conduce en este punto, a interrogarnos sobre el rol que corresponde al Tribunal Constitucional para una mejor o hacer más efectiva la protección de los derechos. La Constitución es escueta, como casi en todo, también a la hora de configurar las funciones del Tribunal Constitucional con relación a la protección de los derechos. Conforme al artículo 202.2 corresponde al Tribunal Constitucional, “conocer en última y definitiva instancia las

²⁰ Cfr. HÄBERLE, P. *El Tribunal Constitucional como Tribunal ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*. Traducción de Joaquín Brage. México: Fundap, 2005.

resoluciones denegatorias...”²¹. La constitución ni siquiera ha definido si el conocimiento de las *decisiones denegatorias* deba realizarse a partir del grado de protección que amerite el caso concreto o, en todo caso, de cara a su función de “órgano supremo de interpretación” de la Constitución como se desprende del artículo 1º de su Ley Orgánica²². Es decir, no es lo mismo que el Tribunal asuma sus competencias como una instancia de mérito o revisión de las actuaciones judiciales o, que lo haga, como un tribunal de integración e interpretación constitucional del sistema de fuentes. En el primer caso tendríamos un tribunal de casos, en el segundo, nos aproximamos a la idea de un tribunal de precedentes no siempre compatible con la tradición del *civil law*²³.

En este sentido, la creación de reglas para la admisión o, mejor dicho, para una calificación sustantiva de admisión del Recurso de Agravio por parte del Tribunal, plantea el interrogante sobre la legitimidad de las mismas, en la medida que el Recurso, como es sabido, viene admitido por la segunda instancia del Poder Judicial²⁴. Se plantea así la cuestión de si el

²¹ Como nos recuerda el profesor Samuel Abad, esta fórmula estuvo también en la Constitución de 1979, aunque asimilando la actuación del TC con el recurso de Casación. En los últimos años y en el marco de lo que establece la Constitución de 1993, “el TC a través de su jurisprudencia ha ido precisando, desarrollando y *creando* una nueva forma de entender los alcances del RAC para definir en qué casos este debe ser viable. En varias ocasiones con una afán claramente tuitivo y, en otras, con la finalidad de utilizarlo para imponer su criterio sobre lo dispuesto por el Poder Judicial.” Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel, “¿Cuándo podemos acceder al Tribunal Constitucional?” en: *Gaceta Constitucional* Número 81, Set. de 2014, p. 25.

²² Artículo 1º.– El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. (...)

²³ Cfr. GALGANO, F. “*Il precedente giudiziario in civil law*”, in F. GALGANO (*a cura di*), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006.

²⁴ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Metamorfosis de un precedente discutible. La sentencia interlocutoria denegatoria”, en *Gaceta Constitucional* N° 94, octubre de 2015, p. 93 y ss.

Pleno del Tribunal cuenta con competencias procesales para limitar el contenido del RAC. Una respuesta afirmativa a esta cuestión, se encuentra en una posible interpretación de lo que subyace al artículo 2º de su propia Ley Orgánica²⁵ que de modo expreso parece delegar una amplia facultad reglamentaria “para su propio funcionamiento”. Desde luego, hay que asumir que se trata de una delegación reglamentaria para un “óptimo funcionamiento” lo que sin duda, supondría la posibilidad de regular de modo específico sus propias competencias en el marco de lo que establece tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional. Esta autonomía en la delimitación de sus competencias, es consustancial a un Tribunal que debe resolver cuestiones constitucionales, controlando incluso al legislador. Por tanto no se trata solo de una autonomía funcional reglamentaria sino también jurisprudencial²⁶.

Esta línea de razonamiento es el que, al parecer, condujo al Pleno del Tribunal Constitucional en el año 2006 a incorporar, primero en un precedente vinculante²⁷, y luego en su propio

²⁵ Artículo 2º.— Competencia: El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202º de la Constitución.

El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano.

²⁶ Al respecto, recomiendo revisar el texto del profesor César LANDA, “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina* Año II, N.º 4, julio — diciembre, Lima, 2006, pp. 63 y ss.

²⁷ En el precedente Sánchez Lagomarcino (STC 2877-2005-HC/TC) el Tribunal adelantaba este criterio que luego sería incorporado en el Reglamento Normativo: “...este Colegiado, en tanto órgano constitucional, posee una autonomía procesal que le permite tener libertad para configurar el proceso constitucional en aquellos aspectos que no hayan sido intencionalmente regulados por el legislador y que sean necesarios para la adecuada realización de las funciones que le han sido atribuidas por la Constitución y su Ley Orgánica.

En el presente caso, corresponde ir determinando cuáles son las condiciones de procedencia de los RAC, las cuales deben verse reflejadas en

Reglamento Normativo²⁸ un cambio de relevancia procesal y material con relación a la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional. Procesal por cuanto establece un requisito de admisión adicional al establecido en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional²⁹ en el seno del Tribunal Constitucio-

cambios en el Reglamento Normativo, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P/TC. Se implementarán las disposiciones que no vulneran los principios procesales generales que se desprenden de la Constitución, del CPCo y de su ley orgánica; y se procederá a regular la forma en que debe organizarse esta sede con la finalidad de llevar a cabo, de manera más efectiva, su función de control de la constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.” (Fundamento 22).

²⁸ Los cambios anunciados en el Precedente Sánchez Lagomarcino, fueron introducidos mediante Resolución Administrativa N.º 031-2006-P/TC, publicada el 02 de marzo del 2006, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 11º. – “El Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, mediante dos Salas integradas por tres Magistrados. La sentencia requiere tres votos conformes.

Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos, cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16º de la Ley N.º 28 301, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia, se llama a los Magistrados de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal. En tales supuestos, el llamado puede usar la grabación de la audiencia realizada o citar a las partes para un nuevo informe”.

²⁹ **Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional:** Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día si-

nal y, material, en la medida que introduce requisitos objetivos para rechazar de plano y mediante un auto de una de las Salas, un Recurso inicialmente admitido en sede judicial³⁰ pero que carece de contenido para ser sometido a análisis de fondo por parte del Tribunal.

De este modo, los requisitos procesales y materiales establecidos con calidad de precedente vinculante en el fundamento 31º, del caso Sánchez Lagomarcino³¹, fueron luego recogidos de manera explícita en el Reglamento normativo: el RAC sería rechazado mediante auto de una de las Salas en los siguientes supuestos: i) si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; ii) si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, iii) si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

Más allá de la cuestión de si se trata en verdad de una nueva etapa de calificación incorporada *ex officio* por el Tribu-

guiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

³⁰ El artículo 18º no deja duda al establecer que el Recurso es “concedido” por la Sala correspondiente del Poder Judicial, aun cuando del texto del mismo artículo también se desprende que “contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio ante del Tribunal Constitucional” (resaltado agregado), lo que podría abonar sobre la autonomía y competencia del propio Tribunal para establecer las restricciones conforme a su autonomía funcional.

³¹ STC 2877-2005-HC/TC Fundamento 31. En conclusión, el RAC, en tanto recurso impugnativo dentro de un peculiar proceso, como es el constitucional, debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el TC intervenga convenientemente.

Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.

nal y en adición (como se señala) a lo que establece el Código Procesal Constitucional, lo cierto es que estas disposiciones, como lo ha puesto en evidencia el nuevo precedente³², no han tenido mayores repercusiones en la carga procesal que se ha mantenido con tendencia a incrementarse³³. El nuevo precedente Vásquez Romero tiene, en este punto, la paradoja de venir a insistir en un precedente que el propio Tribunal no ha sabido hacer cumplir, pues durante todos estos años, se ha insistido con Recursos de Agravio con fundamentación fútil o intrascendente, carentes de contenidos de relevancia constitucional, reiterativos de argumentos que han sido ya previamente rechazados; recursos en fin, que han merecido audiencias en las que los magistrados del máximo Tribunal invertían tiempo y esfuerzo cuando pudieron apelar a su reglamento o al propio Precedente para rechazar sin necesidad de conocimiento en audiencia de los argumentos que sustentaban estos recursos.

3.1. ¿Qué se califica? Demanda o Recurso: Un posible espacio para el reparto de funciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

Por otro lado, la competencia del Tribunal para, sobre la base de su autonomía funcional, limitar el RAC, abre la posibilidad de otro debate de especial relevancia, referido esta vez a la distribución de funciones entre Poder Judicial y Tribunal en un sistema en el que ambos órganos interactúan, con reglas

³² Resulta por demás expresiva la aseveración que se recoge en el fundamento 43 del nuevo precedente, en el que se afirma que: “Lamentablemente, y a pesar de la claridad del precedente (se refiere al Precedente en el caso Sánchez Lagomarcino) y su obligatoriedad general, se repiten casos como el presente en el que se interpone un Recurso de Agravio Constitucional manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento.”

³³ Los reportes del último año muestran una cifra promedio de 6 mil expedientes ingresados, de los cuales el grueso son como siempre procesos de Amparo.

Cfr. http://www.tc.gob.pe/tc_estadisticas_gen.php

de reparto competencial no siempre claras en la protección de los derechos fundamentales. Este es un aspecto que no aparece de nuevo, como ocurrió también en el precedente Sánchez Lagomarcino.

En efecto, cuando en el año 2006 el Tribunal abordó la necesidad de restringir el acceso al Tribunal, lo hizo generalizando reglas que permitían equiparar, al menos en alguna de sus reglas sustantivas, al Recurso de Agravio con la demanda de amparo. Como si la demanda de amparo tuviera dos calificaciones, sin tomar en cuenta la incidencia que pudiera tener en la tutela de los derechos la actuación del Poder Judicial. En una de las primeras reglas que ahora ha quedado algo oscurecida bajo el criterio de “especial trascendencia constitucional”, el tribunal determinó como requisito para la fundabilidad del recurso, “i) que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental”, es decir, una regla explícita en la fase de admisión de la demanda conforme al artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Se olvida de este modo, una cuestión crucial que la doctrina procesal tiene claro y que puede ayudar a apuntalar la función del Tribunal de cara a objetivizar su presencia en el reparto de competencias con relación a los procesos de protección de derechos. Como precisa Giovanni Priori, “el recurso no es —no debe ser— una repetición de la demanda, sino fundamentalmente una denuncia de los errores de la resolución impugnada”³⁴, ello desde luego, no quita, como por demás ocurre en la práctica del Tribunal, que el análisis una vez superado el filtro que ahora se ha establecido, abarque también las demás piezas del expediente, incluido por cierto la demanda que en muchos casos no suele ser analizada con la debida diligencia por las instancias judiciales.

³⁴ Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni. “El recurso de agravio constitucional y el reciente precedente vinculante del TC”. En *Gaceta Constitucional*, número 81, Octubre de 2014, p. 30.

Lo que debe quedar claro en este punto, es que el Tribunal ha fijado unas exigencias para el recurso de agravio³⁵, que no deben confundirse, ni con los requisitos de la demanda ni tampoco con la evaluación de las cuestiones que en su momento el propio Tribunal debe realizar una vez que el caso ha pasado el filtro de admisión. Esta separación puede también ser estudiada como un mecanismo útil a la hora de delimitar las competencias de ambos órganos (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) en la tutela de los derechos a través de los procesos constitucionales, especialmente en el proceso de amparo y hábeas corpus. De este modo, la admisión de la demanda es menos selectiva, incluso cuando es analizada bajo reglas más precisas de residualidad. El elemento calibrador en todo caso en la actuación del Poder Judicial será la urgencia de la tutela, especialmente a partir de la dimensión subjetiva del amparo³⁶. En el Recurso de Agravio, en cambio, la calificación se orienta hacia el Derecho en términos objetivos. Siguiendo al Tribunal Federal Alemán, se puede hablar aquí de un “recurso específico del Derecho Constitucional Objetivo”³⁷.

El elemento subjetivo sigue presente, pero el elemento gravitante es de índole más bien objetivo: esto es, la argumentación se orienta en esta etapa a persuadir al Tribunal que detrás

³⁵ Se trata en estricto de una estación de evaluación sustantiva sobre la viabilidad del RAC ya admitido por el Poder Judicial. El análisis no es solo del escrito del Recurso de Agravio, sino que llegado el caso puede tratarse de una evaluación integral de la relevancia del caso conforme a los criterios del TC.

³⁶ Esta es una de las posibles lecturas que ha sugerido Roger Rodríguez a la hora de identificar la viabilidad de la demanda de amparo a partir de la regla de residualidad. *Cfr.* RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano”, en: Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina* Año I, N.º 2, agosto - diciembre, Lima, 2005, pp. 97 y ss.

³⁷ BVerfGE 33, 247, 258 y ss. La cita es de HÄBERLE, Peter, en: “El Recurso de Amparo ante el Tribunal Federal Alemán”, en: HÄBERLE, P. *El Tribunal Constitucional como Tribunal ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*. Traducción de Joaquín Brage. México: Fundap, 2005, pp. 106-107.

del Recurso late una cuestión de relevancia constitucional, que si bien puede estar condicionado por la relevancia subjetiva de la tutela, no obstante, esto no es suficiente, puesto que lo determinante será, en todo caso, la sustentación sobre la forma en que tales afectaciones se relacionan con una deficiente tutela que prestan las instancias judiciales, ya sea por desconocimiento del contenido constitucional de los derechos o por una consciente postura en contra la jurisprudencia del propio Tribunal.

Esta es la orientación de las reformas legales y también de la jurisprudencia de los Tribunales de los sistemas que han ido migrando en los últimos años hacia un modelo de reparto de competencias en el que se combina el elemento subjetivo con el elemento objetivo a la hora de delimitar las funciones y competencias entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional desde luego, como estrategia para descongestionar la carga, en particular, del Tribunal Constitucional³⁸. Así, mientras en Alemania se ha insistido en la necesidad de un Recurso ante el Tribunal en forma excepcional orientado sobre todo a la interpretación del Derecho objetivo³⁹, en España la última reforma, que es la que al parecer inspira este precedente del Tribunal Constitucional Peruano, la fórmula ha sido mixta, es decir, el tribunal no deja de atender el criterio subjetivo

³⁸ Sobre esta evolución en el derecho europeo, sobre todo el camino alemán y las últimas reformas en España, puede verse ampliamente en: HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, *El nuevo trámite del Recurso de Amparo Constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 2009.

³⁹ Esta parece como tendencia clara en la reforma del año 1993, viendo que los intentos previos no daban resultados. Es interesante constatar que parte del fracaso de medidas no radicales, estarían relacionadas con “la comprensión del recurso de amparo como instrumento de tutela jurídica subjetiva, así como en el sentido personal de responsabilidad de los Magistrados, que no habrían querido tolerar vulneraciones de los derechos fundamentales, por poca entidad que tuvieran”. Cfr. LÓPEZ PIETSCH, Pablo, “Objetivar el Recurso de Amparo: Las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español” en REDC, N.º 53, Madrid, 1998, p. 123.

aunque también aquí el centro de análisis parece trasladarse al aspecto más bien objetivo⁴⁰.

No obstante, una cuestión que no debe perderse de vista es que en todos los casos, estas reformas han venido precedidas de amplios debates sustentados en estudios de diagnóstico serios que han servido de punto de partida para la formulación de las políticas judiciales correspondientes. La última reforma española es particularmente expresiva sobre este aspecto. Los debates han estado presentes en múltiples jornadas académicas y volúmenes que los recogen. En estos debates no solo los diagnósticos son diferentes, sino también las estrategias para enfrentar los problemas. Un aspecto que en particular llama la atención por su parecido con lo que sucede también entre nosotros, es lo que en su momento puso en discusión el constitucionalista catalán Carles Viver. Se refería este autor a la amplitud del control respecto de la actuación de la jurisdicción ordinaria por parte del Tribunal a través del proceso de amparo, lo que hacía que el grueso de demandas de amparo se sustenten en el artículo 24.1 de la Constitución Española que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva⁴¹. Sin embargo, según denunciaba, en realidad los cánones establecidos por

⁴⁰ Sobre el análisis autorizado de la reforma en España, me remito al trabajo de: HERNÁNDEZ, Mario. "Incertidumbre jurídica del recurrente en amparo en España. La mejorable interpretación del Tribunal Constitucional español del nuevo trámite de admisión". En: GRÁNDEZ, P. *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*. Lima: Palestra, 2014. pp. 155-ss.

⁴¹ Las cifras que se señalan en este diagnóstico son reveladoras de las distorsiones que se pueden generar en la práctica de la tutela de los derechos por parte de un Tribunal Constitucional: de un aproximado de cinco mil recursos de amparo admitidos anualmente, solo en un promedio de 75 causas se declara que las instancias judiciales demandadas realmente afectaron los derechos. Esto mostraría que la jurisprudencia no es nada precisa a la hora de delimitar el contenido de los derechos, al menos para los abogados y ciudadanos al parecer concurren el Recurso de Amparo a "probar suerte". Cfr. VIVER I PI-SUNYER, Carles "Diagnóstico para una reforma". En: PÉREZ TREMPS, Pablo (Coord.), *La reforma del recurso de Amparo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 21.

la propia jurisprudencia eran tan laxos, lo que llevaba a que el grueso de estas demandas fueran finalmente rechazadas por el Tribunal con lo cual se estaba ante una suerte de control enunciativo amplio pero efectivamente estrecho.

“Es más, ese contenido no solamente es muy amplio (se refiere al contenido de la tutela judicial), sino que en alguna de sus vertientes, destacadamente la del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, parece propiciar el ejercicio de un control sobre todo lo actuado por el Poder Judicial desde la legalidad ordinaria, es decir, aplicando cánones de enjuiciamiento iguales a los utilizados por los jueces y Tribunales⁴²”.

Este diagnóstico denuncia la poca claridad del propio Tribunal a la hora de anunciar su propia jurisprudencia en un tema sensible a la carga procesal, como es el control de la actuación de la justicia ordinaria. Por otro lado, este diagnóstico muestra también un problema común a los sistemas en los que se admite la posibilidad de un control posterior, a nivel constitucional, respecto de la actuación de la justicia ordinaria: ahí donde hay amparo contra resoluciones judiciales, existe la posibilidad siempre abierta de que los procesos constitucionales sean utilizados como extensión del debate judicial ordinario.

Es precisamente lo que también ocurre entre nosotros. El problema entonces, no es el Recurso de Agravio en general, sino al parecer, el amparo contra decisiones judiciales y dentro de esta modalidad de amparos, los recursos que llegan hasta el Tribunal Constitucional y sobre el que, ante la ausencia de un diagnóstico realista y debidamente sustentado, no se ha podido establecer políticas selectivas adecuadas o una jurisprudencia más estricta como debiera corresponder⁴³. Por otro

⁴² Cfr. VIVER I PI-SUNYER, Carles. *Ob. cit.* p.25

⁴³ La posibilidad de filtrar causas en abstracto a través de test o fórmulas como la Fórmula Heck, del Tribunal Federal Alemán o la llamada fórmula de la cuarta instancia, han fracasado claramente, luego de la incorporación del estándar Llamoja (STC 0728-2008-HC/TC) que permite al tribunal una clara intervención incluso en el razonamiento

lado, también en el caso nuestro, la amplitud de espacios de control enunciativo que se ha abierto a partir de la propia jurisprudencia del Tribunal, no se condice con el nivel de tutela que finalmente brinda a la luz de las cifras que se desprenden de las estadísticas. También aquí, el grueso de las decisiones es desestimatorias pese a que los estándares de control por parte del Tribunal son más bien amplio y aparentemente invasivos a la labor del juez ordinario.

Con todo, lo que podríamos decir para cerrar este punto es que el nuevo precedente plantea la necesidad de abrir un debate sobre el reparto de competencias y también sobre los reales problemas y sus incidencias. No tiene sentido restringir en los mismos términos, por ejemplo, los recursos de agravio en los procesos constitucionales de Habeas Data, cuya incidencia en las estadísticas no solo es mínimo y por ello mismo su desarrollo jurisprudencial es todavía incipiente en un Estado que se ha negado sistemáticamente a la transparencia y a los controles por parte de los ciudadanos. El propio proceso constitucional de Habeas Corpus, que ha recibido un inusitado impulso a raíz de los procesos contra la corrupción del régimen de Fujimori no ha logrado sin embargo estabilizar y exhibir una jurisprudencia consistente que legitime al Tribunal cerrarse a las posibilidades de desarrollo⁴⁴. Por tanto, parece razonable pensar que los niveles de restricción no puede generalizarse en

probatorio del Juez Penal. He tratado las alcances de la intervención del Tribunal Constitucional en el razonamiento del Juez ordinario en: GRÁNDEZ CASTRO, P. “El derecho a la motivación de las sentencias y el control constitucional de la actividad judicial”. En AA.VV. *El Debidio Proceso*, Gaceta Jurídica 2010, pp. 243 y ss.

⁴⁴ La nota que conviene destacar en este punto es sin duda el hecho objetivo que en países en los que se ha procedido a restringir el acceso al Tribunal, por lo general ha sido luego de un importante desarrollo de la jurisprudencia en los distintos ámbitos de su actuación. Se puede decir en términos coloquiales que un Tribunal cuya labor más trascendente es jurisprudencial, solo debe ajustar sus filtros de conocer nuevos casos cuando pueda vivir de su “renta jurisprudencial”, es decir cuando ha podido acumular un conjunto apreciable de doctrina jurisprudencial en cada ámbito de los derechos cuya tutela se le encomienda.

los mismos términos para todos los procesos constitucionales, siguiendo ejemplos del Derecho comparado que, en lo sustancial, responden a los problemas que genera el proceso de amparo y, al interior de este proceso, en concreto, problemas relativos al amparo contra decisiones judiciales.

3.2. Los términos de la auto-regulación del Tribunal

Asumido que el Tribunal puede y, llegado el caso debe, imponer algunas reglas para poder gestionar su óptimo funcionamiento, veamos ahora de manera puntual los términos de esta regulación en el precedente que nos ocupa.

Aunque estuvo expuesto antes en parecido sentido como ya se ha dicho, a partir del Precedente Vásquez Romero, el recurrente tiene la carga, primero, i) de fundamentar debidamente “la supuesta vulneración que se invoca” a través del Recurso de Agravio, lo que supone como es obvio, rebatir los argumentos de respuesta que se hubieran ofrecido en las instancias judiciales; ii) en segundo lugar, las nuevas reglas exigen, siempre a nivel del escrito del RAC, que el recurrente argumente que “La cuestión de derecho contenida en el recurso es de especial trascendencia constitucional”, este es el elemento de novedad al que nos referiremos en seguida pues requiere de precisiones; iii) en tercer lugar, el RAC debe dejar establecido de manera expresa que los argumentos en los que se basa no contravienen un precedente vinculante del Tribunal y; finalmente, iv) mediante el Recurso de Agravio no podrá cuestionarse lo ya resuelto por el TC mediante una decisión desestimatoria en otro caso similar. En verdad, todas estas cuestiones merecen comentario detenido y será abordado en el último apartado. Aquí sin embargo, adrede estas reglas han sido presentadas en sentido positivo y no como viene establecido en el precedente Vasquez Romero, donde se ha usado una técnica en sentido negativo mediante la cual lo que en estricto ha decidido el Tribunal, ya no es cuando prosperará el RAC, sino mas bien en qué supuestos se habilita el poder de rechazo liminar del Tribunal.

Es decir, una cosa es conceder poder bajo consideraciones que el propio Tribunal controla⁴⁵; otra distinta es, establecer reglas para los usuarios del RAC, mediante las cuales se puede establecer bajo qué supuestos puede o no prosperar un recurso. Es verdad que redactar reglas en sentido negativo, tiene la ventaja de dejar un mayor margen de supuestos como “permisos para”, pero al mismo tiempo, tiene la enorme dificultad, yo diría defecto, de no enunciar nada relevante respecto de las propiedades que estamos queriendo generalizar como parte de la regla.

Me explico, en la medida que toda regla requiere de una hipótesis que suele ser la parte descriptiva o el “predicado fáctico” como lo llama Schauer, conviene que quien asume competencias para dictar normas, lo haga con la mayor precisión posible a la hora de establecer qué es lo que se exige para establecer tal o cual resultado o conclusión⁴⁶. Y es esto precisamente lo que se echa de menos en estas reglas: bajo qué condiciones y/o circunstancias precisas el Recurso de Agravio ha de ser rechazado de manera tan fulminante y sin audiencia del interesado como anuncia el Tribunal. Podríamos preguntarnos incluso, qué haría diferente a estas cuatro reglas de una sola que pudiera establecerse en el siguiente sentido: “A partir de ahora, el Tribunal Constitucional solo admitirá a trámite aquellos recursos de agravio que considere merecen un pronunciamiento de fondo⁴⁷. Como se aprecia, una regla tal resultaría

⁴⁵ Se puede afirmar en este sentido que lo que el Tribunal ha establecido no son reglas para admitir el RAC, sino más bien supuestos que habilitan el poder de rechazo sin audiencia por parte del TC.

⁴⁶ Cfr. SCHAUER, Frederick, *La reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Traducción de Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez, Marcial Pons, 2004, p. 81.

⁴⁷ En esta dirección, conviene reflexionar mirando las experiencias del derecho comparado. En Alemania desde los primeros intentos por restringir el Acceso al Tribunal siempre se ha legislado en sentido positivo: “La tramitación de una demanda de amparo exigirá su previa admisión. Deberá ser admitida a trámite: a) En la medida en que le sea atribuible una relevancia constitucional fundamental. b) Cuan-

arbitraria e impredecible. Arbitraria porque lo que ha hecho es, bajo apariencia de establecer un conjunto de reglas, en verdad ha otorgado un poder no reglado al Tribunal e impredecible porque los ciudadanos no sabrán a qué atenerse a la hora de tocar las puertas del Tribunal. No obstante, se puede decir algo más con relación a cada una de las reglas por separado.

Fundamentación debida del Recurso. En el modelo español incorporado por una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal (6/2007 de 24 de mayo) como ya se ha adelantado, el centro de atención en la limitación del recurso constitucional de amparo, asimilable mas no homologable a nuestro Recurso de Agravio Constitucional, ha sido la determinación de una cuestión de especial trascendencia constitucional, la misma “que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (subrayado agregado). La formulación permite, aun en línea de principio, establecer el sentido de la exigencia de fundamentación del Recurso.

Habrá que asumir, mientras la jurisprudencia no nos aclare el panorama, que el sentido de la fundamentación que espera también aquí nuestro Tribunal Constitucional haya

do esté indicado para lograr la implantación efectiva de los derechos mencionados en el § 90.1. [es decir, los derechos fundamentales]. Esta circunstancia puede darse también cuando la denegación de una decisión sobre el fondo supondría un perjuicio especialmente grave para el recurrente.». En España las reformas legislativas no son distintas.

El artículo 50 reformado de la Ley Orgánica del Tribunal establece en la parte más relevante lo siguiente: «**Artículo 50.** 1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando conciernen todos los siguientes requisitos:

b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

de girar en torno al concepto clave: especial trascendencia constitucional, leído en estas dos direcciones, ya sea para la interpretación, aplicación o eficacia general de la constitución; o, en su defecto para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En tal sentido, el recurrente habrá de orientar sus argumentos precisamente a poner de manifiesto ante el Tribunal, que los hechos que motivan su recurso inciden de manera relevante en estos aspectos. No es pues una fundamentación más, sino una sobre la relevancia constitucional del Recurso que amerite su conocimiento por la máxima instancia de tutela del orden jurídico y de los derechos.

“*La cuestión de derecho*” contenida en el recurso debe ser de especial trascendencia constitucional.– Como ya se indicó, en la medida que el amparo, también en la legislación y la jurisprudencia nacional, atiende a dos dimensiones: la protección de los derechos y la eficacia del orden jurídico constitucional; parece plausible suponer que el Tribunal no está queriendo reducir la *Especial trascendencia constitucional* a cuestiones de mero derecho como si el RAC fuera un recurso de casación⁴⁸. De este modo, no solo las cuestiones de derecho, sino la gravedad de la afectación o la relevancia de los hechos contenidos en el Recurso podrían bien ameritar un pronunciamiento del Tribunal. Al margen de que no siempre es posible una separación tajante entre cuestiones de hecho y de derecho, sobre todo tratándose de afectaciones a los derechos, puede formularse en líneas generales, que mientras las cuestiones de interpretación y/o aplicación y eficacia abstracta de la constitución son auténticas cuestiones de Derecho; la determinación del contenido de los derechos suponen casi siempre, una fijación en los hechos, en la medida que se trata de establecer los supuestos de hecho o las condiciones de procedencia entre los mismos, cuando entran en conflicto, cuestiones que siempre suponen una valoración

⁴⁸ Como se recuerda, en la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, conocía, “en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial.” (Artículo 298º. Inciso 2º).

de hechos, en la medida que los derechos fundamentales no son reglas sino principios⁴⁹.

Una segunda precisión que puede hacerse con relación a este nuevo concepto que el Tribunal introduce como fórmula para la limitación del Recurso de agravio, tiene que ver con su indeterminación. Las precisiones en el caso de la jurisprudencia del tribunal Constitucional Español, han venido a colmar esta indeterminación pero han tardado y no han cubierto todos los espacios de incertidumbre, como lo muestra el trabajo de Mario Hernández antes citado. Desde luego, no se trata de seguir a pie juntillas lo que hacen otros Tribunales con mayor experiencia, pero si este es el camino que se ha elegido, convendría haber adelantado algunas líneas. Las pautas de la jurisprudencia del Tribunal Español pueden ayudar sin duda, pero también el propio desarrollo del Tribunal Constitucional pudo resumirse con esta ocasión. Estas pautas tienen que con la especial relevancia constitucional en ámbitos de control de decisiones judiciales. El Tribunal ha venido exigiendo que se denuncien las violaciones al interior del proceso, o que el proceso de amparo no pretenda en ningún caso sustituir al juicio o el razonamiento del Juez Ordinario. Tampoco podría plantearse una especial relevancia constitucional desde luego en aquellos casos en los que lo que está en disputa son intereses económicos o disputas patrimoniales que no encuentran directa relación con la dignidad humana o cuya vulneración no pone en una situación de indefensión grave al recurrente.

De cara a la interpretación de la Constitución y su eficacia al interior de los poderes públicos, qué duda cabe que el desacato manifiesto a la interpretación constitucional o a los precedentes, pueden verse como cuestiones de especial relevancia en los que se autoriza la intervención del Tribunal, de modo que las reglas referidas a la falta de acatamiento a los precedentes vinculantes o a las sentencias desestimatorias,

⁴⁹ Cfr. ALEXY, R. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional y Democrático”, trad. de Alfonso García Figueroa. En CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

pueden verse también como concreciones de la especial relevancia que exige ahora el Tribunal.

Recurso de agravio contra un precedente.— También aquí habría que hacer alguna precisión. Se pueden plantear por lo menos dos hipótesis. La primera sería que el recurso de agravio pretenda abiertamente desafiar o poner en cuestión el razonamiento del Tribunal establecido en un precedente vinculante en el que el Tribunal sigue teniendo confianza y lo respalda. Es lógico pensar que este tipo de argumentos pueden rechazarse si mayores argumentos como propone el tribunal. Otra hipótesis sin embargo podría suponer que el Recurso de Agravio intenta entrar en un diálogo racional con el Tribunal orientado a persuadirlo de la necesidad de cambiar un precedente. La pregunta sería si resulta razonable que el Tribunal se niegue a la posibilidad del diálogo apelando a que tiene una regla que lo impide hacerlo ingresando al fondo de la discusión. Se observa aquí una tensión entre la fuerza vinculante de un precedente en sentido formal y la fuerza sustancial de los argumentos de un precedente. La lógica de un Tribunal cuya legitimidad descansa en la fuerza de su argumentación, sugiere en este punto que no siempre la argumentación de un Recurso de Agravio que intenta desafiar un precedente vinculante, pueda rechazarse sin más o por la simple fuerza formalmente vinculante de una regla que, de este modo, se convertiría en una suerte de regla contra el diálogo racional.

Por lo demás, la jurisprudencia del propio Tribunal da cuenta, que siempre es posible razonar contra un precedente⁵⁰, por lo que en un sistema en el que el Tribunal interviene respondiendo un Recurso de Agravio, habrá que asumir que

⁵⁰ En la propia historia del RAC puede encontrarse ejemplos en los que el Tribunal ha admitido recursos contra sus propios precedentes y los ha tenido que no solo admitir sino declarar fundados precisamente porque ha comprendido que era tiempo de cambiar de criterio, incluso con argumentos más débiles respecto de los que sirvieron para establecer el precedente anterior. Sobre esto puede verse el caso de la STC 3908-2007-AA/TC que anuló un extremo del Precedente establecido en la STC 4853-2004-AA/TC.

incluso es saludable que haya oportunidad de que alguien se atreva a cuestionar un precedente, pues de otro modo ¿cómo se razonaría el *overruling* tan indispensable para la evolución de la jurisprudencia constitucional? De manera que podemos concluir en esta parte que el Tribunal podrá rechazar sin duda un Recurso que argumenta contra un precedente, a menos que los argumentos logren persuadir al Tribunal en sentido que ya es tiempo de cambiar el precedente.

¿Efecto vinculante de las decisiones desestimatorias? La última de las reglas plantea también un interrogante de fondo. ¿Cuál es el valor de las decisiones desestimatorias del Tribunal en los procesos de tutela de los derechos? La respuesta que propone el Tribunal en el Precedente que analizamos, pareciera sugerir que se trata de un efecto general *erga omnes* con la condición que se pueda equiparar a un caso que está siendo objeto de calificación posterior. Es decir, las cuestiones ya decididas de forma “desestimatoria en otro caso similar” tienen efecto para todos los casos en los que el Tribunal logre establecer dicha similitud.

Desestimatoria es una decisión que pronunciándose sobre el fondo, declara infundada la demanda. “Caso similar” es para estos efectos, un caso rechazado en fase de calificación de fondo y no un caso que haya sido rechazado, digamos con una decisión de inadmisión o improcedencia, aunque haya sido ratificado por el Tribunal Constitucional. De este modo y como bien lo destaca Diez-Picazo para el caso español asimilable al entorno nuestro en este punto, “no resulta correcta la tópica afirmación de que las causas de inadmisión, al ser apreciadas en la sentencia, se transforman en causas de desestimación”⁵¹. De este modo, al parecer lo que nos plantea el Tribunal es que las decisiones desestimatorias mantienen un efecto vinculante más allá de los términos de la cosa juzgada, de modo que quien

⁵¹ Cfr. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de Amparo”. En: *La sentencia de Amparo constitucional*, CEC, 1996, p. 27

pretenda introducir un supuesto ya rechazado por sentencia de fondo por el Tribunal, deberá en todo caso, plantearla en términos de distinción de casos o, como también propusimos para el caso del precedente, apelando a la necesidad de volver a razonar el caso por haber detectado defectos en la argumentación anterior.

De todos modos, aun cuando parece razonable que el Tribunal pueda alegar razones de tipo formal para mantener el estatus de su razonamiento en casos similares posteriores, lo que de todos modos refuerza la idea del principio de universalidad en la argumentación constitucional y el respeto a sus propios precedentes entendidos en sentido material⁵²; nada impide que también, como ocurre en la lógica de los precedentes, se pueda argumentar en sentido contrario a efectos de mantener el espíritu vivo de la jurisprudencia.

IV. IDEAS FINALES

La preocupación por fortalecer las funciones del Tribunal Constitucional y optimizar su desempeño en la tutela de los derechos fundamentales, es una preocupación genuina en todos aquellos lugares en los que se ha instaurado la justicia constitucional. Sin embargo, es probable que, como también ocurrió al emitirse el precedente Sánchez Lagomarcino, no sea en la restricción de acceso al Tribunal donde se haya de encontrar las únicas medidas de solución al problema de la sobrecarga de recursos. Al margen de las naturales preocupaciones porque sea el propio Tribunal en solitario quien asuma estas tareas de tanta relevancia, sin mayores debates y sin intervención del Parlamento; debe también llamar la atención que no se haya hecho mayores esfuerzos en otros ámbitos para mitigar el problema que sin lugar a dudas debe enfrentarse.

⁵² Sobre la distinción entre precedentes en sentido formal y material puede verse en: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, "Las peculiaridades del precedente constitucional peruano". En CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Estudios al Precedente constitucional vinculante*. Lima: Palestra, 2007.

Por dejar aquí una lista de posibles respuestas al problema, que no deben descartarse se puede mencionar: i) la necesidad de limitar en la mayor medida posible el amparo contra decisiones judiciales, que motivan el grueso de la carga procesal del amparo⁵³; ii) la necesidad de identificar con más precisión las reglas de la residualidad que, a estas alturas, pocos o ningún abogado o Juez identifica con claridad en la jurisprudencia, de manera que el Amparo residual existe solo en el imaginario conceptual y no así en un conjunto de reglas claras y fáciles de hacer valer a la hora de rechazar lo que no debe canalizarse por la vía del amparo, hoy y en todos los tiempos, el proceso con mayor demanda ante el sistema de justicia constitucional; iii) la técnica del precedente, que puede ser utilizado para precisar el contenido de los derechos que, una vez identificados pueden hacer más operativa la invocación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional; en tercer lugar, iv) la necesidad de una mayor y mejor difusión de las decisiones del TC. Pienso en un repertorio Oficial que permita identificar con carácter

⁵³ La reforma española se fija también en este punto. Así, conforme al 44º de la reformada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «**Artículo 44.** 1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.»

de orientación precisa y autoriza los criterios que el Tribunal va estableciendo en los distintos temas de su jurisprudencia⁵⁴.

Todas estas medidas, constituyen sin lugar a dudas, medidas complementarias que no debieran dejarse de lado a la hora de impulsar la puesta en práctica de este nuevo precedente que, por otro lado, a poco de andar, ha generado ya una saludable discusión al interior del propio Tribunal por la forma en que viene implementándose⁵⁵. Sin duda son estas reflexiones abiertas al debate permanente, la mayor fortaleza de la justicia constitucional. Las reglas establecidas para el control del RAC muestran en esta dirección, un conjunto de pautas en espera de mayores precisiones de la Jurisprudencia que esperamos permita el equilibrio adecuado entre la autoridad del Tribunal para fijar reglas y la máxima de la razonabilidad que no puede ausentarse especialmente en la etapa de admisión de causas al máximo Tribunal. Resultaría paradójico que el Tribunal que juzga en base a principios de razonabilidad y ponderación, intente imponer como reglas de acceso para los ciudadanos, un conjunto de reglas inexorables no propias ni compatibles con su actuar.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel

2014 “¿Cuándo podemos acceder al Tribunal Constitucional?”.
Gaceta Constitucional. Lima, año 10, número 81, pp. 25-26.

ALEXY, Robert

2003 “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucio-

⁵⁴ En este sentido, las funciones del Centro de Estudios Constitucionales resultan de especial trascendencia de cara a darle mayor difusión y orientación a los usuarios del sistema de justicia constitucional editando folletos y revistas de amplia difusión que permitan una más fácil ubicación de la jurisprudencia constitucional.

⁵⁵ Nos referimos a los votos particulares del magistrado Ernesto Blume en las decisiones en las que se ha venido aplicando el precedente materia de este comentario.

nal y Democrático". En CARBONELL, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*, Traducción de Alfonso García Figueroa. Madrid: Editorial Trotta.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis

1996 "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de Amparo". En: *La sentencia de amparo constitucional: Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

GALGANO, Francesco

2006 "Il precedente giudiziario in civil law", in F. GALGANO (a cura di). *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

2015 "Metamorfosis de un precedente discutible. La sentencia interlocutoria denegatoria", en *GACETA CONSTITUCIONAL* N° 94, octubre.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro

2014 "Repensar la estructura orgánica del Tribunal Constitucional". *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, PUCP. Lima, volumen 5, número 1, pp. 79-110.

2010 "El derecho a la motivación de las sentencias y el control constitucional de la actividad judicial". En CASTILLO CÓRDOVA, L. *El Debido Proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Gaceta Jurídica.

2007 "Las peculiaridades del precedente constitucional peruano". En CARPIO MARCOS, E. y GRÁNDEZ CASTRO P. (Coords.). *Estudios al Precedente constitucional vinculante*. Lima: Palestra Editores.

HÄBERLE, Peter

2005 *El Tribunal Constitucional como Tribunal ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, traducción de Joaquín Brage. México: FUNDAP.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario

2009 *El nuevo trámite del Recurso de Amparo Constitucional*. Madrid: Ed. Reus.

LANDA, César

2006 "Autonomía procesal del Tribunal Constitucional". *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Lima, año 2, número 4, pp. 63-96.

LÓPEZ PIETSCH, Pablo,

1998 "Objetivar el Recurso de Amparo: Las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 18, número 53, pp. 115-151.

NINO, Carlos Santiago

1983 *Introducción al análisis del Derecho*, primera edición. Barcelona: Ariel.

PÉREZ TREMPS, Pablo (Coord.)

2004 *La reforma del recurso de Amparo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

PRIORI POSADA, Giovanni

2014 "El recurso de agravio constitucional y el reciente precedente vinculante del TC". *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, número 81, pp. 27-31.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger

2005 "Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano". *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Lima, año 1, número 2, pp. 61-100.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis

2012 "Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012". Instituto de Defensa Legal, Justicia Viva.

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf (consultado el 15 de octubre de 2014)

SCHAUER, Frederick

2004 *La reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Traducción de Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez. Madrid: Marcial Pons.

VIVER i PI-SUNYER, Carles

2004 "Diagnóstico para una reforma". En PÉREZ TREMPS, Pablo (Coord.), *La reforma del recurso de Amparo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Origen de los artículos

Aun cuando en todos los casos se han realizado adaptaciones y/o actualizaciones, los trabajos incluidos en este volumen han sido, en algunos casos, publicados antes y/o están por publicarse:

El ascenso de los principios y su incidencia en el razonamiento constitucional

Trabajo presentado en el marco de II Jornada de Teoría del Derecho, desarrollada en junio de 2015 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Se publicará como parte de las memorias de aquel encuentro).

La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar

Trabajo incluido en: Félix Morales y Pedro Grández (Coord.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013.

Una defensa de la racionalidad limitada de la ponderación: comentarios a las críticas de Gregoire C.N. Webber

Ponencia presentada en el I Encuentro de la Red “Justicia, Derecho, Constitución y Proceso”, desarrollado en la PUCP, los días 14 y 15 de noviembre de 2013. El volumen con las ponencias se ha publicado recientemente bajo el título: *Constitución, derechos y Derechos*, Giovanni Priori Posada (Coord.), Lima, Palestra, 2015.

Tribunales kelsenianos y precedente: una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional

Ponencia presentada al IV Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional, desarrollado los días 22, 23 y 24 de julio de 2015, publicado en: *La Administración de Justicia en el Estado Constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional, 2015, pp. 327 y ss.

Razonabilidad y “supervisión” en la ejecución de sentencias constitucionales que protegen derechos fundamentales

Ponencia presentada al IV Seminario Internacional de Derecho Procesal. Proceso y Constitución, organizado por la PUCP, incluida en el libro de ponencias titulado: *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*, Giovanni Priori Posada(Coord.) Lima, Palestra, 2014.

La autodeterminación del Tribunal en la admisión del Recurso de Agravio: anotaciones a un precedente

Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada con título similar en: *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, Nº 9, Lima, Palestra, 2014.

*Se terminó de imprimir en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C.
en enero de 2016, por encargo de
Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658*

PALESTR**A**