

THĒMIS

Revista de Derecho



Alessandro Pizzorusso • Roberto Romboli • Horst Ehmke • Marcial Rubio
Robert D. Cooter • Néstor Pedro Sagüés • Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Bruce Ackerman • César Landa • Francisco Eguiguren • Manfred Weiss
Richard A. Epstein • César García Novoa • Christian Donayre Montesinos
Juan Monroy Gálvez • Úrsula Indacochea Prevost • Javier Adrián Coripuna
Jorge León • Luis Castillo Córdova • Pedro Grández • Gustavo Rodríguez
Giovanni Priori • Jorge Danós Ordóñez • J. Oscar Trelles • Julio Guadalupe
Fernando Zuzunaga • Sergio Vega León Cabrera • Oscar Súmar Albújar

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2008

Hecho el Depósito Legal: 218-5035

THEMIS desea agradecer de manera muy especial a la señora Mercedes Carrera Montes por cedernos gentilmente la pintura que presentamos en la carátula de la presente edición.

ISSN 1810-9934

Lima, Febrero de 2008.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y se utilice para fines académicos.

PRESENTACIÓN

No cabe duda de que la función que ha venido cumpliendo el Tribunal Constitucional ha resultado de vital importancia para el Perú. Más allá de la existencia de sendos opositores que piden su eliminación, lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, dicha postura no tiene asidero dentro de un ordenamiento jurídico que se jacta de ser democrático y respetuoso de nuestros derechos.

A pesar de los deslices que pueda haber tenido el Tribunal, la realidad nos muestra una y otra vez que esta institución se está consolidando como uno de los organismos con más legitimidad en el Perú. Éste no es momento de mirarlo con envidia e intentar hacer que una de las instituciones más importantes del país desaparezca.

Así, esta edición parte del trabajo que ha venido realizando el Tribunal Constitucional, y sirve además como un homenaje tanto por los diez años luego de la restitución de los tres magistrados arbitrariamente destituidos durante el gobierno de Alberto Fujimori, así como por el decimoquinto aniversario de la Constitución Política vigente. Resulta, pues, un orgullo para nosotros que el Tema Central de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** esté enfocada en el **Derecho Constitucional**, una rama del Derecho que (ya era hora) ha recobrado el lugar que se merece en el Perú y el mundo.

Concientes de todo lo anteriormente dicho, es que **THEMIS-Revista de Derecho** se ha enrumbado en la ardua tarea de elaborar un Tema Central que abarque los tópicos de mayor relevancia dentro del área del Derecho más amplia que existe, para construir una de las estructuras más interesantes que se han esbozado a lo largo de la historia de **THEMIS**. Así, el tema se divide en tres secciones.

La primera de ellas constituye un acercamiento general a los principios de interpretación constitucional y al trabajo interpretativo de nuestro Tribunal Constitucional.

La segunda sección toca uno de los temas más recurrentes de la actualidad: el enfrentamiento de poderes. En ese sentido, damos una revisión a las decisiones más relevantes del Tribunal Constitucional y que han implicado algún conflicto entre distintos órganos del Estado.

Por último, nuestra tercera sección, inspirada en las ideas del profesor italiano Alessandro Pizzorusso, se enfoca en la influencia que tiene actualmente el Derecho Constitucional en otras áreas del Derecho, en la medida que es cada vez más común observar cómo aquélla se ha superpuesto e infiltrado en éstas.

Pero no sólo eso; este Tema Central tiene la peculiaridad de reunir también las clásicas secciones de **THEMIS-Revista de Derecho** dentro de su estructura. Así, el lector podrá encontrar un Tema Central sui generis, no sólo constituido por los clásicos artículos, sino también por entrevistas, posturas encontradas y una Mesa Redonda, que contribuyen a hacerlo más dinámico. Tenemos, pues, el honor de contar con la participación de autores de la talla de Roberto Romboli, Alessandro Pizzorusso, Horst Ehmke, Bruce Ackerman y Robert Cooter, entre tantos otros.

Y, como ya es clásico en **THEMIS**, no podemos dejar de lado nuestras secciones de Misceláneas y Entrevistas. En la sección de **Misceláneas**, hemos incluido temas interesantes sobre Propiedad Intelectual, Aduanas y el Análisis Psicológico del Derecho; mientras que en la sección de **Entrevistas** conversamos con César García Novoa y Richard Epstein.

No quiero terminar esta breve presentación sin antes anunciar la reciente incorporación del profesor Guido Calabresi a nuestro Consejo Consultivo. Es un honor para nosotros contar con la colaboración de uno de los pensadores del Derecho más importantes de la actualidad.

Qué duda cabe, este número de **THEMIS-Revista de Derecho** promete, por lo que lo invitamos a disfrutarlo tanto como lo hicimos nosotros al momento de estructurarlo, discutirlo y editarlo.

Lima, Febrero de 2008

EL DIRECTOR

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO DIRECTIVO

Luis Eduardo Aliaga Blanco (Gestión)
Mayra Bryce Alberti (Financiamiento)
Mario Fernando Drago Alfaro (Contenido)
Nicolás Galindo García (Marketing)
Carlos Glave Mavila (Actualidad Jurídica)
Eduardo Peláez Santillán (Proyección Académica)
Aarón Verona Badajoz (Desarrollo Social)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Agustín Grández Mariño
Miguel Morachimo Rodríguez
Alvaro Palao Carrera
Manuel Fabricio Privat Colla
Alejandra Uribe del Águila

Contenido

Costanza Borea Rieckhof
Carlos Eduardo Cotera Solano
María José Higuera Chicot
Monica Nuñez Salas
Bruno Zanoló Maggiolo

Desarrollo Social

Evelyn Castro Ramos
Andrea Dominguez Noriega
Martín Sotero Garzón

Financiamiento

Patricio Ato del Avellanal Carrera
Aldo Cáceres Martínez

Francisco José Miranda Aguilar
Juan Francisco Monteverde Vargas
Stefany Porudominsky Rotstain
Carlos Rojas Klauer
Carmen María Villarán Ascenzo

Gestión

Patricia Casaverde Rodríguez
Arabella Gonzales Netto
Pedro Mario Vera Ortiz
Deborah Woll Castañeda

Marketing

Pamela Battifora del Pozo
Mariana Delgado Zeppilli
Giuseppe Marzullo Carranza

Proyección Académica

Pablo César Mori Bregante
Xavier Palao Carrera
María Gracia Saénz González
Rocío Saux Valdez

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Guido Calabresi
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest
Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los
autores y entrevistados en la presente edición

Asociación Civil **THEMIS**

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 626-2000 anexo 5391

Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themisderecho.org

<http://www.themisderecho.org>



Solución efectiva a sus conflictos

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú es una organización multidisciplinaria que trabaja en la Gestión Integral de Conflictos, de forma **neutral** e **independiente**.

SOLUCIONES INTEGRALES A SU SERVICIO

SERVICIOS DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

- Arbitraje
- Conciliación

FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN

- Formación y Capacitación en Arbitraje (Modalidad Presencial y a Distancia)
- Formación y Capacitación en Negociación
- Formación y Capacitación en Conciliación
- Capacitación en Resolución de Conflictos Minero Ambientales
- Capacitación In House

PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE CONFLICTOS

- Evaluación Temprana
- Monitoreo Participativo Ambiental y Social
- Fortalecimiento de Capacidades
- Planificación Estratégica e Intervenciones de Comunicación para el Desarrollo
- Apoyo a la Gestión de Desarrollo Local
- Evaluación de Conflictos
- Monitoreo de Conflictos
- Procesos de Creación de Consenso y Gestión de Conflictos

CONTÁCTENOS

Roca de Vegallo 133, Magdalena del Mar
Teléfonos: 626 - 7400 626 - 7421
Telefax: 626 - 7412
consensos@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/consensos



SMART Board™

Technologies, Inc.



La pizarra interactiva **SMART Board™** convierte cualquier computador y proyector en una potente herramienta de enseñanza, colaboración y presentación. Cuando proyecta la imagen del computador en la pizarra interactiva, solo tiene que presionar en su superficie sensible al tacto para acceder a cualquier aplicación del computador y trabajar con ella. Realice anotaciones utilizando los plumones SMART (sin pilas ni baterías) o utilizando su dedo directamente sobre la superficie de la pizarra, guardando la información en el computador.



Top Technologies

Representante Exclusivo

Telef.: 446.9930
www.smartboard.com.pe
www.smarttech.com
Email: contacto@toptechnologies.com.pe

TEMA CENTRAL: DERECHO CONSTITUCIONAL

PODER E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES Y PARÁMETROS DE ACCIÓN

<i>Horst Ehmke</i> Principios de interpretación constitucional (sinopsis)	7
<i>Mesa Redonda: Marcial Rubio, Néstor Pedro Sagüés, César Landa y Francisco Eguiguren</i> Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en Perú: diez años después	13
<i>Bruce Ackerman</i> La Constitución Viva	29
<i>Robert D. Cooter</i> La Constitución Estratégica. Tomando en serio las consecuencias	77
<i>Juan Monroy Gálvez</i> La "autonomía procesal" y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada	87
<i>Úrsula Indacochea Prevost</i> ¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación	97
<i>Javier Adrián Coripuna</i> Los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad	109

DIVISIÓN DE PODERES, SOBERANÍA Y RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

<i>Jorge León Vásquez versus Luis Castillo Córdova</i> Poder Judicial versus Poder Ejecutivo: ¿Se extralimitó el Tribunal Constitucional en su sentencia al Expediente 0006–2006–PC/TC: Caso casinos y tragamonedas?	125
<i>Pedro Grández Castro versus Giovanni Priori Posada</i> Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del contra amparo	155
<i>Eloy Espinosa-Saldaña Barrera</i> Sobre los conflictos a resolver en el contexto de una descentralización territorial (reflexiones a propósito de algunas ordenanzas regionales sobre la producción y venta de hoja de coca)	191
<i>Christian Donayre Montesinos</i> Una aproximación a la reforma de la justicia militar policial peruana: ¿dónde estamos y hacia dónde vamos (o debiéramos ir)?	199

INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN DISTINTOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO

<i>Entrevista a Alessandro Pizzorusso y Roberto Romboli</i> La influencia de la Constitución en otras áreas del Derecho	219
<i>Fernando Zuzunaga del Pino y Sergio Vega León Cabrera</i> "No tiene color y tampoco es rojo": aciertos y desaciertos del Tribunal Constitucional en torno al concepto de tributo	225
<i>Manfred Weiss</i> La conexión entre la Constitución y el Derecho laboral en Alemania	243
<i>Jorge Danós Ordóñez</i> El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana	255
<i>Oscar Súmar Albújar</i> Derecho empresarial y Constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)	265

MISCELÁNEAS

<i>Julio Guadalupe Báscones</i> Ajustes al valor en Aduana por concepto de servicios de ingeniería	283
<i>Gustavo Rodríguez García</i> ¿El fin de la historia para la propiedad intelectual?	297
<i>J. Oscar Trelles</i> Una mirada al conflicto minero de Tambogrande bajo una perspectiva de la economía conductual y la psicología cognitiva	309

ENTREVISTAS

<i>César García Novoa</i> Cláusula general antielusiva y la norma VIII peruana	327
<i>Richard Epstein</i> Sobre la economía y legislación peruana	339

PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (SINOPSIS)*

Horst Ehmke** ***

Con un estilo sistemático, el autor describe con bastante claridad el panorama de los principios de interpretación constitucional, centrándose en los principios que él llama "jurídicamente funcionales", en contraposición a los principios "jurídicamente materiales".

Esto resulta particularmente interesante dada la poca importancia que, como el mismo autor reconoce, se les da a aquéllos en el Derecho Constitucional alemán, mientras que son de suma importancia en el Derecho Constitucional estadounidense.

* Este artículo fue publicado originalmente en 1963, cuando Horst Ehmke era profesor principal de la cátedra de Derecho Público en la Universidad de Freiburg en Breisgau. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Público 20. 1963. pp. 53-98. Serán impresas la páginas 66-69 y 72-77.

** La sinopsis fue publicada en HÄBERLE, Peter (Ed). "Verfassungsgerichtbarkeit". En: Wege der Forschung. Tomo CDXCV. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 1976. (Año en el cual Ehmke se dedicaba a participar en el Parlamento alemán después de haber sido Secretario de Estado en 1967, Ministro de Justicia Federal en 1969, Primer Ministro en 1969 y Ministro de Investigación y Tecnología en 1974 (<http://www.fes.de/archiv/1abt/ehmke-h.htm>).

*** El texto fue traducido por Patricio Ato del Avellanal Carrera, miembro de la Comisión de Proyección Académica de THEMIS. Agradecemos a los doctores César Landa y Jorge León por facilitarnos el artículo.

[...]

En este momento, no me gustaría particularmente tratar la pregunta de si una jurisprudencia constitucional es política y constitucionalmente deseable, pero sí, en todo caso, responderla afirmativamente entre nosotros¹. Evidentemente, en mi opinión –aquí concuerdo con los enunciados de Imboden en la obra homenaje a Huber²–, una particular jurisdicción constitucional, sobre todo una de tal competencia general como la que ha creado la Constitución, frente a un control casuístico puro como el que los Estados Unidos posee, despliega algunas consecuencias. Tampoco me gustaría aproximarme a esta pregunta relacionada a nuestro tema. Con la situación jurídica dada por la Constitución, me parece que debemos acercarnos en lo esencial al debido entendimiento de la posición y tarea de la Corte Constitucional y al modo y forma del ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional, que es uno de los órganos constitucionales superiores³, se ocupa de la adecuada formación del Derecho Constitucional; un rol muy importante, pero, a mi parecer, sin querer ir demasiado lejos, de ninguna forma o exclusivamente líder. Hablamos, como Erich Kaufmann, de sólo un “espacio mesurado” de la jurisdicción constitucional⁴. Es errado cuando Geiger habla de la “supremacía del Tribunal Cons-

titucional Federal” y califica a la Republica Federal como una “democracia del tercer poder, libremente-estatal de derecho” junto a la democracia presidencial como la democracia parlamentaria⁵. En contra se encuentran Friesenhahn, entre otros⁶. La opinión de Friesenhahn me parece por otro lado, y a pesar del reconocimiento teórico de la peculiaridad del Derecho Constitucional, acentuada por una “estricta dependencia normativa” de la Corte⁷, aun cuando está en la cercanía de figuras interpretativas, cuya superación incluso he buscado imaginar en el Derecho Civil.

Por lo demás, podría presentar al final una concepción estático-deductiva de la jurisdicción constitucional, en la cual un Tribunal Constitucional no haya podido permitir la necesaria y continua formación del Derecho Constitucional. A ese resultado llegó Herbert Krüger⁸. Él opina que la jurisdicción constitucional no deshace la rigidez de la Constitución, sino que la refuerza. En mi opinión, esto depende completamente de la jurisdicción. En la Constitución de los Estados Unidos, la cual es mucho más rígida, se le brinda a la *Supreme Court*, viéndola en su totalidad, un momento de flexibilidad y crecimiento de su posible apertura⁹. Por esto es que me gustaría responder afirmativamente la pregunta de Krüger de si es que la jurisdicción constitucional puede entenderse como polo antitético de la llamada

¹ Con respecto a la jurisdicción constitucional véase TRIEPEL, H. y H. KELSEN. “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” (Carácter y Desarrollo de la Jurisdicción Estatal). En: VVDStRL (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) (Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Público). Libro 5. 1929; KAUFMANN E. y M. DRATH. “Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit” (Los Límites de la Jurisdicción Constitucional). En: VVDStRL (Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Público). Libro 9. 1952. FRIESENHAHN, E. “Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit” (Carácter y Límites de la Jurisdicción Constitucional). En: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Revista de Derecho Suizo). Tomo 73. 1954. pp. 129 y siguientes; LEIBHOLZ, G. “Verfassungsgerichtsbarkeit im modernen Rechtsstaat” (Jurisdicción Constitucional en el Estado de Derecho Moderno). En: Strukturprobleme der modernen Demokratie (Problemas Estructurales de la Democracia Moderna). 1958. pp. 168 y siguientes; SCHEUNER, U. “Probleme und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik” (Problemas y Responsabilidad de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal). DVBl (Deutsche Verwaltungsblatt) (Folio Administrativo Alemán). 1952. p. 293; WINTRICH, J. “Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit” (Tareas, Carácter, Límites de la Jurisdicción Constitucional). En: Festschrift für H. Nawiasky (Homenaje a H. Nawiasky). 1956. p. 191.

² IMBODEN, M. “Normenkontrolle und Verfassungsinterpretation” (Control Normativo e Interpretación Constitucional). En: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit (Festschrift für Hans Huber. 1961) (Derecho Constitucional y Realidad Constitucional (Homenaje a Hans Huber)). pp. 133, 146 y siguientes.

³ Véase en: “Der Status des Bundesverfassungsgericht, Material – Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen” (El Estatus del Tribunal Federal Constitucional, material – dictamen, memorias y posturas). Con una introducción de G. Leibholz, JdÖR N. F. (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge) (Anuario de Derecho Público del Presente). Tomo 6. 1957. p. 109 y siguientes.

⁴ Citado en nota 1, *supra*. p.12.

⁵ GEIGER, W. “Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit” (Algunos Problemas de la Jurisdicción Federal Constitucional). DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) (La Administración Pública). 1952. p. 481.

⁶ Citado en nota 1, *supra*. p. 159.

⁷ A. a. O. p. 160.

⁸ KRÜGER, Herbert. “Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit” (Mutación y Jurisdicción Constitucional). Citado en nota 2, *supra* (en: Staatsverfassung und Kirchenordnung (Constitución Estatal y Orden Eclesiástico), Festgabe für Rudolf Smend (Homenaje a Rudolf Smend). 1962. p. 151); véase también sus siguientes trabajos citados: (“Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers” (Interpretación Constitucional de la Voluntad del Normador). DVBl (Folio Administrativo Alemán). 1961. p. 685; “Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung” (Enmienda e Interpretación Constitucional). DÖV (La Administración Pública). 1961. p. 721).

⁹ Para no agrandar el volumen del estudio y evitar repeticiones, me remito aquí y en los siguientes problemas estadounidenses referidos, los cuales deben mantenerse en mente, a mi trabajo sobre la jurisprudencia constitucional de la Supreme Court. EHMKE, Horst. “Wirtschaft und Verfassung” (Economía y Constitución). 1961; y a aquellos trabajos citados en el mencionado. Una observación crítica de la Supreme Court la tenemos de WOLF, E. “Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten”. (Jurisdicción Constitucional y Lealtades Constitucionales en los Estados Unidos). 1961.

“rigidez” de la Constitución, tal como lo pone de manifiesto explícitamente el artículo 79 de la Constitución. Entre la capacidad de crecimiento de una Constitución y la solidez de sus bases no existe una contradicción, sino una relación necesaria: sólo en la formación puede resguardarse el ordenamiento constitucional, libre y democrático. De esta manera, el Tribunal Constitucional se hizo famoso por su tarea jurídico-formativa¹⁰.

A esto se sobrepone la pregunta de cómo es que se divide la tarea de la formación de Derecho Constitucional para los diversos Órganos Constitucionales. En el desarrollo del Derecho Constitucional, son fáciles las reformas constitucionales formales y la interpretación constitucional; sin embargo, la interpretación constitucional así como la mutación de la Constitución son casi inseparables. La posibilidad de la enmienda constitucional, en sentido técnico, recae sólo en el legislador (constitucionalmente enmendador). Éste tiene, en mi opinión, también la prerrogativa en el área de la mutación. No considero correcta la posición manifestada por el Tribunal Constitucional Federal, en la cual este se acoge en primera línea a la formación del Derecho Constitucional¹¹. La ampliación del Estado Constitucional, y con esto la del Derecho Constitucional, es tarea de las instancias políticas, sobre todo del legislador¹. Él tiene su iniciativa. La Constitución no sólo vive de sí misma. En primer lugar, la legislación puede organizar la realidad social. Toda norma presenta en realidad una interpretación de la Constitución, sea porque se encuentre al unísono de ésta, o sea porque se entienda influenciada por ésta. Esto es evidente en cuerpos normativos en los cuales se determina el contenido de la propiedad o de la libertad laboral o se figura en las cuantiosas salvedades de la Constitución. Pero también en cuerpos normativos que imparten protección jurídica u otorgan prestaciones sociales, o en cuerpos normativos y contratos en la relación Federación/Países pueden ser de relevancia como “interpretaciones”

de la Constitución. Estos “*legislative precedents*” juegan un rol importante en el Derecho Constitucional estadounidense.

Corresponde al Tribunal Constitucional la decisión sobre el objeto de la disputa sólo hasta donde lleguen los cuerpos normativos u otros actos frente a éste –como cualquier otro tribunal que no tiene iniciativa propia–; nunca más allá de eso (por lo que otro tipo de intentos deben aparecer como insostenibles, de igual manera como también se le atribuye fuerza vinculante a los que cargan las razones de sus decisiones¹²). El Tribunal Constitucional ejercita solamente una función controladora. Queda sólo preguntar si la norma es conciliable con la Constitución y no si es que desde la perspectiva de la Constitución se plasma sólo una o la mejor solución posible. Por cierto, a pesar de que el Tribunal Constitucional, como todo tribunal, a veces no decida correctamente, es el que decide de manera vinculante sobre controversias: la discusión y la lucha sobre el debido entendimiento constitucional, el cual, como se ha dicho, constituye igualmente una lucha por la naturalidad de un ente público, continúa¹³. Así, también le es reconocida al Tribunal Constitucional Federal la posibilidad de mutación de preceptos constitucionales¹⁴, como también la posibilidad de modificar su propia concepción jurídica. En ese orden de ideas, es conocido como la *Supreme Court* estadounidense ha “*overruled*” sus propias decisiones.

[...]

En sentido técnico, los *principios* de la interpretación constitucional son medios de ayuda en el negocio hermenéutico de la teoría constitucional. Uno puede denominarlos como “reglas para descubrir el derecho”, según Esser¹⁵. A diferencia de los “métodos de interpretación” autónomos de la cuestión, éstas presentan reglas objetivamente dirigidas a la solución de problemas. Estos son una expresión del entendimiento

¹⁰ BverfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 1. 351 (359).

¹¹ BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 6, 222 (240); posiblemente esta manifestación deba ser limitada en relación al Tribunal Federal Constitucional con los otros tribunales.

¹ Nota del Traductor: En este caso se hablaría mejor del constituyente. Aunque el legislador también tiene potestad para alterar el contenido. Por ello, también sería válido designar esta figura como el “normador”.

¹² Véase: BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 1, 14 (37).

¹³ En mi opinión, la introducción al Derecho –sabio tenerla a la mano– para la entrega de los votos discrepantes en la jurisdicción constitucional llevaría a esta discusión, entre otras cosas porque ellos separan parcialmente las sentencias del tribunal de las suyas (ya sea algo parecido a la sentencia unánime), por su evidente carácter de concertación; con esto se aporta a la claridad de la argumentación. En sentido positivo tenemos también a: ZEIDLER, K. “Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgericht” (Pensamientos sobre la “sentencia televisiva” del Tribunal Federal Constitucional). AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) (Archivo de Derecho Público). Tomo 86. 1961/1962. pp. 361, 368 y siguientes.

¹⁴ BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 2, 380 (401); 3, 407 (422); véase también 7, 342 (351). Para la construcción de derecho constitucional consuetudinario, véase: 1, 144 (151,157); 11, 77 (87).

¹⁵ ESSER, Josef. “Grundsatz und Norm” (Principio y Norma). 1959. p. 87 y siguientes; 107 y siguientes.

previo de problemas jurídicos constitucionalmente específicos. El carácter material de los principios de interpretación constitucional se hace evidente en la discusión actual, en la cual Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales se califican comúnmente como Principios de Interpretación¹⁶. Con esto quiere referirse a que esos Derechos Fundamentales y Principios pueden plasmar puntos de vista relevantes para la solución de controversias, también en algunos casos en los cuales no les atañe directamente. La razón para esa postura radica en el principio de interpretación, que concibe la Constitución como una unidad¹⁷. Como principios de interpretación de los Derechos Fundamentales propios, éstos pueden ser presupuestos de un “Sistema de Derechos Fundamentales” que puede ser denominado bajo la norma “*in dubio pro libertate*” o el principio de la llamada “efectividad de los derechos fundamentales”. Desde el área federal debería llamarse Principio –hoy en día excesivamente usado, en mi opinión– de “fidelidad federal”. Estos principios pueden ser correctos o incorrectos, ya me ocuparé de eso, pero son estructuralmente apropiados porque buscan desarrollar reglas de decisión objetivas.

Al lado de estos principios de interpretación jurídicamente materiales existe, sobre todo en el Derecho Constitucional que cuenta con una jurisprudencia constitucional, incluso otra forma de principios de interpretación. Me gustaría denominarlos “jurídicamente funcionales”. En ellos repercute la peculiaridad objetiva del Derecho Constitucional sobre la postura del mismo Tribunal Constitucional. A ellos les concierne, entre otras cosas, la repartición de las tareas de la interpretación constitucional y la formación del Derecho Constitucional en los diversos Órganos Constitucionales. Mientras éstos juegan un rol importante en el Derecho Constitucional estadounidense, en nuestro país se les da una menor

atención. Como ejemplo nombraré al *principio de la interpretación normativa constitucionalmente conforme* y la doctrina referida a las *political questions*. Como se muestra en esta última doctrina señalada y en la discusión estadounidense, especialmente en la llamada doctrina de las “*preferred freedoms*”¹⁸, los principios de interpretación jurídico-materiales y los jurídico-funcionales se encuentran en una relación indisoluble, pues, en realidad, cada principio de interpretación tiene un significado jurídico-material y jurídico-funcional.

En adelante, deseo seguir estos principios de interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Cuando uno revisa los actuales once tomos existentes de jurisprudencia, puede quedar profunda y positivamente impresionado del trabajo y el rendimiento del Tribunal. Para nuestros fines hermenéuticos de hoy en día he buscado algunas posiciones que considero criticables. Lo he hecho con la convicción de que el experimento sea tanto franca como objetivamente una crítica de su jurisprudencia en primer término, que es lo que la teoría le adeuda al alto Tribunal.

A. COMENCEMOS CON LOS EJEMPLOS SOBRE PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICO FUNCIONALES (PRIMARIOS):

a) Ya he indicado líneas arriba que el Tribunal Constitucional Federal, en el marco de la interpretación *constitucionalmente conforme* de la “intención del normador”, mantendrá con la Constitución el “máximo” de conformidad¹⁹. Hasta ahí debería referirse a la intención “subjetiva” del normador, la cual es incomprensible sobre la base de una llamada interpretación objetiva. Hasta ahí también debería referirse a la “intención de la norma”, la cual es inquietante en esta jurisprudencia. El *principio de la interpretación constitu-*

¹⁶ Véase: MANGOLDT-KLEIN, V. “Das Bonner Grundgesetz” (La Constitución de Bonn). Segunda edición. 1957. pp. 69, 89; MAUNZ-DÜRIG, “Grundgesetz” (La Constitución). Inciso 71 y 72 del artículo 2, primer párrafo; y HOLSTEIN, G. “VVDStRL” (Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Público). Libro 2. 1925. p. 252; SCHMITT, C. “Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung” (Contenido y Significado de la segunda parte la Constitución del Reich). HDStR (Handbuch des deutschen Staatsrechts) (Manual de Derecho Político Alemán). Tomo II. 1932. pp. 597, 605.

¹⁷ Esto se ve claramente en: BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 1, 14 (32 y s.); 2, 380 (403); 3, 225 (231).

¹⁸ Véase detalladamente en: EHMKE, Horst. “Wirtschaft und Verfassung” (Economía y Constitución). 1961. p. 437 y siguientes.

¹⁹ BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 8, 28 (33 y s.); 9, 194 (200); véase arriba p. 58 (no ha sido impreso aquí) comparando con BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 2, 266 (282); 2, 336 (340); 2, 380 (389); 4, 7 (22); 4, 331 (351); 7, 53 (58); 7, 120 (126); 7, 267 (272 y s.); 7, 305 (319); 8, 38 (41); 8, 71 (78); 8, 210 (217, 220 y s.); 8, 274 (324); 10, 59 (80); 10, 340 (351); 12, 45; 12, 45. Para esta jurisprudencia, véase: HAAK, V. “Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité de lois” (Algunos Aspectos del Control Constitucional de las Leyes). Revue Internationale du droit comparé (Revista Internacional de Derecho Comparado). 1961. p. 1 y siguientes; BENDER, B. “Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung” (Contenido y Límites del Mandato de la Conformemente Constitucional Interpretación Normativa). MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) (Revista Mensual de Derecho Alemán). 1959. p. 441, sobre todo para interpretación normativa conformemente constitucional de las llamadas normas preconstitucionales.

cionalmente conforme puede utilizarse sólo cuando varias interpretaciones son posibles. En ese caso materialmente jurídico en concreto, debe aplicarse lo *constitucionalmente conforme* como intención objetiva de la norma, porque ésta es una en todo el ordenamiento jurídico y, como tal, está subordinada a la Constitución, jurídicamente funcional; porque el Tribunal Constitucional sólo puede declarar nula a una norma constitucionalmente adversa. Entonces, es un sinsentido que hablemos de un “máximo” de la norma en el caso de una interpretación normativa *constitucionalmente conforme*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no puede pasar por encima –como lo hizo, en mi opinión, por ejemplo, con respecto al tercer párrafo del artículo 18 de la Ley Federal Administrativa de Rheinland-Pfalz²⁰–, en nombre de una llamada interpretación constitucionalmente conforme sobre el texto, a la historia de su origen, así como al sentido y objeto de una ley. El *principio de la interpretación constitucionalmente conforme* no tiene un fundamento de competencia para la “corrección” de leyes por el Tribunal Constitucional Federal. Este tampoco le autoriza expandir al Tribunal Constitucional Federal su competencia de control de un caso claramente inconstitucional a un caso con dudosa moderación constitucional.

Una problemática difícil de nuestro país sobre la llamada interpretación de la ley conforme a la Constitución se encuentra resuelta en una particular jurisprudencia constitucional. A la *Supreme Court* estadounidense se le dijo, con derecho, que en su jurisprudencia la interpretación normativa juega un rol más importante que el ejercicio del derecho judicial de Prueba²¹. Pero la *Supreme Court* es también una corte “normal”; eso significa, encargada de todos modos de la interpretación normativa, ergo, con efecto precedente. ¿Puede convertirse un Tribunal Constitucional especial, en el camino de la *interpretación constitucionalmente conforme*, en una forma de Corte Civil, Penal o Administrativa, aunque sólo se le haya avisado sobre la problemática paralela en contrarias resoluciones de quejas elevadas? A esto se le añade la problemática del “Derecho Regional en Tribunales Federales”. Dado que en nuestro

Derecho se puede presentar que las decisiones de los tribunales más altos no tengan efectos precedentes, se dialogan algunas cosas en favor de la opinión del Tribunal Constitucional Federal, el cual sigue el patrón conforme al artículo 100 de la Constitución, la norma medidora con la que se debe interpretar²². ¿No debería de diferenciarse en este punto? ¿Puede sobreponerse un Tribunal –como en el caso señalado referente a Rheinland-Pfalz– a la interpretación unánime de una ordenanza regional? ¿No debería estar ligada en todo caso a una interpretación firme de los superiores Tribunales Federales? No quiero intentar dar una respuesta a la pregunta. Se necesitará seguir una jurisprudencia constitucional específica en cada caso.

b) Con esto llego a la doctrina de las *political questions*. Friesenhahn nos ha indicado, con razón, que se trata de una doctrina estadounidense especial, la cual puede aceptarse sin problemas en nuestro Derecho Constitucional. Él ha enfatizado que en realidad se trata de la pregunta jurídico-material de si es que existe una norma ligada a instancias estatales²³. Esto es acorde a lo que mencioné sobre la relación estrecha entre el lado jurídico-material y jurídico-funcional de los principios de interpretación²⁴. De esta manera, la *Supreme Court* se ha acercado al lado jurídico-material de la doctrina de las *political questions*, en cuestiones de competencia de impuestos y de moneda. Sólo que, en mi opinión, Friesenhahn eligió como comprobante de su tesis un ejemplo demasiado ligero, esto es, el reconocimiento de un gobierno extranjero²⁵. Déjenme construirles otro ejemplo: dos exportadores, A y B, –animados por su Gobierno– aceptan, respectivamente, extensos encargos gubernamentales extranjeros, uno del país A y otro del país B. Súbitamente y sin ningún motivo, las relaciones de su Gobierno se rompen, incluyendo las relaciones político comerciales, con el país A, pero no con el país B. El exportador A no puede cumplir el encargo, al cual apostó todo. Se encuentra ante la amenaza de la pérdida de su patrimonio y de su empresa. Interponiendo su recurso constitucional, critica la vulneración de los artículos 2, 3, 12 y 14 de la Constitución. Estas son normas que vinculan

²⁰ BverfGE (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional) 9, 194.

²¹ HURST, W. En: CAHN, E. Publicado por: Supreme Court and Supreme Law. p. 153.

²² BverfGE Op. cit. 2, 105 (110); 2, 181 (193); 7, 45 (50); 8, 210 (217); 10, 340 (345).

²³ Citado en nota 1, *supra*. pp. 152 y siguientes.

²⁴ Esser también ha indicado que para la respuesta a la pregunta de si un principio específico es uno material o una “Rechtsfindungsregel”, debe ponerse atención desde donde se está observando a la norma, “Grundsatz und Norm” (Principio y Norma). 1956. pp. 107 y siguientes.

²⁵ EHMKE, Horst. Op. cit. pp. 150, 166 y siguientes; 180 y siguientes; 333, 463, 467, 475.

al Gobierno. Y en todo caso, el Tribunal Constitucional, con una decisión sobre el recurso constitucional, no puede “corregir” la política exterior del Gobierno. La pregunta es: ¿No pueden ser por motivos jurídico-materiales ni funcionales que el Tribunal, a pesar de contar con normas jurídico materiales, está excluido de estas “cuestiones políticas”? En el segundo caso el tribunal constitucional debería declarar el recurso como inadmisibile: una solución defiende en algo a estos recursos –ante el hecho de que el Tribunal en ningún caso pueda hacer que la ruptura con el país A se vuelva retroactiva, el resultado de su decisión es, desde un principio, cierto.

c) La llamada doctrina sobre las “*preferred freedoms*” muestra también la ambigüedad jurídico-material y funcional de los principios de interpretación. La doctrina dice fundamentalmente lo siguiente: las normas del área eco-

nómica pueden ser sólo arbitrariamente revisadas por la *Supreme Court*. En lo restante, debe dejarse la supresión de una legislación económica vejatoria o mala a la interpretación democrática. La reserva del proceso libremente democrático, en la cual una corrección como esta pueda forzarse, es, por el contrario, una de las tareas importantes de la jurisprudencia constitucional. Por eso es que la competencia probatoria del Tribunal Constitucional alcanza más a un área política que a una económica. Esta doctrina, sobre la cual he profundizado en otro punto²⁶, la creo esencial para comprender correctamente acerca de interpretación de Derechos Fundamentales. Por cierto, ésta justamente muestra que una teoría interpretativa objetiva puede crear la necesaria diferenciación de interpretación por áreas problemáticas.

[...]



LOWE PERÚ

JAVIER PRADO OESTE 203 PISO 12. SAN ISIDRO LIMA 27-PERÚ
T : (511) 222-0662/422-1980/422-2013 TF : (511) 221-2737

PIZARRO, BOTTO  ESCOBAR
www.pbeabogados.com

Av. Víctor Andrés Belaúnde 280 Oficina 302 y 303 Edificio Las Palmeras
San Isidro Lima - Perú / Tel.: (511) 616 1200 / Fax: (511) 616 1201

Especialízate en la Gestión del Medio Ambiente

El Instituto de estudios Ambientales de la Pontificia Universidad Católica del Perú te ofrece los siguientes cursos:

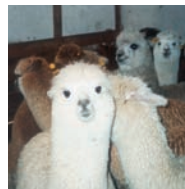
- Derecho Ambiental.
- Estudios de Impacto Ambiental.
- Taller de Educación Ambiental.
- Ecología, Conservación y Biodiversidad.
- Química atmosférica y cambio climático.
- Sistemas Complejos.
- Ecología Urbana.
- Tratamiento de aguas residuales.
- Calidad de vida: Ecología, Turismo y Deporte de aventura.

Mayor información:

Instituto de Estudios Ambientales (IDEA-PUCP)
Teléfono: 626-2000 anexo: 3060 / Fax: 626-2836
email: acapidea@pucp.edu.pe
<http://www.pucp.edu.pe/invest/idea/cursos.htm>



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ



NOTARIA
PAINO

**PARÁMETROS INTERPRETATIVOS CONSTITUCIONALES Y EL LUGAR
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO NORMATIVO EN
PERÚ: DIEZ AÑOS DESPUÉS**

Marcial Rubio

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la PUCP desde 1994. Vicerrector Académico de la PUCP.

Néstor Pedro Sagüés

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

César Landa

Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex-becario de la Alexander von Humboldt Stiftung de Alemania. Postdoctor en Derecho. Universidad de Bayreuth y Max-Planck Institut. Alemania.

Francisco Eguiguren

Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP.

El Tribunal Constitucional se ha constituido como uno de los pilares del ordenamiento jurídico peruano. No obstante, su existencia ha causado una serie de críticas (a favor y en contra) en torno al poder discrecional con el que cuenta.

Así, cuatro de los mejores especialistas en Derecho Constitucional responden a una serie de preguntas que tratan de ilustrar la importancia del Tribunal en el ordenamiento peruano, comentando acerca de los parámetros interpretativos de que éste utiliza, así como la justificación para su presencia en nuestro ordenamiento.

1. Actualmente, existen fuerzas en el congreso peruano interesadas en limitar el poder del Tribunal Constitucional e incluso desaparecerlo¹, debido a sus constantes, supuestas, extralimitaciones².

En contraste, en una entrevista publicada en THEMIS-Revista de Derecho 52, Guido Calabresi dijo que los tribunales constitucionales han contribuido a mejorar la percepción acerca del sistema de justicia en los países de tradición civilista donde se han instaurado. ¿Cuál es su postura? ¿El papel de los tribunales ha sido beneficioso o no?

EGUIGUREN: Cada cierto tiempo, normalmente a propósito de alguna sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") que aborda temas de repercusión política o afecta a determinados intereses, "resucita" la propuesta de algunos parlamentarios para limitar las competencias de este Tribunal, los alcances de sus sentencias o hasta desaparecerlo. Considero estos planteamientos errados e inconvenientes, tanto porque revelan inconsistencia política y grave desconocimiento respecto a la historia de nuestro sistema judicial, como del papel destacado que, en general, viene cumpliendo el TC para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos fundamentales.

lecimiento de la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos fundamentales.

Basta constatar la crisis de legitimidad y credibilidad que aqueja desde hace algunas décadas a nuestro Poder Judicial, así como revisar los debates constituyentes que dieron lugar a las Cartas de 1979 o 1993, para concluir sin duda que si en nuestro país se resolvió crear y mantener un Tribunal Constitucional, fue por la amplia crítica y desconfianza social hacia la gestión del Poder Judicial y la propia Corte Suprema. Algo similar ha sucedido en otros países de Europa y América Latina donde se creó un TC, precisamente como reacción y respuesta política ante la deslegitimación o limitaciones del sistema judicial. En cambio, cuando el sistema judicial o la Corte Suprema gozan de independencia política y de legitimidad social, normalmente carecen de acogida las propuestas de crear un TC; cualquiera que sepa un poco de esta materia, sabe que en los Estados Unidos la Corte Suprema es un auténtico Tribunal Constitucional y no un mero órgano judicial ordinario supremo. Por ello, allí no se necesita ni propone crear un TC.

Al margen de ciertas decisiones controvertidas o cuestionables del TC, que pienso son las menos, ello resulta inevitable en la labor de todo órgano jurisdiccional, que resuelve sobre intereses y derechos enfrentados. Pero, a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción ordinaria, jamás se ha acusado al TC de sumisión política o de corrupción. Que ha habido algunos excesos en ciertas sentencias e interpretaciones, sí; pero la labor positiva del TC y su jurisprudencia son lo que prevalece en un balance objetivo. ¿No es acaso cierto que sigue existiendo diferencia cualitativa entre el contenido de la jurisprudencia del TC y la del Poder Judicial? ¿Puede alguien, seriamente, sostener que estaríamos mejor en materia constitucional e institucional sin en el TC, cumpliendo su rol la Corte Suprema o una Sala Constitucional de ésta?

¹ "Mantengo mi propuesta (de eliminar el TC), estoy haciendo un análisis de mi posición (sic) en el sentido de que el TC no ha servido para fortalecer el sistema democrático, sino para enturbiar las relaciones entre los poderes y en otros países que son ultra democráticos (sic) como por ejemplo en los Estados Unidos la función constitucional lo tiene (sic) la Corte Suprema". Congresista Mauricio Mulder en: "La Razón" de 26 de junio de 2007.

² "(...). En el derecho público es clarísimo también, lo que no está permitido no es admitido y la Constitución es clara en relación al Tribunal: uno, es última instancia en las acciones constitucionales como amparo, *habeas corpus*, cuando tienes una sentencia anterior que la ha desestimado, cuando tienes sentencia desestimatoria. Dos, dirime controversias entre organismos del Estado cuando hay un conflicto de competencias entre ellos. Tercero, puede declarar inconstitucional las normas que considera que colisionan con la Constitución (...). Esa es la función del TC, sin embargo se siente *la mamá de Tarzán* o como dicen los chicos, *la última Coca Cola del desierto*. Ellos creen que lo pueden hacer todo, quieren ser la última instancia en sentencias ya no desestimatorias sino estimatorias; y ya no solo quieren hacer legislación negativa sino también positiva. Incluso han terminado con la sentencia final y con el carácter de cosa juzgada, hecho que a la postre nunca se sabe cuando se tiene una sentencia final y ello atenta contra el Estado de derecho". El autor de estas peculiares declaraciones es el congresista Ántero Flores-Araoz (en: "La Razón" de 10 de julio de 2007) y es, además, el autor de un proyecto de ley llamado a limitar las atribuciones interpretativas del Tribunal.

En el Congreso, hay quienes siguen sin descubrir ni entender el significado y utilidad de las sentencias interpretativas o “manipulativas” del TC. Si bien éstas no tienen que ser lo frecuente, cuando el TC recurre a ellas, es precisamente para buscar una forma de interpretación que “salve” la adecuación a la Constitución de una ley, evitando tener que declararla inconstitucional y derogarla. La noción del TC como “legislador negativo”, supone algo dejado de lado hace tiempo por la doctrina especializada y por la práctica de los más importantes tribunales constitucionales.

Por todo ello, más allá de la necesaria ponderación y sensatez que debe tener el TC en la utilización de sus competencias y en la adopción de sus sentencias, sería muy lamentable que se brinde acogida en el Congreso a propuestas legislativas o de reforma constitucional que tiendan a limitar las competencias del TC o el sentido y alcances de sus sentencias. El órgano sometido a control, es decir, el legislador ordinario, no puede limitar o condicionar las competencias y atribuciones de quien lo controla.

LANDA: Bueno, hay varias partes importantes en la pregunta que me parece necesario precisar. El modelo en el cual se forja el sistema jurídico peruano encuentra sus raíces en el modelo europeo-continental del Derecho Civil, es decir, donde el Derecho se crea a través de la norma legal. Sea en España, en Alemania, Italia o Francia, esto queda consagrado con el rol preliminar que tiene el parlamento como creador del Derecho y la norma legal. Éste Derecho será el que deberán aplicar, en consecuencia, los órganos ejecutivos y jueces.

Sin embargo, creo que a partir de la Constitución del año 79 y en adelante –y la del 93 ciertamente–, se abre un sistema jurídico moderno propio del desarrollo tecnológico, económico, social y cultural del país, a la altura de los desarrollos, retos y desafíos mundiales, donde se incorpora un sistema de justicia constitucional y un sistema de justicia supranacional. En tanto ambos sistemas tienen como finalidad proteger los derechos humanos, se crean tribunales, como el Tribunal Constitucional (o de Garantías como era llamado en la Constitución de 1979). Se crean, en consecuencia, procesos especializados, aparte del clásico de *habeas corpus*; el de amparo, posteriormente

el de cumplimiento, el *habeas data*, para proteger los derechos y libertades individuales de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Y en segundo lugar, se crean como novedad, procesos de control del sistema jurídico, tales como el proceso de Inconstitucionalidad de las leyes y el conflicto de competencia.

Esta modernización indica que, en el fondo, debe haber un replanteamiento de las fuentes del sistema jurídico que alimenta nuestra tradición, basado en el sistema del Derecho Civil, que incorpore más bien elementos característicos de un modelo anglosajón o del *Common Law*, por cuanto en este sistema es la jurisprudencia la que declara el derecho, muchas veces no de manera individual, sino también de carácter general. Ello, a través de institutos no solamente del *certiorari*, sino sobre todo del *stare decisis*; es decir, de los precedentes vinculantes, que tienen efectos normativos para que los jueces resuelvan de la misma manera en el futuro, sin perjuicio de la norma legal del parlamento.

RUBIO: Yo creo que siempre habrá un conflicto entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. Es la regla en todos los países en que existe un Tribunal como este. El Perú no va a ser una excepción, sobre todo cuando el Congreso considera que es el poder indiscutible en el Estado.

A pesar de lo que piense el Congreso, lo cierto es que ningún órgano es poder indiscutible. Hay separación de poderes y ello incluye, ahora, a muchos más órganos que el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. También circunscribe al Tribunal Constitucional, por lo que éste tiene el derecho y deber de arbitrar los conflictos que se le encargan y sentar jurisprudencia constitucional que dé garantías de seguridad jurídica sobre cómo serán sus fallos.

Eso ha hecho hasta el momento, y lo ha hecho con buen criterio. Creo que hay que aplaudirlo: en la historia republicana es, sin duda, el órgano constituido que más organización del Estado peruano ha realizado. Al menos, eso pienso yo.

2. Tradicionalmente, se ha dicho que las cortes están ahí para interpretar (no crear) el Derecho³ y los legisladores para crearlo (no interpretarlo); pero vemos, en con-

³ Ariano, refiriéndose al supuesto “frenesí de poder” que sufriría el Tribunal, señala que “(...) los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para “crear” normas, sino para “resolver” controversias (...)”. ARIANO DEHO, Eugenia. “Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 96. 2006.

traste, que muchas veces las cortes crean normas⁴ y los legisladores las interpretan⁵.

Por otro lado, se ha dicho, partiendo de corrientes como la *Public Choice* de Buchanan y Olson, la *Economic Theory of Regulation* de Stigler, Becker y Viscusi, y el análisis económico del Derecho Constitucional de Cooter, que el proceso regulatorio, habitualmente, responde a la "captura" de los organismos reguladores por parte de grupos de interés privado. Esto ha llevado a algunos a defender la mayor participación de los tribunales en dicho proceso regulatorio, ya que serían unos que evalúan de manera más objetiva el interés público. Posteriormente, el llamado *Constitutional Populism* de Tushnet y Kramer ha venido a negar dicha postura, argumentando que los tribunales son *antidemocráticos* (Häbermas), igualmente parcializados, simplificadores excesivos de la realidad (Unger), etcétera. Esta discusión, sin embargo, no parece tener mucha actualidad en países donde los tribunales habitualmente (casi "naturalmente") han estado fuera de dicho proceso, en relación a consideraciones semejantes a las reseñadas en el primer párrafo de esta pregunta. Es decir, aquí seguimos discutiendo si los tribunales crean o interpretan las normas, en lugar de, prescindiendo de esta distinción, discutir si es más o menos conveniente para nuestros países que estos participen más activamente del proceso de creación de normas.

Pero, ahora, con el surgimiento de los tribunales constitucionales, esto podría cambiar. ¿Qué cree que nos depare el futuro en torno al papel de los tribunales en Latinoamérica? ¿Considera válida la distinción entre crear e interpretar o es simplemente un problema de repartición del poder? Fuera de las conocidas consideraciones históricas, ¿A qué se debe el relativamente poco peso de los tribunales en los países de tradición civil en el pro-

ceso regulatorio en comparación a sus pares en los países anglosajones (si acaso hay otro elemento a tomar en cuenta)? ¿Podría ser esta diferencia una explicación del atraso de nuestros países en temas económicos?

LANDA: Evidentemente, el Tribunal Constitucional busca expresar la articulación de dos sistemas que parecen contradictorios, en busca de la defensa de los derechos fundamentales y el orden jurídico. Entonces, es importante definir la naturaleza del Tribunal Constitucional para conocer previamente si tradicionalmente el juez solamente aplica el Derecho o también lo crea. Yo diría que la tarea del Tribunal Constitucional es una tarea jurisdiccional, en primer lugar; pero que no está exenta, por los efectos de su sentencia, de cierta implicancia del orden público, sea económico, político, social o cultural, debido al impacto de las sentencias. Esto, en la medida que declarar inconstitucional una ley que dicta el poder político no puede ser sino a través de una sentencia que tenga ese mismo impacto. También sucede que el impacto, a veces socioeconómico, tiene efectos en materia presupuestal, incidencia en las finanzas públicas y eventualmente en las privadas. Entonces, la naturaleza del tribunal es una naturaleza jurisdiccional, que no está exenta de tener una naturaleza política, por los efectos de su sentencia; pero también una naturaleza estrictamente constitucional, porque sus competencias están consagradas en la Constitución, la ley y el Código Procesal que las desarrollan.

En consecuencia, ahí están planteados los elementos centrales de la naturaleza del Tribunal. Podríamos decir que es un órgano jurídico, pero que no está exento también de una naturaleza político-constitucional. Esto, en tanto la Constitución, que es el objeto de control, no es sólo la norma jurídica suprema, sino también una norma política de consenso. Entonces, bajo esa perspectiva, podríamos decir que los tribunales constitucionales no solamente interpretan el Derecho, sino que aplican la norma. Los supuestos de hecho de la norma están en el análisis del caso fáctico, pero cuándo hay una duda razonable, en el sentido de si los hechos son los que alega el demandante

⁴ Tómese en cuenta que en Estados Unidos, por ejemplo, gran parte de la desregulación se debió al actuar de los tribunales desde el famoso caso *Lochner v. Nueva York*.

⁵ Un ejemplo extremo de esto son las *leyes de interpretación auténtica*, aunque, debemos decir, congresos como el peruano tienen comisiones que evalúan (por mandato constitucional), por ejemplo, la constitucionalidad de los proyectos de normas antes de votarlos en el pleno (es decir, en la reunión de todos), donde realizan interpretaciones de la Constitución que son vinculantes para el propio parlamento.

(por ejemplo, si hay una detención arbitraria o ilegal, o si hubo una retención en una salida de aeropuerto), esos supuestos son afectaciones no sólo en el análisis de los hechos, sino también de la norma, por lo que hay que interpretarla.

A modo de ejemplo: ¿Qué significa la libertad? La libertad es la no privación de la libertad, pero también puede significar restricciones menores a la libertad, incluso de tránsito. Entonces, cuando hay dudas en los hechos normados, como en el ejemplo, es que el juez tiene que interpretar. Por su parte, cuando hay un vacío o una deficiencia en la norma, es donde aparece lo que conocemos como la argumentación jurídico-constitucional; en consecuencia, frente a ese vacío, lo que hace un jurista o los jueces es utilizar los principios generales del Derecho, y eventualmente el derecho consuetudinario. Por ejemplo: el derecho a la igualdad; donde a dos supuestos iguales, las consecuencias deben ser iguales.

Pero si a un supuesto de hecho le otorgan una norma y a otro no, frente a ese vacío parece razonable interpretar que la Constitución entendería que en ambos casos existe el mismo derecho. O sea, si hubiera una norma que dijera: "El sufragio en las universidades está previsto para los varones" (pensando en una lógica del siglo XX) y no se menciona a los alumnos o estudiantes, y se interpretará que se refiere sólo a los varones, entonces ahí creo que es razonable entender que son los estudiantes varones y también las estudiantes mujeres. Entonces, estos principios generales se utilizan para llenar los vacíos o deficiencias de la norma, cuando en la situación de la inconstitucionalidad de las leyes se presenta un conflicto.

El Tribunal Constitucional no solamente aplica la norma cuando haya que aplicar, o interpreta, o argumenta, sino que también tiene una función de pacificación de conflictos sociales, de ordenación del sistema jurídico y de racionalización. Ello, por cuanto lo que busca el Tribunal, de acuerdo al artículo II del Código Procesal Constitucional, es que los procesos constitucionales tengan como fines esenciales garantizar el orden jurídico constitucional y tutelar los derechos fundamentales. Aunque esas finalidades pueden ser contradictorias (por un lado el interés subjetivo del particular, y por otro lado el interés objetivo del orden jurídico), el Tribunal lo que hace es integrar ambas.

¿Qué nos puede deparar el futuro en torno al papel de los tribunales en Latinoamérica? Yo creo que nos va a guiar a una afirmación del respeto por los derechos y seguridad jurídica en todos los

ámbitos de actuación de un territorio (sea Perú, sea Bolivia, Ecuador o Chile). De esta manera, se cumplirá el principio de que todos somos iguales ante la ley y, en consecuencia, se aplicarán las normas y las sentencias para todos. Es un principio de justicia, elemental en un Estado moderno.

¿Si es válido distinguir entre crear o interpretar o es simplemente un problema de repartición de poder? Te doy un ejemplo. Los propios parlamentos hacen tareas cuasi-jurisdiccionales cuando acusaciones constitucionalmente. Allí, la subcomisión de acusaciones la lleva el tema a la comisión permanente, quien puede dictaminar y elevar al Pleno el caso a fin de sancionar al funcionario con una inhabilitación, destitución o amonestación. De igual manera, vemos que el parlamento delega funciones al Poder Ejecutivo, quien legisla mediante Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia. Por su parte, el Poder Judicial también dicta, o tiene la facultad de dictar, precedentes vinculantes con efectos generales.

Entonces, esa clásica división de poderes sobre la cual se formó el Estado Constitucional hace 200 años, se ha ido transformando de un sistema de división hacia un sistema de cooperación, y la expresión más clara de ello es el control y balance de los poderes. Claro, no es que alguien tenga la última palabra, sino que todos tienen una cuota de los poderes del Estado. Sin embargo, cuando exista contradicción, es necesario que una de las partes tenga la decisión final. La Constitución ha previsto, en el artículo 202, que corresponde al Tribunal Constitucional ser la última y definitiva instancia en materia de derechos fundamentales; es decir, en casos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*. También le corresponde ser la única instancia en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Y, en los conflictos de competencia se debe ir a una instancia, que es Tribunal Constitucional (*competence of competence*), porque es él quien tiene la habilitación constitucional para resolver. Esto no significa que se crea un supra-poder encima de los poderes del Estado y los organismos autónomos. El Tribunal no es elegido por el pueblo, ni el poder constituyente ha previsto que esté por encima del Estado. En todo caso, es un poder integrador, un poder moderador. Esto, en tanto el sistema de poder en nuestro Estado es uno de balances y equilibrios, lo cual requiere de una articulación. Precisamente en el Tribunal están estas bisagras que permiten la flexibilidad del juego político.

En resumen, diría que en la experiencia peruana, en estadísticas, más del 80% de los casos que resuelve el Tribunal son desestimados. Es decir, el

Poder Judicial, mal que bien, ha dictado resoluciones que no son contrarias a la Constitución. Solamente un 20% son fundadas. En cuanto al Poder Legislativo, dicta cientos de leyes cada año; pero del año 96 a la fecha hemos dictado 240 sentencias, de las cuales aproximadamente quince son sentencias interpretativas y 50 más serán las que declaren la inconstitucionalidad de una norma clara o abiertamente. Ello denota que nuestra función es residual.

¿A qué se debe el poco peso de los tribunales en los países de tradición civil en relación a sus pares anglosajones? Pues yo creo que, en general, en el mundo anglosajón es la judicatura la que va contribuyendo a realizar el Derecho. Diría, en consecuencia, que no se trata del poco peso de los Tribunales Constitucionales en los países de tradición civilista, sino que en los países de tradición anglosajona su facultad de revisión es más notable. Son lo que ellos llaman los *judicial policy-makers*, que tienen capacidad de hacer políticas, conjuntamente con el parlamento o la Corona.

En el Derecho Civil, en cambio, la noción del juez es la del que imparte justicia; es un administrador, un funcionario burócrata judicial (en el buen sentido). No se le ve como un ente que ejerce poder del Estado y cuyos miembros tienen una cuota de poder en las decisiones públicas, a través de la interpretación de las normas legales y su aplicación al caso concreto. Eso es quizá lo que nos diferencia.

El poco peso de los Tribunales Constitucionales denota esta suerte de transformación de un sistema clásico del Derecho Civil a un sistema que se moderniza a través del Derecho Común. Es una etapa de transición que recién ha empezado y que recién toca las puertas de los países civilistas.

SAGÜÉS: Teóricamente, se puede distinguir entre interpretar y crear. La tarea clásica de interpretar podría consistir en desentrañar el sentido de una norma; es decir, encontrar algo que ya existía. Creo que ante los supuestos de laguna del Derecho Constitucional, el verbo más adecuado es el de integrar, en cuyo caso los tribunales, ahí sí, deben cumplir un rol creativo, cubriendo los vacíos legales. Hay, por tanto, un inexorable rol creativo en la teoría del funcionamiento. Pero, aunque no hubieran vacíos en la Constitución, la dinámica de los tiempos exige que los tribunales no solamente encuentren respuestas ya dadas en la Constitución, sino que a menudo deben elaborar y construir respuestas que no están allí. Además, algunas veces los tribunales deben elegir entre las distintas variables normativas que pueda tener un mismo

precepto; es decir, un precepto ambiguo que de lugar a tres interpretaciones, es en realidad un precepto que tiene tres normas, en cuyo caso los tribunales deben escoger una y deben desechar dos de esas opciones normativas que tiene una Constitución. En esa opción hay un acto creativo. Asimismo, cuando las normas constitucionales no son coherentes o consistentes; es decir, son contradictorias, los tribunales deben también realizar un rol creativo, privilegiando una de las normas sobre las otras. Finalmente, aunque la norma sea clara, los tribunales muchas veces deben preferir una. Ello sucede entre derechos o acciones de deslinde de derechos; por ejemplo, hasta dónde termina la intimidad y cuándo comienza la publicidad o la libertad de expresión. En tal caso, también hay otra tarea inexcusablemente creativa. Otra situación similar se da cuando deben adaptar las normas viejas a las situaciones nuevas y a los conflictos nuevos que presenta la realidad, en cuyo caso es probable que abandonen interpretaciones, aunque hayan sido pacíficamente admitidas hasta entonces, y formulen reinterpretaciones que son también actos creativos, conforme a las nuevas dimensiones de la realidad y a las nuevas creencias o valoraciones que aparezcan en la comunidad. En todo eso también hay una dosis de creatividad y no mera repetición del derecho; o sea, los tribunales no son solamente arqueólogos que buscan respuestas existentes, sino que son muchas veces artífices de la sociedad, elaboradores de nuevas figuras constitucionales. Eso es obligatorio si queremos que la Constitución sea algo útil y funcional.

Con relación al tema de la índole antidemocrática de los tribunales constitucionales, es un viejo argumento que nace con el mismo planeamiento de un Poder Judicial que, históricamente, para la teoría política, es un poder problema; es decir, para la teoría política democrática no es un poder electo popularmente. ¿Está bien o está mal q haya un poder que no tenga origen democrático popular? Eso depende desde luego de la ideología de cada uno. Particularmente, a mí me atrae la concepción del gobierno mixto, que por supuesto tiene mas de veinte siglos de elaboración a través de Aristóteles, de Santo Tomas de Aquino, de Maquiavelo, del mismo Montesquieu. Para la doctrina del gobierno mixto, que haya un ingrediente no democrático dentro de una formula democrática no es algo malo, sino que es algo muy conveniente, es algo muy positivo. Porque para la tesis del gobierno mixto, el antídoto contra la corrupción de las fórmulas puras de gobierno es que hayan ingredientes distintos en esa formula política a la que estamos aludiendo; de tal modo que una inyección, en el peor de los casos, aristocrática, como sería un ente jurisdiccional al que

solamente pueden acceder los abogados, son los tribunales constitucionales. Por supuesto que puede haber excesos, puede haber desviaciones, puede el Poder Judicial convertirse en un cuerpo oligárquico como desviación, como corrupción, como un efecto; pero no necesariamente es así.

3. En el Perú, cuando la dictadura de Alberto Fujimori destruyó la democracia, el Tribunal Constitucional nada pudo hacer. Tampoco tuvo un papel determinante en relación a las violaciones de los derechos fundamentales en dicha época. Tómese como ejemplo la Ley de auto-amnistía a favor de los grupos paramilitares violadores de derechos fundamentales: cuando fue dictada, el Tribunal declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad en su contra. Sin embargo, luego, cuando fue declarada contraria a la Convención Interamericana por la CIDH, el Tribunal, ya en democracia, acató esta decisión en el caso Martín Rivas, dando una "clase" acerca de valores democráticos. La idea es, ¿no es la fuerza de los tribunales latinoamericanos una mera ilusión dado que, cuando las "papas que-man", realmente nada pueden hacer para resistir a las dictaduras?

SAGÜÉS: Bueno, es una buena pregunta. Tenemos que tener una cosa en claro; si la clase política no quiere un Tribunal Constitucional independiente, no va a haberlo, porque normalmente los tribunales constitucionales son designados por esa clase política. En la época de Fujimori, fue evidente que el congreso no quiso elegir un Tribunal Constitucional completamente independiente. Ese es un dato de la realidad política.

El tema nos lleva a la interrogante: ¿quién debe designar a un Tribunal Constitucional?, ¿quién debe designarlo y cómo? Sobre eso hay muchas alternativas en el derecho comparado. Generalmente lo designa el Congreso, con el visto bueno del presidente, o el presidente con acuerdo del Congreso, como bien se da en el caso argentino. Una forma de ensayar una independencia del Tribunal Constitucional, cuando es designado por el congreso, o con la intervención decisiva del congreso, es requerir una mayoría relevante, por ejemplo: tres quintos (3/5) de voto, de tal manera que un solo partido político no pueda designar a los jueces de ese Tribunal Constitucional. La otra alternativa es pensar en un Comité de Nominación, al estilo, por ejemplo, de la Junta de Nominación que existe en Honduras, para nombrar a los jueces de la Corte Suprema y de la Sala Constitucional de

la Corte o algo semejante. No digo que sea exactamente igual al Consejo de la Magistratura del Perú, donde las fuerzas políticas de los partidos políticos no sean las relevantes; pero lo cierto es que si es el Congreso el que designa por una mayoría relativamente simple al Tribunal Constitucional, no hay un futuro promisorio para la independencia de éste, salvo que el Congreso actúe con una ética política destacable, designando gente por su idoneidad y por su independencia. Pero generalmente los congresos caen en la tentación de nombrar para el Tribunal Constitucional a su gente o se reparten los cargos en un procedimiento que en Italia se llama la lotización, el loteo del Tribunal Constitucional, o en España la *parlamentarización* del Tribunal Constitucional, que consiste en repetir, en el Tribunal, las ecuaciones de poder que hay en el Congreso. Por ejemplo, si el partido verde tiene la mitad de la banca del congreso, nombra la mitad de los jueces del Tribunal Constitucional, y si el partido colorado tiene el 25%, nombrará esa cantidad.

LANDA: Los Tribunales tienen una función jurisdiccional por excelencia. En consecuencia, no es una entidad política, no tiene poder político. Lo que tiene es el poder de declarar el Derecho, sea el constitucional, el civil o el penal. Entonces, el papel que juegan los Tribunales Constitucionales frente a la violación de los derechos fundamentales es un rol subsidiario, cuando ya se produjo el hecho, o preventivamente, ante una amenaza cierta e inminente. Yo diría que en la época en la que se plantea la pregunta, época de Fujimori, el Tribunal estaba en cautiverio. Ante situaciones como esas, en países que han pasado por regímenes dictatoriales como Italia, Alemania, España; es que se crean Tribunales de esta naturaleza, como un mecanismo para evitar que durante la democracia se vaya despojando el sistema democrático. Como sabemos, en el año 1992, Fujimori cerró el Tribunal de Garantías, y lo mismo hizo en el año 1997 con el Tribunal Constitucional, cuando se emitió la sentencia que decidía la no-reelección.

Ahora, ¿qué significa esto de que los Tribunales son meros entes testimoniales de las dictaduras? Que sólo pueden reponer después de que han ocurrido los daños, y no de manera preventiva. Ciertamente hay excepciones. Por ejemplo, en 1999 hubo un Golpe de Estado en Guatemala, el cual fue decretado inconstitucional por el Tribunal de Garantías, y que tuvo el respaldo de las Fuerzas Armadas, lo que ciertamente evitó que el Presidente se hiciera con el poder absoluto. En otros países como Ecuador, hace más de un año hubo una fuerte confrontación entre el gobierno y la

oposición. El Tribunal Constitucional ha sido removido. En el caso de Bolivia, dado los conflictos que hay entre el Tribunal Constitucional y el Gobierno, cuatro magistrados han renunciado.

En principio, la regla es que los Tribunales Constitucionales ejerzan una función protectora de los derechos, pero cuando hay una crisis de esa naturaleza, nos enfrentamos a una situación de carácter político, y eso se resuelve en las vías políticas. La justicia y el Derecho operan de manera subsidiaria, como una barrera posterior que garantice inmunidades y derechos (ello, claro está, no evita que puedan haber unas medidas preventivas, como por ejemplo que las personas tengan libertad de tránsito, libertad de reunión, libertad de expresión).

En nuestro país hoy por hoy, estamos en la época de los derechos económicos, sociales y culturales; por eso es que creo que la pregunta va orientada a una etapa muy propia de los años 80 ó 90, cuando el Tribunal estaba en cautiverio.

4. En países donde se permite el control constitucional de las decisiones del Poder Judicial, habitualmente hay tensiones entre estos distintos órganos jurisdiccionales. En el Perú, el conflicto muchas veces se traduce en el desacato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque el descontento aún no ha tomado la forma de un conflicto frontal, a diferencia de Colombia, por ejemplo, donde es conocido el choque de trenes. ¿Cuál es su postura acerca de la posibilidad de control de las decisiones judiciales por parte de tribunales constitucionales?

EGUIGUREN: La decisión de permitir o no la revisión por el TC de las resoluciones finales dictadas por el Poder Judicial, es una opción que debe ser evaluada y adoptada a la luz de la realidad jurídica y política de cada país. Tiene la ventaja de propender a que las resoluciones judiciales cuenten con un mejor control de su adecuación a la Constitución y a la protección de los derechos fundamentales, lo que se hace más necesario ante la insuficiencia o deficiencia en la función casatoria de la Corte Suprema o la falta de cumplimiento de la jurisprudencia, sea por desconocimiento o corrupción de los órganos judiciales.

Considero que en el Perú es necesario mantener la posibilidad de recurrir en amparo o *habeas corpus* contra resoluciones judiciales, pero siempre que sean sentencias que pongan fin al proceso,

que se hayan interpuesto (o podido interponer) los recursos impugnatorios dentro del proceso, y que en dicho control se verifique el respeto del debido proceso, la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de la jurisprudencia del TC en esta materia.

Lo que si habría que modificar es el actual procedimiento, pues resulta contraproducente e incongruente que un amparo o *habeas corpus* contra una sentencia judicial (más aun cuando ella pueda provenir de la Corte Suprema) se inicie ante el propio Poder Judicial, en cualquiera de sus instancias. Debería recurrirse de tales sentencias directamente ante el TC, siendo su admisión excepcional o residual en atención a la naturaleza, elementos e implicancias del caso.

LANDA: Claro, la Constitución Peruana prevé expresamente que ante una resolución judicial que ha causado estado o que es cosa juzgada se puede interponer amparo y *habeas corpus*; así lo prevé el Código Procesal Constitucional en su artículo 4, donde dice que solamente cabe el amparo contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, y *habeas corpus* cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Entonces, el tema parte de que la decisión última del Poder Judicial es la única sobre la cual se puede ejercer control. Ello, en la medida que el amparo es subsidiario y sólo procede una vez agotada la vía judicial.

Es cierto que ello genera tensión, en tanto que el poder solamente se puede detener por otro poder. En el caso del Poder Judicial, ello se manifiesta cuando hay un enfrentamiento entre el Derecho penal, civil o el que sea, con el Derecho constitucional. Solamente cuando la afectación, en el ámbito del derecho civil, penal, patrimonial o comercial tiene ribetes de inconstitucionalidad, al tutelar aspectos sustantivos como la propiedad o libertad económica, o aspectos adjetivos como la tutela jurisdiccional efectiva, es que se puede, mediante un proceso de amparo, revisar la decisión judicial. Pero esto sólo debe verificarse a nivel constitucional, no en materia estrictamente civil o penal. En ese sentido, es razonable la revisión por parte del Tribunal Constitucional, ya que no se constituye en una cuarta instancia, sino más bien en el controlador constitucional de las sentencias.

SAGÜÉS: Bien, esto requiere, en principio, pensar en instrumentos de revisión por parte del Tribunal Constitucional de las sentencias de Poder Judicial que se aparten de la jurisprudencia sentada por aquél. Hay que tener en claro que un Tribunal

Constitucional es el intérprete final de la Constitución y que ese es el sentido para el cual se encuentra diseñado y; por lo tanto, algún mecanismo procesal constitucional debe haber para que las sentencias del Poder Judicial, contrarias a los veredictos del Tribunal Constitucional, sean fiscalizadas por éste. Ahora, esto también requiere por parte del Tribunal Constitucional, prudencia, cautela y sensatez. Hay en el derecho europeo dos principios que son útiles para lograr esta convivencia. El primero es el principio de máxima conservación, el cual dice que el Tribunal Constitucional debe conservar las sentencias del Poder Judicial en caso de duda, si se apartan de los veredictos del propio Tribunal. El segundo complementa el anterior; es el principio de cortesía constitucional. El principio de cortesía constitucional aconseja que cuando el Tribunal Constitucional revisa una sentencia, sobre todo una sentencia de la Corte Suprema, debe actuar mesura, con tacto, con educación, con delicadeza, procurando, desde luego, no ofender al Poder Judicial, y procurando salvar el prestigio de este último. Entonces, el principio de máxima conservación y el principio de cortesía constitucional pueden lubricar el sistema constitucional de revisión por Tribunal Constitucional de las sentencias del Poder Judicial. Al mismo tiempo, desde luego, es aconsejable que el Poder Judicial practique lo que podríamos calificar como el leal acatamiento a las decisiones de un Tribunal Constitucional. Leal acatamiento significa no solamente acatamiento a la letra, sino también, en el espíritu de los fallos del Tribunal Constitucional. Si se juntan estas dos voluntades, leal acatamiento y máxima conservación y cortesía constitucional, de unos y de otros, el sistema puede andar. Si no se opera con este espíritu, con esta buena voluntad, el choque de trenes va a ocurrir no solamente todos los días, sino todas las horas. Es una cuestión, eso sí, de buena voluntad. Si esa *affectio societatis*, para utilizar términos del derecho privado, existe, va a haber paz sistémica.

5. ¿Qué opina al respecto de que los magistrados del TC en el Perú sean elegidos por el Congreso? ¿Cree que se respeta la división de poderes? En su opinión, ¿cuál sería el método ideal para la elección de éstos?

EGUIGUREN: La fórmula escogida en la Constitución de 1993, para que todos los magistrados integrantes del TC sean designados por el Congreso, resulta probablemente la única viable desde el punto de vista político, ya que el Congreso es el depositario de la representación

popular democrática. Es también el criterio seguido en muchos países.

La experiencia de la Carta de 1979, donde los 9 magistrados del TGC eran designados por tercios entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no tuvo buenos resultados, debido a la significativa identificación de los elegidos respecto al órgano que los designaba y que también podía luego reelegirlos. Encomendar esta labor al Consejo Nacional de la Magistratura, en vez del Congreso, o repartirla entre diversos órganos, como sucede con la conformación del CNM o del JNE, podrían aparecer como propuestas sugerentes, sobre todo por la mayor independencia de estos órganos respecto a los intereses políticos y partidarios representados en el Congreso. Pero dudo que tenga actualmente viabilidad, ya que es muy difícil que el propio Congreso esté dispuesto a perder, ceder o compartir esta atribución.

La principal crítica u objeción que, con razón, se formula (en el Perú y otros varios países) a la designación por el Congreso de los magistrados del TC, es el predominio real de criterios e intereses políticos y partidarios para la designación, más que la consideración a los méritos académicos, profesionales y personales de los postulantes. Sin perjuicio de que los parlamentarios deberían manejar con mayor sensatez y calidad este tema, parece un problema no sencillo de encontrar solución. Una medida a considerar podría ser que los postulantes provengan de una nómina conformada por propuestas de las Facultades de Derecho y los Colegios de Abogados, lo que mejoraría la selección previa. Pero la decisión final siempre estaría en el Congreso, por lo que los parlamentarios deberían ponderar mejor las cualidades de los candidatos, más que privilegiar su conveniencia política.

RUBIO: Yo creo que el poder nace del voto democrático y que los magistrados del Tribunal Constitucional, como a su turno el Fiscal de la Nación, el Presidente del Poder Judicial y otros magistrados que deben ejercer control sobre otros órganos, no pueden ser elegidos por éstos. Deberían ser elegidos democráticamente y tener representación política para ejercer su cargo. Desde luego, se puede formar un colegio electoral que los elija y establecer requisitos para postular. La democracia indirecta es democracia y podría servir en un caso como éste. En definitiva, me parece impropio que el Tribunal sea elegido por el Congreso. Debe, por el contrario, tener una elección democrática.

6. El Tribunal Constitucional ha tenido, en su historia, sentencias bastante contradictorias entre sí (a modo de ejemplo podríamos mencionar casos como el referido al control difuso de la administración, el caso Nextel y el de validez y vigencia de las normas). ¿A qué puede atribuírsele dichas contradicciones y cómo podríamos evitarlas?

EGUIGUREN: El Código Procesal Constitucional dispone que el TC podrá establecer **precedentes**, que resultarán vinculantes y obligatorios, lo que debe permitirle fijar criterios y principios de interpretación, contenidos sustantivos y reglas procesales que se distingan dentro del conjunto de las resoluciones y jurisprudencia. Su uso adecuado permitirá ir logrando mayor coherencia y previsibilidad de la jurisprudencia del propio TC, pero también facilitará su mejor identificación y aplicación por los órganos judiciales.

Con ello debe superarse los problemas de decisiones contradictorias del TC, que tampoco han sido lo predominante en los últimos años, sin perjuicio del cuidado que deberá poner el propio Tribunal en este asunto para actuar con coherencia. Lo anterior no impide que el TC pueda apartarse de sus precedentes o tendencia jurisprudencial previa, siempre y cuando motive y fundamente suficiente y razonablemente las razones de este cambio, ya sea debido a las circunstancias particulares o distintas del caso, o por la necesidad de adecuar la interpretación y aplicación de la Constitución a nuevas realidades y exigencias.

Sin duda que un factor que puede haber incidido en ciertas contradicciones entre algunas sentencias, proviene de la excesiva carga procesal que atiende el TC. Por ello, es importante que se reduzca el volumen de casos que lleguen a conocimiento del TC, estableciendo un **procedimiento de calificación y admisión** por parte del propio Tribunal, cuando se trate de los recursos de agravio constitucional interpuestos en procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento; de modo que se brinde acceso al TC sólo cuando el caso tenga relevancia, es decir, que no sea similar a otros ya resueltos en precedentes del

TC, o cuando el asunto revista especial interés, sea por el caso concreto en sí o por su posibilidad de incidir en el cambio de la jurisprudencia o la formación de nuevos criterios.

RUBIO: He seguido con bastante detalle la jurisprudencia del Tribunal en los últimos años y no encuentro sentencias “bastante contradictorias”. Personalmente, más bien, la jurisprudencia del Tribunal me parece sumamente consistente y homogénea. No creo que se lo pueda acusar de contradictorio en lo absoluto, salvo cosas muy accidentales y que, más que contradictorias, son poco claras conceptualmente (por ejemplo, la diferencia entre razonabilidad y proporcionalidad, dos conceptos a los que les ha dado gran protagonismo en su jurisprudencia). Es verdad que algunas veces ha corregido sus fallos anteriores, pero en general lo ha hecho explícitamente y de acuerdo a ley.

7. Dentro de la Teoría de la Desobediencia Civil⁶, autores como Ronald Dworkin sostienen que es defendible que cuando una norma tiene dudosa validez (por cuestiones de forma o fondo), el ciudadano pueda seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia competente (en el caso de nuestros países, el Tribunal Constitucional). El autor se basa en que el individuo tiene un deber de lealtad al derecho y no a la opinión de un particular sobre éste, y que su comportamiento no será injusto mientras se guíe por su propia opinión, considerada y razonable, de lo que exige la ley⁷ (aunque esto tampoco significa que puede desentenderse de lo que dicen los tribunales). En su opinión, ¿Es factible una idea que sugiere respetar la desobediencia civil cuando ésta responde a fundamentos jurídicos justos como la igualdad o la libertad, incluso si ello puede atentar contra la seguridad jurídica? ¿Es realmente el control difuso un arma suficiente para ello?

SAGÜÉS: La teoría de la desobediencia al derecho tiene un largo desarrollo; desde el pensamiento cristiano se canaliza a través de los

⁶ Definida por J. Rawls como “un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa”. RAWLS, John. “A theory of justice”. The Belknap Press. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. Traducido por: Fondo de Cultura Económica. México. 1978. pp. 404-443.

⁷ Con esto, Dworkin pretende defender y justificar la negativa de los individuos a ser reclutados por el ejército estadounidense.

derechos de resistencia a la opresión. El derecho de resistencia a la opresión autoriza a la rebelión, autoriza la desobediencia a las normas; la doctrina del derecho de la opresión sostiene, además, que la norma intrínsecamente injusta en realidad no es derecho, sino que tiene apariencia de derecho o cáscara de derecho. Cuando usted se encuentra frente a una norma incuestionablemente injusta, se produce una laguna, una laguna axiológica; es decir, la norma no es tal, la norma intrínsecamente injusta no es norma y por lo tanto no merece seguimiento, no merece obediencia.

Pero tampoco es que la doctrina del derecho de resistencia a la opresión autoriza, digamos, la rebelión individual, frente al gobierno tiránico, al gobierno despótico. El derecho de resistencia a la opresión es un derecho colectivo, no es un derecho individual en el pensamiento cristiano; o sea, es un derecho del pueblo, no el derecho de una persona o de otra persona. Ello, no solamente por razones de seguridad jurídica, sino por razones de orden, para evitar la anarquía; porque si cada uno quisiera obedecer solamente las leyes que le parecen justas, ese juicio individual conduciría desde luego a una situación caótica donde, en el fondo, cada uno obedecería solamente las normas que le convienen y desobedecería las que no le convienen.

En síntesis, el problema del derecho injusto, que es derecho aparente, se lo tiene que canalizar por el ejercicio de doctrina del derecho de resistencia a la opresión; pero, insisto, no solamente por razones de seguridad jurídica, sino por razones de convivencia; lo contrario sería arribar al caos.

8. La uniformidad de criterios en las decisiones judiciales es un problema que aqueja a los países latinoamericanos, especialmente en Perú. Dicho ello, ¿resulta correcto pensar que los precedentes deberían ser vinculantes sólo cuando ello se expresa en las sentencias (tal como lo indica el artículo VII del Código Procesal Constitucional) o debería seguirse el modelo de vinculación por la argumentación del caso?

RUBIO: El Tribunal Constitucional ha dicho que sus sentencias obligan de dos maneras: como precedentes vinculantes declarados expresamente y como *stare decisis* de fundamentación de cada sentencia, aunque no se trate de un precedente formalmente declarado como tal (revisar el fundamento 2 de la sentencia en el caso 6167-2005-PHC-TC). Y la razón es evidente: si el

Tribunal resolvió de una determinada manera un caso, debe resolver de la misma manera los siguientes. Esto es sana razón. Lo que es inexplicable es que un tribunal, cualquiera que sea, se permita la licencia de resolver en las antípodas dos casos sustantivamente iguales. Eso no tiene sentido para la razón humana en su mínimo espíritu de justicia y equidad.

SAGÜÉS: Desde el punto de vista práctico, cuando se hace referencia a ello explícitamente en la sentencia, las cosas son claras y se evita mayores debates, ya que se especifica qué es y qué no es obligatorio. El sistema del que comenta la pregunta obliga a distinguir entre lo obligatorio y lo no obligatorio. Hace poco, en Argentina, hemos tenido, con referencia a los indultos dados a la junta militar y a los militares en casos de delitos de lesa humanidad, un debate en el pleno de la corte, interpretando un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Justamente, un juez de la corte dice: "esto no es *holding*, esto es *obiter dictum*, entonces esto que ha dicho la Corte Interamericana no me obliga".

Se discute qué obliga y qué no obliga, lo que genera una especie de rastreo, de análisis renglón por renglón; ¿será *holding*?, ¿sería *obiter dictum*? Porque el segundo no obliga. Para evitar esas discusiones, la primera alternativa que mencioné me parece más atractiva; es decir, esta es la doctrina obligatoria y punto; evita debates.

Desde luego, los abogados van a intentar demostrar que lo que les conviene es *holding* y lo que no les conviene que es *obiter dictum*; con lo cual, entramos en el debate que, fíjese usted, en casos importantes que le estamos comentando, como los propios jueces de la Corte Suprema, están polemizando sobre qué tramo del fallo de la Corte Interamericana es obligatorio y cuál no.

9. En Estados Unidos, autores como Larry Kramer consideran que el pueblo debe retener la última palabra sobre el significado de la Constitución. Así, este autor menciona, dentro de lo que denomina la teoría del Populismo Constitucional, que "quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste

como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente”⁸. Con esto, el autor pretende minimizar la supremacía de los tribunales constitucionales (o en el caso de EEUU, la Corte Suprema) en la tarea interpretativa, otorgándole tal potestad a los ciudadanos como controladores de la validez y eficacia de las sentencias. ¿Puede compatibilizarse una postura como esta con la existencia de un Tribunal Constitucional que sea máximo intérprete de la Constitución? ¿Cómo hacer que el pueblo influya en la interpretación de la Constitución?

SAGÜÉS: Esa pregunta me trae a la memoria la Constitución de Colorado de 1905, que establecía la apelación popular de sentencias; es decir, cuando la Corte Suprema del Estado declaraba inconstitucional una ley, si el 5% de los electores no estaba de acuerdo con ella, podía exigir una votación popular con la finalidad de ver si se mantenía o no la declaración de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Suprema. Así, esto no es nada nuevo para el Derecho norteamericano.

Bien, si entendemos que el pueblo es el sujeto fundamental del poder constituyente, no es nada ilógico someterle a él la decisión de temas constitucionales. En el fondo, el pueblo estaría ejercitando el poder constituyente al interpretar la constitución (no en vano, por eso, se dice que la Corte Suprema de los Estados Unidos es una convención constituyente de sesión permanente). Así, el tema no es ilógico; el problema es más bien práctico, porque tendríamos que someter veredictos constitucionales al pueblo con mucha frecuencia; es decir, cada vez que discutimos si una ley es constitucional o no, tendríamos que hacer esa consulta popular vinculante. Esto no es fácil materialmente; a la gente no le agrada ser convocada veinte o treinta veces por año para resolver temas constitucionales.

Pero hay algo más grave. Supongamos que ese problema se supere y que cada uno tenga en su casa una computadora registrada donde pueda votar. ¿Es bueno que el pueblo sea sujeto cotidiano del poder constituyente? Montesquieu no lo miraría con tan buen gusto, porque él no piensa que el pueblo sea un buen órgano de gobierno.

Recuérdese que para Montesquieu el pueblo está habilitado para elegir a los que deben gobernar, pero no está habilitado para gobernar por sí mismo. Montesquieu diría que el pueblo se guiaría por pasiones, por intereses políticos contingentes, por factores emocionales o vivenciales y no por, digamos, respuestas inspiradas en el bien común, sino en intereses muy sectoriales. Otra pregunta relevante sería, ¿quién interpretaría mejor la Constitución, el Tribunal Constitucional o el pueblo común? Bien, desde una lógica puramente democrática habría que concederle al pueblo este derecho; mire las elecciones en Suiza, Austria, Francia, por ejemplo; si el pueblo es o no un buen intérprete en materia de derechos humanos, ¿respetarían las mayorías a las minorías? Con esta alternativa no tendríamos esa seguridad (justamente una de las posiciones que más legitima al Poder Judicial de nuestros días es su deber de tutelar a las minorías en sus derechos humanos fundamentales, frente a los excesos de las mayorías).

Me viene a la memoria las palabras de un fallo de la Corte Suprema de Iowa, Estados Unidos, que afirma que la Constitución protege al pueblo de los excesos del gobierno, pero también protege al pueblo de los excesos del propio pueblo. La frase es muy atractiva, la Constitución es también un límite al pueblo. Con un sistema de consulta popular, la Constitución no sería un límite al pueblo, ya que el pueblo definiría lo que es constitucional o no constitucional, y podría reformular la Constitución cotidianamente de acuerdo al pensamiento de la mayoría. En definitiva, el tema es opinable. Yo no habilitaría consultas populares frecuentes para definir temas constitucionales; las habilitaría en temas muy fundamentales que merezcan una convocatoria a plebiscito o referéndum.

10. ¿Qué implicancias tiene el Derecho Constitucional en el Derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas? ¿Cuál es el contenido y significado del derecho a la identidad contenido en el artículo 149 de la Constitución?

LANDA: El derecho a la identidad contenido en el artículo 149 está fundado en un principio de carácter jurídico. Como todo Estado de Derecho, reconoce la pluralidad en una sociedad con cierta heterogeneidad cultural en un proceso de inte-

⁸ KRAMER, Larry. "The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review". Oxford: Oxford University Press. 2004. En: GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer". p. 3.

gración. Y esa pluralidad es justamente un conocimiento de grupos diferentes, que tienen un bagaje cultural, político y religioso. Hay que tener una vocación de Estado Democrático Unitario de integración.

En los años 20, surge un movimiento en el Derecho constitucional de donde salieron 4 grandes personajes del Derecho constitucional: Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend y Hermann Heller. Smend y Kelsen discuten precisamente esta noción de que todos, con nuestras diferencias, podemos integrarnos (Alemania no era un país desintegrado como el nuestro, pero sí con diferencias también marcadas). Con ello quiero decir que la identidad parte por el reconocimiento del otro. Yo no puedo decir que no hay nadie en la selva y por tanto puedo vender o hacer cualquier cosa allá. En ese lugar hay toda una tradición jurídica, que a veces no está muy reconocida.

Dicho ello, yo pensaría que la Constitución ha reconocido en el artículo 149, desde un punto de vista jurídico, que el Derecho consuetudinario tiene validez porque las comunidades campesinas y nativas pueden resolver sus conflictos de acuerdo a sus usos y costumbres, expresados en normas continuas en el tiempo. Y de otro lado, el artículo 139 inciso octavo dice que, por ejemplo, los jueces no pueden dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso deben aplicar las reglas generales del Derecho y del Derecho consuetudinario. Los jueces de paz de la localidad tendrán que utilizar el Derecho consuetudinario, que no está escrito, en distintos ámbitos, siempre que no agraven los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Creo que falta trabajar, pero hay un punto de partida, como es esta integración en el ámbito constitucional.

11. En un país heterogéneo como el Perú, donde se entremezclan diversas culturas y morales sociales, difícilmente puede pensarse que la interpretación de la Constitución es una única, según lo que el Tribunal Constitucional decida. En ese orden de ideas, ¿Cómo legitimar las decisiones del Tribunal Constitucional cuando sus interpretaciones pueden no abarcar todas las situaciones sociales de los distintos grupos humanos del Perú? ¿Por qué considerar que dichas decisiones son parámetros a seguir por todos los ciudadanos?

EGUIGUREN: Lo primero a precisar es que si se plantea un problema de interpretación de la Constitución es porque el texto de una disposición admite razonablemente más de un significado o

contenido normativo, correspondiendo al intérprete jurisdiccional determinar o escoger una de estas posibles interpretaciones. No es, como creen algunos, que la interpretación supone encontrar la interpretación "correcta" o la "única" respuesta válida; no es resolver la "adivinanza" o desentrañar el acertijo.

Existiendo diversos intérpretes de la Constitución, cuando se establece un Tribunal Constitucional es para que éste sea el último y supremo intérprete de la Constitución. Su opinión y decisión deben prevalecer sobre cualquier otra, pues, de no ser así, la existencia misma del TC perdería razón de ser. Claro que a este argumento de "jerarquía" en la interpretación del TC no excluye su deber de motivar y fundamentar adecuadamente sus resoluciones para justificarlas jurídicamente, lo que contribuye a legitimar su condición de supremo intérprete.

Que el TC se pueda equivocar alguna vez o que se pueda discrepar de alguna de sus decisiones es totalmente normal y no afecta lo dicho previamente respecto a su rol y función. El TC siempre conoce de conflictos jurídicos, por lo que al existir intereses y posiciones enfrentadas, no puede pretenderse que su resolución satisfaga a todos. Lo deseable es que se encuentre adecuadamente motivada y fundamentada en el plano jurídico, que tome en cuenta la problemática y realidad social y política del país, los efectos de su sentencia y el rol previsor que pueda cumplir, tanto para resolver los conflictos como para fortalecer la institucionalidad democrática, la afirmación de los derechos fundamentales y la actualización de la Constitución a las exigencias del país.

Ello no quiere decir que el TC deba actuar por cálculo político o de popularidad al momento de adoptar sus decisiones. Tampoco puede ni debe intentar sustituir el rol que corresponde al gobierno o al legislador en la solución de los problemas sociales o la adopción de decisiones de política pública. Pero sí puede colaborar en este campo, actuando con firmeza, independencia y de manera creativa, pero con mesura y sin caer en el populismo ni "vedettismo" político, porque es un órgano jurisdiccional y no una instancia política. Hasta el momento considero que, en general, el TC ha cumplido un rol positivo en la comprensión de los problemas de nuestro país, su multiculturalidad y pluralidad social.

LANDA: Creo que tiene que ver mucho con la elección de los magistrados del Tribunal. El Tribunal debe expresar en su composición la pluralidad o la heterogeneidad que tiene nuestro

país, representada en el parlamento, donde por ejemplo hay todo tipo de personas. El Tribunal, en tanto es representante de esta pluralidad (en el sentido jurídico), de esa heterogeneidad política, social y cultural del país, tiene la garantía de poder ser la síntesis de diferentes valores.

En una democracia coexisten principios democráticos y sociales mínimos que la Constitución ha consagrado. Lo que quiero decir es que la decisión del Tribunal tiene que buscar la representación de los intereses de la comunidad. En consecuencia, ponderar e integrar razonablemente. El Derecho usualmente se ha visto como un Derecho positivo, dónde las verdades son o blanco o negro. Sin embargo, si nos remontamos a los orígenes de la Constitución en un Estado de Derecho clásico, se hablaba de la *prudencia iuris*, o sea de la jurisprudencia, que es la prudencia del Derecho. La prudencia del derecho no es otra cosa que la razonabilidad de los fallos del Tribunal Constitucional. La razonabilidad supone un juicio de proporcionalidad, de adecuación de necesidad de la medida y de la proporción de la medida que se va a dictar. Y el Tribunal lo ha establecido como método de control tanto en materia de derechos fundamentales como de inconstitucionalidad. Son estos parámetros los que el Tribunal trata de abarcar no como directiva, sino como una verdad relativa ininteligible con cargo a que después se pueda revisar.

RUBIO: Más bien creo que el Tribunal Constitucional ha dado cátedra entre los órganos del Estado en materia de resolver los asuntos con criterio de pluriculturalidad, allí donde tuvo que tomar ese problema para resolver. Un solo órgano debe ser la cúspide de la interpretación constitucional. Pero debe tener una concepción pluralista del Derecho, estableciendo al mismo tiempo sus límites. El Tribunal Constitucional ha dicho con meridiana claridad que ese límite es el respeto a los derechos constitucionales, cuyo núcleo duro no se transige.

12. El Tribunal Constitucional fundamenta la obligatoriedad de sus sentencias en su autonomía procesal y en su carácter de supremo intérprete de la Constitución. No obstante, nada asegura que sus decisiones sean siempre acordes a la voluntad general de la ciudadanía ni a la lógica o literalidad de las normas constitucionales. Es más, incluso pueden concluir en algo totalmente contradictorio con lo estipulado expresamente en una norma. Tomando en cuenta ello, ¿Qué mecanismo es el correcto para juzgar y criticar las

decisiones del Tribunal, si éste constituye una instancia única e inapelable? En palabras más simples, ¿cómo controlar la discrecionalidad del Tribunal en la toma de sus decisiones?

EGUIGUREN: Por lo que vengo señalando, sólo puedo concluir que el TC es el principal encargado y responsable de controlar y modelar (también moderar) su propia actuación jurisdiccional. No puede estar sometido a tutela política o jurídica de otros órganos del Estado.

Además de este control interno o autorestricción del TC, la comunidad jurídica (académica y profesional), la opinión pública y la prensa, son mecanismos importantes de evaluación crítica a la labor del TC, cuyo pronunciamiento constituye también un factor de control externo. Que el TC se equivoque en una decisión, al menos a criterio de la mayoría, es algo que puede suceder, pero no creo que sea un problema actual en su experiencia, más allá de algunas interpretaciones que puedan considerarse "excesivas", sin que quepa calificarlas como arbitrarias. Las resoluciones del TC no tienen por qué contentar o satisfacer a todos ni a una mayoría; deben resultar razonables y motivarse adecuadamente desde el punto de vista jurídico.

RUBIO: Un órgano tiene que ser siempre la última instancia. De eso no cabe duda. También se puede equivocar y de hecho se equivocará. Pero eso es mejor que eternizar la discusión con interminables instancias. Está bien que el Tribunal Constitucional sea la última instancia y el intérprete jurisprudencial máximo de la Constitución. Como en todo, tendrá que haber control sobre él porque ningún órgano es autárquico en el Estado de Derecho. Los mecanismos de control serán la destitución y la modificación constitucional por el poder constituyente. No comparto el que se deba asegurar que las decisiones de un órgano jurisdiccional "sean siempre acordes a la voluntad general de la ciudadanía" o a la "lógica o literalidad de las normas constitucionales". La voluntad general de la ciudadanía legisla constitucionalmente pero no hace jurisdicción. El día que lo haga, caeremos en la peor de las arbitrariedades. Las normas no tienen que interpretarse sólo de acuerdo a su literalidad o "lógica" (probablemente estamos hablando de la *ratio legis*). El Derecho constitucional es un sistema complejo que tiene consistencia propia y dentro del cual se pueden encontrar respuestas normativas distintas a la literalidad o la *ratio legis*, combinando contenidos de diversas normas jurídicas y ponderando pesos de diversos principios. Nada de esto lo ha inven-

tado el Tribunal Constitucional peruano: existe desde hace miles de años en nuestra tradición Romano-germánica. Y me parece que si hay contradicciones, ellas están en una técnica legislativa bastante deficiente de nuestra Constitución y no en los esfuerzos que ha hecho el Tribunal para darle consistencia racional a través de su jurisprudencia. (No hay que olvidar que nuestra Constitución es la única del mundo, que yo conozco al menos, que tiene una notable errata oficial desde hace catorce años sin que ningún Congreso se haya dignado corregirla: el artículo 139 inciso 15 está totalmente repetido en el inciso anterior. El mecanógrafo que la transcribió se distrajo y ya está: errata por quince años). Las deficiencias están en la Constitución. Haríamos bien en darle consistencia técnica. Con ello, el trabajo del Tribunal sería mucho menos dramático. Habría que recordarles esto a los 120 congresistas de cada lustro.

13. Con relación al Principio de Eficacia Integradora, se ha defendido que la Constitución debe servir de núcleo integrador del ordenamiento jurídico y la realidad social en la que rige. Sin embargo, también se ha reconocido que las decisiones inspiradas en este Principio

mantienen un contenido político. En tal sentido, ¿cuál cree usted que es el fundamento político de las decisiones del Tribunal Constitucional?

EGUIGUREN: La principal misión del TC es preservar o restablecer el respeto de la Constitución por las normas y la plena vigencia de los derechos fundamentales. También debe resolver los conflictos de competencias que se puedan plantear o suscitar entre los órganos del Estado. Todo ello debe contribuir a afianzar la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y los derechos de las personas. Creo que el TC ha actuado con acierto, por ejemplo, al clarificar su papel y el del Amparo respecto a determinadas decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. Igualmente, al delimitar y corregir cierta actuación normativa de algunos gobiernos regionales. Si el TC cumple este rol, es porque se lo otorgó la Constitución emanada del poder constituyente y ratificado por la voluntad popular. Este es el fundamento político de su función y autoridad, lo que legitima sus decisiones, le guste o no o le incomode a los órganos sometidos a su control en asuntos de constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.



Si te pagan por el BCP estás más feliz

Cuenta Sueldo BCP

No es sólo una Cuenta, es todo un programa de beneficios:

- ▶ *Una cuenta sin costo de mantenimiento.*
- ▶ *Mayor acceso y mejores condiciones en créditos y tarjetas de crédito.*
- ▶ *Condiciones preferenciales y más beneficios si tienes tu Cuenta Sueldo y tu CTS BCP.*
- ▶ *Acceso a increíbles descuentos en la revista "Cuenta Sueldo BCP".*
- ▶ *Juegos, premios y muchas sorpresas en www.viabcp.com*

Pide a la empresa donde trabajas que te paguen a través del BCP, o llámanos al (01) 311 9898 (opción 99)

Tasas y tarifas de la Cuenta Sueldo BCP: Tasa efectiva anual (TEA) de 0.125% en soles y dólares. El pago de intereses se calcula en un año de 365 días (si el año es bisiesto en 366 días). Si el cliente realiza más de 5 operaciones en ventanilla al mes, se le cobrará S/. 2.10 ó US\$ 0.70 (S./2.22*) por operación. Las consultas de saldos y movimientos de la Cuenta Sueldo BCP no se pueden realizar a través de ventanillas. Comisión por traslación de fondos en caso se realice una operación en una plaza (localidad) distinta a la plaza en la que abrió la cuenta: 0.5% desde S./3.00 a S./300 y en dólares desde US\$1 (S./3.17*) a US\$100 (S./317*). Reposición de tarjeta Credimás por pérdida, robo, deterioro, olvido de clave o retención en Cajeros Automáticos es de S/. 700 o US\$ 2.00 (S./6.34*). (*) Los montos en soles son referenciales y corresponden al tipo de cambio vigente al 30/06/07 (S./ 3.168). Para más información sobre nuestras tasas y tarifas visita nuestras Oficinas o ingresa a www.viabcp.com. La Revista "Cuenta Sueldo BCP" se distribuye en los departamentos de Lima, Trujillo, Chiclayo, Piura, Arequipa, Tacna y Cuzco.

LA CONSTITUCIÓN VIVA*

Bruce Ackerman**

La Constitución es una máquina cambiante, como una edificación creada en base a contribuciones que con el pasar del tiempo han ido cobrando sentido e influenciando el contenido de ésta.

El autor nos presenta, mediante un análisis dialéctico de la historia de los Estados Unidos, un examen claro y exhaustivo de cómo las enmiendas constitucionales, requeridas por situaciones coyunturales, han forjado el significado de la Norma Suprema en el tiempo.

En base a jurisprudencia y a una relación cronológica de los cambios políticos, el autor nos invita a conocer el significado de las variaciones paulatinas que la Constitución estadounidense ha experimentado desde su creación; intentando siempre demostrar que la constitución no es un ente estático, sino que cambia porque está viva.

* El presente artículo fue publicado originalmente en Harvard Law Review. Volumen 120. Número 7. Mayo de 2007. La traducción estuvo a cargo de María José Higuera, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al autor por permitirnos traducir y publicar el presente artículo.

** Profesor Sterling de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Yale. Ésta es una revisión de la versión de los Holmes Lectures enviados a la Facultad de Derecho de Harvard el 3-5 de Octubre de 2006. Les agradezco a mis amigos de las Facultades de Derecho de Harvard y Yale, y a mis asistentes de investigación por su destacado trabajo: Tendayi Achiume, Lawrence Benn, Kate Brubacher, Julien Cantegreil, Eric Citron, Dawn Hewett, Marin Levy, Jennifer Nou, Jessica Roberts, Solene Romieu, Justin Slaughter, Bartłomiej Szewczyk, and Taisu Zhang.

I. PRIMERA LECCIÓN: ¿SOMOS UNA NACIÓN?

El teléfono sonó, dando inicio a una conversación frecuente: desde 1989, el Departamento de Estado había insistido para que forme parte de las delegaciones que aconsejan a uno u otro país en su transición constitucional hacia la democracia. Me había negado, vuelto a negar, y vuelto a negar; eso no era para mí, nada de profesar en frente de políticos que ni conocía acerca de un país que no terminaba de entender.

Sin embargo, una vez más, escuché una voz sincera del otro lado de la línea, hablando de manera algo pretenciosa en nombre del Asistente Especial del Asistente del Vice-Asistente del Secretario de Estado. Esta vez, me aseguró, sería algo completamente diferente.

El Departamento de Estado no estaba pidiéndome ayuda para escribir una constitución en un idioma que no podía leer; me estaba invitando a participar de una clase personal con el gran Akhil Alfarabi, un maestro de las tradiciones legales europeas e islámicas, que deseaba aprender un poco más de Derecho Constitucional estadounidense. Nada más que aprendizaje mutuo, la entusiasmada voz me garantizó: ya era tiempo de cruzar la aterrizante caverna que separaba a los grandes sistemas legales del mundo. Y sólo me pedían una semana de mi tiempo.

¿Por qué no?, pregunté, y de pronto me encontré, cansado por el viaje, conociendo a un sonriente Alfarabi en una locación desconocida. Después de incontables tasas de té, comenzó la conversación importante en la parte donde siempre comienzo: con la Constitución escrita, empezando con las palabras “Nosotros, el Pueblo” y siguiendo hasta el final.

Tengo que decir que Alfarabi logró cumplir todas mis expectativas. Era un maestro en el arte de tomar textos lapidarios y elaborar principios legales interesantes, y escuchaba con atención mientras le presentaba las famosas palabras que nos dejaron la Fundación de Estados Unidos y la Reconstrucción. Después de un par de días de agradable conversación, entramos en la ronda final:

los textos del siglo XX. Alfarabi comenzaba a perder la paciencia, y resentirse un poco, ante el hecho de que lo tratara como a un brillante alumno de primer año. “¿Qué tal si cambiamos roles?”, sugirió, “¿y yo tomo el liderazgo al interpretar estas últimas enmiendas constitucionales”.

Para ser honestos, tenía mis dudas; a pesar de todo su aprendizaje, no tenía ni la más remota idea de la historia estadounidense. A pesar de ello, yo tampoco tenía idea de la historia de su país, y eso no nos había dificultado tener grandes conversaciones.

“¿Por qué no?”, me pregunté a mí mismo, imaginando al espíritu de John Dewey¹ aprobar mi decisión de manera entusiasta: “Hemos llegado a la Enmienda Veintitrés. ¿Qué cree que implica?”.

“Bueno, es el año 1933 y Franklin Roosevelt ha sido electo; él quien creó el *New Deal*, ¿no?”.

Asentí de manera entusiasta, como suelo hacerlo, y sentí gran alivio de saber que este hombre sabía más de la historia de mi país que yo de la historia del suyo.

“Y analizando la enmienda”, dijo Akhil, “puedo ver precisamente por qué la llaman *New Deal*. Encuentro muy triste el hecho que los americanos hayan terminado con la prohibición de consumir bebidas alcohólicas; pero, como abogado, es claro que algo muy nuevo está pasando: el Pueblo está pidiendo un gran recorte en los ambiciosos programas federales regulatorios. El principio constitucional más importante está claro: la era del Gran Gobierno se acabó”. Alfarabi habló con confianza, pues es cierto que los grandes abogados siempre tienen confianza en sí mismos.

Antes de que pudiera decir algo, Akhil había comenzado con la siguiente enmienda. “Esta Vigésimo Segunda Enmienda”¹¹, explicó de manera triunfante, “sólo hace pues confirmar mi interpretación. Veo que llegó cuando Harry Truman estaba en la Casa Blanca –¿no era él acaso un fiel seguidor de Roosevelt?– y el texto deja claro que el Pueblo se está moviendo en la dirección que sentó el *New Deal* de Roosevelt. En 1933

¹ ¿O fueron mis amigos Ian Ayres y Barry Nalebuff? Ver: NALEBUFF, Barry e IAN AYRES. “Why not? How to use everyday ingenuity to solve problems big and small”. 2003. pp. 115-132 (sugiriendo la utilidad analítica de apreciar potenciales situaciones simétricas).

¹¹ Nota del Editor: entre el año 1933 y 1937, Franklin D. Roosevelt implementó el Nuevo Trato o Nuevo Reparto de Cartas como una respuesta a la crisis financiera de 1929. Con ello, buscaba una política económica intervencionista por parte del Estado.

¹¹ Nota del Editor: la Vigésimo Segunda Enmienda limita la elección presidencial a un máximo de dos términos consecutivos.

repudiaban al Gran Gobierno, ahora están recordando la presidencia imperial al limitar a dos los periodos de gobierno posibles. No existe duda sobre el gran punto: adiós Gran Gobierno, adiós presidencia imperialista; efectivamente, un *New Deal*”.

Sonrió, confiado de su habilidad con las técnicas interpretativas que le había enseñado cuando analizamos los grandes textos de los siglos XVIII y XIX. Pero yo tomé una pausa, una vez más, antes de responderle, y Alfarabi continuó rápidamente.

Mientras murmuraba algo acerca del Distrito de Columbia, miré aprehensivamente a la Vigésimo Cuarta Enmienda, la cual prohíbe a los estados y al gobierno nacional imponer tributos para las elecciones federales. Este es el único de los textos modernos que nos hace pensar en la preocupación de la era de los derechos civiles sobre justicia racial. ¿Se daría cuenta Alfarabi?

Sí, estoy feliz de reportar que nada escapó a su vista ni a su mente brillante, pero su interpretación enfatizó el extremo más literal del texto. Esta Enmienda marca la primera vez en la historia de Estados Unidos en que la Constitución condena de manera explícita la discriminación económica, y Alfarabi se basó en esto: “Si el gobierno no puede cobrar una tasa para votar, queda claro que tampoco puede afectar otros derechos de la ciudadanía. Por lo que la pregunta es obvia, ¿cómo definir el rango de los intereses protegidos contra esta discriminación económica?”.

“Nunca había pensando en eso”, susurré, pero Akhil ya había avanzado, y cuando llegó a la Vigésimo Sexta Enmienda, que garantiza el derecho a votar de los mayores de edad, comenzó a conectar los puntos: “¿Cuál es el nexo común entre la prohibición de discriminar contra los adolescentes y la prohibición de discriminar contra los pobres?”², preguntó.

Sus ojos avanzaron para ver si las enmiendas restantes contenían las respuestas, pero grande fue su sorpresa al darse cuenta que su viaje había terminado. Han pasado treinta y cinco años desde que se aprobó la Vigésimo Sexta Enmienda en 1971, y el pueblo estadounidense no ha añadido absolutamente nada más a su texto escrito –a

menos que se cuente esa pequeña y extraña provisión, propuesta inicialmente en 1789 y olvidada por casi dos siglos, luego revivida y ratificada por los estados en 1992, que prohibía a los miembros del Congreso aumentar sus sueldos de manera inmediata³.

“Hmm,” dijo Alfarabi, “supongo que no ha pasado mucho en América desde la lucha histórica de los adolescentes para obtener derechos constitucionales. No obstante, ya estoy en la posición de formular la pregunta básica dejada por la era del desarrollo: ¿Cómo puede un gobierno federal débil, con una presidencia castigada, hacerle justicia al repudio que el Pueblo tiene contra la discriminación económica y conceder su apoyo a los derechos de los adolescentes?”.

“Eso no es exactamente los que los estadounidenses piensan sobre nuestro legado del siglo XX”, le dije suavemente.

“¿En serio?, dijo Alfarabi, “¿dónde me equivoqué?”.

“En tomarse estas enmiendas tan en serio y buscar en ellas la fuente de grandes y nuevos principios”.

“Pero eso es precisamente lo que ustedes, los estadounidenses, siempre hacen. La Primera Enmienda, me explicó, no garantiza explícitamente “libertad de asociación”, pero esto se deriva de los principios que le dan base al texto escrito. A veces lo llaman una penumbra, a veces emanación, a veces –como fue el caso en la Primera Enmienda¹¹– casi se olvidan de que las palabras no están en la Enmienda. Pero lo hacen todo el tiempo con sus textos antiguos, y eso es exactamente lo que he estado haciendo con sus enmiendas modernas. ¿No deberían incluso ser más importantes, dado que son más recientes?”.

“Una muy buena pregunta, pero ningún estadounidense la formula”.

“Eso es curioso”, dijo Alfarabi, “¿Por qué se da esta ceguera?”.

“Quizá sus interpretaciones brillantes sugieren una respuesta paradójica: si tratáramos a las nue-

² Ver, de manera general: AKIL REED, Amar. “Intratextualism”. En: Harvard Law Review 112. 1999. p. 747 (defendiendo una aproximación holística a la interpretación textual).

³ Ver: LEVINSON, Sanford. “Authorizing Constitutional Text: On the Purported Twenty-Seventh Amendment”. En: Constitutional Commentaries 11. 1994. pp 101-108 (discutiendo la validez problemática de la Enmienda Veintisiete).

¹¹ Nota del Editor: la Primera Enmienda hace referencia a la prohibición de que por Ley se limite la libertad de culto, religión, prensa, reunión, petición y libertad de expresión.

vas enmiendas como principios importantes, estaríamos falsificando las grandes verdades de los logros constitucionales del siglo XX. Verá, el *New Deal* no representó un repudio a los grandes gobiernos, sino su afirmación popular masiva. Y la era de los derechos civiles revolucionó el compromiso estadounidense con la igualdad racial y no se concentró realmente en la discriminación en contra de los pobres o de los jóvenes”.

“Puede decir lo que desee, mi querido Profesor Ackerman, pero si me perdona, parece que se estuviera inventando esto de la nada. Con el mayor de los respetos, es simplemente imposible apoyar sus argumentos leyendo el texto”.

* * * *

Una cosa graciosa les pasó a los estadounidenses en su camino al siglo XXI. Perdimos nuestra habilidad de poner por escrito nuestros nuevos compromisos constitucionales, de la manera tradicional. Este no es un problema pequeño para un país que piensa que vive regido por una Constitución escrita.

Setenta y cinco años de notas falsas y acordes menores, culminando en una sinfonía de silencio –y el siglo XXI no tendría por qué ser diferente. Simplemente mire a su alrededor: nos encontramos en medio de grandes debates sobre religión y aborto, sobre federalismo y los poderes de guerra del presidente. Pero nadie espera una enmienda constitucional que resuelva estas cuestiones; en cambio, sólo vemos gestos simbólicos en temas como la quema de banderas y el matrimonio homosexual.

Cuando se trata de negocios serios, los activistas del Partido Republicano intentan cambiar nuestra

Constitución en base al texto legislativo elaborado durante el *New Deal*. Están buscando a juristas brillantes que puedan emular al Juez Black, al Juez Frankfurter o a Jackson, al escribir opiniones claves que destruyan todo el derecho de la era precedente y creen un nuevo mundo para el futuro constitucional. Si se salen con la suya, los Presidentes Republicanos añadirán jueces de derecha a la Corte de Roberts hasta que transformen a *Roe v. Wade*⁴ en el *Lochner v. Nueva York*⁵ del siglo XX –el gran anti-precedente que estigmatiza toda una era de Derecho constitucional⁶. Es la revolución judicial, no la enmienda formal, la que sirve para abrir el camino al cambio fundamental marcado por nuestra Constitución viva. A pesar de su insistencia en la primacía del texto escrito, los activistas Republicanos no se confunden por su propia retórica cuando se habla de cosas serias como transformar la Política constitucional en Derecho constitucional⁷.

No obstante, la revolución judicial no es la única manera de transformar los valores constitucionales de la era moderna. Otro camino implica la normativización de los estatutos clave que expresan los principios básicos del nuevo régimen: el Social Security Act⁸, por ejemplo, o el Civil Rights Act⁹ de los 60⁹. Una vez más, la derecha Republicana está insistiendo por hechos cruciales similares y, como en el *New Deal*, la Corte Suprema está resistiendo sus esfuerzos iniciales, para terminar, por ejemplo, con una reciente prohibición estatutaria del “*partial birth abortion*”¹⁰. Pero, si los activistas Republicanos siguen ganando elecciones en plataformas altamente ideológicas, la Corte retrocederá tal como lo hizo con el *New Deal*¹¹. Si el Partido Republicano no sigue con su control de la presidencia y el Con-

⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Nota del Editor: este fallo judicial permitió la legalización del aborto en Estados Unidos.

⁶ 198 U.S. 45 (1905).

⁷ Nota del Editor: fallo judicial desdénado en la actualidad, en que se invalidaban las leyes que limitaban el máximo de horas de trabajo por contradecir el derecho fundamental a contratar.

⁸ Ver: KRISHNAKUMAR, Anita S. “On the Evolution of the Canonical Dissent”. En: Rutgers Law Review 52. 2000. pp. 781; 788-790 (donde discute sobre la canonización del disenso *Lochner* del Juez Colmes).

⁹ Ver: POST, Robert y Reva SIEGEL. “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”. Fordham Law Review 75. 2006. pp. 545; 549 (donde argumenta que el originalismo “provee a sus defensores de un lenguaje convincente en donde se busca un cambio constitucional mediante adjudicaciones y políticas”).

¹⁰ *Public Law No. 74-271, 49 Statute 620 (1935)*.

¹¹ Nota del Editor: el *Social Security Act* de 1935, estableció un sistema de beneficios para jubilados, víctimas de accidentes laborales, seguros de desempleo, ayuda para madres y niños dependientes, ciegos y discapacitados físicos.

¹² Nota del Editor: legislación importante del año 1964 que implicó la lucha contra la segregación en las escuelas y lugares públicos de los Estados Unidos. En principio, estaba dirigida a afroamericanos, pero luego se extendió a la protección de las mujeres en las cortes.

¹³ Civil Rights Act of 1968, *Public Law No. 90-284, 82 Statute 73*; Voting Rights Act of 1965, *Public Law No. 89-110, 79 Statute 437*; Civil Rights Act of 1964, *Public Law No. 88-352, 78 Statute 241*.

¹⁴ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

¹⁵ Los Republicanos Conservadores del Congreso respondieron a *Carhart* con la *Partial-Birth Abortion Ban Act* de 2003 (*Public Law No. 108-105, 117 Statute 1201*). Un cuestionamiento a este estatuto está pendiente frente a la Corte actualmente. Ver: *Planned Parenthood Fed’n of Am., Inc., v. Gonzales*, 445 F.3d 1163 (9th Cir. 2006), cert. granted, 126 S. Ct. 2901 (2006). Si la mayoría

greso¹², el impulso para obtener estatutos clave bajará y el *status quo* se mantendrá. No importa cuál sea el futuro; de cualquier manera, no espere grandes cambios mediante enmiendas formales. Nosotros, el Pueblo, parecemos no poder formular mensajes de la manera descrita en el artículo V^{viii} de nuestra Constitución. Nuestra máquina de escribir parece ser una antigua máquina de escribir más. Pero, ¿por qué?

Hay tres posibilidades: hay algo que está mal en la máquina, algo que está mal en el pueblo americano o no hay nada malo en ninguno. La sabiduría convencional nos da la respuesta feliz: es bueno que la enmienda formal sea tan difícil de conseguir; de lo contrario, la Constitución sería un desastre, llena de detalles con poco significado.

La respuesta feliz tiene la razón a medias: sí, *debería* ser difícil enmendar la Constitución, pero hay muchas maneras de hacer las cosas difíciles. La pregunta es si la manera escogida por los Fundadores tiene sentido.

Mi respuesta es “sí y no”: sí tenía sentido para ellos, pero ya lo ha perdido. Después de dos siglos de desarrollo, la identidad política de Estados Unidos se encuentra en guerra con el sistema de revisión constitucional dejado por los Fundadores. Actualmente, nos identificamos primero como estadounidenses y luego como Californianos. Pero el sistema de enmiendas fue redactado para personas que se sentían sobre todo Neoyorquinos o Tejanos. Nos hemos convertido en un Pueblo nación-centrista atrapado en un sistema estado-centrista de enmiendas.

Esta disyunción entre la forma centrada en el estado y la sostenida en la nación sirve como la fuerza dinámica que mueve la Constitución viva. Aunque los estadounidenses idolatren al texto,

no han permitido que impida el aumento de una conciencia nacional. Desde la Guerra Civil, han dado un apoyo decisivo y conciente a los políticos nacionales y a sus jueces mientras éstos han adaptado instituciones, y textos constitucionales, centradas en los estados para expresar los propósitos nacionales. El gran reto para el derecho constitucional es desarrollar categorías históricas sensibles que hagan entendibles estos desarrollos.

Alfarabi no es más que un fragmento de mi propia imaginación¹³, pero existen muchos pensadores y creadores de carne y hueso en el mundo que piensan que los estadounidenses operan en base a la Constitución formal. Esto ha causado todo tipo de daños, pues usan el mundo hegemónico como un modelo para sus propios arreglos constitucionales —el fiasco de Irak es sólo el último de una larga lista de fracasos formalistas. Sin embargo, una cosa es engañar al resto del mundo, y otra muy distinta engañarnos a nosotros mismos. No podremos definir, menos aún resolver, nuestros problemas constitucionales fundamentales hasta que confrontemos la larga y compleja transformación de la identidad política estadounidense que ha reducido nuestra constitución escrita a una declaración radicalmente incompleta de derecho superior.

Debemos comenzar por ver a los Fundadores como se vieron ellos mismos. Cincuenta y cinco hombres fueron a Filadelfia, pero sólo treinta y nueve firmaron el documento¹⁴. Casi todos habían formado nexos continentales durante y después de la Guerra de Revolución. Habían demostrado, una y otra vez, que estaban preparados para morir por la Unión. Comparados con el ciudadano promedio, eran nacionalistas revolucionarios, y lo probaron cuando salieron de sus sesiones secretas en Filadelfia a proponer una nueva Constitución en nombre de Nosotros, el Pueblo de los Estados

respalda la constitucionalidad de este limitado esfuerzo para circunscribir la relación doctor-paciente, su decisión haría que el movimiento pro Derecho a la Vida presione para que el Congreso se mueva más en el tema de *Roe v. Wade*. Mientras los Republicanos Conservadores se mantengan en control del Congreso y la Presidencia, un estatuto histórico que derogue a *Roe* es posible, catalizando la confrontación con una (cambiante) Corte prevista en el texto.

¹² Escribí estas líneas en el verano de 2006, entregándolas en Octubre. Voy a dejar la discusión sobre la elecciones de 2006 para otro momento

^{viii} Nota del Editor: describe el proceso a través del cual pueden realizarse modificaciones a la Constitución de los Estados Unidos.

¹³ Alfarabi, por cierto, fue un gran pensador islámico que pasó la mayor parte de su vida en Bagdad del siglo XX. Su mayor proyecto fue la integración de la filosofía griega en el pensamiento islámico, aunque también fue un importante teórico musical y músico. Para una reciente introducción a su pensamiento político, ver: VALLAT Philippe. “Farabi Et l'école d'Alexandrie: des prémisses de la connaissance à la philosophie politique”. 2004. Cualquier similitud entre Alfarabi y mi personaje imaginario es una coincidencia. Ello no es verdad cuando se refiere a la no-tan-sutil referencia a mi amigo Akhil Amar; aunque su visión acerca de las últimas enmiendas se encuentran lejos de aquellas que le atribuyo a Alfarabi, sus métodos interpretativos tienen ciertas similitudes (y diferencias). Ver, de manera similar: AKHIL REED, Amar. “America’s Constitution: A Biography”. 2005. Más allá de las enmiendas en particular y respecto a la pregunta mayor, el profesor Amar tienen aún que enfrentarse directamente con el *status* constitucional de las grandes transformaciones del siglo XX que menciono en mi diálogo imaginario. Él está, sin embargo, preparando un libro sobre la Constitución escrita, que aclarará su posición sobre este tema central.

¹⁴ ACKERMAN, Bruce y Neal KATYAL. “Our Unconventional Founding”. University of Chicago Law Review. 1995. pp. 475-514.

Unidos. Aunque los artículos de la Confederación requerían la aprobación de los trece estados para realizar cualquier cambio, los Fundadores declararon que nueve estados serían suficientes para comenzar una nueva vida política utilizando esta Constitución. Fueron más lejos aún y no permitieron que los gobiernos estatales existentes participaran del proceso de ratificación, demandando que cada estado realice una convención extraordinaria de ratificación¹⁵.

Para apreciar la magnitud de estos cambios, supongamos que la reciente Convención Constitucional de Europa hubiera tomado el mismo camino. Como los artículos estadounidenses de la Confederación, los tratados actuales establecen que se necesita de un consenso unánime de la Unión Europea para cualquier revisión¹⁶. Y como el Nuevo Mundo del siglo XVIII, el Viejo Mundo del siglo XXI se caracteriza por un débil apego ciudadano a la Unión y un gran compromiso con las naciones¹⁷. La Convención de Bruselas¹⁸ fue más

allá y estuvo llena de invocaciones orgullosas del ejemplo dejado por Filadelfia^x hace dos siglos¹⁸.

Supongamos entonces que Bruselas hubiera invocado el precedente de Filadelfia y declarado que la Constitución propuesta sería aprobada cuando fuera ratificada por un poco más de dos tercios de los estados miembros (digamos 18 de los 25 para ser igual que los 9 de 13 de Filadelfia)¹⁹. Supongamos, además, que Bruselas también siguiera a Filadelfia al ignorar los procedimientos de ratificación estatales (insistiendo, por ejemplo, que Alemania haga un referéndum para la ratificación, sin importar lo que diga la ley germana al respecto)²⁰.

Podría seguir describiendo el carácter revolucionario de la Fundación Americana²¹, pero ya dije suficiente como para sugerir que lo dicho en Bruselas sobre la Convención de Filadelfia fueron sólo comentarios menores. Incluso el imperioso Valéry Giscard d'Estaing, presidente de la con-

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Véase la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Artículo 48. 24 de Diciembre de 2002. 2002 O.J. (C 325) 5, 31. La legislación vigente está basada en la práctica consistente que se da desde los inicios de la integración europea. Ver: Tratado que crea la Comunidad Europea de Energía Atómica. Artículo 204. 25 de Marzo de 1957. 298 U.N.T.S. 169.

¹⁷ Ver, por ejemplo: OPTEM S.A.R.L. "Perceptions Of The European Union: A Qualitative Study Of The Public's Attitudes To And Expectations Of The European Union In The 15 Member States And The 9 Candidate Countries". 2001. pp. 36-52. Disponible en: http://ec.europa.eu/governance/areas/studies/optem-report_en.pdf (indicando un compromiso relativo a una nación y a la Unión Europea a través de todo el continente). Como en los Estados Unidos del siglo XVIII, los ciudadanos de los diferentes estados varían en su nivel de afinidad por la Unión. En otras palabras, el compromiso hacia la Unión Europea se torna más débil mientras uno se mueva más al norte y al este. Ver: Ibidem. Esta tendencia se ve aún hoy. Ver: OPTEM. "The European Citizens And The Future Of Europe: Qualitative Study In The 25 Member States". 2006. p. 22. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/quali/ql_futur_en.pdf. (que discute el temor de los europeos de que la Unión Europea dañe su identidad nacional).

^x Nota del Editor: se refiere a la Convención llevada a cabo en Bruselas, Bélgica, en la que se trató el tema de la Constitución europea.

¹⁸ Nota del Editor: llevada a cabo en 1787, tuvo como finalidad resolver los problemas de Estados Unidos luego de la independencia frente a Gran Bretaña. Como resultado, se firmó la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁹ Ver, por ejemplo: FERENCZI, Thomas y Arnauld LEPARMENTIER. "La Convention Propose une Constitution à 450 Millions d'Européens". En: Diario Le Monde. 14 de Junio de 2003. Disponible en: <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3214,36-323916,0.html>. ("Nous pouvons nous comparer à la convention de Philadelphie...") (citando al diputado Europeo Alain Lamassouere). Un comentarista regular sobre el movimiento en pro de una Unión más unida, que escribe bajo el seudónimo Publius, evalúa críticamente la comparación con Filadelfia en su carta 27. PUBLIUS. "European Setter 27". Febrero de 2003. En: <http://www.euraction.org/lett/N27.htm>.

²⁰ Cuando la Convención comenzó a trabajar, sólo habían quince miembros en la Unión, pero diez nuevos estados se unieron el primero de Mayo de 2004. Ver: "Tratado concerniente a la adhesión de República Checa, República de Estonia, República de Chipre, República de Letonia, República de Lituania, República de Hungría, República de Malta, República de Polonia, República de Eslovenia y República Eslovaca a la Unión Europea". Sept. 23, 2003, 2003 O.J. (L 236) 17. Cuando los nuevos estados se tornaron miembros, sus ratificaciones fueron necesarias para que la nueva Constitución pueda tomar efecto. Ver: "Presidency Conclusions, Copenhagen European Council". 12 y 13 de diciembre de 2002. Parágrafo 3. Disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/enlargement/docs/pres_conclusions_copenhagen_en.pdf.

²¹ La Convención de Bruselas no se centró en que exista un único método de ratificación por parte de todos los miembros de la Unión, permitiendo que cada uno la ratificara mediante sus propios procedimientos constitucionales. "Treaty Establishing a Constitution for Europe". Artículo IV-447(1). 29 de octubre de 2004. 2004 O.J. (C310) 1, 191. Algunos estados recurrieron al *referendum*; otros, a la ratificación parlamentaria. Hoy en día, quince estados la han ratificado. Véase el mapa interactivo de la Constitución europea. En: http://europa.eu/constitution/ratification_en.htm (Visitado el 7 de abril de 2007), y si las normas fundamentales sólo requirieron su adopción por las tres cuartas partes de los estados de la unión, resultaría completamente factible el obtener tres o cuatro votos favorables sin tener que tomar las medidas extraordinarias adoptadas por los Federalistas para conseguir el asentimiento de los trece estados originales. Ver: ACKERMAN y KATYAL. Op. cit. Nota 14, *supra*. pp. 529-537 (que detalla las tácticas federalistas en varias convenciones estatales de ratificación).

Cuando los franceses y holandeses rechazaron la Constitución, no hubo una inclinación por parte de los líderes de la Unión para repensar su compromiso con la unanimidad. Simplemente extendieron el plazo de ratificación mientras ponderaban sus siguientes movidas. Ver: PRESIDENCY CONCLUSIONS, BRUSSELS EUROPEAN COUNCIL. Parágrafos 42-49. (15-16 de Junio de 2006). Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/90111.pdf

²¹ Ver, de manera general: ACKERMAN y KATYAL. Op. cit. Nota 14, *supra*.

vención, nunca consideró seriamente seguir a George Washington en liderar un asalto frontal a la soberanía estatal en nombre de la Unión²².

Sin embargo, este centralismo fue absolutamente esencial para el éxito de la Convención de Filadelfia. Como en los casos de Francia y Holanda hoy Carolina del Norte y Rhode Island rechazaron de pleno la Constitución de 1787, y continuaron fuera de la Unión incluso cuando el Presidente Washington y el Primer Congreso comenzaron a operar en 1789²³. Si la unanimidad hubiese sido la norma, los vetos de estos dos estados hubieran retrasado por cerca una década —o quizá para siempre— la campaña Federalista para “una Unión más perfecta”.

Los Fundadores Federalistas eran nacionalistas revolucionarios, pero también eran realistas. Sabían que no podían competir en un proceso de ratificación o enmienda que fuera completamente centrado en la nación —digamos un referéndum nacional que hubiera necesitado 60% de apoyo a su iniciativa²⁴. En este nivel fundacional, la Convención creó la federación estado-centrista, en la cual las instituciones nacionales sólo propondrían pero nunca ratificarían iniciativas constitucionales, dejando a la mayoría absoluta de los estados la decisión final.

Sólo el derramamiento de sangre de la Guerra Civil le dio vida a una identidad nacional más fuerte. Por primera vez en la historia estadounidense, los Creadores de la Décimo Cuarta Enmienda^{XI}

declararon directamente que la ciudadanía nacional era primaria y la ciudadanía estatal, secundaria. Con estas palabras, los Republicanos buscaron la transformación de una federación centrada en los estados de los Federalistas a una federación centrada en la nación. Pero esta revolución, se vio luego, fue sólo un triunfo en el papel; transcurriría mucho tiempo antes de que formara parte de la Constitución viva. Para comenzar, el Congreso Republicano no pudo confrontar durante la Reconstrucción las implicancias de su declaración de la primacía de la ciudadanía estadounidense. Se contentó con extender la Constitución centrada en los estados, creada por los Fundadores, más allá de sus límites: todo con el fin de lograr los propósitos de corto plazo de los Republicanos, sin preocuparse por crear estructuras adecuadas basadas en la nación para el desarrollo constitucional futuro.

La primera crisis llegó cuando los estados del sur se negaron a ratificar la Décimo Cuarta Enmienda, impidiendo así que se logre la mayoría de tres cuartos exigida por el artículo V. En lugar de aceptar su derrota, el Congreso respondió con el uso de la fuerza; destruyendo los gobiernos de los estados en su contra, reconstruyendo nuevos y dejando a estos nuevos gobiernos fuera de la Unión inconstitucionalmente, hasta el momento que aceptaran estas nuevas enmiendas²⁵.

Estas actividades revolucionarias llevaron a un éxito pasajero, pero requirieron de tal energía política que dejaron exhaustas a las ambiciones cons-

²² Sin entrar en ninguna discusión importante, la Convención simplemente proyectó la práctica pasada de buscar unanimidad, sobre su Constitución propuesta. Ver, de manera general: “Treaty Establishing a Constitution for Europe”. Op. cit. Nota 20, *supra*. Parte I. pp. 11-40 (que trata sobre las áreas que requieren unanimidad).

²³ ACKERMAN y KATYAL. Op. cit. Nota 14, *supra*. pp. 537-539.

²⁴ Tal como Marshall explicó en opinión ultra-nacionalista, en el caso *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819): “The Convention which framed the constitution was indeed elected by the State legislatures. But the instrument, when it came from their hands, was a mere proposal, without obligation, or pretensions to it. It was reported to the then existing Congress of the United States, with a request that it might “be submitted to a Convention of Delegates, chosen in each State by the people thereof, under the recommendation of its Legislature, for their assent and ratification.” This mode of proceeding was adopted; and by the Convention, by Congress, and by the State Legislatures, the instrument was submitted to the people. They acted upon it in the only manner in which they can act safely, effectively, and wisely, on such a subject, by assembling in Convention. It is true, they assembled in their several States — and where else should they have assembled? (No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the States, and of compounding the American people into one common mass). Of consequence, when they act, they act in their States. But the measures they adopt do not, on that account, cease to be the measures of the people [of the United States] themselves, or become the measures of the State governments”. Ibid. p. 403 (el énfasis es nuestro).

Dos siglos después, esos “sueños políticos salvajes” parecen ser una manera posible de romper con el veto que exige el acuerdo del 5% de la ciudadanía del que se habla en el artículo V de la Constitución de 1787. Nota 13, *supra*. Ver: ACKERMAN, Bruce. “We The People: Transformations”. 1998. pp. 403-418 (que propone un proceso centralizado nacional de enmienda que complementa al artículo V).

^{XI} Nota del Editor: aprobada en 1866, la Décimo Cuarta Enmienda exige una protección igualitaria a todas las personas (incluyendo no ciudadanos). Así, incluye la Cláusula del Debido Proceso y la Cláusula de Protección Igualitaria.

²⁵ Describo el problema legal en: ACKERMAN, Bruce. Op. cit. Nota 24, *supra*. pp. 99-252. El profesor Amar trata de barrer estas dificultades bajo la alfombra en las dieciséis páginas de su “America’s Constitution: A Biography.” Ver: AMAR. Op. cit. Nota 13, *supra*. pp. 364-380. En base a la interpretación hecha por el Senador Charles Sumner acerca de la garantía constitucional del “Gobierno Republicano”, el profesor Amar argumenta que el Congreso Republicano excluye justificadamente a los representantes de los gobiernos sureños “donde todos son blancos”, creados bajo la supervisión de Andrew Johnson. La gente negra en estos estados compone al menos un cuarto de la población y, desde el punto de vista del Senador Sumner, un Estado no puede privar del derecho

cionales del Partido Republicano y del pueblo estadounidense. Una vez que la Décimo Cuarta y la Décimo Quinta Enmienda^{xii} fueron ratificadas por los gobiernos sureños reconstruidos, la atención política del país se trasladó a un lugar diferente, y nadie estaba preparado para considerar seriamente si la nueva interpretación basada en la nación de la ciudadanía estadounidense necesitaba un sistema de revisión constitucional también basado en la nación.

Lo mismo pasó en reacción a la crisis de la elección presidencial de 1876. La disputa entre Hayes y Tilden se resolvió, una vez más, mediante medios extra constitucionales y sin confrontar la verdadera pregunta: ¿tenía sentido aún que el país eligiese a su líder nacional mediante la ficción de un Colegio Electoral basado en estados?²⁶

Esto mismo sucedió en 1873, cuando la decisión de la Corte Suprema en los *Slaughterhouse Cases*²⁷^{xiii} transformó la gran promesa de las nuevas Cláusulas de Ciudadanía en una burla, casi

leyendo estas nuevas provisiones de la misma Constitución. Tomaría mucho más que un pedazo de papel para lograr que la primacía de la nación estadounidense sea una realidad en la Constitución viva.

Qué pena para nosotros. Si la generación de la Guerra Civil hubiese hecho lo debido, los estadounidenses se habrían encontrado en una mejor posición para confrontar las crisis del siglo XX. En distintos momentos, nos hemos visto en la gran necesidad de sistemas de revisión constitucional, selección presidencial y ciudadanía basados en la nación.

Pero hubo una muy buena razón por la cual el siglo XIX no nos ayudó. A pesar de las valientes palabras de la Décimo Cuarta Enmienda, los estadounidenses de ese período aún estaban profundamente inseguros de su compromiso con la primacía de la nación. Todos reconocieron que la secesión había dejado de ser una opción, pero se necesitaría que se dieran los grandes eventos del siglo XX antes que los americanos ordinarios

a voto a un grupo tan grande de la población sin perder el *status* de "gobierno republicano". Ver: *Ibid.* pp. 368-376. Pero la postura del Senador Sumner fue repudiada por el Congreso de la Reconstrucción en el marco de la Décimo Cuarta Enmienda. El profesor Amar da a notar ligeramente que la segunda sección de la enmienda expresamente enfrenta el tema del voto negro, reduciendo el tamaño de una delegación partidaria de un estado en proporción con la cantidad de gente de raza negra, de sexo masculino, mayor a veintiún años y ciudadana de los Estados Unidos que viva en dicho Estado. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS. Enmienda XIV. Párrafo 2. Esta precaución es inconsistente con la teoría de Sumner y Amar, la cual denegaría a los estados sureños su representación en el congreso. La simpatía del profesor Amar por la teoría del Senador Sumner sobre el enmienda significado de la enmienda es especialmente remarcable, dada la adopción general de los métodos de la interpretación textualista. Ni siquiera esta metodología del barrer bajo la alfombra lleva al profesor Amar a su destino. Incluso si la teoría del Senador Sumner triunfara, debe enfrentarse a una serie de hechos incómodos: en 1868, el Congreso de la Reconstrucción se opuso a admitir Congresistas y Senadores de estados sureños individualmente, incluso si estos admitían el sufragio por parte de los negros, e incluso luego de que el Congreso reconoció que estos partidos calificaban como "gobiernos republicanos". Efectivamente, una ratificación de la Décimo Cuarta Enmienda por parte del Estado sureño no era suficiente. El Congreso exigía que los representantes de dichos estados esperen afuera el suficiente tiempo como para que el resto de estados sureños ratifiquen también la enmienda, con el fin de que exista la necesaria mayoría de tres cuartos según el Artículo V. Ver el *First Reconstruction Act* de 1867 ch. 153, § 5, 14 Statute 428, 429 (1867); ver, además: ACKERMAN. Op. cit. Nota 24, *supra*. p 231 (que analiza los problemas constitucionales). Esto último resulta totalmente inconstitucional, y ni Amar ni nadie ha tratado de justificarlo –prefiriendo ignorar los hechos por completo. Ver: JACKSON, Robert H. "The Supreme Court In The American System Of Government". 1955. p. 54 ("The legislative history of [the Fourteenth] Amendment is not enlightening, and the history of its ratification is not edifying." (el énfasis es agregado)). El profesor Amar mantiene que las teorías extremas del Senador Sumner simplemente no guardan relación con el texto de la Décimo Cuarta Enmienda o con el pensamiento prevaleciente del congreso de la época. Peor aún, su aproximación Sumneriana también trivializa la Décimo Quinta Enmienda. Desde el punto de vista de Sumner/Amar, esta enmienda no era necesaria para garantizar el derecho a voto de los negros del sur, en tanto privarlos de la franquicia los descalificaría inmediatamente bajo la cláusula de "gobierno republicano". En cambio, la Décimo Quinta enmienda debería haber tenido el solo propósito de proteger los votos de los negros del norte, donde configuraban menos del 25% de la población adulta. Ver: PRIMUS, Richard. "In the Beginnings". En: *New Republic*. 14 de Abril de 2006. pp. 27, 29-30 (revisando a AMAR. Nota 13, *supra*) (donde comenta sobre la arbitrariedad del 25% de Sumner/Amar acerca del límite entre el republicanismo y la oligarquía). Pero el texto de la Décimo Quinta enmienda no contiene dichas limitaciones, y los creadores de la enmienda ciertamente consideraron que estaban "cimentando los derechos políticos y el poder de los negros en el sur". KEYSAR, Alexander. "The right to vote". 2000. p. 94; Ver también: GILLETTE, William. "The right to vote: politics and the passage of the Fifteenth Amendment". 1965. p. 49. Nuevamente, el apego del profesor Amar por las teorías del Senador Sumner hace que ignore las cuestiones más obvias del texto y la historia de la Constitución. En vez de ignorar los hechos que giran en torno a la propuesta y ratificación de las Enmiendas de Reconstrucción, es más rentable fijarse en las razones por las que los republicanos del Congreso estuvieron obligados a distorsionar las formas planteadas por los federalistas sobre el Artículo V, en un intento desesperado por validar la sustancia nacional de sus nuevas enmiendas Ver: TAN. *Infra*. p. 90-113.

^{xii} Nota del Editor: ratificada en 1870, prohíbe que se le impida votar a un ciudadano por motivos de raza, color o condición pasada de esclavo.

²⁶ Ver, de manera general: FAIRMAN, Charles. "History Of The Supreme Court Of The United States: Five Justices And the Electoral Commission Of 1877" (suplemento de 1988). Luego de vacilar durante un década, el Congreso finalmente promulgó un estatuto que simplemente parchó al viejo sistema de formas que hasta hoy nos atormentan. Ver: ACKERMAN, Bruce y David FONTANA. "Thomas Jefferson Counts Himself into the Presidency". En: *Virginia Law Review* 90. 2004. pp. 551, 640-643 (donde se discute el *Electoral Count Act* de 1887; ch. 90, 24 Stat. 373).

²⁷ 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

^{xiii} Nota del Editor: se refiere a un grupo de casos relacionados a la Décimo Cuarta Enmienda.

privilegiaran de manera inequívoca a la nación en sus identidades políticas²⁸.

La Primera Guerra Mundial, seguida de la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial, impresionó a una generación entera y creó la necesidad de responder a las grandes preguntas acerca de la guerra, la paz y el beneficio económico a nivel nacional. El sentido de comunidad estadounidense se volvió más fuerte con la siguiente generación, en su lucha por los derechos civiles al interior del país y la democracia liberal en el extranjero, y se reforzó una vez más con el 11 de Setiembre.

Esta conciencia política tuvo apoyo también de las transformaciones más grandes de la vida social y cultural. Hace un siglo, Estados Unidos era aún una república de colonizadores europeos que buscaban en el Viejo Mundo un líder cultural y luchaban por ser reconocidos como iguales de los Grandes Poderes de Europa. Hoy, Estados Unidos le habla al mundo en su propio acento distintivo; atrayendo y repeliendo, pero siendo la gran fuerza cultural de esta época. Puede ser que no sea un lugar muy civilizado, pero es una civilización. Y sus habitantes se encuentran en medio de revoluciones de transporte, comunicaciones, educación y negocios, que se combinan para mostrar un gran mensaje: aunque puedas estar viviendo en Montana hoy, tú o tus hijos podrían estar haciendo su vida en Florida u Ohio pasado mañana. Y, si efectivamente sientas tus raíces en otro lugar, verás que, a pesar de las variaciones regionales, hablan "americano" en todos lados.

No hay necesidad de exagerar. No sugiero que los estadounidenses piensen en ellos mismos como ciudadanos de un estado-nación unitario siguiendo el modelo de, por ejemplo, Francia del siglo XIX. Seguimos siendo de Pensilvania o de Oregon, al igual que somos estadounidenses, pero la promesa textual de la Décimo Cuarta En-

mienda se ha tornado finalmente en una realidad viva: somos estadounidenses primero. Y, como la prioridad de la ciudadanía nacional se ha tornado un elemento de la Constitución viva, lo inadecuado de otras formas basadas en los estados inscritas en el texto, no modificadas desde la Fundación, se ha vuelto un gran problema.

Este es el punto más importante de mi fabulosa conversación con Alfarabi. Dado que no está conciente de la trascendencia de la Constitución viva, supone que las enmiendas oficiales expresan los cambios claves de la identidad constitucional estadounidense del siglo XX. Es una presunción totalmente natural. Sólo que no es real. Como consecuencia, sus interpretaciones se tornan ex-céntricas pues todo estadounidense reconoce, de manera intuitiva, que las enmiendas modernas sólo cuentan una muy pequeña parte de la gran historia constitucional del siglo XX, y que tenemos que buscar en otros sitios para entender el resto.

Pero, ¿dónde? Una mezcla de hitos legales pasa volando por la conciencia colectiva: el Social Security Act y *Brown v. Board of Education*²⁹ ^{xiv}, el Civil Rights Act y *Griswold v. Connecticut*³⁰ ^{xv}; la lista es interminable. Cuales sean los estatutos clave que podamos añadir o no, estoy bastante seguro de una cosa: todos los textos que propongan habrán sido producidos por instituciones nacionales, no estatales, lo que es apropiado para las conclusiones constitucionales de "Nosotros, el Pueblo de los 'Estados Unidos'".

El problema llega cuando comparamos los casos y los estatutos clave de nuestras listas. La mía podría contener el Administrative Procedure Act³¹, pero la suya podría no hacerlo; la suya podría incluir a *Roe v. Wade*, pero otros estarían en desacuerdo total. ¿Existe alguna manera de resolver estas disputas además de golpear la mesa con vehemencia? ¿Es posible elaborar criterios, basados en principios constitucionales básicos, que

²⁸ El profesor Robert Wiebe, quien dedico mucho tiempo de su vida a este tema, señala: "Contrary to later myths, the Civil War strengthened regional far more than comprehensive loyalties. Union referred to a constitutional doctrine, to the winning side in the war, not the whole United States". WIEBE, Robert H. "Who We Are: A History Of Popular Nationalism". 2002. p. 92. Desde el punto de vista de Wiebe, el final del siglo XIX marcó una transición en la conciencia natural acerca del autoentendimiento nacional. Ver: WIEBE, Robert H. "The Search For Order, 1877-1920". 1967. pp. 133-163. Esta dinámica nacionalizadora fue intensificada por las revoluciones en telecomunicaciones y transporte, así como por las guerras y crisis, del siglo XX.

²⁹ 347 U.S. 483 (1954).

^{xv} Nota del Editor: cuando a la hija de siete años de Oliver Brown se le privó el derecho de estudiar en una escuela para blancos, denunció a la Junta de la Escuela, logrando que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declare inconstitucional la segregación racial en los colegios públicos.

³⁰ 381 U.S. 479 (1965).

^{xv} Nota del Editor: decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que invalida una norma que prohíbe tomar anticonceptivos, ratificando así el derecho a la privacidad.

³¹ *Public Law. No. 79-404, 60 Statute. 237 (1946).*

dejarían que los abogados y los jueces separen los desechos del trigo de manera disciplinada?

Ése es el problema central invocado en estas lecciones. Quiero dejar claro el problema (partiendo de la idea de un canon constitucional "oficial"): la interpretación de cuáles son los textos centrales del canon. Hoy, en Estados Unidos, el canon oficial está compuesto por la Constitución de 1787 y sus subsiguientes enmiendas formales. Hoy, sin embargo, existe un gran espacio entre este canon oficial y la interpretación del pueblo americano basado en la nación. La profesión ha tratado de llenar este espacio con un canon "operacional" —como lo llamaré de ahora en adelante— que promueve los estatutos clave y los superprecedentes a un rol central en el argumento constitucional. Pero estos intentos han procedido de manera *ad hoc*, y ya ha pasado más que el tiempo suficiente para que reflexionemos al respecto de estos esfuerzos de adaptación y construyamos un canon constitucional oficial que sea adecuado para el uso de abogados y jueces del siglo XXI.

Elaboraré algunas de las preguntas críticas que deberíamos hacernos al definir este canon. Mi "caso muestra" será la era de los derechos civiles, y trataré de definir su contribución distintiva al canon oficial en la siguiente lección. Pero mis propias conclusiones son menos importantes que mi invitación a la comunidad legal en general a tomar un rol activo en este proyecto. El reto es entender los logros constitucionales de *todas* las generaciones desde 1776, incluyendo a los estadounidenses que vivieron en el siglo XX. Sin un asentimiento disciplinado a los grandes textos

legales de la era moderna, el derecho constitucional no podrá darle a los estadounidenses del siglo XXI la guía que requieren para confrontar los retos del futuro³².

La redefinición del canon constitucional está ya en marcha; de manera más evidente, en la reciente discusión para la confirmación, por el Senado, de los nominados a la Corte Suprema por el Presidente George W. Bush. Los Senadores de ambos partidos pasaron horas y horas intentando interrogar a John Roberts y Samuel Alito acerca de una variedad de textos claves del siglo XX. Dirigidos por el Senador Arlen Specter, los nominados fueron continuamente cuestionados sobre si consideraban *Roe*, o algún otro caso, como un superprecedente que era de especial importancia en nuestra ley³³. Los nominados variaron mucho en sus respuestas, pero el solo hecho de la pregunta marca un paso adelante en la redefinición del canon.

Esto sugiere que nuestro canon operacional contiene al menos dos componentes: una parte está compuesta por el canon oficial, y la otra por los precedentes judiciales. La Corte Suprema tiene la obligación institucional de reconocer que los superprecedentes fijan puntos en nuestra tradición constitucional y no deberían ser negados o ignorados en el curso del desarrollo doctrinario. En esto, por supuesto, los superprecedentes se asemejan a las enmiendas formales, las cuales juegan un rol similar al darle forma al canon operacional.

Aun más interesante es que los superprecedentes a veces reciben mayor peso que el que se encuentra

³² Bajo el liderazgo intelectual de los profesores Jack Balkin y Sandy Levinson, las currículas de las escuelas de leyes incrementaron su atención en la importancia de definir el canon. Ver: BALKIN, Jack M. y Sanford LEVINSON (editores). "Legal Canons". 2000. Su propio ensayo está inspirado en la teoría literaria y sugiere que el canon legal debe ser definido en términos de una audiencia en particular para la cual fueron dictados dichos cánones: Un canon puede dictarse para estudiantes; otro, para ciudadanos, y así sucesivamente. Ver: BALKIN, Jack M. y Sanford LEVINSON. "Legal Canons: An Introduction". En: *Ibid.* p. 3, 5. Esta es una aproximación útil, pero no es la mía. Yo tengo un, y sólo un, problema en mente, y éste puede ser usado ante muchas audiencias distintas. El problema es la legitimación constitucional del poder. Siempre que *cualquiera* pone en duda la constitucionalidad de *cualquier* uso del poder, la conversación subsiguiente encontrará a los participantes de ella enfocados en un número relativamente pequeño de textos mientras atacan o defienden dicho uso del poder. La función del canon es identificar dichos textos. La pregunta sobre la legitimación constitucional aparece en distintos foros —desde la Corte Suprema hasta las reuniones de Padres de Familia o la mesa del desayuno. Mientras los participantes en la discusión debaten sobre el tema que se presenta frente a ellos, encontrarán que tienen marcadas diferencias sobre los textos que pertenecen correctamente al canon. Sin embargo, siempre estarán de acuerdo con una cosa: Sólo existe una Constitución, y sea lo que contengan sus cánones, estos deben controlar cualquier tipo de uso del poder. Si, por ejemplo, un participante en la conversación invoca a la Biblia para evaluar la constitucionalidad de un uso del poder puesto en duda, y si no está muy comprometido en la charla matutina, supondrá que los jueces, legisladores y ciudadanos también consultarán la Biblia para resolver un problema constitucional que aparezca frente a ellos.

³³ Ver: "Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel Alito To Be Associate Justice of the United States Supreme Court: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary". 109 Congreso. 2006. p. 321 (en adelante, "Alito") (Declaración del Senador Arlen Specter, presidente del Comité de Judicatura del Senado) ("¿Está Usted de acuerdo con que *Casey* es un super precedente o un super *stare decisis*, tal como lo piensa el juez Luttig?"); "Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. To Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary". 109 Congreso. 2005. pp. 144-145 (en adelante, "Roberts") (Declaración del Senador Arlen Specter, presidente del Comité de Judicatura del Senado) (preguntándole al juez Roberts si *Roe* califica como un "super-duper precedente a la luz... de 38 ocasiones para denegarlo") El juez Roberts fue más explícito que el Juez Alito en su reconocimiento de *Roe* y *Casey*, pero ambos reconocieron el *status* de superprecedente de algunas de las más grandes decisiones del siglo XX. Comparar, por ejemplo: Roberts. *Supra.* p. 145 (*Roe*), con: Alito. *Supra.* p. 393 (*Roe*), e *ibid.* p. 452 (*Brown*).

en el canon oficial. *Brown v. Board of Education* es un punto de referencia mucho más importante que, digamos, la garantía de “una forma de gobierno republicano” en el texto de Fundación³⁴. Mientras que ningún miembro de la Corte Suprema sería confirmado si se niega a aceptar a *Brown*, podría confiadamente confesar sus dudas acerca del significado del gobierno “republicano” e igual hacerse de un lugar en la Corte (a pesar del hecho que la cláusula del “gobierno republicano” fue absolutamente esencial para la generación Fundacional)³⁵. Cuando dirigimos la mirada lejos de nuestras teorías oficiales, vemos que la Constitución viva está organizada sobre la base de un canon operacional que no le asigna primacía, y mucho menos exclusividad, al canon oficial.

Y, sin embargo, estamos actualmente redefiniendo el canon operacional en una manera caótica y poco teórica³⁶. Aunque la noción de “superprecedente” se está volviendo cada vez más familiar, aún no hemos comenzado a considerar, por ejemplo, si los estatutos claves también se

merecen un lugar central en este canon constitucional moderno. Mi respuesta afirmativa no es nada nueva: de manera más notoria, Abraham Lincoln alegó repetidamente que al Compromiso de Missouri debía serle otorgado un *status* “sagrado” comparable a la Constitución misma³⁷. Durante el siglo XX, una serie importante de escritores ha llamado a la profesión a moverse más allá del tratamiento escéptico de la legislación del *Common Law*, y a tratar a los estatutos más importantes, como lo pone el Juez Stone, como “una fuente de derecho, y una premisa para el razonamiento legal”³⁸. Pero debemos comenzar una seria exploración de las implicancias de esta visión en las ruedas y tuercas del Derecho constitucional.

La reflexión sostenida no sólo enriquecerá la empresa de la interpretación constitucional, sino que también enfatizará los grandes riesgos involucrados en el esfuerzo del Juez Scalia, y muchos más, de retar a la misma noción de una Constitución viva. Veremos el reto de Juez Scalia como una invitación a separarnos de los grandes

³⁴ Constitución de los Estados Unidos. Artículo IV. Párrafo 4.

³⁵ Para un buen recuento sobre el surgimiento de esta cláusula durante el primer siglo de la nación y su precipitosa caída luego de la Reconstrucción, ver: WIECEK, William. “The guarantee clause of the U.S. Constitution”. 1972.

³⁶ Aplaudo al profesor Michael J. Gerhardt por poner sobre la mesa algunas de las preguntas más importantes en su reciente ensayo exploratorio: “Super Precedent”. *Minnesota Law Review* 90. p. 1204. 2006. Pero estas Lecturas toman un acercamiento diferente con el Profesor Gerhardt. Ellas identifican a los superprecedentes considerando si estos fueron generados como puntos cruciales en un complejo procedimiento institucional mediante el cual los estadounidenses ejercitaron su soberanía popular.

³⁷ Originalmente, Lincoln tomó prestado este pensamiento de su rival, Stephen Douglas, quien vio el “*Missouri Compromise*” como uno que poseía un origen semejante al de la Constitución de los Estados Unidos. Todas las evidencias de la opinión pública en ese momento parecen indicar que este “*Compromise*” se había canonizado en los corazones de los estadounidenses, como una cosa sagrada que ninguna mano despiadada se atrevería a tocar. LINCOLN, Abraham. “Speech at Peoria, Illinois”. 16 de Octubre de 1854. En: BASLER, Roy P. (editor). *Collected Works of Abraham Lincoln* 2. Rutgers University Press. 1953. pp. 247, 251-252 (citando un discurso dado por el Senador Douglas en 1849) (comillas omitidas). Lincoln castigaba repetidamente a Douglas por repudiar el compromiso “canónico” de regresar al Kansas-Nebraska Bill. *Ibid.* pp. 254, 257-259, 261. Ver también: LINCOLN, Abraham. “Speech at Bloomington, Illinois”. 26 de Setiembre de 1854. En: *ibid.* pp. 234, 236. En un discurso posterior, Lincoln adoptó la fórmula de Douglas sin atribuírsela a su creador. Ver, por ejemplo: LINCOLN, Abraham. “Speech at Quincy, Illinois”. 1 de Noviembre de 1854. En: *ibid.* p. 285. (donde se refiere al *Compromise* como una “cosa sagrada que ninguna mano despiadada se atrevería a destruir”). LINCOLN, Abraham. “Speech at Clinton, Illinois”. 14 de octubre de 1859. En: *supra*. Suplemento 3. pp. 487-488 (en el que se refiere al *Compromise* como un “paquete sagrado”).

³⁸ FISKE STONE, Harlan. “The Common Law in the United States”. En: *Harvard Law Review* 50. 1936. pp. 4, 13. Hablando en términos generales, este esfuerzo por redimir la dignidad de la legislación comienza en el cambio de siglo, con el trabajo inspirado en Europa de los profesores Pound y Freund. Ver: FREUND, Ernst. “Interpretation of Statutes”. En: *University of Pennsylvania Law Review* 65. 1917. p. 207; POUND, Roscoe. “Common Law and Legislation”. En: *Harvard Law Review* 21. 1908. p. 383; y prosigue en la siguiente generación con el famoso ensayo de STONE. *Supra*, y McCAULEY LANDIS, James. “Statutes and the sources of law”. En: *Harvard Legal Essays*. 1934. p. 213. Los autores contemporáneos más reconocidos son: CALABRESI, Guido. “A common law for the age of Statutes”. 1982, y WALDRON, Jeremy. “The dignity of legislation”. 1999. Todos estos trabajos fomentan una integración de los principios estatutarios dentro del gran conjunto del *judge-made common law*. Otra línea de pensamiento va más allá y parece identificar un conjunto de “marco base de precedentes” que sirven funciones cuasi-jurisdiccionales. Otra vez, el punto de partida proviene de una escuela con influencia europea. Ver: CASPER, Gerhard. “Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Nonjudicial Model”. En: *University of Chicago Law Review* 43. 1976. pp. 463, 481-92 (donde identifica una “marco de legislación base” como herramienta preferida para regular problemas constitucionales sobre asuntos foráneos). Más recientemente, los profesores Eskridge y Ferejohn desarrollaron este “marco” en un innovador análisis. Ver: ESKRIDGE Jr., William N. y John FERREJOHN. “Super-Statutes”. En: *DUKE Law Journal* 50. 2001. p. 1215. Tal como ellos afirman, es más fácil para un superprecedente aceptar su criterio antes que el mío. Ver: *Ibid.* pp. 1267-1275. Esto parece apropiado, en tanto estoy interesado en los precedentes importantes que merecen una admisión *total* en el canon constitucional, mientras se enfrentan a un grupo importante de superprecedentes que merecen un *status* cuasi-jurisdiccional, o menor, pero que continúan siendo muy significativos. *Ibid.* pp. 1264-1267. Dados los distintos objetivos, nuestras aproximaciones parecen ser más complementarias que competitivas. Finalmente, el profesor Cass Sunstein ha desarrollado la noción de “compromisos constitutivos”, que son “ampliamente aceptados y no pueden eliminarse sin un cambio radical en el pensamiento social”. SUNSTEIN, Cass. “The second Hill of Rights”. 2004. p. 62. Como ejemplos paradigmáticos, menciona el derecho a formar parte de un sindicato de trabajadores, el derecho a tener seguro social y el derecho a no ser discriminado en el trabajo por cuestiones raciales –estos son derechos que, desde mi punto de vista, merecen un lugar central en el canon constitucional moderno–. *Ibid.* pp. 62-63. De acuerdo al profesor Sunstein, quebrantar estos compromisos acarrearía la “violación de la confianza”, pero, sin embargo, “no es un argumento serio el hecho que éstos no estén relacionados con nada en la Constitución”. *Ibid.* p. 62. A lo cual yo digo: “todo depende de lo que el profesor Sunstein refiera con “Constitución” en mayúscula”.

logros constitucionales del pueblo americano del siglo XX. Esto es una locura. No propongo una admiración del siglo XX. Desde la Fundación hasta el día de hoy, cada generación de estadounidense ha contribuido con algo a nuestra legacía constitucional –algunos más, otros menos– y cada generación ha cometido muchos errores. Pero separarnos de tres cuartos de siglo, sólo porque los estadounidenses lograron de manera exitosa movilizarse para expresar sus nuevas conclusiones constitucionales mediante instituciones nacionales, y no mediante instituciones estatales, eso es una locura.

Quiero enfatizar el carácter historicista de mi crítica. Para mí, la “Constitución viva” no es un *slogan* conveniente para transformar nuestra muy imperfecta Constitución en algo mucho mejor. Mientras que el esfuerzo por hacer de la Constitución algo realmente bueno es una tentación que siempre está presente, el problema con esta gran aspiración es obvia: hay muchas visiones compitiendo por el constitucionalismo liberal democrático, y la Constitución no debería ser secuestrada por ninguna de ellas. El fin de la interpretación es entender los compromisos constitucionales del pueblo estadounidense en la historia, no los compromisos que uno u otro filósofo consideran que debieron haberse hecho³⁹. En este punto clave, estoy más cerca del Juez Scalia que del Profesor Ronald Dworkin⁴⁰. Pero dejo esta cercanía en el punto en que Scalia se une a Alfarabi en asumir que el texto formal contiene el canon constitucional completo, separándose de los logros hechos en los últimos setenta y cinco años. El Juez Scalia no está solo en este error.

Casi todo el mundo lo comete, aunque de manera más leve. Para ilustrar esto, debemos distinguir

dos problemas: la definición del canon y la interpretación del canon. La primera busca identificar los textos clave de nuestra tradición; la segunda, darse cuenta de lo que significan. Casi todos nuestros debates se centran en la segunda cuestión. Algunos creen que las grandes abstracciones de la Constitución formal deberían limitarse a las interpretaciones particulares otorgadas en su momento por las generaciones que las crearon; otros piensan que los vivos son quienes deben interpretar las cláusulas. Pero ambos lados se concentran en el mismo canon constitucional; el texto formal que comienza con el artículo 1, escrito en 1787, hasta la última enmienda del siglo XX. Podemos estar seguros de que los que abogan por el constitucionalismo vivo captan de manera más fácil el significado de las transformaciones del siglo XX mientras elaboran la interpretación moderna de textos antiguos. Pero lo hacen de manera que, a veces, distorsionan estos logros más recientes, a veces incluso utilizan los textos más abstractos del canon oficial como una plataforma para esfuerzos elitistas de revolucionar los valores americanos.

Los originalistas, por el contrario, tienen convicciones, aunque no coraje. Quizá el Juez Thomas esté dispuesto a cuestionar la constitucionalidad de la moneda en billetes, pero sospecho que incluso él encontraría a este prospecto bastante peligroso⁴¹. Ciertamente, el Juez Scalia se declara orgulosamente un originalista razonable y explícitamente cuestiona su fidelidad hacia la interpretación de los Fundadores cuando está demasiado fuera de la línea seguida por los precedentes existentes y las realidades contemporáneas. Pero al Juez Scalia le faltan principios para explicar cuándo será razonable y cuándo originalista⁴².

³⁹ Es relevante el trabajo del profesor Jed Rubenfeld sobre la naturaleza de los compromisos constitucionales. Ver: RUBENDEL, Jed. “Freedom and time”. 2001. pp. 91-103. RUBENDEL, Jed. “Revolution by Judiciary”. 2005. pp. 71-141.

⁴⁰ Comparar: DWORKIN, Ronald. “Freedom’s Law: The Moral Reading Of The Constitution”. 1996. pp. 1-38, con: SCALIA, Antonin. “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”. En: *A matter of Interpretation*. Amy Guttman Editores. 1997. p. 3. Hay una amplia distancia entre el juez Scalia y el profesor Dworkin, con espacio suficiente para realizar varias interpretaciones. Existe una conexión más cercana entre el trabajo más reciente del profesor Dworkin sobre la importancia central de la integridad en la interpretación legal en: DWORKIN, Ronald. “Law’s Empire”. 1986, y mi pensamiento actual – pero este no es el lugar para establecer similitudes y diferencias–.

⁴¹ Ver: DAM, Kenneth W. “The legal tender cases”. En: *Supreme Court Review* 1981. pp. 367, 389 (donde concluye que el papel moneda es inconsistente con el pensamiento original). Ver: *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. (6 Wall.) 603, 627 (1870), eliminado por *Legal Tender Cases*, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1871). *Hepburn* fue eliminado luego del *court-packing*. Ver: FAIRMAN, Charles. “History Of The Supreme Court, Reconstruction And Reunion, 1864-88”. Volumen 6. Punto 1. 1977. p. 677.

⁴² El Juez Scalia se ha autodescrito famosamente como “*Saint-hearted originalist*”. SCALIA, Antonin. “Originalism: The Lesser Evil”. *University of Cincinnati Law Review* 57. 1989. pp. 849, 861-864; la cual usa la doctrina del *stare decisis* como un dispositivo pragmático para evitar un asalto general en el siglo XX. Ver, por ejemplo: *Gonzales v. Raich*, 125 S. Ct. 2195, 2206–08 (2005). Donde acepta la legitimación del poder regulatorio nacional general del *New Deal*; SCALIA, Antonin. “Response”. En: *A matter of interpretation*. Nota 40, *supra*. pp. 129, 138. (donde argumenta que la doctrina moderna de pensamiento expansivo sobre la primera enmienda es “irreversible”, a pesar de que “nos gusten o no (estas doctrinas), fueron constitucionalmente necesarias como un tema original”). De manera más general, el juez Scalia entiende que “la función en conjunto de la doctrina” del *stare decisis* es “hacernos decir que lo que es falso bajo un análisis apropiado puede, sin embargo, ser cierto, en pro de la estabilidad”. *Ibid.* p. 139. El juez Scalia reconoce el carácter “pragmático” de su visión, pero a pesar de su famosa denuncia sobre juicios discrecionales en materia constitucional, él crea una excepción enorme si se trata de decidir cuándo la verdad constitucional es más o menos importante que la estabilidad constitucional. Ver: *Ibid.* p. 140.

Es momento de cuestionar la premisa que organiza estos debates tan usuales. En lugar de concentrarnos –de manera miope– en los grandes textos de los siglos XVIII y XIX, debemos redefinir el canon para permitir un entendimiento más profundo de lo que los estadounidenses hicieron, y no hicieron, durante toda nuestra historia, incluyendo los hechos más recientes.

Al tratar de resolver el problema de la definición del canon, nos encontraremos preparando el camino para un cambio en el terreno actual de la interpretación. Una vez que nos quede más claro qué deberíamos estar interpretando, el debate de cómo hacerlo debería reformarse. Muchos desacuerdos que parecen fundamentales hoy, pasarán a ser desacuerdos sobre el peso adecuado dado a esos principios derivados de textos del siglo XX en relación con esos heredados de siglos anteriores⁴³. En contraste, los partidarios de posiciones parecidas el día de hoy, encuentran que tienen desacuerdos más grandes de lo que se imaginaron.

Si mi propuesta fuera adoptada –y cosas más raras han sucedido– el debate legal adoptaría una forma muy diferente en el año 2020. Hoy, *slogans* como el originalismo y el constitucionalismo vivo sirven como *jingles* sugeridos por sus partidarios sobre una serie de temas controversiales. Pero un canon redefinido crearía un grupo de extraños aliados en la conversación en la que se ha transformado nuestra Constitución.

No es que los participantes mágicamente llegarían a un acuerdo universal sobre el Único Sentido Posible del canon reformulado, pero al menos alcanzarían el diálogo, en lugar de gritarse el uno al otro acerca de contribuciones hechas por cada generación en el transcurso de los últimos dos siglos.

Mi propósito final es, sencillamente, negar que la ley sea tan sólo un tipo de política y que la interpretación constitucional sea pura pretensión. Desde la época de *Marbury v. Madison*⁴⁴, nuestra cultura legal ha logrado darles a los estadounidenses un punto de referencia común, incluso cuando se esforzaban por transformar la base constitucional para las generaciones futuras⁴⁵. Si dejamos que esta cultura se desintegre y se torne en una pelea callejera, perderemos mucho. Pero nunca lograremos construir una base sólida para la interpretación legal suponiendo que los estadounidenses no han logrado nada importante en los últimos setenta y cinco años. La vida de la ley, alguien dijo alguna vez⁴⁶, no es la lógica sino la experiencia. Ha llegado el momento de construir un canon para el siglo XXI basado en la verdad de la experiencia estadounidense completa.

II. SEGUNDA LECCIÓN: LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES

La historia constitucional avanza en ciclos. Desde 1776, cada generación ha analizado las alturas políticas sólo para encontrar siempre que el gobierno del momento buscaba la opresión. Una y otra vez, la misma respuesta: organizar un movimiento de oposición en el nombre de la política salvaje, sacar al gobierno corrupto en nombre del Pueblo y redefinir el futuro constitucional de Estados Unidos. Hemos pasado por ocho grandes ciclos: en 1776, el grito revolucionario fue “no a los tributos sin representación”; pero, cuando finalmente se ganó esta batalla⁴⁷, los Republicanos Jeffersonianos ya estaban liderando una segunda revolución estadounidense⁴⁸. Una generación más tarde, los Jacksonianos denunciaban al Banco de los Estados Unidos y su control sobre los estadounidenses ordinarios⁴⁹, sólo para ver cómo el Partido Republicano destruía su hegemonía política al empujar al pueblo en contra de la

⁴³ Para unas reflexiones preliminares, ver: ACKERMAN, Bruce. “We the People: Foundations”. 1991. pp. 86-99 (que desarrolla el problema sobre la síntesis intergeneracional).

⁴⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁵ Nota del Editor: Caso emblemático en el que se sientan las bases para el ejercicio del principio de control constitucional.

⁴⁶ Desarrollo estas reflexiones sobre *Marbury* en: ACKERMAN, Bruce. “The failure of the founding fathers”. 2005. 224-244.

⁴⁷ No es el caso de Holmes, quien devalúa esta lógica en su famoso *dictum*. Ver: HOLMES JR., Oliver Wendell. “The Common Law”. Transaction Publishers. 2005 (1881). p. 5. Holmes suaviza un poco su postura “anti-lógica” en el texto que sigue inmediatamente a su gran apotema: La vida de la Ley no ha sido lógica, ha sido experiencia. Las necesidades faltantes del tiempo, las teorías políticas y morales prevalecientes, intuiciones de política pública, confesas o inconcidentes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, tienen algo mejor que hacer además del silogismo para determinar las reglas con las cuales los hombres deben ser gobernados. *Ibidem*. Para una discusión intuitiva, ver: BEWER, Scott. “Traversin Holmes’s Path Toward Jurisprudence of Logical Form”. En: *The Path Of The Law And Its Influence: The Legacy Of Oliver Wendell Holmes. Jr.* Steven J. Burton editors. 2000. p. 94.

⁴⁷ Ver, de manera general: WOOD, Gordon S. “The creation of the american republic, 1776-1787”. 1969.

⁴⁸ Ver: Ackerman. Nota 45, *supra*.

⁴⁹ Ver: MAGLIOCCA, Gerard N. “Andrew Jackson and the Constitution”. A publicarse en 2007. El profesor Magliocca realiza una importante contribución al relativamente poco estudiado ciclo que incluye el despliegue, triunfo y caída del constitucionalismo Jacksoniano.

defensa Jacksoniana del poder de los esclavos⁵⁰. Una generación más tarde, los Republicanos se habían convertido en los mayores defensores del *status quo*, lo que provocó una cruzada populista que alcanzó su clímax en las elecciones presidenciales de 1896 y 1900⁵¹.

Luego, algo diferente sucedió: en contraste con todas las grandes protestas que habían tenido lugar desde 1776, los Populistas no lograron alcanzar las alturas del control; a ello le siguió un periodo de titubeo, con un conjunto de cambios de mediano nivel sin ningún sentido de dirección⁵², hasta que Franklin Roosevelt tomó la campaña populista y la enfrentó al "royalismo económico" como respuesta a la Gran Depresión, y luego amplió y profundizó el constitucionalismo del *New Deal* durante la Segunda Guerra Mundial⁵³. Sin embargo, este cambio decisivo sólo sirvió para enmarcar las políticas constitucionales de la siguiente generación, culminando con el exitoso movimiento de Martin Luther King Jr. durante la era de los derechos civiles, y estamos, obviamente, viviendo en otro ciclo hoy.

Con cada vuelta de la rueda, el movimiento de oposición propone un diagnóstico revisionista al público y sus problemas, a veces obteniendo apoyo masivo del pueblo estadounidense, a veces no. Cual sea el destino de los movimientos particulares, el modelo cíclico se da, y se da también el resultado del matrimonio apresurado entre la Ilustración Revolucionaria y el Cristianismo Protestante⁵⁴.

La Constitución viva es un producto de estos ocho ciclos de soberanía popular⁵⁵ y su estudio requiere prestar cuidadosa atención a los temas y variaciones elaboradas a través de dos siglos. La historia está llena de sorpresas. Ningún ciclo es la réplica

exacta de otro. Pero si vamos a entender la Constitución real y existente, debemos poner cada ciclo en contexto con los otros, sumando las conclusiones constitucionales a las que llegaron los estadounidenses a través de dos siglos de lucha. No podemos suponer, de manera ciega, que el texto formal constitucional nos diga todo —o la mayor parte— de lo que deberíamos saber.

Comiencen por reflexionar acerca de la gran división institucional que separa el modelo de soberanía popular de la Fundación del modelo recurrente que ha aparecido durante los últimos dos siglos. La Convención de Filadelfia no esperó ni deseó que los Presidentes ganaran mandatos populares para grandes cambios constitucionales⁵⁶ —el tema plebiscitario sólo comienza con Thomas Jefferson y termina, por el momento, con George W. Bush⁵⁷. El fracaso de los Fundadores al predecir este desarrollo es comprensible: no existían sistemas presidenciales en ese momento, y la historia pasada los empujaba hacia las asambleas populares como los foros privilegiados de la soberanía popular. Durante la Revolución Gloriosa, fue la Convención/Parlamento la que habló en nombre del pueblo, definitivamente no fue el Rey, y este escenario sólo se repitió en la Revolución Americana.

La Convención de Filadelfia fue parte de la tradición de las asambleas de ciudadanos⁵⁸ y se proyectó en el futuro. Uno de los grandes propósitos de los Fundadores era prevenir que la presidencia se tornara en una plataforma para la demagogia. Excluyeron a la presidencia de cualquier rol en la revisión constitucional y designaron un Colegio Electoral para prevenir que los presidentes obtengan un mandato popular del pueblo americano. Su historia "*whiggish*" les había enseñado que los grandes enemigos de la república eran los

⁵⁰ Ver: FONER, Eric. "Reconstruction: America's unfinished revolution, 1863-1877". 1988.

⁵¹ Ver: GOODWYN, Lawrence. "Democratic promise: the populist moment in America". 1976.

⁵² Existen varios estudios especializados sobre enmiendas particulares aprobadas durante la era progresista, pero ningún libro compara las diferentes formas de políticas constitucionales que generaron las varias enmiendas de la época. Para un trabajo que intenta ver al progresismo como un todo, sin emprender esta tarea, ver: MCGERR, Michael. "A fierce discontent: the rise and fall of the progressive movement in America". 2003. pp. 1870-1920. El auge del partido progresista en 1912, liderado por el candidato presidencial Theodore Roosevelt, brindó una oportunidad para otorgarle un enfoque institucional sólido a las distintas variantes progresivas. Ver: MILKIS, Sydney M. y Daniel J. TICHENOR. "Direct democracy and social justice: the Progressive Party campaign of 1912". En: *Stud. American Political Development* 8. 1994. p. 282. Aunque Roosevelt ganó más votos que el republicano William Howard Taft, su movimiento-partido no pudo derrotar al demócrata Woodrow Wilson, quien ganó la presidencia con sólo 40% de los votos. David Leip's Atlas of U.S. Presidential Elections, 1912 Presidential Election Results. 2005. En: <http://uselectionatlas.org/RESULTS/national.php?year=1912>.

⁵³ Ver: ACKERMAN, Bruce y David GOLOVE. "Is NAFTA constitutional?". 1995. pp. 45-96; ACKERMAN, Bruce. Nota 24, *supra*. pp. 279-311.

⁵⁴ Comparar: BERCOVITCH, Sacvan. "The American Jeremiad". 1978; con ARENDT, Hannah. "On revolution". 1963.

⁵⁵ Otros movimientos constitucionales significativos también han hecho contribuciones —los más notables son los ocurridos durante las secuelas de la derrota populista. Dadas las insuficiencias en el liderazgo presidencial de la época, algunos de los más notables movimientos que se dieron durante el interregno entre el populismo y el *New Deal* han perdurado a través del clásico sistema del Artículo V en las enmiendas Dieciséis, Diecisiete, Dieciocho y, especialmente, Diecinueve.

⁵⁶ Ver: CEASER, James W. "Presidential selection". 1979. pp. 42-46.

⁵⁷ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 249-250.

⁵⁸ Ver: WOOD. Nota 47, *supra*. pp. 162-167.

demagogos como César o Cromwell, y estaban determinados a bloquear este camino a la tiranía en la nueva república⁵⁹.

Pero al momento en que fue puesta a prueba por los diferentes eventos, su maquinaria constitucional se destruyó con una velocidad espectacular. La tinta no había terminado de secarse cuando la lucha partisana entre los Federalistas que apoyaban a Adams y los Republicanos que hacían lo propio con Jefferson destruyó la interpretación original que se tenía de la presidencia durante la crisis electoral de 1800⁶⁰. El cambio se encuentra reflejado de manera tenue en los mecanismos electorales revisados en la Décimo Segunda Enmienda⁶¹. El cambio implicó la transformación de la presidencia en una oficina que podía legítimamente hablar en nombre del pueblo y, por tanto, estaba autorizada para jugar un papel clave en el proceso de la alta legislación.

Los Jeffersonianos victoriosos crearon un modelo de tres partes de la soberanía popular que ha resonado a través de la historia estadounidense. Yo lo llamo el modelo movimiento-partido-presidente, y su desarrollo histórico se encuentra en el centro de lo que entiendo por Constitución viva⁶². Dado que este modelo no fue previsto por los Fundadores, debemos estudiar su dinámica en la manera propia del *common law*, comparando cada gran ciclo de liderazgo presidencial con los otros. No hay otra manera de entender cómo el pueblo americano, efectivamente, ha buscado mantener control de su gobierno en los últimos dos siglos.

Movimiento, partido, presidencia: algunas definiciones nos serán de utilidad. La característica decisiva de un movimiento son sus activistas, un gran cuerpo de ciudadanos dispuestos a invertir una enorme cantidad de tiempo y energía con miras a una nueva agenda constitucional. Los Republicanos Jeffersonianos no decían tonterías al declarar que se requeriría una “segunda revolución

americana” para salvar a la República de los Federalistas “monocráticos”⁶³. No importa lo que ustedes o yo pensemos de su diagnosis, ellos estaban realmente convencidos y, de manera no menos importante, actuaron al respecto; lo mismo es cierto para los Republicanos de la Tierra Libre de Lincoln, los Demócratas del *New Deal* de Roosevelt y el Derecho Religioso de George W. Bush.

Esto lleva a la idea de un movimiento-partido. La mayoría de los movimientos no logran despegar, y la mayoría que no lo hacen forman un nuevo partido o colonizan uno ya existente. Pero, como nos enseñaron los Jeffersonianos, un movimiento-partido puede ser una cosa muy poderosa, dándoles un hogar a los políticos de convicción que ven a su elección como un mandato popular para el cambio fundamental.

Los movimientos-partidos siempre están en una carrera contra el tiempo. Las motivaciones idealistas desaparecen porque algunos problemas se solucionan, otros se van, y nuevos problemas aparecen para desafiar a la ideología del movimiento. El poder comienza a corromper a los políticos del movimiento y el partido sirve cada vez más como magneto para oportunistas que no podrían tener menos interés en sus ideales originales. El movimiento popular para el cambio constitucional se convierte, inexorablemente, en un recuerdo.

Bauticemos esto como la “normalización de las políticas de los movimientos”⁶⁴; ello le dará una importancia agregada al tercer elemento de este modelo: la presidencia plebiscitaria⁶⁵. Por su posición estratégica, un Presidente-movimiento cuenta con los recursos organizacionales para ganar la carrera contra el tiempo si moviliza a la coalición ganadora en el Congreso con la finalidad de apoyar la legislación clave y logra la confirmación de jueces-movimiento en la Corte Suprema.

Todo esto desafía las expectativas de los Fundadores, pero nuestra experiencia desde el siglo

⁵⁹ Ver: CEASAR. Nota 56, *supra*. p. 48.

⁶⁰ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 16-35, 77-93.

⁶¹ Ver: *Ibid.* pp. 203-206.

⁶² Ver: *Ibid.* pp. 21-22, 256-266; ACKERMAN, Bruce. “The broken engine of progresive politics”. En: *American Prospective*. Mayo-Junio de 1998. p. 34.

⁶³ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 24-25.

⁶⁴ Sobre la “normalización de las políticas de los movimientos”, he adaptado una noción Weberiana familiar –la burocratización del carisma– a la vida política estadounidense. Para un esfuerzo comparable, ver: MICHELS, Robert. “Political Parties: A sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy”. Traducido por Eden Paul y Cedar Paul. Jarrod & Sons. 1915. Pero Michels es un modelo de rol distante desde que su tema es la burocratización de los partidos de la Europa socialista a finales del siglo XIX, involucrando dinámicas que son bastante distintas a las de la experiencia estadounidense sobre movimientos-partidos.

⁶⁵ Si bien no usa el mismo término, el mejor libro de ciencias políticas sobre el plebiscitarismo presidencial es: SKOWRONEK, Stephen. “The politics presidents make”. 1993. pp. 36-39, 41-43 (que describe “políticas de reconstrucción y “políticas de articulación”).

XXI requiere que lo confrontemos de manera directa, porque nos provee la clave del dilema que presenté en la Primera Lección. Nuestro problema, recordarán, es que el sistema formal de enmienda ya no marca los grandes cambios en el camino de la constitución ratificada por el pueblo en los últimos 75 años⁶⁶. De esta manera, argumenté en mi Primera Lección, este fracaso sería producto de una incompatibilidad cada vez más grande entre el contexto para la enmienda formal elaborada por los Fundadores y la creciente conciencia nacional del pueblo estadounidense. Dada esta incompatibilidad, ya no parece tener sentido permitir que una minoría pequeña de estados—representantes de menos del 5% de los habitantes del país—⁶⁷ tenga poder de veto sobre los nuevos compromisos fundamentales asumidos por mayoría nacional de manera conciente. Si se suponía que la soberanía popular tuviera algún futuro en el siglo XX, los estadounidenses tenían que desarrollar un vocabulario constitucional creíble que permitiera que la nación tomase en consideración, e incluso resolviese, las preguntas fundamentales que formulaba la historia⁶⁸. Aquí es donde entra la tesis de hoy: precisamente porque el modelo movimiento-partido-presidencia se remonta a los días de Jefferson, le proporcionó un lenguaje altamente familiar a la soberanía popular que llenó el vacío dejado en la mente del público por la marginación del sistema formal del artículo V.

El momento clave fue el movimiento-partido-presidencia de Franklin Roosevelt, que de manera exitosa legitimó el Estado activista y social en

estatutos cruciales como la Ley Nacional de Relaciones Laborales⁶⁹ y la Ley de Seguridad Social, y en superprecedentes como *Wickard v. Filburn*⁷⁰ ^{xvii} y *United States v. Darby*⁷¹ ^{xviii}. Pero como ya he escrito acerca de las agonías de nacimiento del régimen del *New Deal*⁷², esta Lección da una primera mirada a la dinámica presidencial distintiva de la revolución de los derechos civiles. Han pasado 40 años desde los días de Earl Warren, Martin Luther King Jr. y Lyndon Johnson, lo suficiente como para plantear los cambios constitucionales desde una perspectiva histórica. Aquí argumentaré que la dinámica institucional de la Reconstrucción y el *New Deal* nos ayudan a entender el proceso mediante el cual la Corte, el Presidente y el Congreso pudieron hablar en nombre del Pueblo durante la era de los derechos civiles. Con la ayuda de estos ejemplos, presentaré los estatutos claves de los años 60 por ser funcionalmente equivalentes a las enmiendas constitucionales de los 1860. Por ello, merecen un lugar central en el canon constitucional para el siglo XXI⁷³.

En trabajos pasados, he demostrado cómo transformaciones constitucionales claves en la historia de Estados Unidos han pasado a través de una dinámica institucional distintiva, consistente en cinco fases: señalar, proponer, activar, ratificar y, finalmente, consolidar los nuevos principios apoyados por el pueblo estadounidense⁷⁴. Utilizaré este mismo marco aquí.

* * * *

Hay muchas maneras en las que los movimientos tratan de impulsar sus agendas constitucionales

⁶⁶ Ver: TAN. *Supra*. pp. 4-7.

⁶⁷ Los trece estados menos poblados suman trece millones de habitantes, aproximadamente 4.5% del país. Una enmienda puede fallar, entonces, si menos del 3% de los estadounidenses se oponen, en tanto ellos están estratégicamente distribuidos. Ver: U.S. CENSUS BUREAU. "Annual Estimates of the Population for the United States, Regions, and States and for Puerto Rico". 1 de abril de 2000 al 1 de julio de 2006. Tabla 1. 2006. Disponible en: <http://www.census.gov/popest/states/tables/NST-EST2006-01.xls>.

⁶⁸ Ver: TAN. *Supra*. pp. 28-32.

⁶⁹ Public Law No. 74-198, 49 Statute 449 (1935).

⁷⁰ 317 U.S. 111 (1942).

^{xvii} Nota del Editor: En esta decisión, la Corte Suprema indica que el Congreso estaría facultado para regular el comercio entre estados (de Estados Unidos).

⁷¹ 312 U.S. 100 (1941).

^{xviii} Nota del Editor: Este fallo le otorga al Congreso la facultad de regular las relaciones laborales en Estados Unidos.

⁷² Ver: ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 255-382. Para una revisión del debate subsiguiente, ver: KALMAN, Laura. "Law, politics, and the New Deal(s)". Yale Law Journal 108. 1999. p. 2165.

⁷³ Aunque tiene algunos antecedentes (ver las fuentes citadas en la nota 38, *supra*), mi discusión sobre los superprecedentes vinculantes es relativamente nueva en el contexto estadounidense. Pero el uso de esos precedentes es actualmente parte de la práctica constitucional francesa. Bajo la Quinta República, la Corte Constitucional está autorizada a identificar "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república", y lo ha hecho en diez ocasiones. Ver: GENEVOIS, Bruno. "Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle: Les principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République". Revue Française De Droit Administratif 14. 1998. p. 477 (que discute los primeros nueve casos); "Décisions et documents du Conseil Constitutionnel: Jurisprudence". En: Les cahiers du conseil constitutionnel 13. 2002. pp. 8, 12-19 (que discute la decisión más reciente). Para una evaluación general sobre el uso de los precedentes como fuente de los principios constitucionales, ver: CHAMPEILDESPLATS, Véronique. "Les Principes Fondamentaux Reconnus Par Les Lois De La République: Principes Constitutionnels Et Justification Dans Les Discours Juridiques". 2001. pp. 69-107.

⁷⁴ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 7-11; ACKERMAN y GOLOVE. Nota 53, *supra*. pp. 73-104. ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 23-25.

al escenario central del debate popular. La mayoría falla, pero, ocasionalmente, una que otra institución adopta una agenda que logra acaparar la atención de manera sostenida en todo el espectro político. Esta *señal institucional*, como la llamo, inaugura un ejercicio serio de política constitucional, en el que hay movimientos y contra movimientos desplazándose para confrontar la agenda mientras ésta se torna más sobresaliente.

Desde la era de Thomas Jefferson hasta la de George W. Bush, esta función señalizadora ha sido la típica prerrogativa soberana de un Presidente apoyado por un partido-movimiento. Pero las cosas fueron diferentes a mitad de siglo: esa vez, fue la Corte Suprema la que forzó a la cuestión de la igualdad al centro del escenario constitucional⁷⁵. Así, al llamar a *Brown v. Board of Education* una señal institucional, tomó un camino conciliador entre los legalistas que exageran el significado de *Brown*, y los politólogos que lo trivializan⁷⁶. Para los legalistas, la Corte de Warren se encuentra en el centro de la historia durante toda la era de los derechos civiles, liderando a una nación titubeante a seguir, al fin, los mandatos de la Décimo Cuarta Enmienda. Los politólogos están en lo correcto al negar esta visión centrada en el juez; *Brown* se mantuvo muy vulnerable hasta que la Corte fue reforzada por la política constitucional

durante la presidencia de Johnson. No obstante, mientras *Brown* no logró integrar las muchas ideologías del Sur Profundo durante los años 50⁷⁷, sí logra catalizar un debate creciente que finalmente penetró en los centros de trabajo y las iglesias, las mesas del desayuno y los bares, en una forma que es extraña en América (y en cualquier otro país)⁷⁸.

Los politólogos, sin embargo, no le dan la importancia al punto central. La alta legislación en América no es nunca cuestión de un instante; es un proceso largo que dura una o dos décadas, que empieza cuando una institución gubernamental líder inaugura un periodo sostenido de debate popular extraordinario que gradualmente culmina en una serie de textos legales claves que expresan la voluntad de la mayoría decisiva de los estadounidenses en las urnas. El rol de *Brown* de incitar al debate es de suma importancia⁷⁹, pues aseguró que el cambio fundamental, si alguna vez llegaba, no fuese el resultado de una orden jerárquica, sino de una decisión hecha mediante el debate y desde abajo.

Pero, ¿podrían los estadounidenses tomar una decisión real en contra de Jim Crow^{xix}? Se han dado muchos momentos constitucionales fallidos en nuestra historia y, durante los años 50, *Brown* provocó una fuerte reacción de segregación⁸⁰. Sin embargo, ningún observador podía decir que este

⁷⁵ Es verdad, claro está, que la presidencia de Harry Truman fue un momento significativo en la historia de los derechos civiles. Su convención de nominación fue el escenario de la revuelta *Dixiecrat* en respuesta a la adopción de un grupo de derechos civiles importantes. Una vez electo, Truman desegregó las fuerzas armadas, su Departamento de Justicia tomó posiciones favorables consistentes, como *amicus curiae*, en casos importantes sobre derechos civiles. No obstante, sería poco decir que toda su actividad presidencial giró en torno al posicionamiento de la agenda de los derechos civiles en el corazón de la vida política estadounidense. De hecho, Truman evitó mantener posturas radicales sobre los derechos civiles durante su campaña presidencial de 1948. Ver: DONALDSON, Gary A. "Truman defeats Dewey". 1999. 188-189. Y si algo dominaba la agenda constitucional durante la administración de Truman y el principio de la de Eisenhower, fue el movimiento liderado por Joseph McCarthy, no el liderado por los simpatizantes de Martin Luther King Jr. (quien aún se encontraba en la escuela). Ver: SINCLAIR, Barbara. "The transformation of the U.S. Senate". 1990. p. 53 ("a principios de la década (de los 50), los temas dominantes, por lo menos en las élites políticas, eran las actividades subversivas y el McCarthyismo... Los derechos civiles para los negros, que habían recobrado importancia en la agenda a finales de los 30, continuaban siendo temas trascendentes, pero con poca importancia para los no afectados"). Los esfuerzos de Truman por los derechos civiles, durante el desarrollo significativo en la evolución de las políticas normales, eran abrumados por el debate que se precipitó debido a la Guerra Fría, y no se comparan ni remotamente con el debate generado por *Brown*, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), ni con el creciente movimiento por los derechos civiles de finales de los 50.

⁷⁶ Los legalistas son una legión; el clásico trivializador es: ROSENBERG, Gerald N. "The hollow hope: can courts bring about social change?". 1991. pp. 42-169.

⁷⁷ *Ibid.* p. 50. Tabla 2.1 y p. 53. Tabla 2.2 (que establece la integración substancial ocurrida sólo durante el final de la década del 60, luego de la declaración del Civil Rights Act de 1964 y el Elementary and Secondary Education Act de 1965).

⁷⁸ Ver: KLARMAN, Michael J. "From Jim Crow to Civil Rights". 2004. pp. 364-366.

⁷⁹ Existen dos preguntas básicas acerca de *Brown*: ¿puso en marcha la función señalizadora? Si lo hizo, ¿fue de manera *legítima*? La primera pregunta requiere una investigación empírica sobre las consecuencias de *Brown*, y luego *Cooper*, que provocaron un debate que aún continúa en todo el país. La segunda pregunta requiere una teoría de la interpretación que defina las ocasiones en las cuales los precedentes bien establecidos, como *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), pueden ser legítimamente invalidadas. He tratado de responder a la primera pregunta aquí; trato de responder a la segunda en ACKERMAN, Bruce. Nota 43, *supra*. pp. 142-150. Espero discutir la relación entre estas dos respuestas en un trabajo futuro.

^{xix} Nota del Editor: Durante la era de las Leyes de Jim Crow en el Sur de los Estados Unidos, las instalaciones estaban normalmente divididas en secciones separadas para los blancos y la gente «de color». Estos términos fueron definidos por los blancos, siendo los propios blancos los que se autoclasificaban de «blancos» y clasificando a los no blancos como «de color».

⁸⁰ Ver: KLARMAN. Nota 78, *supra*. pp. 329-442.

contra movimiento iba a detener al movimiento por la justicia racial⁸¹.

La victoria de Kennedy en 1960 no hizo nada para resolver la incertidumbre. Su record público sobre los derechos civiles era incluso más débil que el que Nixon alcanzó durante la década del 50⁸², y los Demócratas eran tradicionalmente el partido de Jim Crow. Las encuestas de opinión pública muestran que los americanos no creían que el Partido Demócrata fuera más liberal racialmente que el Partido Republicano a finales de los 50 y comienzos de los 60⁸³. Sólo una cosa era clara: si, contrario a todo lo pensado, Kennedy decidía poner el poder de la presidencia como apoyo del movimiento de los derechos civiles de Martin Luther King Jr., rom-

pería totalmente con el partido del *New Deal* que lo había llevado al poder⁸⁴.

Este punto marca una diferencia clave entre la era de los derechos civiles y otros momentos constitucionales. Los grandes movimientos del siglo XIX habían creado grandes partidos políticos como vehículos para la soberanía popular, y Franklin Roosevelt había logrado integrar a todos los partidos dinámicos en su Partido Demócrata de los años 30. Consideremos el tratamiento que dio Roosevelt al movimiento laboral: durante sus primeros Cien Días⁸⁵, el *New Deal* rompió con el antiguo régimen al reconocer la negociación colectiva como un derecho fundamental: primero en la National Industrial Recovery Act⁸⁵ (NIRA),

⁸¹ Aquí estoy parcialmente de acuerdo con los profesores Klarman y Rosenberg, quienes sugieren que los cambios sociales y económicos subrayados tuvieron un progreso dramático inevitable en las relaciones raciales de la siguiente generación. Ver: *Ibid.* p. 310. ROSENBERG. Nota 76, *supra*. p. 40. Yo soy escéptico sobre ello. Como se verá (ver: TAN. *Infra.* 104-107), lo que pasó con los precedentes importantes de la década del 60 no fue inevitable. Y si el movimiento por los derechos civiles había fallado en su intento por tomar ventaja de sus oportunidades, nosotros podríamos estar todavía esperando la aparición de otro momento político propicio para un cambio legislativo masivo. Si la oportunidad se ha perdido, entonces la siguiente generación podría haber sido testigo de iniciativas legales menores, y las normas sociales podrían haberse envuelto en direcciones generalmente igualitarias. Pero es fácil subestimar cuánto es que los precedentes importantes de los 60 han servido como un punto de referencia en la evolución de la práctica social. Si no hubiesen obtenido un puesto en la historia, estaríamos luchando contra prácticas racistas que los estadounidenses han superado. De manera más amplia, rechazo los modelos de cambio social que pretenden identificar sectores económicos y sociales como "los motores de la historia", mientras tratan a los demás sectores como si sólo fuesen meros fenómenos coyunturales. La distinción Marxista entre "base" y "superestructura" es el ejemplo más cercano sobre ello, pero los profesores Alarman y Rosenberg están reviviendo una antigua versión de *Whig* al aseverar que los logros económicos y educacionales de los negros son los motores de un inevitable progreso racial en Política y Derecho.

⁸² Incluso sus admiradores reconocen que Kennedy "conocía y se preocupaba poco por los problemas sobre derechos y libertades civiles" durante sus años en el Senado. KENNEDY, Theodore C. Sorensen 17 (1965). Durante su campaña por la nominación vicepresidencial en 1956, Kennedy realizó un gran esfuerzo por ganar el apoyo del sur sobre su rival, Estes Kefauver de Tennessee, cuyo principal apoyo se encontraba al norte de la línea Mason-Dixon. Ver: BRYANT, NICK. "The Bystander: John F. Kennedy and the struggle for black equality". 2006. p. 58. (Fue extraño, sin embargo, ver a los segregacionistas alentar a un Católico Romano graduado de Harvard, los veinte delegados de Mississippi pronunciaron vítores de rebeldía al mismo tiempo que votaban a favor del candidato de New England; al mismo tiempo, la delegación de Strom Thurmond en Carolina del Norte mantuvo constante su canto de "Queremos a Kennedy, queremos a Kennedy"). También Kennedy votó junto con el sur para debilitar el Civil Rights Act de 1957. Public and Private Laws No. 85-315, 71 Statute 634. a pesar de la gran desilusión de las organizaciones a favor de los derechos civiles en Massachusetts. Ver: BRYANT. *Ibid.* pp. 66 -76. en contraste, el vicepresidente Nixon condenó la canibalización del Act de 1957 como "uno de los días más tristes en la historia del senado, dado que se trató de un voto en contra del derecho a votar". Ver: *Ibidem.* pp. 76. Así, Nixon, desde la capacidad que tenía como Presidente del Senado, hizo su propia contribución a la causa de los derechos civiles. Los filibusteros sureños se basaron, entonces, en la Regla del Senado número 22, norma que requería una mayoría de dos terceras partes para la clausura. Tradicionalmente, se entendía también que el voto de las dos terceras partes también era necesario para enmendar la Regla 22, pero Nixon lo instituyó de manera distinta en la sesión organizacional del Senado, dejó atónito al sur al anunciar que la Regla 22 era pasible de ser enmendada con el voto a favor de una mayoría simple. Ver: Congress Rec. 103. pp. 178 -79. 1957. Al tiempo que el líder Lyndon Johnson lograba desviar el asalto sobre los filibusteros, la regla de Nixon sugería un compromiso auténtico, dado que habría sido muy simple seguir los precedentes del Senado.

Así, mientras la campaña de 1960 alcanzaba su punto más álgido, Kennedy realizó la famosa llamada telefónica a Coretta King en el momento en que el estado de Georgia envió a su esposo a prisión. Este gesto logró ganar votos entre las personas de color, pero no sería suficiente para cambiar de manera decisiva la "estrategia sureña" que Kennedy asumiría en los cincuentas.

⁸³ Entre 1954 y 1962, en Estados Unidos se consideraba a los republicanos como el partido político más liberal respecto de asuntos raciales; aunque por márgenes relativamente pequeños. Ver: CARMINES, Edward G. y James A. Stimson. "Issue Evolution: race and the transformation of American politics". 1989. pp. 111. Fig. 4.7. Esto apenas sorprende: no sólo se trataba del partido de Lincoln, sino que había sido un Líder Republicano de la Justicia quien escribió la opinión en *Brown* y un presidente republicano quien tomó la crucial decisión de brindar su apoyo en Little Rock. Mientras que los votantes negros del norte se habían unido al partido Demócrata durante el *New Deal*, Eisenhower exitosamente realizó incursiones significativas en 1956, ganando casi el 40% del voto de las personas de color. *Ibidem.* pp. 46.

Los Republicanos perdieron su imagen liberal ante los temas raciales entre 1960 y 1964, tiempo en que cerca de veinticinco puntos del porcentaje a favor de los demócratas cambió rápidamente, dado que la agenda de los derechos civiles se movió al escenario central de Washington, bajo la presidencia y un congreso liberal democrático. En: *Ibid.* p. 46. Fig. 2.1.

⁸⁴ Roy Wilkins de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) recordó que: Lo primero que se filtró fuera de la Casa Blanca (de Kennedy). . . faltando diez días para su elección. . . (fue) el rumor de que él no iba, efectivamente, a apoyar ninguna legislación sobre derechos civiles en el nuevo Congreso. . . porque no quería dividir el partido y tampoco dividir el Congreso en un momento en que tenía nuevas legislaciones sobre asuntos más importantes que él deseaba (que fueran aprobadas). Ver: NIVEN, David. "The Politics of injustice: the Kennedys, the freedom rides and the electoral consequences of a moral compromise". 2003. pp. 27-28. (las omisiones son de la original) (cita interna marca omitida). Ver: JACKSON, Donald W. y James W. Riddlesperger, Jr. "John F. Kennedy and the Politics of Civil Rights". En: "Presidential leadership and the Civil Rights policy" 107. Edición de James W. Riddlesperger, Jr. y Donald W. Jackson. 1995. (repasando la literatura y enfatizando el pragmatismo político de Kennedy).

⁸⁵ Nota del Editor: durante los primeros cien días de su gobierno, Franklin D. Roosevelt implantó un programa extensivo dirigido a la recuperación de los negocios y la agricultura, alivio a los desempleados y a aquellos en peligro de perder sus casas o granjas.

⁸⁵ Public and Private Laws No. 73-67, 48 Statute 195 (1933), abrogado en 1966.

y luego en la Nacional Labor Relations Act⁸⁶ (NLRA).

Estas iniciativas estatutarias, a su vez, provocaron una campaña de unión masiva con organizadores marchando a través del país con señales proclamando, "¡El Presidente quiere que TÚ seas parte de un Sindicato!"⁸⁷.

Éste era definitivamente un mensaje diferente al que enviaba el Presidente Kennedy a los *freedom-rides* y *sit-ins* de comienzos de los 60. No hubo grandes iniciativas sobre la justicia racial durante sus primeros Cien Días. Kennedy esperó tres años antes de hacer una propuesta legislativa seria⁸⁸. Incluso en ese entonces no estaba preparado para ganarle a un Senado amargo que servía como obstáculo puesto por los Demócratas del Sur. El Sur blanco le había dado al Presidente su margen victorioso en 1960, y no iba a quemar todos sus vínculos con esta circunscripción clave al lanzar

una ley revolucionaria de Derechos Civiles en los comienzos de su campaña a la reelección⁸⁹.

A. Asesinato y cambio constitucional

La dinámica del movimiento-partido-presidencia se detuvo; al menos hasta 1965, y posiblemente para siempre⁹⁰. Fue sólo la mezcla paradójica de tragedia y comedia que preparó el espacio constitucional para una acción decisiva. Primero, la comedia: nuestro sistema de elección vicepresidente es un mal chiste ya que le otorga a los candidatos presidenciales incentivos poderosos para "balancear el equipo" al nombrar a un candidato de otra región que habla con otro acento ideológico⁹¹; ahora, la tragedia: cuando la bala de un asesino mata al Presidente, el país se enfrenta a un doble *shock*: no sólo el de la pérdida, sino también el generado por un Vicepresidente cambiando totalmente la política del Estado.

⁸⁶ Ver: ORREN, Karen. "Belated feudalism: Labour, the law and liberal development in the United States". 1991. (Elaborando el carácter radical de la transformación del *New Deal* en relaciones de trabajo).

⁸⁷ Ver: BERNSTEIN, Irving. "Turbulent years". 1970. pp. 37-125. (Resumiendo las campañas de la sindicalización provocadas por el paso de la sección 7(a) del National Industrial Recovery Act (NIRA)).

⁸⁸ Arturo Schlesinger resume el programa de los derechos civiles de Kennedy durante sus primeros dos años como "mejoras graduales en la legislación de voto existente, asistencia técnica para escuelas distritales que buscaban, voluntariamente, abolir la segregación, una extensión de la vida de la Comisión de los derechos civiles". SCHLESINGER Arthur M. Jr. "A thousand days: John F. Kennedy IN THE WHITE HOUSE" 951 (1965). Para una serie más amplia de encuestas sobre las actividades de Kennedy, que, aparte del manejo de la crisis, combinaron gestos simbólicos en los derechos civiles con la cita de jueces federales racistas en el sur, comparan: BRAUER, Carl M. "John F. Kennedy and the Second Reconstruction". 1977, con una lectura ampliamente comprensiva de los años de Kennedy y BRYANT. *Ibid.* 82. pp. 225-427, una lectura ampliamente crítica. Cuando Kennedy anunció una nueva iniciativa de los derechos civiles en febrero de 1963, resultó ser "una colección de cambios de menor importancia lejos de ser más modestos que el programa 1956 de Eisenhower". GARY ORFIELD, THE RECONSTRUCTION OF SOUTHERN EDUCATION: THE SCHOOLS AND THE 1964 CIVIL RIGHTS ACT 24 (1969). Kennedy se movió en un engranaje más alto solamente en respuesta a las escenas de la brutalidad del policía precipitadas por acciones de los derechos civiles en Birmingham, Alabama. Su dirección de la televisión del 11 de junio acentuó, para la primera vez, las dimensiones morales de la pregunta de los derechos civiles, y él siguió una semana más adelante con la primera iniciativa legislativa fuerte de la administración. Ver: BRYANT. pp. 417-428. En: Nota 82, *supra*.

⁸⁹ Ver: KOTZ, Nick. "Judgment days". 2005. ("Cuando las elecciones se acercaban, Kennedy parecía menos ansioso. A medida que parecía que el Senador Barry Goldwater, originario de Arizona y de postura conservadora, tenía grandes posibilidades de ser el candidato republicano para la Presidencia; King presentía que Kennedy se vería menos inclinado a luchar por los derechos civiles).

⁹⁰ Este punto de vista era ampliamente compartido por distintas posturas. Desde fuera, Martin Luther King Jr. afirmaba que si Kennedy hubiera vivido, "habría habido demoras continuas, así como intentos de evadir (la legislación sobre derechos civiles) a cada momento, e intentos de desmotivarla recurrentemente" Ver: BRANCH, Taylor. "Parting the waters, America in the King Years, 1954 -1963". 1998. pp. 992. Desde dentro, el Decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Erwin Griswold, miembro de la Comisión de Derechos Humanos desde 1961 hasta 1967, comenta su historia oral: "Una de las cosas más impresionantes de los últimos veinticinco años y cuánto hizo Johnson a favor de los derechos civiles. Fue más lejos de lo que nadie esperaba. Gracias a Johnson se logró mucho más de lo que se habría logrado si Kennedy se hubiese conservado en el puesto. Por supuesto, se trata de momentos distintos, pero no tan sólo debido al asesinato; Kennedy no tenía los pies en la tierra respecto de los derechos civiles". Fuente: Entrevista con Erwin Griswold, Miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Estados Unidos. 29 de octubre de 1975. (Transcripción archivada con la Biblioteca John F. Kennedy. Boston: Scott Rafferty Papers, Caja 1).

⁹¹ Los seguidores de Jefferson hicieron un boceto de la Decimosegunda Enmienda con un propósito en mente: evitar que 1804 se convirtiese en una repetición de la crisis electoral de 1800. Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 203-206. La constitución original había dado lugar a esta crisis al permitir que los electores presidenciales emitieran dos votos para este cargo, sin necesidad de designar el candidato que ellos preferían que ocupara la vicepresidencia. Cuando todos los electores republicanos votaron por Jefferson-Burr en 1800, la constitución forzó a que ambos candidatos se enfrentaran en una carrera decisiva hacia la Casa Blanca, generando una crisis constitucional. Ver: *Ibid.* pp. 30 -35. Al promulgar la Decimosegunda Enmienda a último minuto antes de la siguiente elección presidencial, los republicanos eliminaron la posibilidad de este escenario al estipular que cada elector emitiera un voto por la presidencia y otro directo por la vicepresidencia. No tomaron en cuenta, sin embargo, que esta forma de votación podía dar lugar a que las vacancias presidenciales fueran comúnmente ocupadas por vicepresidentes con convicciones muy distintas; ello, en parte, debido a que las dinámicas de los partidos políticos no era bien entendidas durante esta fase de la Historia del país. Ver: *Ibid.* pp. 203 - 206.

La Reconstrucción nos provee el ejemplo histórico más espectacular. En 1864, Lincoln seleccionó a un demócrata del Sur, Andrew Johnson, para balancear el equipo y, entonces, la bala de John Wilkes Booth puso a un conservador racial en la Casa Blanca en un momento en el que los Republicanos estaban preparando un gran salto a favor de la justicia racial. Cuando el Congreso Republicano se reunió en diciembre de 1865, la Décimo Cuarta Enmienda no era una gran prioridad. En cambio, los Republicanos estaban preparándose para usar la recientemente ratificada Décimo Tercera Enmienda^{xxi} como una plataforma para una serie de estatutos claves que marcarían el nuevo compromiso nacional con la igualdad.

Fueron sólo los repetitivos vetos de Johnson los que forzaron a los Republicanos congresionales a proponer la Décimo Cuarta enmienda como su plataforma electoral en 1866 mientras luchaban por defenderse de la fiera campaña de Johnson que buscaba sacarlos del poder⁹².

Si Booth no le hubiese dado a su objetivo en el Teatro Ford, los abogados estarían contando una historia muy diferente. En este universo alternativo, no habrían molestos mensajes de veto del Presidente negando estatutos tan claves como el Civil Rights Act de 1866⁹³; ni habría existido la necesidad del Congreso Republicano de aprobar una ley de “reducción de corte” que previno al

Presidente de llenar las vacantes de la Corte Suprema con conservadores raciales⁹⁴. Si Lincoln hubiese continuado a salvo en la Casa Blanca, habría firmado orgullosamente los estatutos claves y llenado la Corte Suprema de Jueces Republicanos fuertes, que habrían derogado *Dred Scott v. Sandford*⁹⁵ y dictado estatutos claves mediante opiniones legales elocuentes que habrían servido como bases legales para generaciones de juristas⁹⁶. Con estatutos y superprecedentes claves en los libros, hubiera sido innecesario que los Republicanos vayan más allá y propongan la primera sección de la Décimo Cuarta enmienda. La Reconstrucción de los años 1860 se habría parecido más a la segunda Reconstrucción de los años 1960: con enmiendas formales jugando un papel menor, estatutos claves y opiniones judiciales mucho más prominentes⁹⁷.

Ahora adelántense a los años 1960: Kennedy, como Lincoln, balanceó su equipo de elección con un sureño llamado Johnson⁹⁸. Pero esta vez, la bala del asesino tornó a la presidencia claramente a la izquierda, no a la derecha. Mientras que Andrew Johnson repudiaba el movimiento de los Republicanos de 1860, Lyndon Johnson rechazaba el cuidado con el que Kennedy lidiaba con los derechos civiles, pues compartía la causa de Martin Luther King Jr. de generar una variación nueva del modelo presidencial de la soberanía popular⁹⁹.

^{xxi} Nota del Editor: la cual prohíbe la esclavitud o servidumbre involuntaria en Estados Unidos.

⁹² En general, ver: ACKERMAN. Nota 24, *supra*.

⁹³ Act del 9 de abril de 1866, ch. 31, 14 Statute 27. Ver también: 2 ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 170-171.

⁹⁴ Ver: Act del 23 de Julio de 1866, ch. 210, 14 Statute. 209. El estatuto fue una respuesta al esfuerzo de Johnson por ocupar la vacancia con su Attorney General, Homer Stanbery. En lugar de considerar la nominación por sus méritos, el Congreso aprobó un proyecto “reductivo” por sobre el veto del Presidente, proveyendo que la partida de algunos Jueces provocaría la reducción del tamaño de la Corte ante las elecciones de Grant. Ver: Act del 10 de abril de 1869, ch. 22, 16 Statute 44, con la explicación del senador Charles Buckalew: “La reducción tuvo lugar en circunstancias peculiares, y con cierta referencia a consideraciones políticas de dos o tres años a partir de la fecha. Ahora que ellas han pasado, no encuentro objeción alguna a incrementar el número de jueces a uno o dos por corte”. CONGRESS GLOBE, 40th. Segunda Sesión, 1487. (1869).

⁹⁵ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

^{xxii} Nota del Editor: decisión que prohibió la ciudadanía a toda persona de ascendencia africana, esclavos o no, y que le quitó al Congreso la autoridad de prohibir la esclavitud en territorios federales del país.

⁹⁶ Lincoln no mantuvo en secreto sus intenciones. De manera recurrente había establecido que el propósito de los políticos republicanos era lograr que *Dred Scott* “retrocediera, si lo logramos, y se establezca una nueva norma respecto de este tema”. Ver: Abraham Lincoln, Sixth Debate with Stephen A. Douglas (13 de octubre de 1858). En: “3 Collected Works of Abraham Lincoln”. Nota *supra*. pp. 245-255. Luego: “sabemos que la corte que lo hizo, frecuentemente invalidaba sus propias decisiones, y que debemos hacer todo lo posible para que esta vez lo invalide también”. Ver: Abraham Lincoln, Speech at Springfield, Illinois (26 de junio de 1857). En: “2 Collected Works of Abraham Lincoln”. Nota 37, *supra*. pp. 398-401.

⁹⁷ En: ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 274-277. Algunas –o todas– las provisiones de la Decimocuarta Enmienda bien podrían haber sido seriamente consideradas por los Republicanos. Ellas lidian con el rechazo del “compromiso de los tres quintos” (segunda sección), impidiendo el acceso de los ex Confederados a una serie de puestos (tercera sección, así como prohibiendo la compensación a la emancipación de los esclavos (cuarta sección). Sin embargo, los Republicanos habrían seguido el camino del artículo quinto si es que la Corte de Lincoln hubiese abatido las señales que buscaban alcanzar estos mismos objetivos.

⁹⁸ Ver: JOHNSON, Lyndon Bynes. “The vantage point: perspectives of the Presidency, 1963 - 1969”. 1971. p. 91 (menciona el esfuerzo de Kennedy por convencerlo de que aceptase la nominación vicepresidencial, dado que ella “aseguraría el apoyo de los estados del sur”).

⁹⁹ En general, ver: KOTZ. Nota 89. pp. 250-277 (elaborando la compleja relación entre King y Johnson).

Johnson se enfrentaba a un contexto político diferente de aquel de su predecesor. Era el primer Presidente sureño en la Casa Blanca desde que Andrew Johnson saliera de ella en desgracia en 1869¹⁰⁰, y podía contar con un poderoso voto de “hijo favorito” incluso si no tocaba los derechos civiles¹⁰¹. Para Kennedy, el bloqueo que el Senado hiciera de una ley fuerte que versara sobre derechos civiles era veneno político, alienando a los blancos sureños cuando buscaba sus votos para la campaña de reelección; recordemos, esto tuvo lugar días antes del Voting Rights Act de 1965¹⁰². En contraste, un bloqueo proveía a Johnson de una oportunidad dorada para demostrarle a la nación que había superado el estereotipo de un político sureño reaccionario¹⁰³.

Johnson rechazó todos los esfuerzos de un “compromiso” que podría quitarle fuerza a la ley, y tuvo que hacerle frente al bloqueo más largo de la historia¹⁰⁴. Con las encuestas nacionales regis-

trando al 70% a favor de una ley fuerte¹⁰⁵, emitió el decisivo Civil Rights Act de 1964¹⁰⁶, cuando la campaña presidencial estaba realmente comenzando. “¿Quién hubiera pensado hace un año que esto podría pasar?” preguntó el Ministro de Justicia, Robert Kennedy, mientras la ley seguía el procedimiento para ser aprobada¹⁰⁷.

La bala del asesino tiene mucho que ver con las diferencias marcadas en los modelos de liderazgo constitucional que prevalecieron durante la primera y la segunda Reconstrucción. En 1886, la bala de Booth forzó al movimiento-Partido Republicano a abandonar la presidencia y depender del Congreso para arraigar el compromiso nacional con la igualdad. Una vez que se perdió la Presidencia, los Republicanos no pudieron seguir esperando confirmar Jueces del movimiento Republicano para que crearan superprecedentes que derogaran a *Dred Scott* y plasmaran los nuevos compromisos constitucionales de la nación con la

¹⁰⁰ Woodrow Wilson había nacido y crecido en el Sur; pero la importancia que había adquirido a nivel nacional se la debía al éxito político que había alcanzado en New Jersey. Johnson era extremadamente sensible ante los problemas que enfrentaba como el primer Presidente del sur desde la Guerra Civil: Hay un cierto desdén por el sur que parece haberse tejido dentro de la tela de la experiencia del norte. Éste es un tema que merece un desarrollo más profundo del que puedo darle en esta oportunidad; tal vez todo esto brote de la amargura enraizada por la lucha civil desde hace más de un siglo, ya que los clichés emocionales sobreviven a todos los demás, y los clichés del sur son tal vez los más emocionales de todos. A lo mejor algún día esta tendencia se entenderá de manera distinta y desaparecerá de nuestra vida nacional. Es lo que yo espero, a pesar de que aún se mantenga con nosotros. Ver: JOHNSON. Nota 98. p. 95.

¹⁰¹ A pesar de los antecedentes de Johnson, perdió en cinco estados del sur profundo frente a Barry Goldwater, principalmente debido al tema racial. Ver: WHATE, Theodore H. “The making of the President”. 1964. pp. 380 (1965). A pesar de ello, la apelación del “hijo predilecto” de Johnson fue suficiente para llevar a Texas y la mitad del sur céntrico y septentrional, sin importar el apoyo decisivo de éstos al Civil Rights Act. Ver: DALLEK, Robert. “Flawed giant: Lyndon Johnson and his times, 1961 – 1973”. 1998. pp. 182-183 (en ésta, explica la estrategia de Johnson para el sur).

¹⁰² Public and Private Laws No. 89-110, 79 Statute 437.

¹⁰³ El Récord de antecedentes de derechos humanos que mantenía Johnson estaba mezclado a la perfección. En su primera década en la Casa Blanca, de 1938 a 1948, Johnson votó, siguiendo el estereotipo sureño de moda, en contra de todas las iniciativas de derechos civiles. Ver: STERN, Mark. “Calculating the visions: Kennedy, Johnson and Civil Rights”. 1992. p. 120. Incluso como líder de la mayoría en el Senado, Johnson logró traerse abajo la invitación que hizo Richard Nixon para debilitar las leyes filibusteras en la sesión de apertura del Senado de 1957. Ver: CARO, Robert A. “The years of Lyndon Johnson: Master of the Senate”. 2002. pp. 857-58. Llegado ese punto, empezó a cambiar; usando su poder como líder de la mayoría para brindar modelos de derechos civiles en 1957 y 1960, aunque debilitándolos drásticamente, a manera de evadir filibusteros sureños. Ver: CARO. Ibid. pp. 893-96, 91, 942-943 (en donde se discute el Civil Rights Act de 1957). Ver también: MANN, Robert. “The walls of Jericho: Lyndon Johnson, Hubert Humphrey, Richard Russell and the struggle for Civil Rights”. 1996. pp. 198-199, 252-260 (en donde discuten los Civil Rights Acts de 1957 y 1960). También: ROSENBERG, Jonathan y Zachary KARABELL. “Kennedy, Johnson, and the quest for justice: the Civil Rights Tapes”. 2003. pp. 23-25. Johnson también continuó con un acercamiento pragmático –aunque cauteloso– cuando Kennedy lo nombró director del Comité on Equal Employment Opportunity. Ver: DALLEK. Op. Cit. pp. 23-30. A pesar de ello, cuando el movimiento de King empezó a ganar mayor respaldo nacional el 1963 y 1964, Johnson enfrentó ambientes políticos muy distintos, como luego explicaría: “Sabía que si no lograba salir en frente de este tema, (los liberales) me tendrían... debía presentar una propuesta de derechos civiles que fuese aun más sólida que la que ellos habrían obtenido si Kennedy siguiera vivo. Sin ella, no lograría siquiera empezar”. Ver: Ibid. p. 114. Russell se unió a este sentimiento expresado por Johnson cuando le comentó a un reportero: “si Johnson se compromete... será conocido como un estafador de Texas”. Ver: Ibid.

¹⁰⁴ Ver: SAVAGE, Sean J. “JFK, LBJ and the Democratic Party”. 2004. pp. 120-121. WHALEN, Charles y Barbara, WHALEN. “The longest debate: A legislative history of the Civil Rights Act”. 1985. pp. 94-95. En un principio, Johnson dudó acerca de su compromiso, Ver: WHALEN y WHALEN. Ibid. pp. 125.: dicha indecisión fue momentánea y no tuvo ningún significado estratégico.

¹⁰⁵ Una vez que la propuesta de los derechos civiles estuviera en el Senado, una encuesta de abril de 1964 – realizada por Harris Poll– trabajó sobre una muestra aleatoria de 1250 personas encuestadas: “En base a lo que usted ha oído, ¿se encuentra a favor o en contra de la propuesta de derechos civiles? El setenta por ciento de los encuestados se manifestó a favor, mientras que tan solo del treinta por ciento manifestó su oposición o su indecisión. Fuente: Louis Harris & Associates. Harris Survey (abril de 1964), disponible en iPOLL Databank, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>. Poco tiempo después de que la propuesta fuera aprobada como ley, una encuesta de octubre realizada por The Gallup Pole, indicaba que cerca del 60 por ciento se encontraba a favor y que el 31 por ciento se oponía (con 87 por ciento de ellos convencidos que la propuesta era demasiado osada y el 5 por ciento pensando que no lo era lo suficiente). Fuente: Gallup Organization, Gallup Poll (octubre de 1964). Disponible en iPOLL Databank: <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>.

¹⁰⁶ Public and Private Laws No. 88-332. 78 Statute 241.

¹⁰⁷ Ver: KOTZ. Nota 89, *supra*. p. 141.

igualdad. En cambio, tuvieron que enfrentarse a una serie constante de vetos presidenciales que desafiaban a estatutos claves. Si esperaban triunfar sobre este asalto presidencial, los Republicanos tenían pocas opciones más que consolidar sus ambiciones igualitarias mediante enmiendas formales hechas bajo el artículo V; incluso cuando esta estrategia requería de poder militar para reconstruir los gobiernos sureños de manera que estuviera garantizado que la opinión "blanca" se alienara a largo plazo¹⁰⁸.

La bala del asesino tuvo una consecuencia muy diferente –aunque igualmente sorpresiva– en la década del 60. En lugar de empujar a un movimiento-Congreso al escenario central como paso en 1860, empujó a un movimiento-presidente al frente. Esta vez, el movimiento para la justicia racial no fue llevado a un duelo contra un Presidente conservador en materias raciales. Martin Luther King, Jr. podía unirse a Lyndon Johnson para crear un movimiento-presidente que empujaría a un Congreso dudoso a pasar el Civil Rights Act que le daría sentido constitucional a las elecciones de 1964.

Una vez que conocemos el papel que juega la bala del asesino, podemos ver que la propuesta de la Décimo Cuarta Enmienda en 1866 y la aprobación del Civil Rights Act en 1964 representaron exactamente el mismo rol en la dinámica más amplia de la soberanía popular. Ambas acciones empujaron al sistema de una fase de señalización a una fase de propuesta. El Pueblo estadounidense ahora conocía que sus representantes políticos se movían más allá de la retórica de una reforma revolucionaria y estaban proponiendo medidas legales específicas que transformarían de manera radical la Constitución como se conocía.

Hemos llegado a la tercera fase del proceso. Aquí los votos ordinarios tienen su primera oportunidad de juzgar estas nuevas y valientes iniciativas hechas en su nombre en Washington D.C. durante la primera Reconstrucción; esto pasó en 1866 cuando el Presidente Johnson dio vueltas al país llamando a los americanos a botar a los Republicanos Radicales del Congreso¹⁰⁹; en 1964 esto pasó cuando Barry Goldwater trató de ser presi-

dente después de votar en contra del Civil Rights Act¹¹⁰. En ambos casos, una victoria conservadora habría dado un fin abrupto al ejercicio de la transformación constitucional: si la elección de 1886 hubiese ido contra los Republicanos y a favor de los Demócratas de Andrew Johnson¹¹¹, la Décimo Cuarta Enmienda nunca hubiera sido ratificada¹¹²; si la elección de 1964 hubiera ido a favor de Barry Goldwater, nunca hubiera habido un Voting Rights Act de 1965 o un Civil Rights Act de 1968; incluso este mismo acto de 1964 no habría sobrevivido¹¹³.

Sin embargo, ello no fue así. En su lugar, la decisiva derrota de los conservadores permitió que quienes resultaron victoriosos pudieran reclamar una ventaja arrolladora emanada del Pueblo. Si *Brown* fue la señal y el Civil Rights Act la propuesta, la campaña de 1964 culminó en una provocadora elección, que contribuyó a legitimar la reforma revolucionaria de la legislación a nombre de "nosotros, el Pueblo" (*We, the people*), autorizando mediante estatutos e impulsando la dinámica institucional hacia la cuarta etapa: ratificación.

* * * *

He venido utilizando la Reconstrucción como una lupa para poder tomar perspectiva de la revolución de los derechos civiles. Pero mientras la dinámica de la soberanía popular alcanzaba su punto más alto en las elecciones presidenciales de 1964, el legado del *New Deal* confirmó ser aún más importante. Los americanos que se encontraban en el mejor momento de sus vidas durante la década de los 60, ya habían vivido los dramáticos enfrentamientos políticos e institucionales de los años 30. Estas experiencias llevaron a paradigmas profesionales que otorgaron contexto al significado de las elecciones de 1964.

El punto de referencia crucial fue la marcada victoria con la que Roosevelt le ganó la presidencia a Alf Landon en 1936. Este triunfo autorizó al Presidente a tomar este mandato del Pueblo y usarlo para su *New Deal*, cosa que Lyndon Johnson buscaba en 1964. Cuando Johnson visitó Memphis una semana antes de las elecciones,

¹⁰⁸ Ver: Nota 25 y el texto que la acompaña, *supra*.

¹⁰⁹ Ver: Nota 24. En: ACKERMAN, *supra*. p. 180.

¹¹⁰ Ver *infra*, TAN 114-119.

¹¹¹ Para aumentar su apoyo popular, la oposición conservadora se hacía llamar el Partido Nacional de la Unión durante la campaña electoral de 1866. No obstante, esta imagen de dos partidos políticos se desvaneció ya que el control de los *stalwarts* democráticos aumentó. Ver: LES BENEDICT, Michael. "A compromise of principle". 1974. pp.194-196.

¹¹² Ver 2 ACKERMAN, Nota 24, *supra*. pp.178– 183.

¹¹³ Ver: *infra* TAN 130-132.

intentó definir el mandato que buscaba. Después de denunciar el asalto de Goldwater^{xxiii} de una variedad de programas del *New Deal*, el Presidente se tornó al futuro:

Los asuntos ya zanjados de la década del 30 no son los mismos problemas de los años 60, y esa es, al final, la decisión que debía tomarse: ¿quieren volver a los treinta o avanzar hacia los sesentas?

“(…)

Si tomo mi compás o mi regla y trazo una línea recta en el centro de esta multitud para dividirla, no podríamos hacer mucho; pero hay poco que no podamos hacer si nos mantenemos unidos, como estamos ahora. Además, ¿saben qué cosa creo que deberíamos hacer?, y digo esto como un hombre que ha pasado toda su vida y votado siempre en Texas, y como el nieto de dos veteranos de la Confederación; creo que una de las cosas que vamos a tener que hacer es borrar la línea Mason-Dixon^{xxiv} de nuestra política.

Y debido a que somos buenas personas, personas justas, y dado que somos sólo personas y que creemos en el Libro Dorado, vamos a tener que seguir la Regla Dorada, “Haz al resto lo que quieres que hagan contigo”. Sólo cuando hagamos eso lograremos borrar esa línea de color que divide en dos nuestras oportunidades.

El mandato de esta elección va a ser el mandato de unir a esta nación. Va a ser el mandato de cerrar nuestras heridas y curar nuestra historia para hacer de esta nación entera una nación, como un solo pueblo, indivisible, bajo Dios¹¹⁴.

Como Lyndon Johnson, Barry Goldwater tampoco negaba su ambición de obtener un mandato de la mayoría del Pueblo. Desde que Roosevelt aplastó a Landon en 1936, el Partido Republicano había nominado a una serie de candidatos “yo también”, que aceptaban las premisas básicas del *New Deal*: Willkie, Dewey, Eisenhower y Nixon. Estos “Republicanos Modernos”, como orgullosamente se hacían llamar, no obtuvieron más que el desprecio de Goldwater. Éste lanzó un ataque directo al *New Deal* y vio al Civil Rights Act de 1964 como un paso más en el camino hacia la servidumbre¹¹⁵. Aunque no era racista, votó en contra del Act y, en un discurso del Senado que terminó en las primeras páginas de toda la nación, dejó claro que el constitucionalismo del *New Deal* era su verdadero enemigo. En lo que a él concernía, el esfuerzo del Act de regular “la empresa privada en el área del mal llamado acomodo público y... el empleo”¹¹⁶ no sólo era poco sabio como política, sino totalmente inconstitucional sin el empleo de una nueva enmienda constitucional que fuera ratificada por los estados como manda el artículo V¹¹⁷.

La elección de 1964, en pocas palabras, tuvo como cuestión central de dimensión constitucional, el hecho de si el Civil Rights Act era inconstitucional, como lo declaraba Goldwater, o una afirmación decisiva de compromiso Constitucional como proponía Johnson, algo que el liderazgo de Johnson en nombre del estatuto clave puso en claro.

La victoria aplastante del *New Deal* en 1936 creó los diferentes estándares para determinar la respuesta del Pueblo a esta pregunta. Goldwater

^{xxiii} Nota del Editor: contendor de Lyndon Johnson en las elecciones de 1964.

^{xxiv} Nota del Editor: se refiere a una línea divisoria fronteriza entre cuatro estados: Pennsylvania, Virginia Occidental, Delaware y Maryland. Fue trazada entre 1763 y 1767 para resolver un conflicto de fronteras en la Norteamérica colonial.

¹¹⁴ JOHNSON, Lyndon B., “Remarks on the river front in Memphis”. 24 de octubre de 1964, en: “Public Papers of the Presidents of the United States: Lyndon B. Johnson” 1965. pp. 1406, 1408-1409. Ya en retiro, Johnson reflexionó retrospectivamente sobre la campaña 1964:

“Decidí buscar un nuevo mandato del Pueblo. Si Goldwater deseaba dar a los votantes una opción, decidí que debíamos darles una opción real. De pronto todos los argumentos ridículos que separaban a nuestros partidos habían sido dejados repentinamente a un lado. Nos encontrábamos ahora en una discusión colosal sobre los principios mismos de nuestro sistema del gobierno.”

JOHNSON, Nota 98, *supra*. p.103; ver también SKOWRONEK. Nota 65, *supra*. pp. 336-41 (discutiendo el uso que Johnson le dio a la figura de Roosevelt, así como su victoria de 1936, como punto de referencia).

¹¹⁵ Ver BARRY GOLDWATER. “The conscience of a conservative”. 1960. pp. 25–31, 65–67. (Atacando al Republicanismo moderno); *id.* pp. 68-75 (llamando al estado benéfico, socialista).

¹¹⁶ 110 CONG. REC. 14,319. (1964). Declaración del Senador Goldwater. El discurso de Goldwater fue noticia de portada del New York Times. Ver a MOHR, Charles. “Goldwater Says He’ll Vote “No” on the Rights Measure”. New York Times. 19 de junio de 1964, en la portada. (“Si mi voto está mal, déjenlo ser y déjenme sufrir a mi las consecuencias” dijo el Senador de Arizona, según dijo The Times sobre el discurso completo del candidato Republicano. Ver: “Text of Goldwater speech on rights”. New York Times. 19 de junio de 1964. El columnista legal Anthony Lewis explicó, en la misma página, por qué las opiniones constitucionales de Goldwater ya no eran aceptadas por las cortes. Ver: LEWIS, Anthony “The courts spurn Goldwater View”. New York Times. 19 de junio de 1964.

¹¹⁷ Ver 110 CONG. REC. 14,319. (1964). Goldwater enfatizó que su objeción básica era contra las ideas constitucionales del *New Deal* que autorizaban que se apruebe el Civil Rights Act sin una enmienda formal. También se opuso a la “creación de una fuerza de policía federal de proporciones enormes” y “al desarrollo de psicología del “informante” en grandes áreas de la vida nacional- vecinos espionando a vecinos, trabajadores espionando a trabajadores, empresarios espionando a empresarios...”. Pero esta crítica a la política llegó sólo después de su oposición al constitucionalismo del *New Deal* en general.

fue hundido por un margen de derrota igual al de Landon¹¹⁸, y los votantes otorgaron el poder al Congreso más liberal desde el final del *New Deal*¹¹⁹. Esto no sólo le permitió a Johnson tomar el mandato de los derechos civiles, sino que también le dio el impulso político para transformar las palabras en hechos al liderar al Congreso para que apruebe más legislación clave como el Voting Rights Act de 1965¹²⁰.

La Constitución viva aprobaba otro examen vital: los candidatos presidenciales hablaban uno con otro, en lugar de hablar uno sobre el otro, acerca de los grandes temas que los dividían, y estaban entregando estándares—la victoria enorme del *New Deal* en 1936— a la nación para determinar quién había ganado el asunto de manera decisiva o si ambos lados podrían legítimamente suponer que el Pueblo aún confrontaba la pregunta con mente abierta.

Dada su centralidad para la Constitución viva, la noción de un “mandato popular” merece más atención de la que le han dado los abogados constitucionales. Es fácil ser escépticos acerca de toda la idea¹²¹. Las elecciones estadounidenses no son asuntos de un solo tema. Los votantes siempre tienen una variedad de preocupaciones. Sin embargo, el hablar de un “mandato popular” sobre uno u otro Gran Tema parece negar este punto obvio. En 1964, por ejemplo, Johnson y Goldwater no

sólo se encontraban en desacuerdo con el rol del gobierno federal para asegurar la justicia racial, sino también con el programa más grande de justicia económica que tenía el presidente con el fin de construir la Gran Sociedad; tampoco se encontraban de acuerdo en temas de política extranjera, con Johnson caracterizando a Goldwater como un militarista “feliz de disparar”¹²². La multiplicidad de estos temas es típica y nos sirve como bases para hacer una importante objeción a la idea misma de un “mandato popular”.

Llamémosle el “problema de la mezcla”: si los estadounidenses hubiesen utilizado sus votos en 1964 para elegir moderación en los asuntos extranjeros, hubiera parecido incorrecto ver la victoria Demócrata como un mandato para garantizar la justicia racial. Hablando de manera más general, usar la frase “un mandato del Pueblo” de manera directa privilegia a un grupo de temas e ignora otros que fueron importantes para los votantes el día de la elección.

A pesar de sus encantos iniciales, esta objeción debe ser rechazada. Es demasiado amplia en términos legales, así como muy poco profunda filosóficamente. Por el lado legal, el “problema de la mezcla” es difícilmente una única dificultad en las formas modernas de liderazgo presidencial en la revisión constitucional. Es igualmente problemático cuando hablamos de las enmiendas y el

¹¹⁸ Tanto Roosevelt como Johnson obtuvieron alrededor del 61% del voto popular en 1936 y 1964. MCGILLIVRAY, Alice. et al. “America at the polls, 1960–2004: Un manual de las estadísticas de las elecciones presidenciales Americanas”. 1994.

Los Republicanos respondieron a esta debate electoral de 1964 retornando a su tradición de otorgar las nominaciones presidenciales a los representantes del “Republicano Moderno” del partido. Richard Nixon y Gerald Ford fueron claramente lo siguiente en la tradición Willkie-Dewey-Eisenhower de Republicanos acomodados al régimen constitucional del Nuevo Trato. Ver SMALL, Melvin. “The presidency of Richard Nixon”. 1999. p. 24.(describiendo el apoyo de Eisenhower); WAGNER, Steven. “Eisenhower Republicanism: pursuing the middle way”. 2006. p. 121. (Describiendo la filosofía del Republicanismo Moderno). La llegada de Ronald Reagan a la presidencia en 1980 señaló una nueva ronda de política constitucional que retó las premisas básicas del *New Deal* y la era de los derechos civiles. Pero en 1964, Reagan tan sólo estaba comenzando su carrera política como Gobernador de California.

¹¹⁹ Los Demócratas superaban en número a los Republicanos por 295 a 140 en el Congreso, el margen más amplio desde 1936, en el Senado, el margen era de 68 a 32, el más amplio desde 1940. Con igual importancia, “los Demócratas ahora tenían suficiente mayoría para prevalecer en algunas medidas a pesar de la oposición de los sureños”. KOTZ. Nota 89, *supra*. p. 261. En particular, “El Nuevo Congreso estaba... tan inspirado por el mandato masivo en contra de Goldwater, que había votado contra el Civil Rights Act de 1964, que no quedaba mucha duda que la nueva ley de votación iba a ser aprobado de alguna manera”. DAVIS GRAHAM, Hugh. “The civil rights era: origins and development of national policy 1960–1972”. 1990. p. 166.

¹²⁰ Las reflexiones de Johnson sobre su gran victoria en las elecciones es sugestiva (pero nada dispositiva). Mucha gente sintió que debíamos descansar después de la victoria del Civil Rights Act de 1964, dejar que el Congreso trabaje, y darle un poco de espacio a la burocracia y a la nación. Pero no había tiempo para descansar... Temía que mientras que estos ciudadanos (negros) estuvieran alienados de los derechos del sistema estadounidense, continuarían considerándose a ellos mismos fuera de las obligaciones del sistema también. Traté de dejar en claro esta posición durante la campaña presidencial. Quise que un mandato se moviera hacia delante, no sólo como una sanción para el *status quo*.

El 3 de noviembre de 1964, los votantes estadounidenses me dieron ese mandato. Decidí usarlo rápidamente y dirigí al *Attorney General* Nicholas Katzenbach a comenzar la difícil labor de escribir la siguiente ley de derechos civiles- legislación que pudiera asegurar, de una vez por todas, derechos electorales iguales para todos. JOHNSON. Nota 98, *supra*. pp. 160–61. Incluso Johnson le ordenó a Katzenbach trabajar en opciones estatutarias, no tuvo al Voting Rights Act como una prioridad hasta después, en 1965, cuando su mandato electoral había sido reforzado por el movimiento de las actividades de King a favor de los derechos electorales en Selma, Alabama. Ver: *infra*. TAN. pp. 141-144.

¹²¹ Para una exposición clásica del caso escéptico, ver DAHL, Robert. “Myth of the presidential mandate”, 105 *Political Science Quarterly*. 1990. p. 355. Para otros estudios, ver HEIDOTTING CONLEY, Patricia. “Presidential mandates: how elections shape the national agenda”. 2001; EDWARDS, George III. “At the margins: presidential leadership of congress”. 1989; EDWARDS, George III. “The public presidency: the pursuit of popular support”. 1983; KELLEY, Stanley. “Interpreting elections”. 1983.

¹²² Ver como ejemplo, BOSTDORFF, Denise. “The Presidency and the rhetoric of foreign crisis”.1994. p. 57. (describiendo el ataque contra Goldwater en la campaña de Johnson).

artículo V: los votantes generalmente no se enfocan en las posiciones de los candidatos en potenciales enmiendas cuando votan para elegir al Congreso y sus legislaturas estatales; se concentran más en muchos otros temas nacionales y locales. No obstante, los abogados constitucionales tratan una nueva enmienda formal como una expresión poco problemática de Nosotros, el Pueblo, sin mirar más allá del hecho que tres cuartos de las legislaturas estatales han dado su aprobación solemne.

Lo que nos lleva a un punto filosóficamente más profundo: algunos sistemas constitucionales efectivamente responden a la objeción de la mezcla mediante el intento de remover la resolución de los temas constitucionales de las manos de los políticos electos. Procedimientos especiales de referendo son partes familiares de las constituciones de muchos estados y países extranjeros. Pero la Constitución estadounidense es diferente, cuando opera tanto en el modo federal (bajo el artículo V) como en su modo nacional (bajo la Constitución viva), el sistema le deja a nuestros representantes políticos la facultad de determinar cuándo es tiempo de tomar un mandato del Pueblo y transformar su significado en textos legales fundamentales y duraderos. En el modo federal, estos textos toman la forma de las enmiendas del artículo V; en el modo nacional, son estatutos claves y superprecedentes. Para dejar más claro este punto, el sistema americano depende de tipos de *democracia representativa* y no de *democracia directa* para determinar la credibilidad de un mandato popular.

Tanto el sistema representativo como el directo enfrentan los mismos problemas; lo dicho no vincula, por lo que es muy fácil para los políticos electos tomar un mandato del Pueblo bajo condiciones en las que esta toma es inapropiada¹²³. Dado este punto obvio, ambos sistemas crean dificultades para que las tomas políticas de un mandato obtengan credibilidad institucional. Bajo el sistema directo, se prueban en un mecanismo de referéndum especialmente estructurado, que les da a los votantes la decisión final. Bajo el sistema de la representación, los políticos deben seguir ganando elecciones hasta que ganen la

aprobación de una revisión de una serie de instituciones representativas que normalmente no se ponen de acuerdo.

Nuestra Constitución nacional se encuentra comprometida firmemente con el sistema de representación: cuando opera en su modo federal, necesita de un movimiento para la revisión constitucional que consiga los votos de dos tercios de nuestros representantes en ambas cámaras del Congreso y ganar la aprobación de tres cuartos de los estados; cuando opera en modo nacional, requiere que los reformadores constitucionales mantengan su *momentum* electoral de cara al rechazo de las ramas conservadoras del sistema de separación de poderes. Es tan sólo cuando un movimiento constitucional gana el control sostenido de las tres ramas de un gobierno nacional que se puede ganar el mandato popular para aprobar estatutos claves y obtener la elaboración judicial de superprecedentes.

Tanto los sistemas representativo como directo tienen sus fortalezas y debilidades. En los sistemas directos, las preguntas que se entregan al Pueblo para que decida por medio del referendo pueden ser confusas, y los votantes –muchas veces– pueden estar mal informados acerca de los temas que realmente implican. El método de gobierno representativo tiene distintos vicios. Los representativos tienen un mejor entendimiento de los temas, pero la manera en que expresan sus nuevas soluciones en textos legales puede diferir significativamente del entendimiento prevaleciente que tiene el público en general.

Ningún sistema es perfecto, pero así es la vida, y debemos aprender a vivir con ella. Mientras que hay muchas maneras de mejorar los sistemas ya existentes de gobiernos directos y representativos¹²⁴, mi tarea es interpretar la Constitución americana como es, no como debería ser. Dentro del sistema existente en América, la objeción de la mezcla es simplemente no aplicable: supone falsamente que nuestra Constitución busca probar tomas de mandato aislando temas para darle una decisión focalizada a los votantes, en lugar de promover una deliberación larga y colectiva de los representantes¹²⁵. Por el contrario, deberíamos

¹²³ Para una discusión sobre estas condiciones, ver: ACKERMAN, Bruce. Nota 43, *supra*. pp. 266–94 (elaborando el criterio de amplitud, profundidad y poder de decisión).

¹²⁴ Para algunas sugerencias, ver: ACKERMAN, Bruce. Nota 24, *supra*. pp. 410–16., también: ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”. *Harvard Law Review* 113. 2000. pp. 633, 666–668.

¹²⁵ Espero referirme, en un trabajo futuro, a la tendencia actual de políticos y criminales de definir a los “mandatos populares” en referencia a las encuestas de opinión pública sobre los temas escondidos que se discuten durante las campañas. Este desarrollo saca a la luz temas fundamentales: es una cosa revisar nuestro sistema de democracia representativa para incorporar referenda pública

reconocer que los políticos estadounidenses ganan su autoridad para hablar en nombre del Pueblo al negociar exitosamente a través de un camino institucional de obstáculos que les da a sus oponentes repetidas oportunidades para derrotarlos en una serie de elecciones nacionales. El punto de mi análisis de cinco fases es determinar si los reformadores constitucionales de la era de los derechos civiles lograron llegar a la línea final.

Desde esta perspectiva, la victoria aplastante de 1964 tuvo un significado constitucional muy distinto para cada uno de los tres grandes temas de la campaña. El Presidente Johnson no le declaró la guerra a la pobreza hasta su Discurso del State of Union de 1964¹²⁶ y, por lo tanto, su victoria simplemente sirvió como una señal institucional que, como *Brown* una década antes, inició un periodo de debate popular sostenido sobre una nueva agenda reformadora¹²⁷.

El mandato de la política extranjera de Johnson tuvo incluso un menor significado constitucional.

En lugar de señalar un nuevo comienzo en política extranjera, el Presidente buscaba reasegurarles a los estadounidenses que operaría dentro del consenso bipartidario establecido por Harry Truman y Dwight Eisenhower. Era Goldwater, no Johnson, el que enfatizaba la necesidad de un acercamiento al tema fundamentalmente diferente.

En contraste, la agenda de los derechos civiles ahora se encontraba lista para que el Pueblo realizara una deliberación seria, dada la década de debate que se le dedicó en las cortes y legislaturas, mesas de almuerzo y lugares de trabajo a lo largo de toda la nación¹²⁸. Y el gran contraste entre Johnson y Goldwater inexorablemente ligó el futuro de las relaciones raciales a la campaña —no sólo era un tema sobresaliente, sino que los rivales, obviamente, buscaban llevar al país en direcciones muy distintas¹²⁹. Lo que es más, los votantes llevaron al poder a un Congreso extremadamente liberal, uno que estaba preparado para apoyar el reclamo del Presidente para que su mandato se lleve a cabo según los derechos civiles¹³⁰.

como un modo de definir los mandatos popular; y otra muy diferente es tratar a los números de estadísticas privadas como si fueran el equivalente funcional de un referéndum pública. Para algunos comentarios escépticos de la opinión pública actual, ver ACKERMAN, Bruce y James S. FISHKIN. "Deliberation Day". 2004. pp. 7-8.

En el mejor escenario, las encuestas de opinión pública sirven como indicaciones crudas de la amplitud del apoyo popular. No obstante, estas encuestas repetidamente revelaron las súper mayorías de los porcentajes de 60 y 70 % que apoyaban a los derechos civiles. Ver: Nota 105, *supra*. Esto sugiere que Johnson y el Congreso Liberal no estaban usando las posiciones poco populares de Goldwater sobre la política exterior como una plataforma para imponer políticas poco populares de derechos civiles.

En junio de 1964 una encuesta sugirió la misma conclusión. La encuesta preguntaba, "¿Si hubiera dos candidatos de su partido similares en todos los aspectos excepto que un candidato toma una posición fuerte apoyando los derechos civiles mientras que el otro toma una posición fuerte en contra de los derechos civiles, a qué candidato preferiría?". Esta pregunta busca determinar la posición del encuestado, *con todo los demás temas excluidos*. La respuesta del público: 63% hubieran votado por el candidato que apoyaba a los derechos, 23% por el candidato que estaba en contra de los derechos y 15% no tenía opinión. Ver Gallup Organization. Encuesta de Gallop. (Del 25 al 30 de junio de 1964). En: iPOLL Databank, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>.

¹²⁶ La "Gran Sociedad" llegó aún después, el 22 de Mayo de 1964. Ver JOHNSON, Lyndon. "Remarks at the University of Michigan". 22 de mayo de 1964. En: <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/640522.asp>.

¹²⁷ Los Demócratas no pudieron seguir con su señal llevando su agenda de lucha contra la pobreza a una conclusión satisfactoria en la siguiente década. Las derrotas de Hubert Humphrey y George McGovern dejaron claro que los americanos no estaban preparados para apoyar un asalto constitucional a la desigualdad económica —aunque, claramente, muchas de las iniciativas estatutarias de los años de Johnson continúan teniendo un importante impacto en el bienestar de los americanos de hoy. Para una perspectiva que discute la negativa de la Corte Suprema de constitucionalizar la Guerra contra la Pobreza, que debidamente enfatizó la significancia de la derrota de Humphrey. Ver SUNSTEIN, Cass. Nota 38, *supra*. pp. 153-171.

¹²⁸ Ver WHITE, Nota 101, *supra*. p. 305. ("La discusión de los derechos civiles dominó la conversación americana del verano y otoño de 1964 más que cualquier otro tema").

¹²⁹ En una reunión al comienzo de la campaña, Goldwater y Johnson respondieron a una ola de disturbios urbanos de gente de color, acordando informalmente, el 24 de julio, a no hacer más declaraciones que podrían avivar la volátil situación. Pero en una conferencia de prensa antes de la reunión, Johnson dejó claro que "no tenía ninguna intención de sacar al tema de los derechos civiles de la campaña". DALLEK. Nota 101, *supra*. p. 34.

Le he dado al "discurso sobre el mandato" de Johnson un excelente lugar en el texto, pero el Presidente ya había hecho un discurso público sobre el tema en Nueva Orleans el 9 de octubre, al final del tour de cuarenta ciudades sureñas hecho por Lady Bird Johnson. Lo que buscaba la primera dama, y fue cubierto por toda la prensa nacional, fue la justicia racial y la necesidad de "poner detrás nuestro todas las cosas pasadas". Ver: WOODS, Randall. "LBJ: Architect of American ambition". 2006. pp.542-544.

La posición de Barry Goldwater sobre el tema de los derechos civiles era larga y conocida. Como hemos visto, Goldwater había claramente acertado la postura constitucional de la oposición tanto en su libro; ver GOLDWATER. Nota 115, *supra*. pp. 25-35; ver también Nota 115, *supra*. y el texto que la acompaña; como en su discurso ante el Senado al oponerse al Civil Rights Act, ver 110 CONG. REC. 14,319. 1964. Ver también las Notas 116-117, *supra*. y el texto que las acompaña. Goldwater repitió estos usual temas en su discurso público del 22 de octubre, ver Comunicado de Prensa, Comité Republicano Nacional, Discurso en Televisión Nacional sobre "La Sociedad Libre" (transcrito de una emisión de la cadena de ABC del 22 de octubre de 1964), y llenó al Sur durante las últimas semanas de la campaña con discursos televisados regionalmente que enfatizaban su posición conservativa en lo referente a los derechos civiles. Ver "Somehow it works: a candid portrait of the 1964 presidential election". Gene Shalit & L.K. Grossman editions. 1965. p. 203. Este último énfasis en el tema de los derechos civiles ha incrementado el apoyo que tiene Goldwater en el Sur profundo. Ver CAMPBELL, Angus. "Interpreting the presidential victory, in the National election of 1964". Milton C. Cummings, Jr., editions. 1966. pp. 256-281.

¹³⁰ Ver: Nota 119, *supra*.

Dentro de este contexto, la victoria Democrática de 1964, así como la de 1936, califica como una elección desencadenante, impulsando a la dinámica de la soberanía popular a una nueva fase: la ratificación. Durante este período, aún era posible que los conservadores repelieran el asalto liberal del *status quo* constitucional; pero ello se tornaba cada vez más difícil. Supongamos, por ejemplo, que los seguidores de Goldwater hubiesen experimentado un sorprendente resurgimiento político durante las elecciones de 1966, 1968 y 1970, llevando al poder a un nuevo Presidente y a un nuevo Congreso que lograban terminar con los estatutos claves y encaminar el país hacia las visiones constitucionales de Barry Goldwater durante el amanecer de una nueva década. Bajo este escenario, los abogados del día de hoy mirarían a 1964 como un error, representando poco más que un ataque de locura demagógica.

Este experimento mental ayuda a refinar el significado constitucional de las elecciones desencadenantes en la experiencia estadounidense. Antes de las elecciones de 1964, el gran debate entre los derechos civiles y los derechos estatales se encontraba en un relativo equilibrio, y ninguno iba ganando la lucha por el apoyo público. Pero, una vez que Johnson y el Congreso Democrático ganaron en las urnas, incluso los más amargos conservadores raciales se vieron obligados a reconocer que la corriente de la opinión nacional se estaba moviendo en su contra. Para marcar este punto, tomo prestadas las nociones usuales de la "carga de la persuasión" y la "carga de avanzar" de la ley de la evidencia: con su victoria tanto en las elecciones presidenciales como las parlamentarias, el movimiento de reforma constitucional había logrado descargar su carga de persuasión, y la carga de avanzar se había movido ahora a los partisanos del antiguo régimen. A menos que los conservadores pudieran retomar el control de algunas instituciones centrales del gobierno nacional, y lo pudieran hacer rápido, la separación de poderes comenzaría a generar una corriente de estatutos claves y superprecedentes que consolidarían el régimen de justicia racial en una forma

que perduraría por generaciones. Marco el cambio en esta carga de avanzar al decir que el sistema de soberanía popular estaba en camino a su fase de ratificación.

En este punto, la Corte Suprema reingresó al drama de gran manera. Su respuesta al Civil Rights Act de 1964 y al Voting Rights Act de 1965 influenciaría profundamente la empresa de la ratificación: por un lado, podría eliminar los nuevos estatutos clave como lo hizo la vieja Corte en los años 1930, forzando al movimiento-presidencia a retornar otra vez a los votantes para un siguiente mandato; por otro, podría aprender una lección diferente de la experiencia del *New Deal* y apoyar la constitucionalidad de los nuevos estatutos, dándole así una carga más pesada a los conservadores raciales mientras retornaban al electorado para revertir la interpretación triunfal de las elecciones de 1964.

La Corte ni siquiera mantuvo al país esperando para escuchar la respuesta. El Presidente Johnson firmó el Civil Rights Act el 2 de Julio de 1964, y en cuestión de meses los casos que retaban su constitucionalidad llegaron a la Corte. Los Jueces escucharon los argumentos mientras que la campaña electoral estaba aún en proceso, y unánimemente ratificaron el estatuto clave en dos casos: *Heart of Atlanta Motel*¹³¹ ^{XXV} y *McClung*¹³² ^{XXVI}, tan sólo un mes después que los votantes le habían dado al Presidente y su Congreso Liberal la victoria.

Pero las apariencias engañaron. A pesar de la ausencia del rechazo, los Jueces tuvieron serias dificultades en ambos casos. Su problema era el principio del *stare decisis*^{XXVII}. Después de la Reconstrucción, la Corte había famosamente negado el estatuto de las acomodaciones públicas en los Casos de los Derechos Civiles de 1883¹³³. Y si la Corte moderna hubiese seguido este importante precedente, habría estado obligada a rechazar grandes porciones del nuevo Act, a pesar de la victoria de 1964.

Claramente, la Corte de Warren no había dejado que el *stare decisis* le impidiera derogar a

¹³¹ *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241. (1964).

^{XXV} Nota del Editor: decisión que le otorga al Congreso la facultad de decidir sobre aspectos que impliquen la lucha contra la segregación.

¹³² *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294. (1964).

^{XXVI} Nota del Editor: decisión de la Corte Suprema que apoyó al Congreso cuando éste decidió que la segregación en restaurantes perjudicaba al comercio interestatal y que por lo tanto debería cesar.

^{XXVII} Nota del Editor: doctrina de origen anglosajón que doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente y vinculan como jurisprudencia a aquellas que se dicten en el futuro.

¹³³ 109 U.S. 3. (1883).

*Plessy*¹³⁴ x XVIII en 1954. Y si los jueces hubiesen derogado los Casos de los Derechos civiles en 1964, *Heart of Atlanta Motel* y *McClung* hubieran eclipsado a *Brown* en el canon constitucional moderno. En este escenario alternativo, los abogados y jueces actuales estarían estudiando estos casos, no *Brown*¹³⁵, en su esfuerzo de elaborar principios para la protección igualitaria y la responsabilidad estatal que sirvió como cimiento del Act clave de 1964.

Pero no iba a ser así; incluso cuando la mayoría de la Corte, incluyendo al Juez Principal, estaba preparada para derogar los Casos de los Derechos Civiles si era la única forma de ratificar el nuevo estatuto¹³⁶. Habría habido un grave problema si el Juez Principal Warren hubiese guiado a la Corte por este camino. Las grabaciones de las conferen-

cias de los Jueces muestran que una opinión de protección igualitaria habría provocado un gran disenso de parte del Juez Harlan, y quizá de otros¹³⁷. Este disenso les hubiera otorgado una plataforma a todos los racistas de la nación para comenzar una nueva ronda de desafío al esfuerzo del Act de 1964 para inaugurar una nueva era de relaciones raciales en el país¹³⁸.

Es ahora cuando el constitucionalismo del *New Deal* vino al rescate. Ni el Juez Harlan ni nadie más estuvieron preparados para disentir con una opinión que ratificaba el Act sobre la base de una lectura expansiva de la Cláusula de Comercio del *New Deal*. La unanimidad de la Corte logró su objetivo: despojó a los racistas de cualquier semblanza de apoyo judicial¹³⁹.

¹³⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

^{xxviii} Nota del Editor: decisión de la Corte Suprema mediante la cual se permite la segregación en el transporte bajo la premisa de "iguales pero separados".

¹³⁵ Ver: STRAUSS, David. "Discriminatory intent and the tanning of *Brown*". En: *Chicago Law Review* 56. 1989. pp. 935. (Discutiendo la evolución del significado constitucional de *Brown* en el tiempo).

¹³⁶ El origen se encuentra en la opinión escrita por el Juez Clark durante las deliberaciones internas sobre *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964). Al tiempo que en la Corte se deliberaba, el Congreso debatía la Civil Rights Bill. Ver: CLARK, Tom. "Opinión preliminar sobre *Bell v. Maryland*". (archivado en Library of Congress, Manuscript Division, Papers de William O. Douglas, Caja 1312, Fóldeo 4). *Bell* fue el más difícil de los casos *sentados*, dado que no implicaba ninguna de las formas más evidentes de acción estatal. La Corte de Maryland hizo cumplir un estatuto de infracción criminal –racialmente neutro– en contra de quienes se habían rehusado a abandonar un local a solicitud del propietario. *Bell*, 378 U.S. 227. Con el propósito de retraer las condenas, la Corte se vio obligada a considerar si la expansión de la acción estatal creada por *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948), había reemplazado el concepto restringido que hasta entonces tenían los Civil Rights Cases sobre las infraestructuras públicas. El Juez Black logró reunir una mayoría de cinco hombres en asamblea (incluyendo a los jueces Harlan, Clark, Stewart y White) para mantener las convicciones sobre dichas infracciones. El Juez Black reafirmó la autoridad de los *Civil Rights Cases*, restringiendo las amplias exposiciones razonadas de Shelley. Ver: Opinión Preliminar de Hugo Black sobre *Bell v. Maryland* (archivado en: Library of Congress, Manuscript Division, Papers de William O. Douglas, Caja 1312, and Fóldeo 4). En último momento, el Juez Clark desertó; con ello reflejaba la preocupación por lo que podría ocasionar una decisión en contra de los manifestantes: nueva legitimidad para las protestas que en ese momento se llevaban a cabo en el Sur en contra de la Civil Rights Bill. Ver, por ejemplo, la declaración del Juez Brennan en que afirma estar "tan afectado que si (la Corte) apabullara *Bell v. Maryland* en el tema constitucional, aniquilaría el Civil Rights Act", citado en BALL, Howard y Phillip COOPER. "Of power and right: Hugo Black, William O. Douglas, and America's Constitutional Revolution". 1992. pp. 168. El 15 de Mayo, el Juez Clark frenó el uso de la opinión de Black en la Corte y –poco después– empezó a trabajar en su propia propuesta, invalidando las convicciones ya asentadas sobre la base de una interpretación extensiva de *Shelley*. Reflexionando sobre las preocupaciones que tenía acerca del Civil Rights Act, la opinión del Juez Clark invitó explícitamente al Congreso a dar los pasos necesarios para legislar normas que satisficieran "las necesidades de la situación". CLARK, *supra*. pp. 14. Clark difundió su opinión el 11 de junio, y rápidamente obtuvo el apoyo de una mayoría de cinco hombres, incluyendo al Chief Justice Warren prediciendo que "sin duda alguna se convertiría en un clásico". SCHWARTZ, Bernard. "Super chief: Earl Warren and his Supreme Court – a judicial biography". 1983. pp. 523. Al tiempo que todo esto sucedía en la Corte, se originó una brecha en el Senado. El día anterior a la presentación de la propuesta del Juez Clark, una coalición de dos partidos habría roto con la obstrucción de la legislatura que surgiera tres meses atrás. Fue entonces que el Juez Stewart desertó, el 16 de junio, de la otrora opinión mayoritaria del Juez Black. Sin embargo, él no dio un giro en U en méritos al unirse al Juez Clark; en su lugar, el Juez Stewart ayudó al Juez Brennan a reunir una mayoría de cinco hombres (los Jueces Warren, Douglas y Clark se unieron a ellos) que dispusieran de *Bell* en base a razones procesales y retardaran las interrogantes constitucionales levantadas por el nuevo Act hasta *Heart of Atlanta Motel* y *McClung*. La opinión del Juez Brennan finalmente prevaleció, pero la opinión preliminar del Juez Clark ante la Corte demuestra que, a pesar de parecer imperativa, hubo cinco votos a favor de extender la interpretación amplia de Shelley sobre la acción del estado, y rechazar la autoridad de los Civil Rights Cases respecto de casos que implicaran infraestructura pública.

¹³⁷ En la conferencia de la Corte en el *Heart of Atlanta Motel* y *McClung*, Harlan sostuvo inequívocamente: "en la Decimocuarta Enmienda, me atendería a los *Civil Rights Cases* y sostendría la inconstitucionalidad (del Acta de Derechos Civiles de 1964)" DICKINSON, Del (Editor). "The Supreme Court in Conference (1940-1985)". 2001. p. 727. Ver también: YARBROUGH, Tinsley E. y HARLAN, John Marshall. 1992. pp. 253. ("El Juez Harlan se habría, indubitablemente, mostrado reacio a apoyar el uso de la Decimocuarta Enmienda en una circunstancia de discriminación privada").

¹³⁸ A comienzos de los años 50, el Presidente del Tribunal Warren se pudo permitir tomarse suficiente tiempo para ganar la unanimidad en favor de *Brown*. Ver: KLUGER, Richard. "Simple Justice". 1976. pp. 678-699. Ninguna otra institución principal intentó forzar el criterio de la Corte en materias raciales, y estaba íntegramente en manos de los Jueces decidir si llevar el cuestionamiento de la protección igualitaria como prioridad de la agenda constitucional de la nación (esta es la razón por la cual describo a *Brown* como una función comunicadora y liberadora, y nada más). Pero, en 1964, la popular dinámica de soberanía se había desarrollado y la Corte no estaba más en control de los eventos –la legitimación del Acta de los Derechos Civiles había sido reforzada por un adormilado mandato de la Población en noviembre; ahora que los votantes habían rechazado definitivamente a Goldwater, una larga demora de la Corte habría generado una incertidumbre general acerca de la constitucionalidad del Acta y, consecuentemente, habría creado cierta legitimidad a desalentar los esfuerzos por defender a Jim Crow.

¹³⁹ Técnicamente hablando, las opiniones del Juez Clark para la Corte en el *Heart of Atlanta Motel* y *McClung* no lograron unanimidad, dado que el Juez Black, presentó una especial opinión concurrente. Ver: *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241. 1964. pp. 268-278 (opinión concurrente de Justice Black) (opinión también aplicable a *McClung*). Aunque desde el punto de vista

Pero el apoyo de la Corte a la Cláusula de Comercio también sirve como un marco para mi tesis central: en el momento más igualitario de nuestra historia, la Corte Suprema de los Estados Unidos trató a un estatuto clave como si implicara una venta de carne de hamburguesas en el comercio interestatal, dejándole a Martin Luther King Jr. y a Lyndon Johnson la labor de elaborar la naturaleza de los compromisos constitucionales de nuestra nación¹⁴⁰.

Para entender las razones constitucionales reales para el Civil Rights Act de 1964, debemos admitir la decisión histórica por sí misma dentro del canon constitucional y tratar a la historia de su aprobación con el mismo respeto que le damos a los debates que implican enmiendas formales durante la primera Reconstrucción. Volveré a este punto después, pero, por el momento, hagamos un experimento mental muy diferente e imaginemos que la Corte se hubiera ido al otro extremo: en vez de evadir los Casos de los Derechos Civiles de 1883 con una opinión de la Cláusula de Comercio, confrontó directamente la pregunta del *stare decisis*. Pero, en mi escenario hipotético, la mayoría se negaría a repudiar la legacía constitucional del

siglo XIX. Cuando estuvo forzada a decidir entre el *stare decisis* y el Nuevo estatuto clave, la Corte falló del lado de la tradición, eliminando grandes partes del Civil Rights Act, exactamente como esperaba Barry Goldwater¹⁴¹.

Este acto judicial de resistencia hubiera transformado el paisaje político. En lugar de avanzar en la agenda de los derechos civiles como parte de la visión de la Gran Sociedad que delineó en su discurso del State of the Union¹⁴², Johnson habría estado obligado a responder enfáticamente al desafío de la Corte de la voluntad popular, ya sea llenando las cortes con sus partidarios o mediante una enmienda constitucional formal. Tal como en el escenario del *New Deal*-Vieja Corte, la resistencia de la Corte Suprema hubiera llevado al Presidente y al Congreso a disipar gran parte del capital político generado por la gran victoria del día de la elección¹⁴³. Con la Corte Suprema llamando a la renovada resistencia blanca, hubiera sido difícil para Martin Luther King Jr. sostener su liderazgo sin violencia mientras que los motines comenzaban en los *ghettos* negros alrededor de la nación¹⁴⁴. Con tanto Johnson como King a la defensiva, es

doctrinal, las concurrentes disposiciones del Juez Black, fueron elaboradas en base a –precisamente– las mismas teorías sobre la Cláusula de Comercio que utilizó el Juez Clark. Los Jueces Douglas y Goldberg también presentaron concurrencias con base en la Decimocuarta Enmienda como una alternativa; a pesar de ello, ninguno reparó en escribir un análisis serio de los *Civil Rights Cases*; refiriéndose, en cambio, a sus opiniones distintas relacionadas con casos previos. Ver: *Ibid.* p. 279 (opinión concurrente del Juez Douglas); *Ibid.* p. 291 (opinión del concurrente el Juez Goldberg).

¹⁴⁰ El Juez Clark parece casi avergonzado al discutir los fundamentos morales del Act. Así, explica en el *Heart of Atlanta Motel* que la regulación que hace el Congreso por medio de la Cláusula de Comercio no es “menos válida” cuando es “legislada en contra de daños morales”. Ver: *Ibid.* p. 257. Mientras el *hostal* estaba localizado cerca de una carretera interestatal, el restaurante implicado en *McClung* se encontraba fuera del trayecto para los viajeros de otros Estados, y fue allí donde el Juez Clark consideró necesario enfatizar que “dentro de la localidad, el restaurante compraba aproximadamente 150, 00 dólares en valor de comida; 69, 683 o 46% de lo cual era carne que obtenían de un distribuidor local que la conseguía fuera del Estado”. En: *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 1964, pp. 296–97.

¹⁴¹ Suponga que Corte de Rehnquist/Roberts hubiera sido enviada a los años 60 por una operación mágica de una máquina del tiempo. De esta manera, el escenario planteado habría sido todo menos hipotético. La actual Corte ha adoptado enfáticamente el *Civil Rights Cases*: la fuerza de la doctrina de *stare decisis* detrás (de los *Civil Rights Cases*) detiene no sólo el lapso que han estado en los libros, sino también del entendimiento atribuible a los miembros de la Corte en aquel tiempo. Cada miembro habría sido designado por el Presidente Lincoln, Grant, Hayes, Garfield, o Arthur, y cada uno de sus nominados judiciales –obviamente– tendría íntimo y familiar conocimiento de los eventos que rodeaban la adopción de la Decimocuarta Enmienda. Ver: *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 2000, pp. 622. La Corte actual se encuentra más matizada en su adopción de los *stare decisis* cuando se trata de los *superprecedentes* de la era del *New Deal*, como *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942), y *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). El Presidente del Tribunal Warren fue enfático en su adopción de la jurisprudencia del *New Deal*, asegurando su hermandad en la conferencia para el *Heart of Atlanta Motel* al afirmar que “el Congreso no necesita hacer más descubrimientos. El poder del comercio es adecuado (para mantener el Acta de Derechos Civiles)”. Ver: WARREN, Earl. “Declaración en la conferencia del 5 de octubre de 1964”. En: “The Supreme Court in Conference (1940-1985)”. Nota 137, *supra.* p. 726. En contraste, la mayoría de *Morrison* no fue impresionada por la información económica recolectada por el Congreso, y eliminó el Acta de Violencia Contra la Mujer bajo la Cláusula de Comercio, así como la Decimocuarta Enmienda. Ver: *Morrison*, 529 U.S. pp. 614–617. Una aplicación mecánica de *Morrison* todavía llevaría a la Corte de hoy a invalidar *McClung*, si no el *Heart of Atlanta Motel*, aunque existe tan sólo una probabilidad remota de que esto suceda en un futuro previsible. Mientras la Corte de Robert pudo continuar alrededor de los bordes de *Darby* y *Wickard*, las posibilidades de que se siga reconociendo a *McClung*, así como al *Heart of Atlanta Motel*, como *superprecedentes*, son de una en un millón.

¹⁴² WOODS. Nota 129, *supra.* p. 558. Aún después de su State of the Union, Johnson se mostró renuente a convertir el Voting Right Act en una prioridad hasta que las actividades que el movimiento de King realizó en Selma llevaron la pregunta al centro de la conciencia política. Sólo después de ello, Johnson alcanzó la cumbre en la presidencia de su movimiento, con su genial discurso ante el Congreso, haciendo urgente la promulgación de una nueva iniciativa, contando con la climática aprobación de la contrasena del movimiento: “Venceremos” (traducción libre de: “We Shall Overcome”). Ver: DALLEK. Nota 101, *supra.* p. 212-219 (en que describe cómo evolucionó, a pesar de no ser una prioridad, y fue superada por las actividades de King en Selma); ver también: KOTZ. Nota 89, *supra.* p. 311 (mención a una parte del discurso de Johnson).

¹⁴³ El debate del *court-packing* de Roosevelt nunca trascendió en el pensamiento de Lyndon Johnson: “LBJ (estaba) resuelto a no desperdiciar su capital político con el Congreso, así como habría hecho FDR al someterse al amargo destino de su propuesta de su ante la corte en 1937”. SAVAGE. Nota 104, *supra.* p. 247. Savage falla al no darse cuenta de que Roosevelt pensó que no tenía otra opción –si no hubiera amenazado el *court-packing*, corría el riesgo de que su Segundo New Deal hubiese desaparecido. Le gustase o no, Johnson habría sido igualmente obligado a “desperdiciar su capital político” si la Corte hubiese abatido largas partes del Acta de Derechos Civiles de 1964.

¹⁴⁴ Ver: DALLEK. Nota 101, *supra.* p. 232-237.

difícil creer que cualquier propuesta para una enmienda constitucional hubiera ganado el apoyo de tres cuartos de los estados, como lo requería el artículo V.

Bajo este escenario originalista, los estadounidenses de los 1960 podrían muy bien haber fallado al transformar los heroicos encuentros del movimiento de los derechos civiles en una serie de estatutos claves, expresando el nuevo compromiso político, social y económico de los estadounidenses. Pero, gracias al respeto de la Corte Suprema por el *New Deal*, el movimiento-presidencia ganó su carrera justo a tiempo, siguiendo al primer Civil Rights Act con el Voting Rights Act de 1965¹⁴⁵ y el Fair Housing Act of 1968¹⁴⁶.

No obstante, estaba aún en el poder del pueblo estadounidense usar la elección de 1968 para llamar al compromiso de equidad racial para consideraciones más serias. George Wallace era un candidato serio en una carrera de tres hombres, y no quería ganar para provocar un período de revisión ansiosa. Le hubiera bastado con llegar al suficiente número de votos electorales para llevar a la elección a la Casa de los Representantes, y luego hacer un trato con Richard Nixon para devolverle la presidencia a cambio de un retroceso dramático en la legislación de los derechos civiles. De manera no menos importante, Nixon pudo haber intentado reemplazar la amenaza de Wallace llamando a una revisión de los estatutos claves y, consiguientemente, atrayendo a millones de votantes de Wallace a su lado.

Pero nada de eso pasó. El momento de la verdad para Nixon llegó en octubre de 1968, mientras que las encuestas de opinión pública revelaban que Hubert Humphrey estaba haciendo un retorno dramático. Pero Nixon se negó a complacer al voto racista¹⁴⁷; incluso cuando tuvo una campaña de "ley y orden" que expresaba la repulsión popular a los motines y violencia de finales de los 60, expresó su apoyo a los estatutos claves que fueron aprobados durante la presidencia de Johnson. Al mismo tiempo, el apoyo de Wallace tuvo su punto más alto con veintiún por ciento, pero luego declinó rápidamente dejando a Nixon como el ganador claro del Colegio Electoral¹⁴⁸. Aunque Nixon no estaba haciendo más saltos adelante, tampoco estaba retrocediendo en la manera de Barry Goldwater, menos de George Wallace¹⁴⁹. Su victoria electoral sirvió para completar el proceso de ratificación, terminando con el debate político serio sobre los estatutos claves.

La legislación de los derechos civiles no paró en los siguientes años, pero Nixon no la tuvo como prioridad central¹⁵⁰. Mientras el movimiento de los derechos civiles se escindía después del asesinato de King, la política entró en un periodo de normalización: con los líderes liberales del congreso negociando con el Presidente, que tenía preocupaciones mucho más importantes. Los días de un movimiento-presidente hablando en nombre del Pueblo habían pasado, pero esto no debería esconder los logros de la Administración de Nixon al consolidar los estatutos clave, tanto al apoyar más legislación¹⁵¹ como al sostener el *momentum* burocrático en el esfuerzo de cum-

¹⁴⁵ El brillante análisis que Peter Shane hace del Voting Rights Act es el punto de partida apropiado para mayor reflexión sobre los históricos reclamos de estatuto a un lugar central en el canon constitucional. Ver: SHANE, Peter M. "Voting Rights and the "Statutory Constitution". En: *Law & Contemporary Problems* 56. 1993. p. 243. Para mi conocimiento, nada comparable ha sido escrito sobre el *Fair Housing Act* de 1968.

¹⁴⁶ Public and Private Laws No. 90-284, tit. VIII, 82 Statute 73.

¹⁴⁷ Ver, por ejemplo: WHITE, Theodore H. "The Making of the President 1968". 1969. pp. 363, 372 (observando que Nixon se negó a sí mismo el voto racista, temiendo que su explícita acogida socavara su efectividad como un líder presidencial si ganara la elección).

¹⁴⁸ Ver: *ibid.* p. 347; ver también: LEIP, David. "Presidential Election Results". 1968. En: "David Leip's Atlas of U.S. Presidential Elections. 2005. En: <http://uselectionatlas.org/RESULTS/national.php?year=1968> (muestra que George Wallace ganó 13.5% del voto nacional).

¹⁴⁹ La retórica de Nixon sobre los derechos civiles en 1968 fue distintivamente moderada. Se opuso a la segregación escolar en base a criterios raciales, pero prometió "reforzar el Título VI del Civil Rights Act". Ver: Nixon-Agnew Campaign Committee, Nixon on the Issues 98 (1968); Ver también: Nixon-Agnew Campaign Committee, Nixon Speaks Out 59 (1968). (Citando "una década de revolución en la cual la estructura *legal* necesaria para garantizar la igualdad de derechos ha sido colocada en el lugar correcto"). Los contrastes de las moderaciones de Nixon con la retórica de la campaña de George Wallace. Wallace solicitó "modificaciones en la propuesta de Derechos Civiles", lo que "no interesaba a ningún ciudadano de este país, sin importar su raza". WALLACE, GEORGE C. "Hear Me Out". 1968. p. 18. Asimismo, continuó haciendo apología de la segregación. Ver: *ibid.* p. 118 ("si fusionáramos en una sola unidad, como lo defendió la filosofía comunista, entonces el enriquecimiento de nuestras vidas, la libertad de nuestro desarrollo estaría perdida para siempre. Nos volvemos, así, una unidad *mongrel*).

¹⁵⁰ A pesar de que Nixon comisionó una serie de tareas políticas para forzar la instauración de una agenda para sus primeros cien días de gobierno, no había "fuerza en la tarea de los derechos civiles *per se*, ninguna en igualdad de oportunidad en el empleo, o en segregación dentro de escuelas ni sobre derechos al voto". GRAHAM. Nota 119, *supra*. p. 305.

¹⁵¹ Para los propósitos actuales, la posición de Nixon sobre el Voting Rights Act es más importante. Al promulgarse en 1965, estaba pensada para un periodo de 5 años, enfocada íntegramente en el sur, y pensada para un impacto inmediato; en 1964, sólo el 35.5% de la población negra del sur con edad para votar, estaba registrada; para 1969, la figura incrementó a 64.8%. El progreso en el sur profundo era aún más impresionante: en Alabama, la proporción incrementó de 19.3% a 61.3%; en Georgia, de 27.4% a 60.4%;

plimiento. Para 1972, la Administración de Nixon habría transformado la ley en los libros a realidades irreversibles en la tierra. Aunque la Administración no llegó a todas las demandas liberales¹⁵², luchó por otras—incluida la acción afirmativa— con notable vigor¹⁵³.

Dentro de todo, el éxito de la Administración al consolidar el nuevo régimen fue muy sustancial cuando es juzgado a partir de estándares históricos relevantes. En una fase comparable a la Primera Reconstrucción, la Administración de Grant estaba fallando transparentemente al no seguir con las promesas de la Décimo Cuarta y Décimo Quinta Enmiendas¹⁵⁴. Pero ello no estaba sucediendo esta segunda vez, la ley en los libros estaba tornándose en una poderosa realidad a través del territorio. La consolidación constitucional estaba completa.

No hay necesidad de exagerar. No sugiero que la América de hoy haya dejado atrás sus problemas raciales. Pero, comparada a la Primera Reconstrucción, la Segunda debería ser considerada un éxito relativo. Cuando Booker T. Washington y W.E.B. DuBois se enfrentaron a las Enmiendas de la Reconstrucción al amanecer del siglo XX, sólo podían verlas como una visión gris de pretensiones constitucionales. Estamos a la misma distancia de la era de los derechos civiles, pero los estatutos claves persisten como una realidad central de la Constitución viva, y eso no es un tema irrelevante.

* * * *

Hemos estado poniendo a la Revolución de los Derechos Civiles en una perspectiva histórica, explorando sus relaciones con ciclos pasados de soberanía nacional, como la Reconstrucción y el *New Deal*. Esto nos ha permitido darnos cuenta

de las diferencias, así como de las similitudes: comenzando con la manera en que la Corte, en lugar de la presidencia, sirvió como institución señalizadora clave; después, cómo la bala de un asesino le dio liderazgo constitucional a un movimiento-presidencia de los años 60, en lugar de que lo hiciera el movimiento-Congreso de 1860; y, finalmente, cómo los precedentes del *New Deal* le permitieron a Lyndon Johnson tomar el mandato Rooseveltiano del Pueblo en 1964 y a la Corte Suprema de seguir este mandato popular con el Civil Rights Act.

Cada uno de estos contrastes merece mayor reflexión. Pero quiero enfocarme en una diferencia clave que podría escaparse fácilmente de nuestra atención, porque implica al perro que no ladró. Desde la época de Thomas Jefferson hasta los días de Franklin Roosevelt, el agente principal de la soberanía popular en América había sido el movimiento-partido. Pero la era de los derechos civiles fue distinta. Claramente podemos observar un movimiento, liderado por Martin Luther King Jr. y finalmente apoyado por millones de seguidores, tanto blancos como negros, alrededor de la nación. Pero definitivamente no vemos a un partido que sirviera como vehículo político de este movimiento. El Partido Democrático que dejó Franklin Roosevelt tenía una doble personalidad, con norteños liberales y sureños racistas en una coalición política incómoda. Y lo mismo era cierto para los Republicanos: con nuevos opositores al *New Deal* como Barry Goldwater, rechazando las iniciativas de los derechos civiles que eran perfectamente aceptables para los “Republicanos Modernos” como Richard Nixon y el líder del Senado Republicano, Everett Dirksen. Esta ruptura entre el movimiento y el sistema de partidos volvió al cambio entre la política constitucional y el derecho constitucional un asunto bastante más complicado.

Bruce Ackerman

en Louisiana, de 31.6% a 60.8%; en South Carolina, de 37.3% a 54.6%; y en Mississippi, de 6.7% a 66.5%. Ver: “U.S. Census Bureau, Statistical Abstract of the United States: 1970”, En: <http://www2.census.gov/prod2/statcomp/documents/1970-05.pdf> p.369. Dados estos sucesos, la administración de Nixon pudo haber declarado que el Act habría cumplido con su misión y que podría dejarse al fin de este periodo de cinco años. Pero, en su lugar, la Administración propuso una renovación de cinco años. No menos importante, la Administración de Nixon dirigió la nacionalización del alcance del Act para rodear todos los estados de la Unión. Ver: GRAHAM. Nota 119, *supra*. p. 335. Esto incrementó increíblemente los altos valores en que se fundaba el estatuto, dejando claro que no se trataba de un elemento pasajero en una región vendetta, sino de un compromiso fundamental con una amplia base, y burocráticamente efectivo, en pos de la calidad en el voto.

¹⁵² El más notable déficit envolvió la segregación racial por escuelas, a lo que Nixon se opuso en 1968; ver nota 149, *supra*. y TAN 144, y continuó oponiéndose a lo largo de su presidencia, más notablemente designando cuatro nominaciones a la Corte que crearon una nueva mayoría judicial que hizo retroceder este tipo de segregación con *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974). Ver también: NIXON, Richard M. “Busing and equality of educational opportunity”. H.R. DOC. NO. 02-195. 1972. pp. 1-16. Aún así, las escuelas del sur continuaron des-segregándose durante del periodo de Nixon, alcanzando niveles más altos de integración que el Norte. Ver: HOFF, Joan. “Nixon Reconsidered”. 1994. pp. 89-90 (notando que la administración de Nixon se encontró a sí misma “generando un impresionante récord en des-segregación escolar”, disminuyendo las tasas del sur y nacionales a ocho y doce por ciento, respectivamente).

¹⁵³ La administración de Nixon empujó la acción afirmativa más allá de cualquier cosa contemplada por Andrew Johnson o Kennedy, especialmente en el área del empleo. Ver: GRAHAM. Nota 119, *supra*. p. 342.

¹⁵⁴ Ver: FONER. Nota 50, *supra*. p. 557-562 (describiendo el refugio durante los últimos años de la Administración de Grant); GILLETTE, William. “Retreat from Reconstruction 1869-1879”. 1979. pp. 25-55, 168-186.

Fue particularmente difícil para el movimiento el presionar al Presidente y al Congreso para que se embarquen en otro programa legislativo ambicioso, pues este generaría tensiones políticas severas que podrían romper a los dos partidos en miles de pedazos. Esto significaba que una gran parte dependería de las habilidades políticas de los líderes de los movimientos, especialmente de la mezcla de alto principio Gandhiano y política mediática de Martin Luther King Jr.

King planeó sus campañas sureñas con el fin de provocar horribles imágenes televisivas de brutalidad racial¹⁵⁵. Estas dramáticas imágenes causaron un *shock* en la conciencia nacional de una forma que las palabras nunca lo habían ni hubieran podido hacer, impulsando a los liberales raciales de ambos partidos a tomar en serio los derechos civiles¹⁵⁶.

Para aclarar este punto, King usó la política de los medios como una alternativa al movimiento-partido, como un motor para llegar a la alta legislación, y funcionó. Pero había peligros escondidos; King se estaba convirtiendo en un rehén de los cálculos del negocio de los medios: si los productores de televisión creían que los militantes negros hacían mejores emisiones, la versión no-violenta de King podría ser fácilmente cambiada por escenas de los motines de Watts. Si bien los movimientos-partidos también pierden *momentum* con el tiempo, no lo pierden tan rápido como los políticos mediáticos.

La ausencia del movimiento-partido también causó serios problemas para los votantes ordinarios. Si los estadounidenses no hubiesen aprobado la Décimo Cuarta Enmienda en 1866 o el *New Deal* en 1936, podrían simplemente haber botado al partido de la reforma constitucional del poder, y darle el gobierno al otro partido que buscaba preservar el antiguo régimen. Pero las cosas eran más complicadas en los 60: cuando los Demócratas sureños comenzaron con el bloqueo más largo en la historia del Senado en contra del Civil Rights Act de 1964, la cooperación del líder del Senado Republicano, Everett Dirksen, fue absolutamente crucial para cumplir con el requisito de la mayoría

calificada para terminar con el bloqueo y poder aprobar esta legislación clave¹⁵⁷. No obstante, si un "Republicano Moderno" como Dirksen o Nelson Rockefeller hubiese ganado la candidatura presidencial Republicana en 1964, los votantes no habrían tenido un panorama tan claro de sí-o-no como el dado por la nominación.

Pero, como se dieron las cosas, el candidato Republicano correcto llegó al frente en el momento correcto en el proceso de la alta legislación: Dirksen se unió a los Demócratas para aprobar el Civil Rights Act, Goldwater presentaba una clara decisión en 1964 y Richard Nixon apoyaba al nuevo régimen en 1968, consolidándolo después.

Y, sin embargo, pudo haber terminado de una manera muy diferente. Las esperanzas de la nación para un nuevo comienzo en las relaciones raciales pudieron haber sido opacadas por los motines, las peleas de los partidos y un *impasse* legislativo. La ausencia de un movimiento-partido le dio un peso extraordinariamente grande a ciertos actos de liderazgo político para impulsar al proceso a un sentido colectivo de resolución. La paradójica combinación de Earl Warren, Dwight Eisenhower, John Kennedy, Martin Luther King Jr., Lyndon Johnson, Everett Dirksen, Barry Goldwater y Richard Nixon había permitido al pueblo estadounidense organizar un proceso significativo en el cual podían debatir y decidir sobre su propio curso constitucional.

A pesar de los retos y tragedias, los estadounidenses habían logrado trascender a la irrelevancia de la política y el caos de la acción de masas, para afirmar su apoyo a una serie de estatutos claves que "le rompieron el lomo" a Jim Crow en este país.

La pregunta es si nos comportamos de igual manera con el menor reto de honrar estos logros colectivos admitiendo estos hitos en el canon constitucional del siglo XXI. Los partisanos de la Constitución formalista trivializan la era de los derechos civiles. Como hemos visto, el texto formal no lo resalta como un gran periodo de creatividad constitucional y, como lo ven ellos, eso es eso. En su lugar, nos cuentan una historia de tipo *Whig*

¹⁵⁵ Como King explicó en el *Saturday Review*, su propósito al organizar demostraciones no violentas en Selma, era provocar violencia y forzar a la nación a ser testigos de escenas de brutalidad por parte de la policía, y por tanto llamando a "Americanos de Conciencia" a "demandar la intervención federal y la legislación". LUTHER KING, Martin Jr. "Venid the Selma March". En: *Saturday Review*. 1965. p. 16; ver también KLARMAN. Nota 78, *supra*. p. 429; HAYER FLUCKER, Laurie. "The Making of a medium and a movement: National Broadcasting Company's Coverage of the Civil Rights Movement, 1955-1965". 1996 (tesis de doctorado inédito de la Universidad de Texas) (en expediente de la Harvard Law School Library).

¹⁵⁶ Ver: KLARMAN. Nota 78, *supra*. pp. 421-442.

¹⁵⁷ Ver, por ejemplo: GRAHAM, Hugo Davis. "Civil Rights and the Presidency". 1992. pp. 77-86.

caracterizando a los años 60 como una época donde apenas se cumplieron los compromisos constitucionales hechos un siglo atrás¹⁵⁸.

Mi propósito ha sido darle al *Common Law* las herramientas que permitirán a la profesión reconocer lo que realmente fue la Segunda Reconstrucción, uno de los más grandes actos de soberanía popular en la historia americana. Al negarlo de tal manera, los formalistas están adorando un altar hecho a John Wilkes Booth. No llegan a apreciar que fue la bala de Booth la que cambió el modelo estándar de liderazgo presidencial que había estado en el centro de las políticas constitucionales desde la era de Jefferson. Si Booth hubiese disparado mal en el Teatro Ford, la Constitución formal nunca se habría modificado para incluir las Cláusulas de Protección Igualitaria y Debido Proceso en la Décimo Cuarta Enmienda. En su lugar, los Republicanos habrían pasado los siguientes años pensando el significado constitucional de la ciudadanía y la igualdad a través de los estatutos claves y los superprecedentes judiciales.

En otras palabras, es la década de 1860 y no la de 1960, la que representa una extrañeza histórica en el desarrollo constitucional. La era de los derechos civiles fue simplemente una variación del gran tema del liderazgo presidencial, con apoyo de un movimiento, para el cambio constitucional en nombre del Pueblo. Los hitos legales que vienen de este momento de soberanía popular no deberían ser denigrados solamente porque llegaron como estatutos y no como enmiendas formales.

Para estar seguros, los principios líderes del Civil Rights Act de 1964 podían ser rechazados por una mayoría simple del Congreso, si eran apoyados por el Presidente. Pero esto también es cierto de *Marbury v. Madison*: una mayoría nacional suficientemente determinada podría decisivamente romper con la práctica actual de revisión judicial. Sin embargo, este aspecto formal no le

quita a *Marbury* un lugar canónico en nuestra tradición. Como con *Marbury*, todos reconocemos que un asalto al Civil Rights Act, o al Voting Rights Act, no podría ocurrir sin un esfuerzo masivo comparable a las influencias políticas que crearon estos hitos en un primer lugar¹⁵⁹. Esto es todo mi argumento. No tengo interés alguno en construir un canon constitucional para la eternidad. Es lo suficientemente difícil definir uno que tenga sentido en el amanecer del siglo XXI. No me paro frente a ustedes con una bola de cristal: si alguna generación futura efectivamente hace el esfuerzo colectivo por rechazar a los estatutos claves de los años 1960, estarán viviendo en un mundo constitucionalmente diferente, y tendrán que definir un canon muy diferente para ellos mismos. Es suficiente para nosotros lo hacerle justicia a nuestro propio pasado y presente con un canon bueno para nuestros sucesores.

Mi última lección ve más profundamente los cimientos jurisprudenciales de mi propuesta, pero lo hago con un argumento más “de abogado”, basado en *Brown v. Board of Education*. Como hemos visto, el Senador Specter estuvo en lo correcto al llamarlo un superprecedente¹⁶⁰: cualquier abogado o juez que cuestione la legitimidad de *Brown* se autoexcluiría de la corriente jurisprudencial. Sin embargo, esta verdad poco controvertida es todo lo que necesito para explicar mi punto de vista: cuando consideremos los factores que llevaron a la canonización de *Brown*, encontraremos que apoyan igualmente la canonización de los estatutos claves de la década de 1960.

Llámenle mi argumento del “caballo y la carreta”, el cual comienza por notar el largo retraso que había antes de que *Brown* llegara al *status* canónico¹⁶¹. Fue en 1959, por ejemplo, que Herbert Wechsler desafió la legitimidad de *Brown* en una de las más famosas conferencias de Holmes¹⁶². La crítica de Wechsler fue leve, incluso tentativa, comparada con las extravagantes afirmaciones

¹⁵⁸ Ver: Lección Tres, *infra*.

¹⁵⁹ La reciente decisión del Congreso de extender el *Voting Rights Act* por *veinticinco* años es especialmente notable. Algunos republicanos conservadores hicieron campaña para que se realice una extensión de corto plazo, pero la Administración insistió en hacer un compromiso generacional, liderando al Congreso, extremadamente conservador, a dar apoyo a un estatuto que se habría convertido en una decisión histórica constitucional, así como fue sugerido por su nuevo título: Fannie Lou Hamer, Rosa Parks, y Coretta Scott King Voting Rights Act Reauthorization and Amendments Act of 2006, Public and Private Laws No. 109-246, 120 Statutes 577. La medida fue aprobada por una votación de 390 a 33 en la Casa Blanca, 152 CONG. REC. H5207 (2006), y de manera unánime en el Senado 152 CONG. REC. S8012 (2006); Ver también: HARRIS, Hamil R. y Michael Abramovich. “*Bush Signs Voting Rights Act Extension*”. Washington Post, 28 de julio de 2006. En: A3 (donde se detalla el entusiasmo de la administración por la medida, a pesar de la reticencia del Partido Republicano en la Casa Blanca).

¹⁶⁰ Ver: Nota 33, *supra*.

¹⁶¹ A veces los casos resultan canonizados al minuto de ser decididos: *Wickard* y *Darby* proveen ejemplos obvios. Pero estos casos fueron decididos en la fase final, o de consolidación, del *New Deal*: cuando *Brown* fue resuelto en la fase inicial de la era de los derechos civiles. Ver: ACKERMAN 2. Nota 24, *supra*. p. 373-375.

¹⁶² Ver: WECHSLER, Herbert. “*Toward neutral principles of Constitutional Law*”. En: Harvard Law Review 73. 1959. p.1.

constitucionales hechas en el Manifiesto Su-reño¹⁶³ X XIX. Sin embargo, estas preguntas de abogados generaron una ola de ansiedad profesional. Sólo un año antes, en su decisión acerca de Little Rock, la Corte había intentado silenciar el debate al establecer que era “suprema en la exposición... de la Constitución”, y que había llegado el momento de que todos los estadounidenses seguidores de las normas obedezcan sus decretos en *Brown*¹⁶⁴. Y, sin embargo, aquí había un profesor de derecho liberal, hablando desde lo más santo de lo santo en la facultad de derecho de Harvard, insistiendo que el debate debía continuar. Aunque la crítica de Wechsler provocó respuestas rápidas y poderosas de los defensores de *Brown* en la academia legal¹⁶⁵, el debate legal que le siguió sirvió para confirmar el punto básico de Wechsler: continuar negando *Brown* no era monopolio de un grupo de amargos segregacionistas, sino una opción seria para los profesionales. Y mientras esto fuera cierto, *Brown* no podría calificar como un superprecedente, en el sentido que le dio el Senador Specter.

Fue sólo como resultado de las exitosas políticas constitucionales de los años 60 que la profesión finalmente se movió más allá de las dudas de Wechsler. Para el momento en que Richard Nixon entró a la Casa Blanca, incluso los conservadores como William Rehnquist ya no estaban libres para expresar las dudas que los liberales como Wechsler habían voceado una década antes, al menos si deseaban conseguir la confirmación del Senado para llegar a la Corte Suprema¹⁶⁶. *Brown*, en pocas palabras, es un caso que implica la *canonización retroactiva*, y este es el punto que sirve de contexto para mi argumento del “caballo y la carreta”.

Ponemos a la carreta al frente del caballo cuando tratamos a *Brown* como un superprecedente sin

reconocer que la canonización de *Brown* es un producto de la misma dinámica de soberanía popular que creó los estatutos claves. Más precisamente, fue el movimiento-presidencia de Lyndon Johnson y Martin Luther King Jr. el que otorgó el poder del caballo que llevó a los estatutos claves a los libros, y fue la elección del “Republicano Moderno” Richard Nixon la que marcó el fin decisivo de la era *Plessy*. La canonización retroactiva de *Brown* fue sólo la carreta de la profesión legal creada en respuesta a la decisión conciente del pueblo americano de inaugurar una nueva era de justicia racial en el país.

La Corte de Warren reconoció este punto clave en la cima del movimiento-presidencia, pero se ha perdido importancia con el pasar del tiempo. El momento de la verdad de la Corte llegó en *Katzenbach v. Morgan*¹⁶⁷, decisión de 1966 que ratificó el Voting Rights Act. Como con el Civil Rights Act de 1964, el nuevo estatuto eliminó un precedente clave para la Corte Suprema, *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*¹⁶⁸, que había defendido a los exámenes de alfabetismo bajo la Décimo Cuarta Enmienda. Y, como con los Casos de los Derechos Civiles, la Corte estaba severamente dividida sobre las bondades de derogar a *Lassiter*; de manera comprensible dado que *Lassiter* había sido creada en 1959, no en 1883, y por lo tanto requería un revés institucional especialmente vergonzoso¹⁶⁹.

La Corte respondió ante este problema en la misma manera que en *Heart of Atlanta Motel* y *McClung*: ratificó su estatuto clave al crear un razonamiento que evitaba el repudio de su anterior decisión. Pero esta vez, la Corte no pudo esconder la pobreza de su doctrina de protección igualitaria escapándose con la Cláusula de Comercio del *New Deal*. Desde una perspectiva del *New Deal*, ratificar el nuevo Civil Rights Act bajo la Cláusula de Co-

¹⁶³ Ver: CONG. REC. 102. 1956. p. 4515 (“La injustificada decisión de la Corte Suprema en los casos de las escuelas públicas ahora está dando el fruto producido siempre que los hombres sustituyen el poder nudo por la ley establecida”).

^{xxx} Nota del Editor: del inglés “Southern Manifest”.

¹⁶⁴ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958). Para aumentar su esfuerzo de auto-canonización, la decisión de la Corte, ostentadamente, estrechó a *Brown* en el manto de *Marbury* y luego interpretó a esta última como una *supremacía judicial* fundadora. Ver: *Ibid.* Para un punto de vista disidente de *Marbury*, ver ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 196-97 (leyendo a *Marbury* a la luz de *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299 (1803)).

¹⁶⁵ Ver, por ejemplo: BLACK, Charles L. Jr. “Lawfulness of the Segregation Decisions”. *Yale Law Journal* 69. 1960. p. 421; POLLAK, Louis H. “Racial discrimination and judicial integrity: A reply to Professor Wechsler”. *University of Pennsylvania Law Review* 108. 1959. p. 1.

¹⁶⁶ Ver: SNYDER, Brad. “How the conservatives canonized *Brown v. Board of Education*” *En: Rutgers Law Review* 52. 2000. pp. 383, 414-46.

¹⁶⁷ 384 U.S. 641 (1966).

¹⁶⁸ 360 U.S. 45 (1959).

¹⁶⁹ *Lassiter* defendió unánimemente la constitucionalidad de los exámenes de literalidad, mientras estos sean administrados de manera justa. Las notas de la conferencia de *Morgan* sugieren que cinco jueces estaban preparados para invalidar *Lassiter*, pero que siete estaban preparados para defender el poder del Congreso, bajo la Sección 5, para que triunfe el entendimiento de la Corte sobre los límites de la cláusula de igual protección. Ver: “The Supreme Court In Conference”. 1940-1985. Nota 137, *supra*. pp. 827-828. Así como con *Heart of Atlanta Motel*, la Corte escogió el camino doctrinal que maximice el tamaño de mayoría judicial preparada para dar su apoyo en el estatuto histórico.

mercio era un tema sencillo, pero incluso el seguidor con visión más expansionista del *New Deal* hubiera tenido un problema con la noción de que “el comercio entre los estados” incluía la regulación federal de los derechos de voto. Y así, los Jueces se vieron obligados a tomar otra ruta doctrinaria, y una que miraba –aunque de manera imperfecta– al ámbito de extensión en el cual la Segunda Reconstrucción se estaba moviendo más allá de las nociones limitadas de la igualdad constitucional, heredada de la Primera Reconstrucción. Para expresar este punto, la Corte adoptó una lectura extensiva de la Cláusula de Cumplimiento de la Décimo Cuarta Enmienda, interpretándola como una cesión al Congreso del poder de aumentar los requerimientos constitucionales de protección igualitaria más allá de la jurisprudencia restrictiva de la Corte¹⁷⁰. La interpretación extensiva de *Morgan* ha sido, por supuesto, una fuente de perplejidad entre los comentaristas y cortes desde entonces¹⁷¹. Pero, felizmente, no necesito llegar a los detalles para tratar mi punto central, el que involucra al impacto de *Morgan* en el canon operacional. Cualquiera otra cosa que pueda o no significar, *Morgan* le dio a los abogados la noticia que debían darle un tratamiento respetuoso a los juzgamientos constitucionales expresados en el Voting Rights Act de 1965, incluso cuando éstos fueran incompatibles con la mejor interpretación judicial de la Cláusula de Protección Igualitaria de 1868. Esta decisión lleva a la canonización del estatuto clave, dejando que sus principios triunfen sobre los expresados en las enmiendas formales de la década de 1860.

Pero todo ha ido en bajada desde 1966. El retiro crítico comenzó con *Washington v. Davis*¹⁷². En este caso, la Corte de Burger, como es conocido, se negó a darle al Civil Rights Act de 1964 el *status* canónico que le había dado la Corte de Warren al Voting Rights Act. Y más recientemente, la Corte ha estado alejándose de *Morgan* en una serie de decisiones controversiales¹⁷³. Hablando como alguien que examina a las Cortes, no creo que la Corte de Roberts negará estos precedentes recientes a corto plazo.

Pero esta conferencia no ha sido sobre análisis de Cortes. Es la imagen que abre la batalla por los corazones y mentes de la siguiente generación, representada por los estudiantes de derecho de mi audiencia. Cuando llegue el momento de ejercer autoridad legal en nombre del Pueblo, tendrán que trabajar su propia narrativa maestra del pasado constitucional. Ustedes, y sólo ustedes, decidirán si enfatizar la Primera Reconstrucción, la que falló, mientras trivializan a la Segunda, la que fue exitosa. Ustedes, y sólo ustedes, decidirán si persistir con nuestro hábito actual de adorar a la Corte en *Brown* mientras ignoramos el aspecto de la decisión del pueblo americano de seguir el llamado de King y Johnson y apoyar decisivamente los estatutos clave de los años 1960.

Les pido que corrijan los errores de la Corte Suprema actual. Incluso si su generación no reconoce los logros de la Segunda Reconstrucción, el derecho constitucional nunca será un asunto mecánico. Jueces y abogados razonables siempre entrarán en desacuerdo sobre cuál es la mejor interpretación de los principios expresados en estatutos claves, y estarán en desacuerdo también acerca de cómo incluir el legado de la década de 1960 en la gran imagen del derecho constitucional estadounidense. No obstante, hay una gran diferencia entre un debate legal acerca del significado constitucional de igualdad que le da los roles principales al Congresista Bingham y al Senador Summer, y otro que reconoce el verdadero papel de Martin Luther King Jr. y Lyndon Johnson en la Constitución viva. Es la diferencia entre remitirnos a los grises de recuerdos de un pasado cada vez más lejano y ser testigos de las voces de una generación cuya lucha por la soberanía popular está acabando.

Pasaremos la antorcha de la Constitución viva a ustedes, con la esperanza que aún brille cuando ustedes se lo pasen a sus hijos mientras éstos se preparan para el desafío que es la ciudadanía estadounidense.

Bruce Ackerman

¹⁷⁰ Ver MORGAN, 384 U.S. p. 651 (nótese que la Sección 5 “es una concesión positiva del derecho legislativo autorizando al Congreso para ejercer su discreción determinando si es que es necesaria, y qué legislación se requiere, para asegurar las garantías de la Decimocuarta Enmienda”).

¹⁷¹ El trabajos importante se extiende más allá de las décadas; desde un artículo temprano, BURT, Robert A. “Miranda and Title II: A morganatic marriage”, *Supreme Court Review* 81. 1969., hasta el reciente ensayo: POST, Robert C. y Reva B. SIEGEL. “Equal Protection by Law: Federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kimel”. En: *Yale Law Review* 110. 2000. pp. 441, 478.

¹⁷² 426 U.S. 229 (1976).

¹⁷³ Ver, por ejemplo: *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 527–28 (1997) (“Hay un lenguaje, en nuestra opinión, en *Katzenbach v. Morgan* que expande los derechos contenidos en el primer numeral de la Decimocuarta Enmienda; no obstante, ésta no es una interpretación necesaria, ni siquiera la mejor”). Para una opinión reveladora basada en una teoría constitucional de momentos, ver: HOY, Serena J. “Interpreting Equal Protection: Congress, the Court, and the Civil Rights Acts”. *Journal of Law and Politics* 16. 2001. p. 381. Para otra investigación, y fundamentalmente compatible, crítica, ver POST y SIEGEL. *supra* 171 p. 478.

III. TERCERA LECCIÓN: LA CONVERSACIÓN ENTRE GENERACIONES

La Constitución, ¿es una máquina o un organismo? Estas metáforas son las que, de manera antagonista, han dominado el pensamiento constitucional en diferentes siglos. Nuestros “iluminados” fundadores nos regalaron una máquina que podría haber funcionado perfectamente por siempre si tan sólo hubiéramos seguido las instrucciones detalladas en el manual de operación¹⁷⁴.

Pero este sueño fue terriblemente destrozado por la Guerra Civil, y cuando los republicanos de la Reconstrucción cambiaron las instrucciones de operación de la máquina, sus enmiendas constitucionales se vieron fuertemente influenciadas por las realidades sociales y políticas que habían intentado cambiar. El inmenso esfuerzo hecho por los republicanos con el fin de transformar las relaciones interraciales mediante formalismos constitucionales resultó en un miserable fracaso.

El momento era perfecto para las críticas y evaluaciones intelectuales, por lo que las universidades americanas lo aprovecharon. Por primera vez en su historia, Harvard y Columbia se estaban convirtiendo en centros de educación seria, tanto de pre como de postgrado, uniéndose en su admiración por el *Wissenschaft* alemán a universidades como la de Chicago o John Hopkins.

Ello tuvo profundas consecuencias sobre el pensamiento constitucional. La tesis doctoral de Woodrow Wilson en la Universidad de John Hopkins, “Gobierno Congresional”, claramente le declaró la guerra a la antigua metáfora de la máquina. “Los periódicos del Federalista”^{xxx}, explicó, “fueron escritos con el fin de influenciar tan sólo a los votantes de 1788; (sin embargo), debido a una extraña y persistente longevidad del poder, aún le dan forma al criticismo constitucional actual, escondiendo así gran parte del desarrollo constitucional que ha ocurrido desde entonces”¹⁷⁵. Hablando en nombre de su generación académica, Wilson estaba decidido a ponerle fin a la adoración hacia los ancestros. “La gente sería debería dejar de quedarse en la Constitución “literal”¹⁷⁶ y concentrarse en la evolución orgánica de los patrones de autoridad del mundo real”¹⁷⁷.

El libro de Wilson tuvo gran éxito, contribuyendo así con las críticas organísticas que Holmes y Thayer estaban desarrollando en la pequeña isla académica que era la Facultad de Derecho de Harvard¹⁷⁸. Para estos padres fundadores del pensamiento constitucional moderno, era la Teoría de la Evolución de Darwin, y no las Teorías de Newton, la que les daba la clave hacia el resto del universo. Sus esfuerzos fueron así, pues, tan sólo una pequeña parte del gran proyecto intelectual de colocar al desarrollo humano en su contexto evolutivo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ El profesor Michael Kammen provee el tratamiento histórico más comprensivo de la metáfora de la máquina en KAMMEN, Michael. “A Machine That Would Go Of Itself: The Constitution In American Culture”. 1986. Su libro también reconoce el surgimiento de la crítica al Organicismo, *Ibid.* pp. 154-184, pero falla en apreciar su carácter fundamental, notándose vagamente que el acercamiento organista “que, habiendo alcanzado su apogeo durante el cuarto de siglo después de 1890, no ha desaparecido todavía.” *Ibid.* p. 170.

^{xxx} Nota del Editor: serie de periódicos (ensayos) destinada a argumentar en favor de la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁷⁵ WILSON, Woodrow. “Congressional Government 30”. Johns Hopkins University Press. 1981. (1885).

¹⁷⁶ Ver: *Ibid.* (“La Constitución en operación es manifiestamente distinta de la Constitución en los libros”). Wilson fue influenciado por el innovador trabajo de Walter Bagehot, *The English Constitution*, publicado en 1867: “Un observador que ve la realidad actual se asombrará ante el contraste con la descripción escrita. El ver, en la realidad, mucho que no está en los libros, y no encontrará en la práctica rudimentaria muchos refinamientos de la teoría literaria”. *Ibid.* (Citando a BAGEHOT, Walter. “The English Constitution”. Quinta edición. Oxford University 2001).

¹⁷⁷ Nótese el uso de metáforas orgánicas de Wilson en su declaración académica de independencia de los *Federalist Papers*: Es, por tanto, la difícil tarea de alguien que ahora escribiera práctica y críticamente de nuestro gobierno nacional para escapar de teorías y comprometerse con los hechos, no dejándose confundir por el conocimiento sobre lo que un gobierno estaba destinado a ser, o ser llevado hacia conjeturas sobre en qué podría, algún día, convertirse, pero luchando por aferrarse a sus fases presentes y *por fotografiar el delicado organismo en todas sus partes características de manera exacta a como es en la actualidad*, comprometiéndolo los temas más arduos y dubitantes porque debe ser ingresado sin la guía de los escritores de autoridad reconocida. *Ibid.* (el énfasis ha sido agregado).

¹⁷⁸ Holmes adopta explícitamente una postura evolucionista en su famosa denuncia de lógica legal en el *Common Law*, en la cual escribe: “La ley encarna la historia del desarrollo de la nación a través de varios siglos, y no puede ser abordada como si sólo contuviera axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber qué es, debemos saber qué ha sido, y qué tiende a ser... La sustancia del derecho en cualquier momento, encuentra correspondencia, hasta cierto punto, con lo que entonces es entendido como conveniente; pero su forma y su maquinaria, y el nivel que es necesario para obtener resultados deseados, depende mucho en su pasado”. HOLMES. *supra* 46. pp. 1-2 (el énfasis ha sido añadido). Como se aclarará, apruebo la porción en cursiva de la declaración de Holmes. El Organicismo también se hace evidente en los trabajos del profesor James Thayer. Ver, por ejemplo: THAYER, James Bradley. “A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law”. Boston. Little, Brown, & Co. 1896; THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review* 7. 1893. p. 129.

¹⁷⁹ Ver: WILSON, Woodrow. “Constitutional Government In The United States”. Transaction Publishers 2002. 1908. pp. 54-55 (El gobierno de los Estados Unidos estaba construido sobre la teoría del *Whig* de las dinámicas políticas, que era una especie de copia inconciente de la teoría de Newton sobre el universo. En la actualidad, cuando se discute la estructura o desarrollo de algo, sea en la naturaleza o en la sociedad, conciente o inconcientemente seguimos al señor Darwin, pero antes de Darwin, ellos siguieron a Newton”).

Dentro de este nuevo mundo académico, Madison no era más que una patética figura¹⁸⁰. Podrá haberse creído el inventor de una nueva ciencia gubernamental, pero su Constitución apenas había conseguido detener el desarrollo americano en un momento histórico particularmente perjudicial. Deludido por Montesquieu, Madison había asumido que la Constitución Británica¹⁸¹ estaba basada en la separación de poderes cuando, en realidad, Gran Bretaña ya estaba en el proceso de evolucionar en la dirección de algo mucho mejor: el gobierno parlamentario moderno con un poder concentrado en la Casa de los Comunes. Desde el punto de vista de finales del siglo XIX, no había punto de comparación entre los vibrantes debates de Gladstone y Disraeli en la Casa de los Comunes, y los intercambios insultantes entre el presidente Chester Arthur y los barones del congreso en los Estados Unidos de la Era Dorada. Sin los límites de una Constitución escrita, los británicos tuvieron éxito al expandir el sufragio en épocas en las cuales la Decimoquinta Enmienda de la Constitución estadounidense parecía estar convirtiéndose en lengua muerta. ¿Podría existir la duda, entonces, de que la evolución orgánica, y no la operación mecánica, era el camino hacia el futuro?¹⁸²

Para el cambio de siglo, el estrellato de Madison había caído tan bajo que cuando el salón de la fama abrió, en el año 1900, para honrar a los grandes gobernantes del pasado, él fue ignorado¹⁸³. Fue

recién en 1913, aunque de manera paradójica, que empezó a recuperar su reputación; sus obras ayudaron a Charles Beard en su famoso proyecto de enterrar por fin las ideas de los fundadores¹⁸⁴. Parece difícil de creer hoy, pero el *Federalista 10* no fue considerado entonces uno de los mayores logros de Madison; después de todo, efectivamente es sólo un artículo de periódico escrito de manera apresurada durante la campaña de ratificación de Nueva York. Buscar artículos de periódicos en archivos ya casi olvidados era precisamente el negocio del Profesor Beard, un historiador profesional. Así, en sus manos, el *Federalista 10* se convirtió en evidencia perfecta para refutar los mitos hagiógrafos del pasado. Ahí estaba, claramente, el orgulloso alarde de Madison de que la nueva Constitución suprimiría “el furor de la moneda en papel, para una abolición de las deudas, para una división igualitaria de la propiedad o para cualquier otro proyecto impropio o malévolo”¹⁸⁵. El Profesor Beard había tomado el importante paso más allá de Wilson: la máquina de los fundadores no sólo era obsoleta, sino que originalmente había buscado frustrar las aspiraciones de justicia social de una sociedad moderna y democrática¹⁸⁶. La tarea para abogados, jueces y americanos con una mente clara era obvia: había llegado el momento de moverse más allá de la adoración a los ancestros y comenzar con la dura labor de adaptar los anticuados arreglos constitucionales a las nuevas necesidades de la era moderna.

¹⁸⁰ Douglass Adair describe con agudeza el deterioro y declive de Madison: Madison era todavía “padre” de la Constitución después de Appomattox por esas etiquetas originadas en los libros de texto, y que parecían imposibles de erradicar; pero fue un padre tratado de manera irrespetuosa —uno por el cual ser disculpado— por lo más autorizados comentaristas que escribieron en *The Federalist* y la Constitución entre la Guerra Civil y el fin del siglo diecinueve. La biografía más extensamente leída en este periodo, la de Gay, lo trató con desprecio; Henry Adams, en la gran historia de la administración de Madison, grabó su retrato del Presidente con una ácida ironía. Henry Cabot Lodge, P.L. Ford, y Goodwin Smith, en el proceso de edición de *The Federalist*, robaron —la palabra es exacta— doce ensayos escritos por Madison y se los atribuyeron a Hamilton, a quien todos estos editores consideraron como el más grande de los *Founding Fathers*. ADAIR, Douglass. “The Tenth Federalist Revisited”. En: COLBOURN, Trevor (editor). “Fame and the Founding Fathers”. 1974. pp. 79-80 (citas omitidas).

¹⁸¹ Holmes comenta sobre las caracterizaciones de Montesquieu: Inglaterra (de Montesquieu), la Inglaterra de la triple división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, fue una ficción inventada por él mismo, una ficción que desencaminó a Blackstone y a Delome... “Viviendo al otro lado del Atlántico, y engañado por las doctrinas aceptadas, los agudos estructuradores de la Constitución Federal, aún después de prestar la más afilada atención, no previeron al Primer Ministro como el ejecutivo principal de la Constitución británica y el soberano del mecanismo”. HOLMES, Oliver Wendell. “Montesquieu”. En: *Collected Legal Papers*. pp. 250, 263. 1920. (Citando BAGEHOT. Nota 176, *supra*. p. 53). La severa opinión de Holmes se ha sostenido a través de la prueba del tiempo. Ver: SHACKLETON, Robert. “Montesquieu: A Critical Biography”. 1961. pp. 300-301 (describiendo los malentendidos de Montesquieu).

¹⁸² Tal como lo dijo Woodrow Wilson, comentando en un libro de Henry Cabot Lodge: El señor Lodge está en lo cierto cuando dice que la Convención, adaptando, mejoró sobre la Constitución Inglesa con la cual sus miembros estaban familiarizados, —la Constitución de George III y Lord North—... No obstante, podría difícilmente ser dicho con igual confianza que nuestro sistema, así como fue hecho (en 1788), representó un avance sobre aquel esquema de gabinete gubernamental que reta la admiración del mundo actual, aunque haya sido, simplemente, un marcado avance sobre un parlamento de nominaciones reales y pensionarios y un gabinete secreto de “amigos de los reyes”. WILSON. Nota 175, *supra*. pp. 200–201. La admiración de Thayer por el estilo británico de gobierno es evidente en su famoso ensayo sobre los orígenes y naturaleza del constitucionalismo Americano. Ver: THAYER. Nota 178, *supra*. p. 138. (proponiendo que un sistema sin revisión judicial requeriría que la legislatura considere más seriamente si las leyes propuestas son inconstitucionales); *Ibid.* p. 155 (sugiriendo que las legislaturas de los países con constituciones no escritas son más respetuosas de sus derechos privados).

¹⁸³ Ver: ADAIR. *supra*, 180. p. 80.

¹⁸⁴ Ver: *Ibid.* pp. 86-87. La particular contribución de Beard fue, por supuesto, su crítica materialista sobre *The Founding*. Ver: BEARD, Charles A. “An Economic Interpretation of the Constitution of the United States”. Tercera Edición. Transaction Publishers. 2003. p. 1913.

¹⁸⁵ ROSSITER, Clinton (editor). “The Federalist 10”. 1961. p. 84. (James Madison).

¹⁸⁶ Ver: BEARD. Nota 184, *supra*. pp. 152-83.

Para cuando el libro de Beard se convirtió en una sensación, Wilson ya era presidente; por su parte, Holmes y Brandeis estaban en la Corte desafiando las ortodoxias del siglo XIX. Aun así, fue sólo con el *New Deal* que el nuevo organicismo triunfó de manera decisiva en nuestro derecho constitucional. Esta campaña de Roosevelt tomó su inspiración de precedentes británicos. El presidente recordaba vívidamente los días de su juventud, días en que el gobierno de Asquith en Gran Bretaña había buscado aplicar una forma moderna del liberalismo, con énfasis en la justicia social, sólo para terminar siendo vetada por la Casa de los Lores¹⁸⁷. El primer ministro Asquith se rehusó a retroceder e insistió en que tenía la autoridad democrática de privar a los Lores del derecho de veto sobre su plan de redistribución de la riqueza británica. Asquith solucionó la crisis que siguió a esta decisión, obteniendo una promesa del rey de colmar a la Cámara de los Lores con los suficientes miembros liberales como para forzar a los ya presentes a renunciar a su veto¹⁸⁸.

En los ojos de Roosevelt, lo hecho por Asquith servía como un precedente de gran influencia. La Corte Suprema era el equivalente estadounidense a la Cámara de los Lores y su obstruccionismo podría ser resuelto mediante una forma transatlántica de “colmar de Lores”¹⁸⁹. Cuando se terminó la batalla, la constitución estadounidense finalmente terminó de manera muy similar al caso británico: Roosevelt, como Asquith, no tuvo necesidad de llevar a cabo su amenaza de colmar la Corte¹⁹⁰. Así, la Corte Suprema se adaptó orgánicamente al desarrollo del liberalismo moderno al canonizar la

visión constitucional del *New Deal* en superprecedentes como *Wickard* y *Darby*. La era de las enmiendas mecánicas había llegado a su fin¹⁹¹. Mientras Estados Unidos emergía de la Segunda Guerra Mundial, las semillas plantadas por Wilson y Beard, por Holmes y Brandeis, habían crecido, convirtiéndose en un gran bosque de casos y comentarios legales. Para la gran mayoría de pensadores líderes –Frankfurter y Bickel, Hand y Wechsler, Jackson y Hart– quedaba claro que los fundadores ilustrados y sus sucesores de la Reconstrucción habían fallado al no anticipar, y mucho menos controlar, las engañosas dinámicas de la historia estadounidense. Como es conocido, el Juez Jackson afirmó en *Barnette*, en el amanecer de la era moderna, lo siguiente¹⁹²:

“La tarea de traducir las majestuosas generalidades del Bill of Rights, concebidas como parte del sistema del gobierno liberal del siglo XVIII, a restricciones concretas hacia los oficiales que lidian con problemas del siglo XX, puede perturbar nuestra autoestima. Estos principios crecieron en la tierra donde se produjo la filosofía en la que el individuo se encuentra en el centro de la sociedad, en la cual su libertad era obtenida mediante la mera ausencia de restricciones del gobierno, y en la cual a éste sólo podían serle confiados pocos medios de control y una ligerísima potestad de supervisión de los asuntos privados. Debemos trasplantar estos derechos a una tierra en la cual el concepto de *laissez-faire*, o el principio de no-interferencia, se ha marchitado, al menos en lo referente a lo económico, y donde los avances sociales se buscan mediante la integración de la

¹⁸⁷ Ver: LEUCHTENBURG, William. “The Supreme Court Reborn”. 1995. pp. 94-95. Franklin D. Roosevelt no parece haber obtenido bien sus datos, confundiendo esfuerzos por pasar a Home Rule Bill por Irlanda con el esfuerzo de Asquith por forzar a los Lores a aceptar el presupuesto de Lloyds George. *Ibid*.

¹⁸⁸ Ver: JENKINS, Roy. “Mr. Balfour’s Poodle”. 1954. pp. 102-103, 178-179.

¹⁸⁹ Ver: LEUCHTENBERG. Nota 187, *supra*. pp. 94-95. (notando recurrentes referencias al precedente británico en el gabinete de discusiones), eran comunes las referencias públicas a la controversia sobre La Casa de los Lores. Ver, por ejemplo: JACKSON, Robert H. “The Struggle For Judicial Supremacy”. 1941. p. 182. (“Intereses de propiedad... han venido a observar a la Corte Suprema como su casa de Lores y a creer que tienen un deber moral de controlar el refugiado veto”).

¹⁹⁰ Para una reinterpretación de la relación entre las tradiciones constitucionales inglesa y estadounidense en los últimos dos siglos, ver: WEILL, Rivka. “We the British People”. 2004 Public Law 380; y WEILL, Rivka. “Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism”. En: *American Journal of Comparative Law* 54. 2006. p. 429.

¹⁹¹ Con su testimonio en defensa del *court-packing* en las audiencias del Senado, el Assistant Attorney General Robert Jackson dudó sobre si cualquier conjunto de enmiendas formales podría “compensar el efecto de la actitud judicial reflejada en decisiones recientes”. *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings on S. 1392 Before the S. Comm. on the Judiciary*, 75th Cong. 43 (1937). Tal y como él lo planteó: “Podría ser posible que con más palabras se aclaren palabras, pero no es posible para las palabras cambiar una opinión”. *Ibid*. El énfasis en la adaptación orgánica es también un tema fundamental en su libro clásico que, como el periódico “El Federalista”, intenta una interpretación comprensiva del logro constitucional de su generación. Ver: JACKSON. Nota 189, *supra*. p.174 (“La Antigua Corte habría embestado a la propia Constitución al negarle la capacidad de adaptarse a las “varias crisis de asuntos humanos”. Los principales representantes de la Constitución, desde John Marshall hasta Oliver Wendell Holmes, han insistido siempre en que la fuerza y la utilidad de la Constitución parte del hecho que sus principios sin adaptables a los eventos cambiantes” (Citando a *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415 (1819).

¹⁹² *W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

sociedad con un control gubernamental expandido y fortalecido. Estas condiciones de constante variación le restan fiabilidad a los precedentes y nos moldean de formas que no elegimos de acuerdo con nuestro propio criterio. Aun así, actuamos de esta manera, no por la autoridad de nuestra competencia, sino por la fuerza de nuestros compromisos”¹⁹³.

Podemos ver ansiedad aquí, pero también una cierta confianza en un desarrollo judicial orgánico, nutrido por la tradición académica que, para ese entonces, databa ya de más de medio siglo (así como una tradición del *Common Law* con siglos de práctica). El organismo había triunfado sobre la máquina: si la Constitución iba a sobrevivir, los jueces no tendrían otra opción que usar su juicio para determinar qué tradiciones constitucionales podrían sobrevivir el trasplante a esta nueva “tierra” americana.

Tan sólo Hugo Black estuvo en desacuerdo. Había sido un acérrimo defensor, desde el Senado, del plan de colmar la Corte; pero Roosevelt lo nominó en 1937, en un ataque de resentimiento, cuando su iniciativa fue rechazada. El presidente quiso mostrar el desdén que sentía por sus oponentes mediante el impulso de un líder como Black a la Corte¹⁹⁴. Poco después de su confirmación, la reputación del Juez Black sufrió un gran revés. Fue forzado a hacer una confesión humillante en la radio nacional cuando su membresía vitalicia al Ku Klux Klan se hizo, repentinamente, de conocimiento público. A pesar de demandas furiosas que pedían la renuncia de Black, Roosevelt se negó a quitarle su apoyo: su nuevo juez significaba un sólido voto a favor de la legislación del *New Deal* y eso era suficiente por el momento¹⁹⁵. Nadie sospechó que los Estados Unidos estaban ganando

a un gran libertario civil, sin mencionar a un jurista escondido.

Pero el Juez Black los sorprendió a todos. Como autodidacta, había desarrollado sus ideas en un aislamiento espléndido del resto del pensamiento constitucional de su tiempo; fue el Protestantismo y no el Evolucionismo Darwiniano lo que sirvió de contexto intelectual a su filosofía constitucional. De haber permanecido como Senador, habría sido un loco constitucional gritando en el desierto, pero la suerte de su elección le había dado una plataforma para forzar al escéptico mundo legal¹⁹⁶ a confrontar su reaserción a la jurisprudencia mecánica.

Como se dieron las cosas, la versión del originalismo del Juez Black lo puso del lado correcto de la historia: con prácticamente nula ironía, opinaba que los Fundadores eran defensores enfáticos de la libertad del discurso político, partisanos comprometidos con el prorrateo legislativo y grandes creyentes de la “desegregación”¹⁹⁷ académica. Ningún historiador serio habría apoyado estas extravagancias, pero el siguiente ciclo de investigaciones, con el tiempo, sí respaldó la causa del Juez Black. Un creciente número de académicos como Gordon Wood y Eric Foner revisó la oscura imagen de los Fundadores que dejó la generación de Charles Beard. No negaron, claro está, que los fundadores federalistas le hubiesen temido a la redistribución¹⁹⁸ o que los Republicanos de la Reconstrucción creyeran en el libre mercado¹⁹⁹. Pero llamaron la atención, de manera exitosa, sobre los aspectos dejados de lado en el pasado constitucional; de manera más notable sobre el compromiso revolucionario de los fundadores con la soberanía popular y el compromiso radical de los republicanos de la Reconstrucción con la igualdad racial. Incluso si el Juez Black definió su

¹⁹³ Ibid. pp. 639-640.

¹⁹⁴ Ver LEUCHTENBURG. Nota 187, *supra* pp. 210-11 (“Lejos de buscar aplacar al congreso seleccionando una moderada... selección (de Roosevelt) de Black fue un acto desafiante simbólico... El senado era, aún más, un blanco para la venganza, toda vez que acababa de humillarlo en la Court-packing batalla. Dinald Richberg, un prominente New Dealer, confió, notó Clapper, que “Roosevelt estaba enojado y estaba determinado a darle al Senado el nombre que sería más desagradable para él, pero que no podría rechazar”).

¹⁹⁵ Ver: Ibid. pp. 188-199.

¹⁹⁶ Ver POUND, Roscoe. “Mechanical Jurisprudence”. *Columbia Law Review* 8. 1908. p. 605. (acercamientos mecánicos y despectivos al derecho).

¹⁹⁷ Comparemos, por ejemplo, a BLACK, Hugo. “A Constitutional Faith”. 1968. p. 49. (exponiendo los famosos conceptos absolutistas del Juez Black sobre la “libertad de expresión”), con LEVY, Leonard W. “Emergence Of A Free Press”. 1985; o comparemos a *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, 8. 1964. (haciendo el reclamo extraordinario que el voto de un hombre era “un principio por el que se habría peleado tenazmente, y una convención constitucional establecida”), con GAZELL, James A. “One Man, One Vote: Its Long Germination”. *W.POL.Q.* 23. 1970. pp. 445, 462. (“Aunque los Fundadores y los que ratificaron la independencia conocían el sistema de representación por distritos, sólo una pequeña minoría lo favoreció...”). El Juez Black también estuvo de acuerdo con Brown, a pesar su relación problemática con la concepción general de la protección igualitaria en la reconstrucción. Ver: BICKEL, Alexander M. “The Original Understanding And The Segregation Decision”. *Harvard Law Review* 69. 1955. p. 69.

¹⁹⁸ Ver WOOD. Nota 47, *supra*. p. 626. (rechazando el materialismo de Beard, pero confirmando la relevancia de la interpretación progresiva de la Fundación); ver también: NEDELSKY, Jennifer. “Private Property And The Limits Of American Constitutionalism”. 1990.

¹⁹⁹ Ver FONER, Eric. “Free Soil, Free Labor, Free Men: The Ideology Of The Republican Party Before Civil War”. 1970. p. 11 (“El movimiento político en contra del esclavismo no fue simplemente una doctrina negativa... fue una afirmación de la superioridad de... una sociedad capitalista dinámica y en proceso de expansión...”).

originalismo mucho antes de que las visiones de estos académicos salieran a la luz alrededor de las décadas de 1960 y 1970, los nuevos historiadores colaboraron con su causa al desplazar el vigoroso rechazo del periodo Progresivo por un tratamiento más amable de los ideales y metas de los Fundadores.

La nueva historiografía, junto con la heroica defensa que hacía Black de la libertad y la igualdad, proporciona el contexto evolutivo para las afirmaciones judiciales más recientes de la antigua religión. Aunque los liberales se desesperen ante las decisiones reaccionarias de los Jueces Scalia o Thomas, no pueden olvidar –no importa cuánto traten– que Hugo Black fue el primer originalista de la Corte Suprema moderna. La conjunción Black-Scalia sugiere que existe más en el originalismo que la publicidad política de los Republicanos de derecha: ¿es quizá mejor ver a la Constitución como una máquina increíble que nos llevará al siglo XXI siempre que los jueces sigan las instrucciones al pie de la letra?

Una sugerencia similar estaba llegando del extranjero. Bajo gran influencia estadounidense, Alemania, Italia y Japón buscaron la salvación nacional post-guerra mediante el constitucionalismo escrito. Pero entonces el movimiento tomó vida propia, con la India, Francia, la Unión Europea, Europa del Este y Sudáfrica aceptando la revisión judicial como un componente base de sus sistemas de gobierno (los cuales eran muy diferentes).

Hace un siglo, los Holmes de Estados Unidos miraron hacia el extranjero para comparar el triunfo del desarrollo orgánico en Gran Bretaña con el trágico fracaso de la Reconstrucción en Estados Unidos. Sin embargo, hoy el mundo entero parece estar designando máquinas constitucionales para controlar y balancear el poder en nombre de los derechos humanos²⁰⁰. Es irónico que el Juez Scalia haya elegido este momento para advertirle a los abogados americanos sobre los peligros del tentador constitucionalismo comparado; la adopción de las constituciones escritas alrededor del mundo apoya claramente su argu-

mento de que el textualismo es jurisprudencia seria, y no sólo publicidad política²⁰¹.

Una cosa es que los sudafricanos o los alemanes sigan una constitución que se les entregó hace una década, o quizá hace medio siglo²⁰², y otra muy diferente es que los estadounidenses se aferren a un texto antiguo que falla al no considerar ninguno de los logros recientes de la nación. “Debemos darnos cuenta”, como Colmes mismo nos recuerda, que el desarrollo constitucional “no puede haber sido previsto completamente ni por sus más talentosos creadores. Fue suficiente que se dieran cuenta de, o esperaran, haber creado un organismo; ha tomado un siglo y mucho trabajo y esfuerzo de sus sucesores probar que habían creado una nación. Así, el caso ante nosotros debe ser considerado a la luz de toda nuestra experiencia y no meramente a la luz de lo dicho hace cien años”²⁰³.

El Juez Holmes escribió estas palabras en 1920, y es seguro que no han perdido fuerza ni vigencia en el 2006. No obstante, el ascenso de la visión de Black-Scalia en el último medio siglo, paradójicamente, ha hecho que estas palabras se tornen más controversiales. No será suficiente que la siguiente generación determine su destino jurisprudencial con una cita del Juez Holmes o del Juez Black; tendrán que crear su propia opinión. Y que será: ¿es la Constitución una máquina o un organismo?

Mi opinión es: “ninguna”. Ambas están bien a medias, y es hora de moverse más allá de estas semi verdades antagonistas y crear nuevos cimientos. El lado de Holmes está en lo correcto al insistir en que nuestros arreglos constitucionales han cambiado en maneras en que nuestros antecesores de los siglos XVIII y XIX no podrían ni siquiera haber imaginado. Pero el lado de Black también acierta al insistir en que los partidarios de Holmes han empaquetado esta percepción en una forma elitista e inaceptable. Desde los días de Holmes y Brandeis hasta los de Kennedy y Souter, los organicistas tomaron el método de adaptación del *Common Law* como guía –lentamente–; a pasos cortos, el

²⁰⁰ Ciertamente, muchos de estos esfuerzos mecánicos han fallado–Irak siendo el último en la larga lista de fiascos que se han dado desde la retirada de los líderes occidentales del control directo del tercer mundo. Pero esta sombría lista no debería desviar la atención de los exitosos esfuerzos hechos para estabilizar las democracias liberales mediante constituciones escritas.

²⁰¹ Hay un factor adicional: la generación actual de historiadores es más comprensiva con lo que pretendían los Fundadores y los grandes de la Reconstrucción que sus antecesores, seguidores de Beard, de la época progresiva. Ver: TAN *Supra*. pp. 178-184.

²⁰² Esto no significa que los alemanes, u otras destacadas cortes constitucionales, han adoptado algo parecido a la jurisprudencia mecánica del Juez Black o el Juez Scalia. Por el contrario, la interpretación teleológica es la técnica dominante. Ver: KOMMERS, Donald P. “The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany”. Segunda edición. 1997. p. 42 (describiendo el “acercamiento más amplio a la toma de decisiones” alemán); LERCHE, Peter. “Stil und Methode der Verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis”. En: 1 FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 333. Peter Badure & Horst Dreier editions. 2001.

²⁰³ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433. (1920).

juez del *Common Law* se da cuenta de los patrones cambiantes de la sociedad y mantiene la ley a tono con la vida. Este *Common Law* es comprensible, dado el papel central de esta tradición en nuestra cultura legal. Sin embargo, no le hace justicia a la crucial importancia de la soberanía popular en el desarrollo constitucional²⁰⁴.

La tradición del *Common Law* fue creada por jueces y para jueces. Mientras que las versiones modernas alientan a los jueces a entablar diálogos complejos con sus muchos públicos, ésta se mantiene firmemente asida al sitio del conductor. Dentro de este contexto, una decisión de la Corte, como *Marbury* o *Wickard* o *Brown*, se torna en un superprecedente cuando es afirmada y reafirmada por generaciones de jueces a pesar de los cambios sociales de los tiempos²⁰⁵.

Este acercamiento permite la adaptación y tiene un lugar importante en nuestro desarrollo constitucional. Pero su carácter centrado en el juez puede aminorar la importancia central de la soberanía popular. El lado de Holmes no busca determinar cuándo ha hablado el Pueblo, qué tuvieron que decir o cómo estos actos de soberanía popular pueden permanecer relevantes en un mundo cambiante. Pregunta, en cambio, qué fue lo que dijeron los jueces en el pasado, qué juicios se han mantenido a través del tiempo, y cuáles requieren más adaptación judicial para mantenerse vigentes con los cambios sociales²⁰⁶.

En contraste, el lado de Black está en lo correcto al insistir que la autoridad de la Constitución está generada por el compromiso conciente de Nosotros, el Pueblo. Y, sin embargo, el estrecho enfoque de los partidarios de Black respecto del mecanismo de enmienda formal descrito en el artículo V da un giro anacrónico a sus profesiones de fe. Mientras se habla sin parar de la primacía de la soberanía popular, se trivializan los textos centrales del siglo XX que codifican los grandes triunfos de la política constitucional moderna. En lugar de interpretar estos estatutos y superprecedentes claves con atención, debaten sin parar sobre el

significado de cualquier mera anotación hecha en la Fundación o la Reconstrucción.

Hemos alcanzado, entonces, mi momento prometido de semi verdad, o mejor dicho, semi verdades: el lado de Hugo Black celebra el principio de la soberanía popular pero trivializa los logros modernos del pueblo estadounidense. El lado de Oliver Wendell Holmes reconoce que la Constitución viva se ha transformado y ha avanzado mucho más allá de la Fundación y la Reconstrucción pero trivializa el principio de la soberanía popular.

He intentado ofrecer una salida; si expandimos el canon del siglo XXI para añadir textos decisivos del *New Deal* y la era de los derechos civiles a aquellos de la Fundación y la Reconstrucción, ya no tenemos que escoger entre el acercamiento antiguo a la soberanía popular y el acercamiento moderno centrado en la corte. Al expandir el canon, la profesión puede desarrollar el sentido contemporáneo de nuestra Constitución luego de confrontarse con todos los grandes textos legales creados por todos los grandes actos de soberanía popular en nuestra historia. Al tomar este paso, los abogados les darán la oportunidad a todos los demás ciudadanos de definir su propio lugar en una tradición constitucional evolutiva que no terminó con la Fundación, o la Reconstrucción, pero que continuará hasta el fin de la República.

Un esfuerzo profesional por redefinir el canon también será recompensando cuando se estén resolviendo casos. A pesar de las protestas que dicen lo contrario, ni los partidarios de Black ni los de Holmes practican lo que profesan. Aunque los mecanistas pretenden que se puedan crear decisiones convincentes basadas exclusivamente en textos de los siglos XVIII y XIX, impredeciblemente cambian de opinión cuando los precedentes contradictorios se tornan abrumantes. Al mismo tiempo, aunque los organicistas enfatizan el hecho de adaptar los precedentes existentes a las realidades contemporáneas, siguen –típicamente– alguna que otra cláusula para mantener

²⁰⁴ Ver de manera general BLACK. Nota 197, *supra*; SCALIA. Nota 40, *supra*.

²⁰⁵ El juez Alito elaboró esta teoría centrada en la Corte del superprecedente en sus audiencias. Ver: ALITO, Samuel. Nota 22, *supra*. p. 445. (“La sabiduría es clara en las decisiones hechas por Jueces anteriores que... eran académicos y concientes, por lo que cuando examinan una pregunta y llegan a una conclusión, creo que eso se merece un respeto considerable, y por supuesto, mientras más veces pase, más es el respeto que esta decisión se merece...”).

²⁰⁶ Los más destacados portavoces del enfoque del *common law*, en sus diversas variantes, parecen residir en Chicago. Ver: POSNER, Richard A. “Law, Pragmatism, and Democracy”. 2003. (argumentando a favor del pragmatismo judicial en la formulación de la doctrina); SUNSTEIN, Cass R. “One case at the time: Judicial minimalism on the Supreme Court”. 1999. (argumentando a favor del minimalismo judicial en la elaboración de la doctrina); STRAUSS, David A. “Common law constitutional interpretation”. *University of Chicago Law Review* 63. 1996. pp. 887, 879 (argumentando que el “enfoque del common law controla de manera más eficiente a los Jueces, es más justificable en términos abstractos que el textualismo o el originalismo, y provee un mucho mejor relato de nuestras prácticas”); ver también: KRONMAN, Anthony T. “Alexander Bickel’s philosophy of prudence”. *Yale Law Journal* 94. 1985. p. 1567.

en paz a los espíritus de los fundadores. Jueces en ambos lados demuestran mucho sentido común como para aferrarse a las dicotomías tan duras de sus filosofías rivales.

Sin embargo, ambos lados esconden sus concesiones mediante el uso de ficciones legales. Como lo dejó claro el profesor Lon Fuller en su clásico estudio; las ficciones legales no son solamente hechos falsos; son hechos falsos que “no están destinados a engañar”²⁰⁷. Bajo el viejo sistema, todos sabían que los Señores Doe y Roe no estaban demandando un desalojo y que lugares como Jamaica no estaban (como lo decía la ley de *Middlesex*) localizados en Cheapside. No obstante, estas ficciones ofrecían la única manera de lograr resultados aceptables dentro de una cultura legal formalista que se rehusaba a reformarse.

Es la misma enfermedad la que afecta actualmente al Derecho constitucional estadounidense. Nuestra ficción más importante implica el uso generalizado de los “mitos del redescubrimiento” para impedir, tanto a los partidarios de Black como a los de Colmes, obtener resultados poco razonables. Para comenzar, tanto los mecanistas como los organicistas creen que la Cláusula de Comercio de alguna manera legitima la expansión abrumadora del poder de regulación nacional desde la revolución del *New Deal*²⁰⁸, aunque observan esta ficción acerca de la Fundación por diferentes razones. Los mecanistas consienten este mito porque temen una reacción masiva contraria del pueblo si le declaran la guerra al Estado regulador moderno. Los organicistas encuentran el mito atractivo porque les da una posición de defensa frente a

los cargos de activismo judicial y les permite continuar con el trabajo duro de adaptar las obsoletas nociones de “comercio” de los Fundadores a las necesidades del siglo XXI.

Una similar unión por conveniencia se da cuando se trata de la revolución por los derechos civiles. Ambos lados convergen en que la propuesta Brown no sólo fue una buena decisión en 1954, sino también en que “separados pero iguales” *nunca* fue una respuesta constitucionalmente legítima al problema de la educación pública. Una vez más, los mecanistas están dispuestos a falsificar la complejidad de la interpretación original porque temen una reacción en contra si cuestionan a *Brown*²⁰⁹, y los organicistas están felices de usar a *Brown* como una plataforma hacia la mayor evolución de la jurisprudencia igualitaria apropiada para las volubles costumbres del siglo XXI.

Estos mitos del redescubrimiento existen en muchas variaciones, pero es más importante dar un paso atrás de los detalles y combinarlos. En esta historia, ahora convencional, los jueces vivieron un período oscuro a comienzos del siglo XX, que duró aproximadamente hasta 1937 en el caso *Lochner* y hasta 1954 en el caso *Plessy*²¹⁰. Durante este período oscuro, inexplicablemente la Corte no pudo entender el verdadero significado legal de las Cláusulas de Comercio, Protección de la Igualdad y del Debido Proceso. Luego vinieron los momentos *Whiggish* de la Ilustración: de manera milagrosa, los Jueces se destaparon los ojos para ver la verdad constitucional que había estado ahí todo el tiempo; es así como se ha conservado el mundo –básicamente– desde entonces²¹¹.

²⁰⁷ FULLER, Lon L. “Legal fictions”. 1967. Agradecimientos especiales a John Langbein por animarme a releer a Fuller.

²⁰⁸ En el relato mítico, la opinión del Presidente de la Corte, Marshall, en *McCulloch* es suficiente para establecer los orígenes regulatorios modernos del estado en la Fundación misma. Pero *McCulloch* no anticipó del todo las realidades contemporáneas, y eso ocupó un punto extremo en una conversación mucho más larga de inicios de la República. En efecto, la *Taney Court* estaba preparada para invalidar a *McCulloch*, si se les daba una oportunidad apropiada. Ver: MAGLIOCA. Nota 49, *supra*. pp. 71-73, 84-86; GRABER, Mark A. “Antebellum Perspectives on Free Speech”. 10 *William and M. Bill of Rights Journal*. 161. pp. 779, 808. 2002. De manera más extensa, desarrollo este tema en ACKERMAN. Nota 43, *supra*. pp. 34-57.

²⁰⁹ Respondiendo a este hecho tan vergonzoso, Michael McConnell trata de legitimar a *Brown* en el terreno originalista. Ver: MCCONNELL, Michael W. “Originalism and the desegregation decisions”. 81. *Virginia Law Review*. 947. 1995. pp. 1131-40. Pero este ejercicio de la teología originalista ha sido claramente refutado por Michael Klarman. Ver: KLARMAN, Michael J. “Brown, originalism, and constitutional theory: A response to Professor McConnell”. *Virginia Law Review* 81. 1881. 1995.

²¹⁰ La fecha de culminación de la era *Lochner* es un tema de debate interminable- el profesor Barry Cushman, por ejemplo, dice que es o 1934 o 1941, pero no 1937. Ver: CUSHMAN, Barry. “Rethinking the New Deal Court”. 1998. La fecha final de la era *Plessy* ha sido también discutida, con profesores como Michael Klarman y Lucas Powe persuasivamente sugiriendo que la era *Plessy* terminó al inicio de los años 60, no en los años 50. Ver: KLARMAN. Nota 78, *supra*. p. 381. (“Que la sola litigación no podía desagregar las escuelas ya quedaba claro en 1960...”); POWE, Lucas A. Jr. “The Warren Court and American Politics”. 2000. p. 178 (notando el disminuyente rol de la litigación en el movimiento de desagregación para 1962). Para cualquier propósito actual, éstos son sólo detalles. El punto clave es que la meta narrativa dominante tiene una estructura *Whiggish* –una era oscura produce la presente era de luz.

²¹¹ No espero que la *Roberts Court* busque retar este argumento de manera fundamental. El Juez Thomas ha incitado a sus colegas a repudiar el mito del redescubrimiento del Nuevo Trato. Ver: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 601 n.8 (1995) (donde concurre el Juez Thomas) (“Aunque yo pueda tener la voluntad de retornar al entendimiento original, yo reconozco que muchos creen que es demasiado tarde para emprender una re-examinación fundamental de los últimos 60 años”). Pero no hay indicación que cualquier otro Juez esté preparado a unírsele. Y mientras *Brown* mismo reconoce su problemático origen, la Reconstrucción, incluso el Juez Thomas no ha sugerido que se debiera impulsar un período de agonizante reevaluación por los originalistas. Pero Cf. McConnell. Nota 109, *supra*. pp. 1131-1140 (buscando de manera imposible de ubicar a *Brown* en la interpretación originalista).

Será difícil convencer a los jueces de dejar de lado esta meta narrativa. No es sólo suficientemente capaz de dejar que los partidarios de Black y Colmes continúen con su batalla por la supremacía de la mente legal. No es sólo lo suficientemente flexible para dejar que los jueces de ambos lados dejen de tomar decisiones que afecten al sentido común. También gratifica al ego: en esta historia, el problema con las eras de Lochner y Plessy era que la mayoría de jueces no tenían la sabiduría de tomar en cuenta las discrepancias enfáticas del Juez Colmes y del Juez Harlan. Pero ahora que los jueces modernos han aprendido la lección de estos grandes disidentes, pueden permitirse ignorar cualquier cosa que los historiadores legales serios y los politólogos puedan decir sobre los mitos reinantes del redescubrimiento.

Mi propuesta revisora, en contraste, pone al Pueblo, no a la Corte, en el centro del desarrollo constitucional; insiste en que los americanos ordinarios, liderados por figuras como Franklin Roosevelt y Martin Luther King Jr., han hecho la misma contribución constitucional que las generaciones lideradas por George Washington o Abraham Lincoln, y que la labor de la Corte Suprema es reconocer esto cuando le da sentido a la Constitución.

Cuando se trabaja con el canon expandido, la labor de la Corte Suprema no es ni defender la interpretación original del texto constitucional heredado de la Fundación y la Reconstrucción, ni ponderar sobre las complejas dificultades de la minoría traídas por el carácter elitista del constitucionalismo del *Common Law*. Su tarea es reflexionar sobre todos los principios que son parte del pueblo estadounidense, y usarlos como controles y balances sobre las pretensiones políticas del presente. Cuando la Corte destruye un estatuto, en nombre de Nosotros, el Pueblo de las generaciones pasadas, ciertamente fuerza a los políticos del presente a pensar dos veces antes de presionar en una dirección que amenace los compromisos fundacionales.

Pero el llamar a la intervención de la Corte antidemocrática, deja una gran pregunta: ¿Acaso los políticos de hoy han ganado una clase especial de autoridad que los del pasado sólo ganaron luego de una década o más de intenso debate público,

contestaciones institucionales y la decisión final del pueblo en las ánforas?

Generalmente hablando, la respuesta sería un obvio "no". La mayoría de los decretos ejecutivos simplemente no proceden de la deliberación sostenida típica de los grandes actos de soberanía popular. En el caso estándar, la revisión judicial es mejor entendida como un recurso crucial al organizar el diálogo entre las generaciones: al destruir un estatuto, los jueces están forzando a los estadounidenses de hoy a tomar en serio las visiones de las generaciones pasadas, y a pensar más antes de revisar los principios constitucionales afirmados por el pueblo de ayer.

Esto no es idolatrar a los ancestros. Mi propuesta de una conversación entre las generaciones está basada en un estudio realista de la vida contemporánea democrática. Como el estudio de la opinión pública abundantemente establece, la mayoría de estadounidenses tienen mejores cosas que hacer que seguir los *zigs* y *zags* del debate en Washington²¹². Están muy involucrados en muchos otros fines, desde ganarse la vida, hasta ir a las Ligas Menores de sus hijos, hasta seguir la voluntad de Dios, para darle sentido a sus vidas personales.

Esto deja un gran espacio para que los representantes políticos aprueben normas que nunca obtendrían el apoyo popular si el pueblo hubiese prestado atención seria. Mientras que existen reformas prácticas que podrían ayudar a mejorar la calidad de la participación en la política normativa²¹³, yo no sueño con un lugar perfecto en el cual la mayoría de los americanos se tornan en amantes de la política como tú o yo²¹⁴. La ciudadanía es sólo una de las muchas actividades que hace a este mundo interesante, y mucha se pierde, al igual que se gana, al sacar a cientos de millones de personas de sus vidas ordinarias y hacerlos formar parte de una batalla política de gran envergadura para definir el futuro del derecho estadounidense.

Es por una buena razón, entonces, que el típico votante estadounidense no ve a la típica elección estadounidense como algo que provee a los ganadores de una facultad para destruir los grandes

²¹² Ver: ACKERMAN y FISHKIN. Nota 125, *supra*. pp. 5-14.

²¹³ Ver: *ibid*.

²¹⁴ En contraste con mi posición, el profesor Roberto Unger parece endosar un ideal político que contempla un constante compromiso con las políticas enérgicas. Ver, por ejemplo: UNGER, Roberto Mangabeira. "Democracy realized: The progressive alternative". 1998. pp. 213-220.

logros históricos de pueblo estadounidense. Si una coalición política tiene esta ambición, no debería permitírsele cumplir estas metas mediante pequeños logros. Debería estar preparada para confrontar a las opiniones de la Corte Suprema que explican el porqué y cómo las iniciativas estatutarias ofenden los juzgamientos del pueblo del pasado. Debería requerirse que se dé un esfuerzo sostenido por ganar el apoyo de los estadounidenses si es que quiere revisar el legado constitucional. Sólo luego de esto, la coalición habrá obtenido la autoridad constitucional de pedir, en nombre del pueblo, que las cortes futuras integren nuevos estatutos y superprecedentes claves al legado constitucional evolutivo que pasará a generaciones futuras.

No espero mucho de mi propuesta. Si los académicos, y finalmente los jueces, construyen un nuevo canon constitucional, la profesión estará estudiando textos del siglo XX con la misma seriedad que le da a los antiguos; pero aún así, no llegaremos a una sola interpretación común del significado de estos textos que sea más clara que la que tenemos actualmente con un canon más restringido. Se mantendrá como facultad de la Corte ejercer el juicio y la prudencia para darle significado contemporáneo a los actos de soberanía popular del pasado.

A veces los Jueces cometen errores serios, pero estos deben ser vistos en una perspectiva más grande. La vida política está llena de patologías: los presidentes le piden al pueblo mandatos fuertes que luego no pueden sostener frente a la opinión pública; los senadores y congresistas alivian sus propios intereses; gurús de campaña invaden los espacios públicos con mensajes engañosos y divisivos, y los estadounidenses comunes se alejan disgustados por todos estos escándalos. En medio de todas las presiones en competencia, el Presidente y el Congreso a veces vacilan, a veces aprueban legislación seria que se esfuerza genuinamente por definir el interés público y a veces hacen que el país atraviese un precipicio moral. Puesto de manera simple, los Jueces son los únicos con el entrenamiento y la inclinación para mirar atrás a momentos pasados de soberanía popular y revisar las pretensiones de nuestros políticos elec-

tos cuando quisieron amenazar a estos logros del pasado²¹⁵. Al expandir el canon para incluir también al siglo XX, la profesión le dará a las cortes los recursos intelectuales necesarios para realizar la función de la revisión judicial en una manera más meditada.

Este esfuerzo legal para definir los logros del siglo XX también ayudará a clarificar nuestra situación constitucional actual. Desde el 11 de septiembre, hemos sido testigos de otro esfuerzo presidencial por obtener el apoyo del pueblo americano para una transformación básica de nuestros valores constitucionales en nombre de una "guerra contra el terror". No llegaremos lejos en entender este ejercicio si consultamos las categorías tradicionales del artículo V. Estos formalismos no logran visionar al rol presidencial en el proceso de revisión constitucional, menos aún en el rol que se desarrolló de manera orgánica desde la era de Thomas Jefferson hasta los días de Lyndon Johnson. Pero una vez que nos quitamos los anteojos formalistas, podemos empezar a tratar la situación actual influidos por el espíritu del último sermón, en el cual tratamos de obtener perspectiva legal sobre el movimiento de los derechos civiles comparando sus dinámicas institucionales con los ejercicios de soberanía popular más exitosos del pasado²¹⁶.

Recuerde el momento más importante: la soberanía popular no es asunto de un solo instante, es un proceso sostenido que pasa por una serie de fases, desde la fase inicial hasta los actos culminantes de decisión popular de consolidación. La primera pregunta no es si el movimiento Republicano de George W. Bush ya completó su revolución constitucional, sino si recién ha comenzado: ¿le ha señalado al pueblo estadounidense que ha llegado el momento de una reevaluación seria de la Constitución?

Mi respuesta es certera: "sí". El 11 de setiembre, por sí mismo, no constituyó esta señal, de igual manera que la caída de la bolsa no señaló sólo la necesidad del *New Deal*. Herbert Hoover tuvo tres años antes de la siguiente elección presidencial para demostrar que su propio enfoque era adecuado para la Gran Depresión. Pero falló, y fue la

²¹⁵ Alexander Bickel estaba exagerando cuando supuso que "los jueces tienen o deberían tener, la conveniencia, el entrenamiento, y el aislamiento para seguir el camino de los académicos al buscar los fines del gobierno". BICKEL, Alexander M. "The least dangerous branch". 1962. pp. 25-26. La mayoría de jueces que conozco están demasiado ocupados para ser estudiantes serios, pero están mucho más enterados de temas constitucionales que la mayoría de políticos que habitan el resto de nuestro mundo constitucional.

²¹⁶ Ver: TAN, *supra*. pp. 45-162.

elección de 1932 la que señaló el apoyo popular hacia una nueva agenda constitucional. Como Herbert Hoover, George W. Bush tuvo tres años para crear una respuesta de emergencia a esta inesperada gran crisis, pero esta vez los votantes no lo votaron. Ciertamente no ganó la elección de manera aplastante, ni obtuvo la mayoría del Congreso con los márgenes del *New Deal*. Pero con el control de tanto la presidencia como el congreso, la señal que salió de las elecciones del 2004 fue clarísima: si a los estadounidenses no les gustaba la “guerra contra el terror” que estaba siendo propuesta en su nombre, debían comenzar a preocuparse y hacer algo al respecto.

Estamos ahora en la etapa de propuestas: como en 1930, la Corte Suprema está comenzando a discutir aspectos de las iniciativas presidenciales que van contra interpretaciones constitucionales arraigadas, forzando a las ramas políticas a refinar sus propuestas revolucionarias²¹⁷. Al mismo tiempo, los Demócratas de oposición tendrán la oportunidad, tanto en el 2006 como en el 2008, de llamar al pueblo a rechazar o modificar las premisas básicas de esta “guerra contra terror”, del presidente²¹⁸.

El jurado aún no decide: después de todo, la presidencia de Reagan también señaló la necesidad de un cambio fundamental, pero finalmente no pudo conseguir el apoyo decisivo del pueblo estadounidense²¹⁹, y lo mismo podría pasar otra vez. No obstante, podría no pasar: la señal de 2004 podría culminar en la ratificación por el Pueblo de un régimen constitucional fundamentalmente nuevo que va más allá de la cuestión de seguridad nacional y redefine una serie de otros principios y prácticas.

Veremos.

Mi punto es que no vemos: los abogados estadounidenses se han vuelto ciegos a las realidades más obvias que confrontan como ciudadanos, y sólo porque el canon oficial, establecido por el artículo V, oscurece nuestra visión del cambio constitucional y nos previene de exponer el presente ejercicio de liderazgo presidencial al análisis legal.

Personalmente, rechazo la idea misma de que estamos peleando en una “guerra contra el terror”. Creo que sólo nos espera tragedia si el pueblo americano apoya esta noción perniciosa²²⁰. Pero mi opinión personal es una cosa, el derecho constitucional es otra, y como abogado les puedo decir que si el Partido Republicano continúa ganando el apoyo del Congreso y de la Presidencia hasta el 2012, se originará una revolución constitucional en este país²²¹.

Incluso si el presente ejercicio falla, y los defensores del orden establecido logran ganar el reto, ningún régimen constitucional dura para siempre. En algún momento del siglo XXI llegará el día en que nuestros representantes en Washington logren revolucionar nuestros ideales y prácticas constitucionales. La única pregunta es si el cambio vendrá mediante juegos de poder de arriba o mediante debate, batallas institucionales y decisiones desde abajo.

La respuesta final estará en las manos de los ciudadanos. Pero las historias que cuentan los abogados sobre nuestro desarrollo constitucional harán la diferencia, tanto en cambiar la percepción de los jueces, legisladores y Presidentes, cuanto en concretizar más el entendimiento público de la posibilidad democrática. Deshonramos a nuestros ciudadanos cuando les contamos la historia que trata a sus padres y abuelos como pigmeos en comparación con los gigantes constitucionales de un pasado que se aleja cada vez más. Deberíamos ofrecerles una visión de desarrollo constitucional que los invite a seguir los pasos de Franklin Roosevelt y Martin Luther King Jr., a soñar sus propios sueños y hacer sus propios *New Deal*, y construir un mejor Estados Unidos del siglo XXI. Quizá nuestros hijos y nietos estarán a la altura de este reto, quizá no. Pero les fallaremos si falsificamos nuestra rica herencia de autogobierno y les dejamos una parodia formalista.

* * * *

Entonces: en el análisis final, la Constitución viva, ¿es una máquina o un organismo?

²¹⁷ Tanto en *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), como *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), la Corte Suprema ha resistido a las afirmaciones agresivas del Presidente, en cuanto al poder en la “Guerra contra el Terror”, pero es demasiado pronto para saber cómo terminará.

²¹⁸ Estas conferencias se dieron originalmente en octubre de 2006. Ver: *Supra* 12.

²¹⁹ Ver: ACKERMAN. *Supra*. pp. 390-392

²²⁰ Ver: ACKERMAN, Bruce. “Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism”. 2006.

²²¹ Describo la revolución doctrinal que nos amenaza desde el horizonte en: ACKERMAN, Bruce. “The art of stealth”. London Review Books. 15 de febrero de 2005. p. a3. Para un punto de vista similar, ver: SUNSTEIN, Cass R. “Radical in robes”. 2005.

He rechazado la falsa dicotomía ofrecida por los lados de Black y Holmes. Pero estamos hoy en una posición de salir de este error e integrar los elementos mecánicos y orgánicos para llegar a una mejor interpretación.

Hablando de manera general, el argumento tratado en estas conferencias está basado en dos desarrollos orgánicos; uno es la conciencia política y el otro son las instituciones políticas. La conciencia es más importante: a través del siglo XX, ciudadanos ordinarios han comenzado a identificarse a sí mismos como estadounidenses primero y tejanos después. Esta transformación le ha dado mayor significado a cambios institucionales que desde hace ya mucho han superado las expectativas de los Fundadores, siendo lo más notable el ascenso de la presidencia, apoyado por movimientos y partidos, a una posición de liderazgo en el proceso legislativo²²². El éxito de Franklin Roosevelt y Lyndon Johnson al ganar el apoyo de la gran mayoría del pueblo para cambios constitucionales decisivos reflejaba y reforzaba la noción de que el pueblo de los Estados Unidos puede expresar su voluntad constitucional mediante las instituciones nacionales, y no sólo mediante el sistema federalista descrito en el artículo V.

Estos logros de la presidencia moderna son los que llevan a los precedentes cruciales que le dan forma al significado constitucional del presente –en el que George W. Bush busca ganar el mandato de la gente que eludió a Ronald Reagan–. También sirven como una plataforma para moverse más allá del método mecánico del artículo V del Juez Black de especificar actos de soberanía popular a un método más propio del *Common Law* de identificar estatutos y superprecedentes claves del siglo XX que merecen el estatus canónico.

Entonces, una apreciación del camino orgánico del desarrollo histórico es absolutamente esencial para adecuar la interpretación de la Constitución estadounidense mientras llega a su tercer siglo. Pero, al mismo tiempo, quiero enfatizar el significado resistente de la maquinaria Fundadora en darle forma al desarrollo de la Constitución viva.

Debe premiarse la separación de poderes y especialmente a la decisión de los Fundadores de establecer periodos en el poder: dos para el Congreso, cuatro para el Presidente, seis para el Senado y de por vida para la Corte Suprema.

Esto hace casi imposible para un partido conseguir controlar todos los niveles del poder en un solo momento, y le da un paso más deliberado a la revisión constitucional. Incluso si una u otra institución señala el inicio de una nueva agenda constitucional, siempre habrá al menos una más controlada por los partidarios del viejo régimen. El *point-counterpoint* entre las ramas transformadoras y las conservadoras es lo que le da significado al combate electoral de hoy en día, ya que cada lado le pide a sus votantes sacar a sus rivales de las posiciones de poder el día de la elección.

Este sistema dinámico de *checks and balances* coloca la carga de la persuasión en los partidarios de la nueva visión constitucional: deben seguir ganando elecciones lo suficiente como para obtener el control de las tres ramas, para lograr un cambio constitucional en la forma de estatutos y superprecedentes claves²²³.

Puedo predecir que la separación de poderes será el mecanismo central para la transformación constitucional en el siglo que viene. Quizá algún acci-

²²² En un artículo reciente, los profesores Daryl Levinson y Richard Pildes enfatizan de manera correcta la necesidad de que la teoría constitucional reconozca la centralidad de los grupos políticos en nuestro sistema de gobierno. Correctamente argumentan que esto requiere una revisión de la separación de poderes: las ramas operan de muy distintas maneras dependiendo en si están todas controladas por el mismo grupo político. Ver: LEVINGSON, Daryl J. y Richard H. PILDES. "Separation of parties, not powers". *Harvard Law Review* 119. 2006. pp. 2311, 2332-2334, 2338-2347. Mis argumentos, en este punto, contribuyen con tres ideas a aquellos elaborados en su sobresaliente ensayo. Primero, enfatizo cómo el dinámico movimiento de un control dividido a un control único, puede ser acompañado por un debate sostenido sobre, y una decisión popular que resuelva, materias importantes de principio constitucional. Segundo, este proceso dinámico de debate y decisiones difiere significativamente dependiendo de la identidad de la rama(s) que apoya el surgimiento del movimiento-agenda y aquellos que lideran la resistencia. Tercero, mientras los profesores Levinson y Pildes enfatizan que los grupos políticos americanos han diferido históricamente en el grado de su coherencia ideológica, ver: *ibid.* pp. 2332-2338, ellos no ubican estas diferencias en la dinámica del surgimiento y caída de los movimientos populares, o en las relaciones cambiantes de los movimientos a los grupos políticos a través del tiempo. En un nivel más fundamental, mi énfasis es en la separación de poder a través del tiempo, mientras que los profesores Levinson y Pildes se concentran en la manera que operan, en un único espacio de tiempo. Una vista satisfactoria debería incorporar ambas perspectivas. Este ensayo innovador de los profesores Levinson y Pildes debería ser un punto esencial en los trabajos futuros.

²²³ Los profesores Jack Balkin y Sanford Levinson también enfatizan la importancia de obtener todas las tres ramas del gobierno –y mantenerlas por un periodo de tiempo– en su teoría de revolución doctrinal. Ver: BALKIN, Jack M., y Sanford LEVINSON. "Understanding the constitutional revolution". En: *Virginia Law Review*. 1045. 2001. pp. 1066-1083. No obstante, su trabajo no distingue entre los grupos políticos en los cuales los movimientos juegan un mayor rol, y grupos políticos que son controlados por la acción instrumental de políticos menos ideológicos. En consecuencia, su teoría de "*partisan entrenchment*" falla en reconocer la importancia decisiva de aquellos infrecuentes casos cuando las tres ramas del gobierno son dominadas por un solo movimiento.

dente histórico lo hará fallar; quizá esto forzará a los protagonistas a hacer un esfuerzo desesperado para mejorar la anticuada máquina centrada en el Estado del artículo V. Cualquier cosa es posible –sucedió durante la Reconstrucción Republicana en el siglo XIX, y sucedió durante la era progresiva–, pero escenarios similares parecen improbables bajo las condiciones del siglo XXI.

En contraste, la máquina de la separación de poderes se mantiene firme en la práctica actual. Y, como muestra la historia, puede funcionar de muchas formas diferentes. Es el trabajo del Derecho constitucional analizar estas variaciones con cuidado. Estos casos estudiados otorgan puntos de referencia cruciales para diagnosticar la dinámica de las batallas políticas del futuro que buscarán crear nuevas leyes en nombre del pueblo estadounidense, dejando así a los abogados decidir, de manera profesional, si es que y cuándo es que el movimiento ha logrado señalar la necesidad de que el resto de estadounidenses tome su agenda constitucional seriamente, y qué tan exitoso ha sido al ganar apoyo amplio y decisivo para sus iniciativas.

La historia no se repite, pero es todo lo que tenemos, y es una fuente preciosa de precedentes constitucionales que podemos, de acuerdo con lo establecido en el *Common Law*, aplicar a nuestro pasado reciente y futuro cambiante. Cualquiera que sean las variaciones sorprendentes que ocurran el siglo por venir, una cosa puede estar segura: finalmente, todos los movimientos pierden impulso, y esto lleva al final del sentimiento de empresa común que permite al Presidente, Congreso y Corte generar ciclos de estatutos clave y superprecedentes que sobreviven en las diferentes generaciones. Mientras que los estadounidenses ordinarios se alejan de la política, los diferentes partidos

ganarán el control de las diferentes ramas gubernamentales, cada una con visiones diferentes del futuro estadounidense, encontrando diferentes defensores en el Congreso, el Senado y la Presidencia. En este punto, la separación de poderes hace posible que la Corte Suprema recuerde los logros del pasado reciente y los integre a nuestro legado constitucional²²⁴.

Pero no hay nada inevitable acerca de este proceso. La Corte puede, en cambio, decidir trivializar el pasado reciente y mistificar la sabiduría ancestral: ninguna máquina puede realmente forzar a los jueces a actuar como los guardianes de nuestra memoria colectiva. Esta es una tarea que necesita de reflexión legal continua, debate profesional profundo y decisiones judiciales meditadas. Incluso si la profesión desarrolla un canon constitucionalmente adecuado, este logro no será suficiente para sostener a la República mientras enfrenta a las sorpresas y *shocks* del siglo XXI. Si el futuro se parece en algo al pasado, se necesitará de revisión y renovación constitucional, y será la labor de los estadounidenses ordinarios el darse cuenta de la diferencia entre el demagogo y el estadista, y movilizarse para situar al gobierno en un camino seguro.

No obstante, a pesar de todas sus limitaciones, la revisión profesional del canon va a mantener a nuestra conversación constitucional en el buen camino. Con la ayuda de los abogados estadounidenses, los ciudadanos tendrán presente constantemente que la soberanía popular no ha sufrido una misteriosa muerte en la modernidad, sino que el pueblo estadounidense se ha mantenido como una fuerza activa que se gobierna a sí misma.

Y eso, mis amigos, es el comienzo de la sabiduría.

Bruce Ackerman

²²⁴ Para encontrar un trabajo innovador que explora la dinámica de la política que controla el grado de independencia judicial dentro del sistema de separación de poderes, ver ESKRIDGE, William. "Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions". En: *Yale Law Journal* 101. 1991. p. 331; ESKRIDGE, William. "Reneging on history? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game". *California Law Review*, 79. p. 613.1991; y ESKRIDGE, William y John FERREJOHN. "The Article I, Section 7 Game". En: *Georgia Law Journal*. 1992. p. 523.

ZUZUNAGA & ASSERETO

ABOGADOS

Centro Empresarial Real, Av. Víctor Andrés Belaúnde 147, Vía Principal 140, Edificio Real 6, Piso 7, Lima, 27
T (511) 712-4317 F (511) 211-2526 www.zyaabogados.com estudio@zyaabogados.com

LA CONSTITUCIÓN ESTRATÉGICA. TOMANDO EN SERIO LAS CONSECUENCIAS*

Robert D. Cooter*
Miembro del Consejo Consultivo de THEMIS

Todo Estado de Derecho debe regirse por una Constitución. No obstante, muchas veces resulta complicado dilucidar cómo deben interpretarse las normas constitucionales, lo que deriva en que una misma norma pueda apreciarse de distintas formas.

Lo cierto es que una Constitución debe verse como una guía para incentivar conductas estratégicas que lleven a la satisfacción del interés público. Por ello, el autor nos explica, sobre la base de la economía y las ciencias políticas, cómo se pueden llegar a generar los incentivos correctos para obtener el bienestar de los ciudadanos y las autoridades públicas.

* El presente artículo es una traducción del primer capítulo del libro "The Strategic Constitution", escrito por el autor en 1999. La traducción fue realizada por Monica Nuñez, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, previa autorización del autor, a quien le agradecemos gentilmente su colaboración.

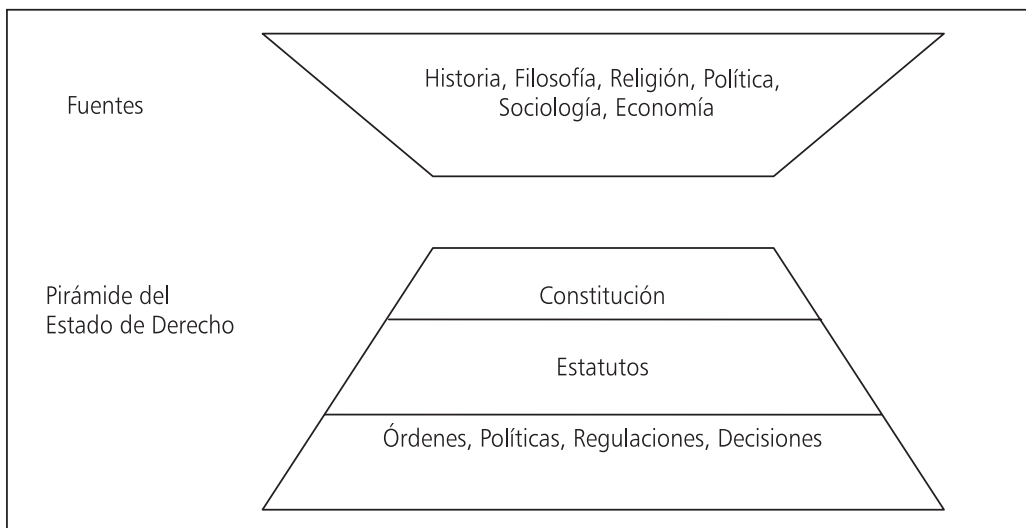
** Co-Director del Departamento de Análisis Económico del Derecho y profesor de Introducción al Derecho y Economía en la Universidad de Berkeley, California.

*"Nothing is clear-cut
around here except the forest."*

–Don Costello,
juez de la *tribal court*
en Oregon.

Así como el obispo es la mayor autoridad en una catedral, la Constitución es la norma de mayor jerarquía en un Estado¹. Debajo de ella rigen estatutos y, por debajo de estos, regulaciones, políticas, órdenes y decisiones, como se muestra en el Gráfico 1.

Gráfico 1: Pirámide del Estado de Derecho y sus fuentes



La Constitución es, en diversos aspectos, la primera norma del Estado. Primero, su carácter es más general que el de la mayoría de normas. Las constituciones establecen las potestades para los funcionarios públicos y reconocen derechos fundamentales a los ciudadanos; mientras que la legislación, en su mayoría, se dedica a regular comportamientos o a implementar políticas. En segundo lugar, la Constitución prevalece por sobre las otras normas siempre que exista contradicción entre ellas¹. En tercer lugar, la Constitución usualmente es más estricta que las otras normas con respecto a su modificación.

Las dos primeras características de las constituciones se relacionan con la tercera. La ley asume cada vez mayor generalidad y poder; por

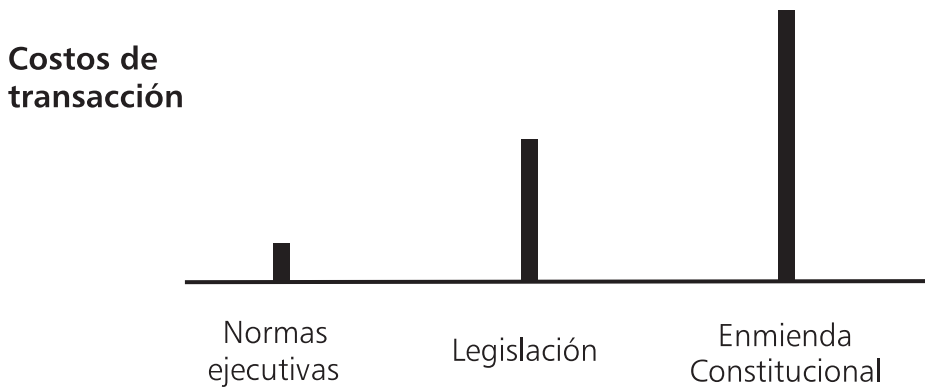
lo que los cambios en ella causan grandes disturbios. Para evitar dichos disturbios, las leyes generales deben modificarse con menor frecuencia que las especiales². Consecuentemente, modificar una Constitución, usualmente, requiere llevar a cabo procedimientos más complejos que los necesarios para modificar un estatuto o una regulación. El Gráfico 2 muestra las relaciones típicas entre la generalidad de las leyes y los costos de transacción en que se incurre para modificarlas.

Una encuesta bibliográfica reciente sobre teorías constitucionales comienza mencionando que "el problema con la norma constitucional es que nadie sabe qué califica como un argumento"³. Siendo la norma de mayor jerarquía, la Constitución es el inicio lógico del poder legal del

¹ Algunos académicos consideran que las normas internacionales se sobreponen a las constituciones nacionales.

² La necesidad de estabilidad constitucional, y la ausencia de ésta, dio lugar a este chiste en Rusia: "En 1992, un cliente entró en una librería y pidió una copia de la constitución rusa; a lo que el encargado respondió: Disculpe, no vendemos periódicos".

³ GERHARDT, Michael J. y ROWE, Thomas D. Jr. "Constitutional Theory: Arguments and Perspectives". Charlottesville, Virginia: Michie Company. 1993. p. 1.



Generalidad de la Norma

Estado. La norma nos muestra suficientes caminos, permitiéndonos elegir el adecuado. Sin embargo, por encima de la Constitución, la normatividad se acaba y los caminos se convierten en “un lugar donde los ojos del hombre nunca han estado”⁴ ¹.

Siendo de mayor jerarquía, la norma constitucional evoca los mejores esfuerzos de académicos y comentaristas políticos. Al ubicarse donde la ley no existe, los argumentos constitucionales se tornan sutiles y evasivos. La Historia, Filosofía, Religión, Política, Sociología y Economía se encuentran por encima de la Constitución, como nos muestra el Gráfico 1. Los académicos y políticos no logran ponerse de acuerdo acerca de cómo usar estas fuentes para crear e interpretar las constituciones.

A pesar de las discrepancias que puedan surgir, algunos argumentos deberían establecerse como vinculantes para todos. Las constituciones políticas tienen el poder de provocar sufrimiento a gran escala o tender el punto de partida para la libertad y prosperidad de una nación. Crear, modificar e interpretar la Constitución es un juego político con riesgos altos. Para ayudar a la gente a ganarlo, la teoría debería explicar las causas constitucionales de libertad y prosperidad. Al predecir las consecuencias de las leyes funda-

mentales, la teoría constitucional puede informar al público, guiar a los políticos y mejorar las decisiones jurisdiccionales. La facultad de predecir las consecuencias sobre el bienestar humano, así como una adecuada comprensión de la Constitución, debería constituir premisas para todos.

Actualmente, la teoría constitucional se preocupa, principalmente, de la Historia y Filosofía de los textos constitucionales. Quienes encuentran la fuente de la Constitución en la Historia, la interpretan en base a la comprensión que tenían de ella sus creadores; otros buscan su inspiración en el ámbito filosófico, moral o religioso. Este tipo de análisis esclarece los compromisos normativos constitucionales, así como la perspectiva de autonomía individual que inspira los derechos constitucionales.

Para quien toma en serio las consecuencias, los teóricos constitucionales se empeñan en buscar las palabras adecuadas y no las causas correctas. El significado de las palabras y la filosofía de los redactores no pueden predecir la respuesta que la población tendrá frente a la norma. La teoría constitucional necesita más modelos y menos significado. En el siglo XIX, en Boston, un ministro liberal escuchó, luego de su sermón, a un conservador feligrés opinar “*Beans in a bladder*.”

Robert D. Cooter

⁴ En: BEATLES, The. *Magical Mystery Tour*.

¹ Nota del traductor: En inglés, “*A place where the eyes of man have never set foot*”.

No food today for hungry souls". De la misma forma, los consecuencialistas¹¹ rechazan el banquete de la teoría constitucional para saciarse de especulaciones.

En lugar de analizar la historia o aclarar compromisos normativos, este artículo¹² asume un objetivo distinto. Algunas veces, al asumir un compromiso como la firma de un contrato, un individuo puede verse beneficiado en el aspecto social; el individuo se obliga de forma tal que no pueda verse beneficiado al incumplir el compromiso. Así, se pone en la situación en que el cumplimiento conlleva menos costos que la violación de los términos contratados. De manera similar, los ciudadanos pueden obtener ventajas cuando el Estado se compromete con una Constitución. Esto se logra cuando el Estado asigna instituciones de forma tal que cada facción política prevea las pérdidas que le acarrearán violar la Constitución. Como muestra el Gráfico 2, la Constitución suele representar los compromisos más fuertes de una sociedad.

Una vez establecida, la Constitución crea incentivos para hacer o dejar de hacer, tanto para las autoridades como para los ciudadanos. Mientras el conglomerado de políticas y particularidades históricas oscurece estos efectos de incentivo, intentaré sacarlos a la luz valiéndome de la economía y la ciencia política.

El Estado moderno posee muchos poderes monopólicos, incluyendo el poder de emitir leyes y cobrar impuestos⁵. En una democracia, las elecciones populares dirigen los poderes del Estado, sea de forma directa, a través de referendos, o indirecta, al elegir a quienes ocuparán cargos públicos. Así, la democracia es un sistema de competencia pública para dirigir los poderes monopólicos del Estado. El alcance y la extensión de la competencia política es lo que la distingue de otras formas de gobierno.

Las elecciones competitivas obligan a que el gobierno responda ante los ciudadanos de forma

similar a como los mercados competitivos deben responder ante sus consumidores. Considero que la competencia electoral es la mejor garantía para que el Estado brinde a sus ciudadanos las leyes y bienes políticos de su preferencia. Esta forma de pensar, junto con la definición de democracia como una competencia pública para dirigir los poderes monopólicos del Estado, nos lleva a concluir que la democracia es la forma de gobierno que mejor satisface las preferencias políticas de los ciudadanos.

A diferencia de ella, una burocracia que se auto-perpetúa (autocracia), una clase social dominante (aristocracia), una familia gobernante (monarquía), un individuo poderoso (dictadura), una casta religiosa (teocracia) o un partido de vanguardia (comunismo) se autoexcluiría de la competencia pública. El opuesto de la democracia, es cualquier forma de monopolio político. Los monopolios proveen a sus dueños de ganancias excepcionales a costas de terceros. Con la facilidad de guiar el poder bajo su dominio, el Estado es –potencialmente– el monopolio más lucrativo para quien pueda controlarlo, así como el más peligroso para todos los demás.

En general, el público se beneficia de organizar la competencia para controlar un monopolio (Demsetz, 1968). Las constituciones pueden organizar la competencia política de diferentes maneras, como nos muestran los contrastes entre Presidente y Primer Ministro, Estados federales y unitarios, parlamentos bicamerales y unicamerales, así como los modelos de democracia directa e indirecta. Encuestas de opinión muestran que los ciudadanos de diferentes países califican su sistema democrático en base a distintos criterios⁶. Este artículo trata las democracias alternativas, no las alternativas a la democracia; mientras asumo que la democracia es la forma de gobierno que mejor satisface los intereses de sus ciudadanos, muestro también que algunas formas organizacionales imperan sobre otras en circunstancias particulares. Este artículo predice las consecuencias de las formas de democracia alternativa para la satisfacción de sus ciudadanos.

¹¹ Nota del traductor: del inglés "*consequentialist*", que significa ser participe de la corriente del "*consequentialism*", la cual señala que el comportamiento de las personas deriva del valor moral que se tenga sobre sus consecuencias.

¹² Nota del traductor: la presente traducción es una adaptación del capítulo 1 del libro "*The Strategic Constitution*" de Robert D. Cooter, el cual ha sido adaptado para su publicación en artículo; por lo cual, toda referencia a la palabra "libro", ha sido traducida como "artículo".

⁵ "*A state is an organization with a comparative advantage in violence, extending over a geographic area whose boundaries are determined by its power to tax constituents.*" En: NORTH, Douglass. "*Structure and Change in Economic History*". New York: W.W. Norton. 1981. p. 21.

⁶ Como prueba de esta disconformidad, el 25% de las personas sometidas a una encuesta reciente en Ecuador expresó su preferencia por una dictadura antes que por la democracia. En: BUSCAGLIA, Edgardo y Analucia JARAMILLO VILLACIS. "*Report on A Survey of Attitudes in Ecuador Towards Democracy and the Justice System*". Texto expuesto en la Reunión Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía. Quito. 1998.

En la competencia política, los individuos deben anticiparse a cómo reaccionará el resto antes de tomar una decisión. Por este motivo, la competencia política requiere estrategias y la Economía provee modelos de predicción para comportamientos estratégicos. Este artículo analiza las constituciones democráticas basándose en modelos de comportamiento estratégico desarrollados para mercados, adaptándolos a la política. Utilizaré la teoría estratégica y la información disponible basándome en preguntas como las siguientes:

Ejemplo 1: Una Constitución puede proveer uno o más gobiernos electos. Por ejemplo, Japón optó por un gobierno unitario y Australia por el federalismo. ¿Cómo es que el número de gobiernos elegidos afecta los bienes públicos? ¿Cuál es el número óptimo de gobiernos elegidos?

Ejemplo 2: El Primer Ministro de Gran Bretaña puede solicitarle a los parlamentarios de su partido que emitan cierta norma; sin embargo, el Presidente de Estados Unidos, con el mismo propósito, deberá negociar con la Casa Blanca y con el Senado. ¿Esta diferencia explica por qué las cortes y los ministerios británicos son menos osados que las instituciones estadounidenses? ¿Qué grado de iniciativa judicial y administrativa es óptimo para los ciudadanos?

Ejemplo 3: Imaginemos que el propietario de un terreno solicita un permiso de construcción y la autoridad responsable condiciona el otorgamiento de éste a la cesión de una parcela para construir una vía pública. El propietario interpone una demanda, alegando que se trata de una apropiación inconstitucional. ¿Cómo influenciará la decisión de la corte sobre las negociaciones futuras entre constructores y los encargados de la planificación urbana? ¿Cuánto debe protegerse la propiedad privada para lograr proveer el óptimo de bienes públicos y privados?

Al responder tales preguntas, la ciencia social aspira a reemplazar las especulaciones con pruebas. A diferencia de una teoría constitucional basada en la Historia, Filosofía y el significado de los textos, las pruebas científicas requieren de información⁷. Sólo un número relativamente

reducido de científicos sociales hace investigación empírica acerca de las normas constitucionales; sin embargo, los temas legales cambian rápidamente. Cuando las teorías y los sucesos superan la información, las conclusiones que se pueden adoptar no se alejan mucho de los estándares de prueba deseables en las ciencias sociales.

Cuando los científicos sociales sacan conclusiones legales de información limitada, los abogados empiezan a sentirse incómodos; sin embargo, cuando los académicos del derecho sacan conclusiones sin necesidad alguna de información, estos mismos abogados se sienten realmente a gusto⁸. Es mejor cortar el pan con un cuchillo sin filo que con una cuchara perfecta. Sería preferible que quienes redactan las leyes llevaran a cabo un análisis empírico imperfecto antes que un perfecto análisis teórico. Al usar cualquier información disponible para predecir los efectos de la Constitución, no se podría ofrecer pruebas concluyentes, aunque podría probarse la calidad de un argumento.

El comportamiento estratégico presupone la racionalidad individual. A diferencia de los economistas, los psicólogos niegan frecuentemente que los individuos sean racionales, y los sociólogos, frecuentemente, rechazan la afirmación de que el grupo sea la suma de sus individuos. La metodología individualista y racional que este artículo utiliza es controversial. De esta manera, propongo evaluar al Estado sobre la base de la habilidad que posea para satisfacer las preferencias de sus ciudadanos. A diferencia de los economistas o los utilitaristas, muchos teóricos políticos niegan que esta satisfacción pueda servir de base para medir el valor de un Estado. A pesar de que el lector no estuviera de acuerdo con la positiva metodología de la racionalidad individual y el estándar normativo de satisfacción de preferencias, espero que pueda apreciar nuestro intento de aplicar las ideas aquí expuestas, en su expresión más pura, a la democracia constitucional.

En el tiempo de los barcos de vela, las tripulaciones que partieran en viajes largos contaban siempre con un carpintero, que muchas veces reparaba la cubierta cuando el barco aún se encontraba navegando. La mayoría de las tablas podía retirarse

⁷ Chistes sobre la información:

¿Cómo realiza un filósofo un estudio longitudinal? Se repite la misma pregunta al día siguiente.

Para un abogado, una anécdota constituye evidencia empírica; dos, información.

¿Cuál es el método empírico en el análisis económico del derecho? Torturar la información hasta que confese.

⁸ Chiste: ¿Cómo realiza un abogado un estudio longitudinal? Se repite la misma pregunta al día siguiente.

del amazón, una por una, tomando en cuenta que retirar muchas al mismo tiempo hubiera podido hundir el barco. Así como el carpintero del barco, los economistas pueden analizar las leyes que tienen a su alcance y sugerir mejoras. Este alcance hace más accesibles las normas, incluso las fundamentales como la Constitución. Eventualmente, el acercamiento económico podría llegar a contemplar nuevas estructuras legales completas. Este artículo efectúa un análisis constitucional, una cláusula a la vez, además de contemplar nuevas estructuras legales completas.

1. ORÍGENES

Muchas tradiciones intelectuales inspiraron el acercamiento estratégico a las constituciones. Primero, los teóricos políticos, autores de la doctrina contractualista, concibieron a la Constitución como una negociación entre intereses políticos, similar a la forma en que un negocio contractual implica la negociación de intereses económicos. En el marco del Gráfico 1, la elección contractual se llevaría a cabo por encima de la Constitución ("elección pre-constitucional"); generalmente los contractualistas parten de la no existencia de una Constitución para luego explicar cómo elegir una. Este tipo de argumento surge en el siglo XVIII, cuando las constituciones en Estados Unidos y Francia transformaron todo el orden político, para luego agonizar a inicios del siglo XX. Luego, Buchanan y Tullock reviven el contractualismo en 1964 con su clásico "The Calculus of Consent Logical Foundations of Constitutional Democracy"⁹, a lo que siguió John Rawls con "A Theory of Justice" en 1971 y Robert Nozick, que publicó "Anarchy, State and Utopia" en 1974.

La segunda doctrina que inspira este artículo es el Análisis Económico del Derecho. Schumpeter estableció la diferencia entre el análisis económico basado en teorías formales y el pensamiento económico en base a razonamientos informales¹⁰. Aplicado a la ley, el pensamiento económico es antiguo, mientras que el análisis económico es novedoso. Ronald Coase escribió un artículo en

1960 acerca de *nuisance law*^{IV} titulado "The Problem of Social Cost"; éste se considera, convencionalmente, como el inicio del Análisis Económico del Derecho. En 1970, el libro "The Costs of Accidents" de Guido Calabresi, expandió el análisis económico a la responsabilidad extracontractual; así como Richard Posner nos ofreció un vistazo panorámico con su "Economic Analysis of Law", publicado en 1972. Esta doctrina rápidamente se expandió a publicaciones en temas de contratos, propiedad, responsabilidad extracontractual, derecho regulatorio, corporativo y penal¹¹. El análisis económico de la norma constitucional es escaso, a pesar que han sido publicados unos cuantos libros y dos revistas especializadas.

Este artículo expone una tercera doctrina, conocida como la doctrina de "public choice" o "collective choice". "Public choice" se refiere al hecho que los gobiernos asignen los recursos a los bienes públicos, mientras que los mercados lo hagan en razón de los bienes privados. "Collective choice" se refiere al hecho que la democracia requiere que un grupo de gente tome decisiones por medio de la votación, mientras que un individuo puede decidir por sí mismo comprar dentífrico o frijoles de soya. Como referencia de un buen informe sobre *public choice* o *collective choice* aplicado a la norma constitucional, recomiendo Voigt, 1996.

La teoría del *collective choice* utiliza modelos económicos de comportamiento racional para explicar cómo funcionan las constituciones políticas, contemplando gobiernos representativos y la primacía de la mayoría. Chalet Arrow, en su libro "Social Choice and Individual Values", fue el pionero en la aplicación del análisis económico a los mecanismos de votación. Sen también desarrolló el mensaje de este libro en "Collective Choice and Social Welfare". Duncan Black sintetizó su pensamiento en "The Theory of Committees and Elections", desarrollado por Anthony Downs en "An Economic Theory of Democracy". Asimismo, William Ricker abordó una perspectiva diferente al centrar su análisis en

⁹ Son varias las obras de Buchanan que tratan sobre la lógica constitucional. Al respecto, ver: "The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan", de 1975; "The Domain of Constitutional Economics. Constitutional Political Economy", de 1990, y "Constitutional Economics", de 1991.

¹⁰ SCHUMPETER. "History of Economic Analysis". New York: Oxford University Press. 1986. pp. 38-39.

¹¹ Nota del traductor: *nuisance law* significa uso de propiedad de una manera que molesta al público.

¹¹ Para un vistazo general del análisis económico del derecho, ver: COOTER, Robert D. y ULEN, Tom. "Law and Economics". Segunda Edición. New York: Addison Wesley. 1996; y POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". Cuarta Edición. Boston: Little Brown. 1992. Para un estudio estadístico de su éxito e influencias, ver: LANDES, William. "The influence of Economics on Law: A Quantitative Study". En: Journal of Law & Economics 36. 1993.

las coaliciones entre partidos, desarrollado en su libro "The Theory of Political Coalitions". Por otro lado, Mancur Olson analizó la influencia del dinero en la política como un problema *free-rider* en "The Logic of Collective Action". También Dennis Mueller resumió estas variadas tradiciones en "Public Choice" y las relacionó con la norma constitucional en "Constitutional Public Choice"; de esta misma manera, Farber y Frickey desarrollaron esta doctrina en "Law and Public Choice" en 1991. Recientemente, Mashaw contribuyó con su reflexivo "Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law".

Los científicos estadounidenses adoptaron una manera distinta para describir la manera en que aplicaban sus modelos económicos a la política. John Ferejohn, Matthew McCubbins, Ken Shepsle y Barry Weingast (entre otros) se refieren a sí mismos como "teóricos políticos positivos" (*positive political theorists*). Esta denominación denota la diferencia entre la tarea de explicar positivamente cómo funciona realmente la política y la tarea normativa de filosofar sobre cómo debería funcionar ésta; así, los teóricos políticos se distinguen de los filósofos que tradicionalmente estuvieron a cargo de la teoría política en las universidades norteamericanas. Los teóricos políticos positivos se han valido de la teoría de juegos en su intento por explicar algunas instituciones políticas específicas que pocos economistas logran entender. Shepsle y Bonchek nos ofrecen un vistazo de la teoría de la política positiva en "Analyzing Politics: Rationality, Behavior, and Institutions", de 1997.

Tras abordar varios de estos acercamientos al análisis económico de la política, citamos en cuarto lugar, como influyente en este artículo, a la doctrina del análisis económico comparativo del derecho. En Berkeley, Berlin y Bombay, la microeconomía es la misma pero las leyes son distintas. Como dijo Hein Koetz, "los principios económicos no pierden su poder persuasivo frente a las fronteras de las naciones"¹². La teoría económica tiene la ventaja de poder analizar distintos sistemas legales en un lenguaje que es común a todos ellos. La mayoría de exponentes

del análisis económico del derecho recurre, inevitablemente, a métodos comparativos en el transcurso de su investigación¹³; actualmente, existe un cuerpo de investigación comparativa para varias áreas del derecho¹⁴, entre ellas: el análisis económico comparativo del Derecho Constitucional (Schmidtchen y Cooter, 1997).

Dado que la investigación estadística del derecho constitucional es tan limitada, usualmente recorro a observaciones como evidencia. Observar constituciones de distintos países provee una mejor fuente de evidencia que analizar a un solo país. Por esta misma razón, coincido con Bruce Ackerman, invitando a remediar el subdesarrollo del análisis comparativo del derecho constitucional (Ackerman, 1997).

2. TÉCNICAS

De acuerdo con la definición convencional, la Ley es entendida como una obligación cuyo incumplimiento conlleva una sanción. Quienes tienen a su cargo la promulgación de las leyes suelen preguntarse cómo responderá la gente ante la modificación de una obligación o sanción. Para este propósito, podrán preguntarse si la Constitución requiriera que el Estado otorgue una compensación a los propietarios de la tierra utilizada para proyectos públicos, ¿aumentaría la inversión privada en bienes inmuebles? Hasta antes de 1960, los abogados solían contestar a preguntas de este tipo de casi la misma manera que lo hacían en el año 60 antes de Cristo: en base a su intuición y los datos disponibles. Pasada esta década, la teoría de precios, matemáticamente precisa y confirmada econométricamente, colaboró con brindarnos respuestas más precisas y confiables.

Esta teoría era aplicada al Derecho interpretando las sanciones legales como precios. Sin embargo, gran cantidad de poderes y derechos constitucionales no conllevan sanciones establecidas explícitamente en caso de su violación o incumplimiento. Por ejemplo, una Constitución puede establecer normas, sin especificar las sanciones que derivarían de su incumplimiento. Asimismo,

¹² KOETZ, Hein. "Unfair Terms in Consumer Contracts: Recent Developments in Europe from a Comparative and Economic Perspective". Xerox. 1997. p. 10.

¹³ Por ejemplo, pueden revisarse los textos de la Reunión Anual de la Asociación Europea de Derecho y Economía, publicados cada año en el mes de diciembre en el International Review of Law and Economics.

¹⁴ Para corporaciones y finanzas, ver: Buxbaum y otros. 1991. Para derecho administrativo, ver: Rose-Ackerman. 1994. Para propiedad, ver: Hansmann y Mattei. 1994. Para contratos, ver: Koetz, 1997. En general, ver: Mattei. 1996. Para naciones en desarrollo, Ver: Bruno y Pleskovic. 1997; Buscaglia, Ratner, y Cooter. 1997.

una Constitución puede garantizar la libertad de religión sin especificar cómo proteger el ejercicio de este derecho. Incluso cuando carecen de sanciones explícitas, las constituciones crean incentivos susceptibles al análisis económico.

Para encontrar la razón, podemos utilizar una analogía en el juego Monopolio. Éste especifica precios y reglas, pero no sanciones por romperlas (por ejemplo, avanzar siete casilleros cuando el dado nos indicó avanzar seis). Incluso sin sanciones explícitas, las reglas fundamentales construyen la manera de jugar. De la misma manera, una constitución democrática provee el marco de normas que nos muestra cómo competir en el juego de la política. Una Constitución efectiva crea y limita los canales que orientan la competencia política.

En el caso de los juegos interactivos, los jugadores crean sus estrategias anticipándose a las estrategias que sus competidores puedan adoptar. Como ejemplo, un jugador de fútbol americano puede optar por correr hacia el lado izquierdo del campo, sirviendo como señuelo para despistar al rival mientras el jugador que lleva el balón corre hacia el lado derecho. Al contrario, en un intento por despistar a la montaña, un alpinista jamás emprendería la subida para el lado opuesto de su equipo. El fútbol es estratégico; el alpinismo, no. Los mercados competitivos tienen demasiadas transacciones para que un solo individuo pueda influenciar el precio; por esto, la teoría de precios suele asumir que en el mercado los actores se comportan de manera no estratégica. En contraste, la teoría de juegos analiza el comportamiento estratégico, aquel que usualmente implica un pequeño número de competidores¹⁵.

Este artículo adapta la teoría de precios al análisis de problemas del Derecho constitucional que implican comportamientos estratégicos. Por ejemplo, algunos ciudadanos deciden cómo votar en las elecciones generales según los méritos de los candidatos, con poca preocupación de cómo otros ciudadanos votarían. Sin embargo, el Derecho y la Política, usualmente, involucran un pequeño número de actores que actúan estratégicamente. Para ilustrarlo, los litigantes y los can-

didatos electorales forman estrategias para anticipar las actuaciones de sus oponentes.

A inicios del análisis económico del derecho, los teóricos aprendieron a simplificar los juegos interpretando las estrategias como "costos de transacción" de la interacción interpersonal¹⁶. Desde esta perspectiva, la necesidad de establecer o elegir una estrategia genera un alza sobre el precio de ejecutar una actividad. Analizar la estrategia, de la misma forma como se hace con los precios, simplifica dramáticamente el análisis, siendo de gran ayuda para analizar el inicio del problema (los lectores familiarizados con el Teorema de Coase, entendido como un permiso para posponer el análisis estratégico, recordarán cuánto contribuyó éste a simplificar el análisis económico del derecho de propiedad y las reglas de responsabilidad extracontractual¹⁷). Finalmente, a pesar que el comportamiento estratégico no cause mayor efecto sobre el precio del dentífrico, los frijoles de soya o cualquier otro bien que se ofrezca en un mercado competitivo, los consumidores de estos bienes suelen relacionarse con los precios como si éstos estuvieran fuera de su control; mientras que los políticos buscan anticiparse a las reacciones de sus opositores. Una explicación completa de la interacción entre grupos reducidos de competidores, como litigantes y políticos, debe intentar presentar un modelo de su elección de estrategias. En lugar de aplicar la teoría de precios y considerar a la estrategia como un costo, un análisis más satisfactorio requiere de la teoría de los juegos.

3. VALORES

Muchas predicciones de mi artículo son neutrales con relación a los valores políticos. En este sentido, la Ley de Duverger explica que en el caso de elecciones de tipo "el ganador se lleva todo", un parlamento bajo el sistema de mayoría de votos, tenderá a segmentarse en dos grupos que compiten por dos resultados diferentes. Esta predicción no intenta afirmar que sea mejor tener dos competidores o un grupo de ellos. Los políticos, administradores, jueces y electores muchas veces intentan predecir los efectos que una ley tendrá sobre los "policy values". Por "policy

¹⁵ En general, ver: Baird, Gertner y Picker. 1994, y Rasmusen. 1994. Nótese que organizar a un gran número de personas en jerarquías con pocos líderes puede resultar una conducta estratégica; así como un general hostil lleva grandes tropas a la guerra.

¹⁶ La técnica de considerar a las conductas estratégicas como un costo, fue desarrollada por el Teorema de Coase, el cual afirma: las negociaciones exitosas se deben a que los costos de transacción son bajos. Ver: Coase. 1960, y Cooter. 1982.

¹⁷ Ver: Ibidem.

values” me refiero a los valores comúnmente reflejados en nuestra política pública. Por “*policy science*” me refiero al íntegro de predicciones confiables acerca de la política de valores. Los debates sobre la política pública suelen apoyarse en predicciones dudosas o falsas; el “*policy science*” mejora la calidad de los debates públicos, ya que contribuye con predicciones confiables acerca de la política de valores.

Los economistas son expertos en dos tipos de “*policy values*”: eficiencia y distribución. Más que cualquier otro científico social, un economista entiende cómo las leyes pueden influenciar sobre la eficiencia y distribución de la riqueza en distintos grupos de personas. Por ejemplo, los economistas de la Inglaterra del siglo XIX contribuyeron con un debate político al predecir los efectos que conllevaría el rechazo a las “Leyes del Maíz” (que fijaban tarifas sobre el trigo importado). Las predicciones toman como base la riqueza nacional y la distribución de la riqueza en las distintas clases sociales¹⁸; si una “*policy science*” es aquella que predice las consecuencias de una política de valores públicos, la Economía es la “*policy science*” especializada en la eficiencia y distribución.

A pesar de ello, estos dos valores obedecen a distintos fundamentos políticos. Todos estamos de acuerdo con que es preferible perseguir los bienes de manera eficiente que hacerlo de manera ineficiente. Nadie es capaz de defender públicamente el derroche de dinero. Contrario a esto, partidarios de distintas corrientes políticas discutirían sobre su forma de entender la distribución. Hay quienes están de acuerdo con que el Estado redistribuya los bienes en pos de la equidad y quienes rechazarán tajantemente la redistribución de los ingresos. Algunos economistas toman parte en este debate, ya sea defendiendo la igualdad o protestando en contra de la redistribución; algunos otros abogarán por la neutralidad, optando por predecir los efectos de las diferentes políticas distributivas, sin asumir ninguna de las posturas (“parametrización”). Más aún, algún grupo de economistas evitará la discusión afirmando que la eficiencia es el único valor

que le corresponde tratar a la Economía como ciencia¹⁹.

Siguiendo una antigua tradición económica²⁰, las democracias modernas imponen tributos progresivos a toda la población y transfieren los aportes a los ciudadanos más pobres. Muchas constituciones democráticas buscan imponer límites a la redistribución valiéndose de la protección de la propiedad, pero, al mismo tiempo, otras constituciones democráticas incorporan disposiciones a favor del bien público en sus textos, estableciéndose metas con relación a éste. Como muestra, las constituciones de Sudáfrica y algunos países post-comunistas contemplan “derechos positivos” como el de vivienda, pensión y educación. Por otro lado, los estados de bienestar, generalmente, persiguen estas metas por medio de la legislación, no de sus constituciones. En lugar de establecer derechos cuya protección corresponda a las cortes y juzgados, los valores constitucionalmente contemplados fijan metas y aspiraciones. En mi libro comento acerca del papel de la distribución cuando la Constitución contiene preceptos que, claramente, afectarán la igualdad económica o la pobreza.

La libertad de elección es otro valor constitucional importante que se encuentra relacionado con la teoría económica. Cada persona conoce sus propios deseos mejor que los demás; consecuentemente, los individuos pueden satisfacer mejor sus necesidades cuando se les otorga libertad de elección. Por ello, una Constitución que busca satisfacer las preferencias de los individuos debe garantizar la libertad de estos. Para los ciudadanos, libertad significa limitar los poderes del gobierno, lo que podría interferir con ambiciones políticas. Cuando ley y ambición entran en conflicto, puede que la ambición destruya a la ley. Un ejemplo de esto es España, que sufrió 43 golpes de Estado entre 1814 y 1923²¹. Una de las peores posibilidades políticas ocurre cuando los funcionarios públicos abandonan la ley y se convierten en tiranos; otra, cuando la rivalidad entre facciones políticas degenera en violencia, como sucedió en los

¹⁸ Pueden encontrarse obras clásicas sobre tarifas y tributos en: Musgrave y Peacock, 1967.

¹⁹ La más influyente versión del positivismo económico, que refleja *policy values* de la ciencia, con la posible excepción que constituye la eficiencia, puede encontrarse en: ROBBINS, Lionel. “An Essay on the Nature and Significance of Economic Science”. London: McMillan. 1932; FRIEDMAN, Milton. “An Essay in Positive Economics”. Chicago: University of Chicago Press. 1953.

²⁰ Pigou, 1929 #4936. Es clásico de la tradición económica la idea de que el Estado debería dirigir la distribución del ingreso, de forma tal que logre aliviar la pobreza e incrementar la igualdad. Un ejemplo moderno de ello puede hallarse en: DREZE, Jean y Armatya SEN. “Hunger and Public Action”. Oxford y New York: Clarendon Press y Oxford University Press. 1989.

²¹ “A Survey of Spain”. En: The Economist. 25 de abril de 1992. p. 3.

tiempos de la independencia de India o con Ruanda en los años noventa.

La primera meta de una Constitución es establecer el imperio de la ley y proteger la libertad de sus ciudadanos. La teoría de juegos provee una articulación útil de este objetivo. Un jugador que hace uso de la estrategia *minimax* en un juego, minimiza el máximo daño que pueda sufrir²². La "Constitución *minimax*"²³, por acuñar un término, minimiza el daño cuando ocurren las peores posibilidades políticas. Esta Constitución persigue las metas clásicas de seguridad, legalidad y libertad.

Luego de proveerlas, la Constitución podrá preocuparse de la prosperidad de sus ciudadanos. Para brindarla, ella debe sentar el marco ideal para asignar recursos, tanto privados cuanto públicos, de manera eficiente. El marco legal incluye mercados competitivos para bienes privados y políticas competitivas para bienes públicos.

La justicia es, tal vez, el valor que más se discute en la teoría política. La democracia sienta un marco que permite a los ciudadanos crear distintas concepciones de justicia. Los académicos intentan influenciar la política afirmando por qué una concepción de justicia es mejor o peor que otra. Esta forma de pensar, que admiro²⁴, es normativa y crítica. Mi propósito en este artículo es distinto a ella. Mi intención es explicar cómo, a través de la Constitución, puede organizarse la competencia política para brindar a los ciudadanos las leyes y bienes públicos que necesitan.

Ahora centraré mi análisis en los valores individuales, no en los políticos. La política atrae personas de gran ego cuyas ambiciones ponen en peligro al gobierno. Como David Hume escribió: "*In constraining any system of government, and fixing the several checks and controls of the constitution, each man ought to be supposed a knave, and to have no other end, in all his actions, than private interest*"²⁵. De la misma manera, los economistas suelen asumir

que los individuos persiguen sus propios intereses, en materia de riqueza y poder.

Algunos modelos, presentados en este artículo, asumen que el interés propio motiva exclusivamente a las personas. Los hechos justifican esta premisa en los casos en que la competencia política filtra a sus protagonistas en razón de sus ansias de poder; aquellos candidatos que sacrifican o reducen su lucha por el poder, en razón de la moral, suelen perder las elecciones.

En sentido opuesto, los hechos pueden demostrar la falsedad de esta presunción en casos en que la competencia política filtra a sus candidatos sobre la base de sus virtudes; así lo esperaron algunos de los fundadores de los Estados Unidos al visionar cómo los votantes elegían una "aristocracia natural". Incluso, aquellos individuos que se encuentran fuera del orden político y no enfrentan la presión electoral, logran influenciar la democracia en el gobierno. Es el caso de un ciudadano que vota en secreto o de un juez independiente que decide que un caso debe responder a su conciencia y no a la competencia. Un buen modelo de votación por los ciudadanos o de atribución de los propios jueces debería permitir la coexistencia de valores individuales distintos de la riqueza y el poder, incluyendo la libertad de expresión.

La mayoría de los modelos electorales competitivos tienen como base el desacuerdo. La fuente de éste, que puede ser interés propio o definiciones enfrentadas de interés público, no hace ninguna diferencia entre dichos modelos. Normalmente opto por asumir que las personas se encuentran en desacuerdo en lo relativo a *public choices*, sin especificar cuál es la fuente de este debate; este acercamiento no necesita una teoría de valores individuales. A manera de ejemplo, en determinadas condiciones la mayoría tenderá a distribuirse en el centro de las preferencias políticas. Esta tendencia opera independientemente de la razón por la que los ciudadanos no logran ponerse de acuerdo.

²² En un juego de suma cero, minimizar el máximo daño equivale a maximizar el *payoff* mínimo. Así, la Constitución *minimax* también podría describirse como la Constitución *maximin*.

²³ Esta frase también la utilicé en: COOTER, Robert. "The Minimax Constitution As Democracy". *International Review of Law and Economics* 12. 1992.

²⁴ En especial, aprecio el esfuerzo de Rawls por generar una teoría de la justicia a partir de la ética kantiana, así como su objetivo de plasmarlo en las áreas de Justicia y Política. Ver: RAWLS, John. "A Theory of Justice". Cambridge: Harvard University Press. 1971.

²⁵ HUME, David. "Essays - Moral, Political and Literary". Editorial E. F. Miller, Liberty Classics. Indianapolis: Liberty Fund. 1987 (1777). p. 42.

LA “AUTONOMÍA PROCESAL” Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: APUNTES SOBRE UNA RELACIÓN INVENTADA

Juan Monroy Gálvez* **
Miembro del Consejo Consultivo de THEMIS

En el presente artículo, el autor critica que el Tribunal Constitucional se haya irrogado la potestad de variar las cuestiones procesales en un proceso en el que se discuten temas de carácter constitucional, a través de lo que el propio Tribunal denomina su “Autonomía Procesal”.

Así, tras un recorrido por el origen histórico de esta figura, el autor demuestra el error en que el Tribunal Constitucional peruano ha incurrido al trasladar una figura alemana, muy criticada en su propio país, al nuestro.

* Este trabajo pertenece a uno más extenso pendiente de publicar y que tiene como título: “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”.

** Socio del Estudio Monroy Abogados.

“Nuestras vacilaciones llevan la huella de nuestra honradez; nuestras certidumbres la de nuestra impostura. La deshonestidad de un pensador se reconoce en la suma de ideas precisas que tiene”.
Ciorán. Silogismos de la amargura, 34.

LA FALACIA DE PETICIÓN DE PRINCIPIO DE UN TRIBUNAL QUE TODO LO PUEDE

Una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por otro lado, una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida del argumento, precisamente aquello que se ha de demostrar. Todo esto viene a cuento a propósito de una actuación tendencial del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el “TC”).

Si el lector realiza una microinvestigación de campo con una muestra –una selección aleatoria– de veinte sentencias del TC, en no menos de dieciocho encontrará un fundamento que, con variantes expresivas, es notable por su persistencia: “como ya lo ha dicho este colegiado”. El tema, aunque lo parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo, pues se presenta, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria parece indispensable¹.

Esta curiosa “técnica argumental” se ha convertido en superlativa desde que el TC, como lo vamos a demostrar a continuación, ha elevado sus fundamentos jurídicos a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas inexorablemente), cuya simple reminiscencia (“como ya lo ha dicho este colegiado”) hace inútil

cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: el oráculo ha hablado.

Como resulta evidente, detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También se encuentra la presencia de un instituto llamado “autonomía procesal”, cuyo origen, estructura y funciones resulta indispensable develar a fin de evitar que continúen los desvaríos.

APUNTES BREVES SOBRE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”

En los libros recientes de derecho comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable, entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras como límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la enseñanza de Cappelletti en el sentido que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el derecho comparado ha consistido en que, si alguna vez el derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo los encuentra buscando fórmulas que los integren más allá de las nacionalidades². Este es el caso de la Unión Europea, que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, pero que fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros Estados, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que inclusive determina que se vean afectadas las decisiones tanto de sus tribunales ordinarios

¹ La sentencia recaída en el Expediente 006-2006-PC/TC es, en este extremo, paradigmática. Hay quince (15) autocitas (“como ya lo ha dicho este colegiado”; “Tal como lo ha establecido este colegiado”; “Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado”; “tal como se ha señalado anteriormente”; etcétera). Tratándose de una sentencia de treinta y tres (33) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la “técnica” suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

² “Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria –la matriz de la que en seguida hablaremos– están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípeta* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado ‘derecho procesal europeo’”. CAPPELLETTI, Mauro. “El proceso civil en el Derecho Comparado”. Buenos Aires: EJE. 1973. p. 11.

como constitucionales. Hay que contar con este hecho para realizar un análisis de lo que nos puede estar pasando. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que tal hecho pueda significar y producir.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino que también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, produciéndose una integración en los sistemas jurídicos nacionales que, sin duda, debe reconocerse provechosa. Y, en esta materia, la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen, sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia³.

La profesora Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, "TCF"), una interna (*innere Geschäftsordnung*) y otra externa (*ausserer Geschäftsordnung*). Como es evidente, una regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a realizar actividad jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser identificada con la posibilidad de que el TCF realice actos que van más allá de lo puramente reglamentario "entrando de lleno en el proceso en sentido estricto"⁴. Esta actividad, que realiza el TCF por medio de sus fallos y que importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene la

característica de ser "cuasilegislativa" y recibe el nombre de *Verfahrensautonomie*. Ésta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de "Autonomía procesal" (en adelante, "AP"), y a continuación describiremos sus rasgos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional.

Se afirma que el origen de la "AP" reside en que la ley reguladora de las funciones del TCF (en adelante, "LTCF") es intencionalmente incompleta y que, por otro lado, dado el origen reciente y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales –que se comportan tanto como órganos jurisdiccionales siendo órganos constitucionales, como órganos políticos atendiendo a lo que expresan en sus decisiones–, resulta moneda común que para cumplir sus fines se constate que los métodos de integración tradicionales no sean suficientes para que puedan cubrir los vacíos o lagunas. Conviene ratificar que las reglas procesales son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan como consecuencia de un vacío o laguna que, entonces, es cubierto jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas, expresadas en un caso concreto, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Explica también la autora citada que, según otra concepción, la "AP" o "configuración jurisdiccional autónoma del proceso" se presenta, sea producto de una delegación especial de la ley o como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso. En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LCTF

³ "Le frontiere fra gli stati, che all'inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l'incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d'oltre frontiera che gli statati sono risultati incapaci di impedire.
(...)

Il confronto fra gli assetti organizzativi derivanti dagli ordinamenti giuridici dei singoli stati è divenuto così un tema di riflessioni quotidiana per chiunque e profondi movimenti politici o economici si sono sviluppati in modo spontaneo, al di là di decisioni degli organi costituzionali degli stati, che in taluni casi ne sono stati anzi travolti.
(...)

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno assunto così un'importanza crescente gli organi giurisdizionali –ed in particolare i giudici costituzionali e internazionali– ed anche altri soggetti indipendenti rispetto alle autorità statali che esprimono il nucleo centrale del potere politico.
(...)

Per effetto di questi fattori evolutivi, la funzione del diritto comparato ha cessato di essere una funzione di ordine esclusivamente culturale e si sono manifestate situazioni –ben più frequenti ed importanti di quelle regolate dal diritto internazionale privato– nelle quali norme vigenti in altri paesi, proprie di tradizioni culturali di altri paesi (o comuni ad altri paesi), sono venute ad esercitare, nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto positivo, un ruolo che all'inizio di questa vicenda sarebbe stato per esse impensabile." PIZZORUSSO, Alessandro. "Comparazione Giuridica e Sistema delle Fonti del Diritto". Torino: G. Giappichelli Editore. 2005. pp. 29-30.

⁴ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. "La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional". Madrid. Thomson-Civitas. 2003. p. 17.

que permite al TCF hacer más eficaz la ejecución de sus decisiones⁵. En el segundo, se dice que puede ser explicado a través de una máxima procesal, la *Offizialmaxime*, surgida de decisiones del TCF; es decir, producto de la "AP" y que, en consecuencia, importa el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento.

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando "AP", ésta no debe ser confundida con una integración de la costumbre *praeter legem*, en tanto ésta importaría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la práctica comúnmente generalizada sea fuente de derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en el párrafo anterior, no se trata de una integración sea porque hay "delegación", sea porque se actúa sobre una situación regulada; en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

Hasta aquí la descripción sobre lo que, a veces contradictoriamente, se entiende por "AP". A continuación las críticas más destacadas que ésta recibe de la misma doctrina alemana:

- Un cuestionamiento muy importante se refiere a la concesión hecha por el legislador reduciendo intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la "AP". La objeción obvia es que si hay concesión, entonces no hay autonomía, sino la recepción de una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional, tanto que, sin

una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canaris y en la doctrina mayoritaria, que la laguna es un "vacío inconsciente" (*planwidrige Unvollständigkeit*).

- Ésta debe ser la razón por la cual un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no sea partidario de la "AP", en tanto considera que lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del derecho procesal constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que se hace de las técnicas de interpretación y su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una "autonomía procesal" en los términos aquí expuestos⁶.

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por esta autonomía del Derecho procesal constitucional que afirma el profesor Häberle. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora de la ciencia del proceso y también en la científica propiamente dicha. Y aunque sólo fuese por esa tradición, debería haber intuido que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la Teoría del Proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional, ni tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su base teórica.

⁵ "Artículo 35. El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución".

⁶ "En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: 'Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado' y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como 'ley de pluralismo y participación': los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de 'información a través del pluralismo'. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al 'asunto del Derecho procesal constitucional', sin que ello vaya en desmedro de los 'principios' y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique 'tendencias de ablandamiento'. Lo mismo vale para la interpretación integral 'procesal interna' de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental". HÄBERLE, Peter. "Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar". Lima. Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional. 2004. pp. 49-50.

- Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente a la "AP" proviene de Schlaich, quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia entre los métodos convencionales de integración y la "AP". En opinión de Schlaich, lo que hay es una "libertad de decisión discrecional" que es consecuencia de que el TCF cuente con una ley conscientemente incompleta (se refiere a la LTCF). Finalmente, este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con "AP", sino que más bien lo que hace es "configurar libremente, en un amplio margen, su proceso". Y, como colofón, conviene citar a la profesora Rodríguez-Patrón sobre un tema que –comentando la posición de Schlaich– va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la "AP" en sede nacional: "Considera desafortunada la expresión Herr seiner Verfahren que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas –opina–, son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la 'autonomía procesal' del TCF, en sentido parecido, E. Klein"⁷.

- Hay una crítica que es muy sólida y didáctica para efectos de comprender el relativo suceso que ha tenido la "AP" que, además, constituye una razón fundamental para que su uso no sólo no haya fructificado, sino que deba ser apreciado con extremo cuidado. Existe un principio de legalidad procesal que no sólo tiene la calidad de derecho fundamental, sino que se expresa, también, en forma distinta en otros tantos derechos fundamentales. En efecto, sobre las normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera como se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, entre otros.

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones, las cuales van a ser empleadas como normas en

procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas "normas" a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (¿se aplican a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales; sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales.

- Una objeción mayor, que se puede tornar insalvable, tiene que ver con el hecho que el acto de legislar en materia procesal es, sin duda, una decisión política, lo que implica que aquello que hemos dado en llamar "AP" está afectando la teoría de la división de poderes desde que viene siendo realizada por un órgano jurisdiccional; aunque sea necesario reconocer, a su vez, que el rasgo peculiar de las decisiones del TCF consiste en que en muchos casos tienen un definido contenido político y social.

- En cualquier caso, recobra vigencia la preocupación de siempre: la prueba definitiva sobre cuándo se afectan los límites de un Estado democrático de derecho está en el hecho que no debe existir órgano que ejercite poder y que no tenga control. Es necesario, por su trascendencia, relevancia y permanente aumento del número los derechos fundamentales a ser protegidos –hubiera sido impensable hace cincuenta años afirmar que asegurar la calidad del aire es un derecho fundamental–, permitir que los tribunales constitucionales puedan actuar en situaciones en donde la norma procesal no provee alternativas. Sin embargo, es necesario recordar que cuando esa situación se presente, la seguridad jurídica exige que esa regla inspiradora nacida de un contexto de oportunidad se convierta posteriormente en un enunciado normativo conforme al procedimiento legislativo vigente.

⁷ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 35.

Lo que sigue es una apreciación personal sobre el tema de la "AP". Sobre la base de la información brindada por la profesora Rodríguez-Patrón, no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensaautonomie* como "Autonomía procesal". Sin afirmar que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El proceso, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico.

Entonces, cuando al iniciar sus estudios la profesora Rodríguez-Patrón empezó a encontrar una identificación en el uso de los conceptos *ausserer Geschäftsordnung* (Reglamento externo del TCF) y *Verfahrensaautonomie* (Autonomía procedimental), debió intuir que lo que el TCF estaba haciendo es expandir su facultad reglamentaria externa a ámbitos ligados a aspectos procedimentales (externos, puntuales, precisos) del proceso. Y parece que ese era el sentido, en tanto la expresión *Verfahrensaautonomie* –salvo que información doctrinal desarrollada y definida diga lo contrario– no es otra cosa que Autonomía procedimental. Si la traducción, además de ser literal, se hubiese compadecido de las categorías usadas en teoría del proceso, el enredo y su pernicioso importación (como se verá luego) hubieran sido mínimos.

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos en donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del TCF podría ser calificada como *Prozessaautonomie*, esto es, Autonomía procesal. Nos referimos a aquellos casos excep-

cionales en donde se modifica el objeto del proceso, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan, sino que además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiese sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcitan las ideas foráneas, como lo apreciaremos a continuación.

Finalmente, es bueno recordar, con la ayuda de la profesora Rodríguez-Patrón, que la actuación del Tribunal Constitucional español en materia de "AP" está directamente ligada a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una situación que va a ser ilustrativa para cuando apreciemos la original incorporación de la "AP" en el Perú.

Hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: "Aunque no ignoramos que –según lo expuesto– la expresión 'autonomía procesal' puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta –sin duda– gráfico"⁸.

LA "AUTONOMÍA PROCESAL" EN SEDE NACIONAL

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional "Héctor Fix Zamudio". En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés por –e incluso enseñan– los estudios procesales. Allí el doctor Mijail Mendoza –asesor del Tribunal Constitucional– presentó una ponencia que intituló: LA AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Tratándose de un trabajo de reciente data (sólo lo separa un mes de la publicación de la sentencia comentada) y realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la "AP". Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la "AP",

sino que resulta evidente que ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se han alterado los cimientos del ordenamiento jurídico peruano, aunque es bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que se ha producido.

Ni en su país de origen, ni tampoco en España, desde donde se nutren de información los asesores del TC, la "AP" ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación.

Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC saben que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre una ciencia jurídica: la procesal. Analicemos el trabajo.

- El autor define la autonomía procesal constitucional (en adelante APC, porque para el profesor Mendoza es sin comillas) como un principio que "establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales" (p.1). Sin embargo, más adelante el autor varía su definición sustancialmente y afirma: "la autonomía procesal constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional" (p.5).

Si el autor se quedara con la primera definición, ésta sería 'el parto de los montes', es decir, mucho ruido para nada. Si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con las normas del ordenamiento jurídico? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la "AP" se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes. Nótese que ya ni siquiera nos referimos a las técnicas de interpretación, en tanto el presupuesto de la "AP", no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada.

Si el autor se quedara con la segunda definición, significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto que por medio de sus decisiones, o fundamentos de decisiones –por potestad no explicada pero sobreentendida–, a crear derecho procesal constitucional; ni siquiera normas procesales específicas, sino iderecho procesal constitucional! Ahora, no deja de ser misteriosa la segunda definición, en tanto no dice

en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho el profesor Mendoza y no lo hemos advertido, es decir, ¿pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿inclusive puede derogar las vigentes?

En cualquier caso, habrá que esperar que en un próximo trabajo el profesor Mendoza elija con qué definición se queda a fin de refutarlo sin ambigüedades, categóricamente.

- Estamos seguros que el profesor Mendoza sabe que en Derecho 'reivindicar' significa recuperar algo que estuvo en nuestro dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF "se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de 'Señor del proceso' (*Herr des Verfahrens*)".

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, ¿alguna vez fue "Señor del proceso", o "Señor del procedimiento" para ser respetuoso de la traducción?, ¿a qué reivindicación se refiere? Lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]), donde acuñó el título comentado, fue variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación del título, el TCF precisó que lo hizo sólo porque si le ordenaba al demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el "Señor del procedimiento", precisamente para hacer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado. Se trata de una decisión que, por lo demás, compartimos totalmente y que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez se haya hecho, como parece sugerir el uso del título. Lamentablemente, la prudencia del TCF no fue advertida en el Perú.

Transcribamos ahora al profesor Mendoza para ser fieles a su dicho:

"El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación con motivo de:

- 1) La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación).
- 2) La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración).

- 3) La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal).
- 4) La creación de normas procesales constitucionales (creación directa)" (p. 3).

Ahora comentemos cada una de las opciones por separado.

- 1) Tarello enseña a distinguir el documento normativo de la norma⁹, lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un artículo de un código es un documento normativo del cual se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez en un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto. Y ello es considerablemente correcto.

Entonces, cuando un juez –ordinario o constitucional– interpreta un documento o enunciado normativo y extrae de él una norma y la aplica al caso concreto, crea derecho y ello no importa ninguna novedad, es común a todos los jueces. En consecuencia, no hay razón para atribuirle esa actuación en exclusiva al TC, en tanto podría leerse que los demás jueces están limitados en tal potestad. Inclusive, conviene precisar que la conclusión es válida con prescindencia de si la norma es material o procesal.

El profesor Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan indeterminaciones (p.4). Sin embargo, la doctrina es pacífica y unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso y emplea un documento

o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de aquél el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, aparentemente "simples", en donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es una opción normativa decidida por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentada la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la llamada interpretación literal.

- 2) Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple¹⁰. Esto significa, en consecuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, seguimos insistiendo en que el uso de tales técnicas es patrimonio común del TC y de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado.

Así y todo, no deja de sorprender la afirmación del profesor Mendoza en el sentido que el acto consiste en: "La integración de lagunas (...)" porque las lagunas no se integran, sino se eliminan o, si se quiere seguir siendo literal, se llenan. Es cierto que integrar es comprender, incorporar, pero en este caso es respecto de la norma creada y no de la laguna.

⁹ "Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonchè, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato ai documenti normativi, bensì in una ricerca di norme oltre i documenti: in questi casi talvolta si parla di 'ricerca del diritto'; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello scegliere, tra i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di 'individuazione della norma'. Ma, anche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide." TARELLO, Giovanni. "L'interpretazione della legge". Milán. Giuffrè Editore. 1980. pp. 102-103.

¹⁰ "Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las 'lagunas' en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de 'sistema de normas'. De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado 'derecho'. Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la 'laguna' no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así, justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto". CARACCILO, Ricardo. "La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho". México DF: Distribuciones Fontamara. 1999. p. 25.

El Código Procesal Constitucional¹¹ regula la integración y establece un orden de prelación en donde la analogía ocupa el primer lugar. Según el profesor Mendoza, dado que la analogía tiene “un grado de creación de mínima magnitud” (p.4) y que además la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea “contrario” a los fines de los procesos constitucionales y, asimismo, contribuya “a su mejor desarrollo”, son los modos de integración regulados en la norma, luego de la analogía, aquellos en donde “tiene lugar una significativa creación de una norma”.

El profesor Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía. Son los otros modos integrativos los favoritos del citado profesor, en tanto afirma que dan lugar “a la creación directa de una norma procesal constitucional”. Por eso concluye con una frase que bien puede explicarlo todo sobre la APC o nada: “En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal”.

Lo expresado significa que la APC se concreta en el Perú por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Si es así, entonces –sólo para empezar a entenderla– no tiene nada que ver con la “AP” del TCF alemán y tampoco con lo que se hace en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la “AP” han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad, sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación. Como resulta obvio, más que una categoría jurídica la APC resulta una entelequia.

Para obtener tal resultado, el profesor Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la AP alemana para convertirla en APC y darle por “sustento”: TODAS

LAS FUENTES DE INTEGRACIÓN CONOCIDAS CON PRESCINDENCIA DE LA ANALOGÍA. Ahora, algunas preguntas malvadas:

- a) Dado que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC –creación del profesor Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la AP– consiste en el uso de ellas salvo la analogía, ¿en qué consiste la creación del señor Mendoza?
- b) Dado que el señor Mendoza ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina¹² afirma la imposibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa el recurso analógico se realiza un procedimiento lógico de generalización y cuando se usa un principio general del derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.
- 3) El caso de la existencia de una norma autoritativa no tiene nada que ver con el tema de la “AP”, para ello nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la LTCF descrito en la cita 5. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino también a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?
- 4) Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. El profesor Mendoza llama a la APC, lacónicamente, “creación directa”, lo que significa según sus palabras, “la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia” (p.3).

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2

¹¹ “Artículo IX. Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”.

¹² “18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico”. ATIENZA, Manuel. “Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico”. Madrid. Civitas. 1986. pp. 184-185.

cuando el profesor Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por el profesor Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas aludidos en la pregunta anterior no han sido tratados. De hecho ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo expresado no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de policía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando al profesor Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por la identidad que guardan el “oficial de policía” y la “APC” (esta vez con comillas).

- Continúa su ponencia el profesor Mendoza explicando algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Cabía pues la posibilidad que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien explicara los fundamentos jurídicos y la legitimidad que lo titula para emplear la institución estudiada. En el caso Arellano Serquén (Expediente 2579-2003-HD/TC) el TC dice: “dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del ‘estado de cosas inconstitucionales’”. Luego agrega que: “es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales”. Aquí no hay fundamento ni legitimación para hacer nada. Una lástima, el primer caso en donde aparece la APC no dice cuál es su sustento y tampoco su justificación. Veamos otro.

- En el caso Anicama (Expediente 1417-2004-AA/TC) ya aparece expresamente la APC que comenta el profesor Mendoza. Él afirma que el TC parte de un principio “conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (...)”. Una vez más, la frase no ayuda a llenar los vacíos y ni siquiera es posible determinar

cuál es el principio al que se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en la concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las “formas” de los actos materiales, razón por la cual se puede “flexibilizar” su empleo.

- En la página 29 de la ponencia se afirma: “La diferencia sobre el *petitum* se da cuando se consigna un petitorio erróneamente (...)”. Sin duda el profesor Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el derecho procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es petitorio, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se esté haciendo en el TC.

- Y lo que sigue es la cereza de la torta. La bibliografía utilizada por el profesor Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecen a la profesora Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo en borrador, por así decirlo, publicado en una revista en el 2001 y luego su libro –con información corregida– sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado en este trabajo.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón la denomina: La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional, es decir, tal como se ha explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad de la institución.

Sin embargo, aunque parezca increíble, el profesor Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el simple expediente de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo. ¿Qué pensaría el doctor Mendoza si en este trabajo empiezo a llamarlo “doctor” Mendoza? Sería un agravio que descalifica severamente al que lo hace y no al que lo soporta.

En cualquier caso, el propósito de este apartado no es otro que develar el uso de la Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la AP como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.

abogados
ESTUDIO GRAU

Av. Santa María 110 - 140 Lima 18
(51 1) 422-0830 Fax (51 1) 440-6158

JURIX

Software para seguimiento procesal

S U M M A Δ T Σ C

Teléfono 511 442 0320

Facsimil 511 421 2664

correo@summatec.net

Rebaza, Alcázar & De Las Casas

A b o g a d o s F i n a n c i e r o s

Av. Canaval y Moreyra No. 452 - Piso 15 - 17

Lima - Perú

Telefax (51-1) 442-5100

www.rebaza-alcazar.com

CROCI & SILVA

ABOGADOS PENALISTAS

Chinchón 710 San Isidro Lima 27 - Perú

Central (51-1) 442-3300

www.csabogados.com

**¿RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD O AMBOS?
UNA PROPUESTA DE DELIMITACIÓN DE SUS CONTENIDOS A PARTIR DEL
CONCEPTO DE PONDERACIÓN**

Úrsula Indacochea Prevost*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En el presente artículo, a través de un minucioso análisis, la autora propone cómo deben ser utilizados los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que se complementen y puedan alcanzarse fórmulas interpretativas correctas, para que las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional adquieran sentido y no terminen siendo ineficaces o excesivas en la práctica.

* Abogada Asociada del Estudio Ehecopar Abogados. Integrante del Área de Litigios y Arbitrajes.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El profesor italiano Riccardo Guastini se ha referido al término *constitucionalización* como el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al cabo del cual éste resulta absolutamente impregnado por la Constitución¹.

Este proceso es gradual y se manifiesta a través de diversas variables o condiciones, como, por ejemplo, la mayor o menor rigidez constitucional, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, la aplicación de las normas fundamentales a las relaciones de derecho privado, entre otros.

El resultado de este proceso paulatino, iniciado desde la segunda mitad del siglo veinte, es un derecho *constitucionalizado*, que condiciona la validez de la legislación y la jurisprudencia, así como el comportamiento de los actores políticos –públicos o privados–, a la satisfacción y respeto de los derechos fundamentales, que muchos identifican como las exigencias mínimas de la moralidad contemporánea.

En este escenario, resulta imprescindible desarrollar una Teoría de la Argumentación que permita enfrentar la labor de interpretación y aplicación de las normas de derecho fundamental, superando los obstáculos que se derivan de la natural vaguedad e indeterminación de sus enunciados, y de la eventual colisión entre ellos en el nivel de los casos concretos.

Esto resulta de particular importancia en el caso peruano, en que quizá el rasgo más saltante de este proceso de *constitucionalización* lo constituye la creciente intervención de nuestro Tribunal Constitucional en los problemas jurídicos de mayor relevancia pública, el protagonismo que este organismo ha obtenido como defensor del Estado Constitucional de Derecho y la vigencia de los

derechos fundamentales, y la referencia ineludible a su jurisprudencia como una fuente del derecho.

Ahora bien, un dato singular que es imprescindible considerar para la construcción de esta teoría en nuestro medio, lo constituye la recepción simultánea de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993², como *par conceptual* dispuesto para evaluar la legitimidad de toda clase de medidas que intervengan o limiten la libertad o los derechos fundamentales de los individuos.

Esta situación nos sugiere varias preguntas: ¿es posible equiparar ambos parámetros y utilizarlos indistintamente, o es que debemos descartar alguno para dar cabida exclusiva sólo a uno de ellos como criterio único de evaluación de la validez de las medidas limitativas? ¿Existe la posibilidad teórica de que ambos puedan coexistir y complementarse, luego de delimitar adecuadamente sus respectivos contenidos? En este último caso, ¿cómo podrían articularse la razonabilidad y la proporcionalidad como parámetros para evaluar la validez de las restricciones a la libertad, y en general, a los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos?

Lamentablemente, nuestra jurisprudencia constitucional no ha brindado hasta el momento una respuesta para estas cuestiones al no haberse establecido una distinción clara de los contenidos de ambos principios³.

En efecto, mientras que en numerosas sentencias nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado tales términos como intercambiables (haciendo referencia de manera indistinta al *test de razonabilidad* o al *test de proporcionalidad*)⁴, en otros pronunciamientos realiza un esfuerzo por diferenciarlos, llegando incluso a relacionar ambos conceptos, considerando que *lo razonable* sería más bien una calificación atribuida a todo aquello que cumpla con las exigencias de la proporcionalidad⁵.

¹ GUASTINI, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano". En: Estudios de Teoría Constitucional. México: Fontamara-UNAM. 2001. p. 154.

² "Artículo 200.- (...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza con relación a derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de estado de emergencia ni de sitio".

³ Esta conclusión es el resultado de un trabajo de investigación previo sobre la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional, entre los años 1996 a 2006, que sustentáramos como tesis de grado. Véase: "Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano entre los años 1996-2006". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2006. p. 261.

⁴ STC 0048-2004-AA/TC, del 01 de abril de 2005; STC 649-2002-AA/TC, del 20 de agosto de 2002; STC 00034-2004-AI/TC, del 15 de febrero de 2005.

⁵ STC 2192-2004-AA/TC, del 11 de octubre de 2004.

Asimismo, el Tribunal suele recurrir a múltiples acepciones del término *razonabilidad*, que van desde las más amplias, como correspondencia con el sentido común y la naturaleza de las cosas⁶, o como ausencia de arbitrariedad⁷; hasta otras más precisas, como la existencia de una causa justificada para la limitación de un bien constitucional⁸.

En el presente trabajo, intentaremos responder a estas interrogantes, partiendo de la necesidad de otorgar a cada principio un contenido propio, como viene exigido por el criterio de unidad de la Constitución y por el criterio de coherencia o concordancia práctica, que exigen otorgar a cada uno de los términos contenidos en el texto constitucional un significado propio, ya que no podría admitirse la existencia de redundancias por parte del poder constituyente.

De esta manera, sustentaremos que se trata de parámetros distintos que si bien pueden encontrar algunas zonas de coincidencia, dependiendo de la amplitud que se le otorgue a cada uno de ellos, ponen el acento en la evaluación de distintos aspectos de una medida limitativa, lo que, en nuestra opinión, permitiría adoptar una postura que articule ambos principios.

Así, ensayaremos una propuesta de delimitación del contenido de los principios de razonabilidad y proporcionalidad a partir del concepto de ponderación, entendido como un método para la resolución de conflictos o antinomias entre principios jurídicos. Para ello, veremos si la ponderación puede identificarse con alguno de estos parámetros o con ambos, o en todo caso, cómo deben articularse estas dos exigencias al momento de evaluar las limitaciones a los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos.

II. EL PRESUPUESTO TEÓRICO DE LA PONDERACIÓN: LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

El concepto de ponderación, en su versión más intuitiva, hace referencia a la acción de sopesar dos magnitudes a fin de obtener un resultado de equilibrio entre ellas. Así, en las palabras de Joaquín Rodríguez-Toubes, “ponderar viene a equivaler, en suma, a tomar una balanza con dos platos, situar los derechos en un lado y sus posibles límites en el otro, y a continuación añadir y quitar de uno y otro plato hasta que alcancen un equilibrio aceptable”⁹.

Partiendo de esta versión intuitiva, el concepto de ponderación fue puesto en el escenario del debate académico por filósofos y teóricos del derecho, como Ronald Dworkin en los Estados Unidos, y Robert Alexy en Alemania, en un contexto en que se empezaba a cuestionar la visión positivista del Derecho, que lo concebía como un sistema formado exclusivamente por *reglas*¹⁰.

Estos teóricos buscaban explicar y justificar que el Derecho también estaba integrado por otro tipo de pautas, invocadas con frecuencia por los jueces y tribunales para resolver los casos más difíciles, y que expresarían no sólo metas, objetivos, y políticas –*policies*–, sino también exigencias de justicia, equidad –*fairness*– y moralidad; pautas que podían ser distinguidas de aquellas *reglas*¹¹, y a las cuales denominaron como *principios* jurídicos¹².

Así, los *principios* contendrían mandatos que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible, por lo que su cumplimiento podría ser medido en diferentes grados, a diferencia de las *reglas*, que sólo podrían ser cumplidas o

⁶ STC 002-1996-I/TC, del 03 de enero de 1997; STC 0255-2000-AA/TC, del 15 de junio de 2000; STC 1311-2000-AA/TC, del 19 de junio de 2001; STC 0001-2003-AI/TC, del 04 de julio de 2003, entre otras.

⁷ STC 1216-1997-AA/TC, del 14 de agosto de 1998; STC 00090-2004-AA/TC, del 05 de julio de 2004; STC 045-2004-PI/TC, del 29 de octubre de 2005, entre otras.

⁸ STC 731-1996-AA/TC, del 01 de septiembre de 1997; STC 0774-2005-HC/TC, del 08 de marzo de 2005, entre otras.

⁹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUNÍZ, Joaquín. “Principios, fines y derechos fundamentales”. Madrid: Dykinson. 2000. p. 193.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro. “Principios jurídicos y positivismo jurídico”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1970. pp. 46-56.

¹¹ Existen dentro de esta tendencia, diversas posturas acerca de la distinción de reglas y principios, que sitúan esta distinción en el plano de la validez de las normas jurídicas, o en el plano de su aplicación, que por motivos de extensión no tocaremos aquí. Asimismo, existen múltiples criterios invocados por los teóricos para realizar esta distinción, pero que, por los mismos motivos, nos referiremos sólo a los más importantes.

¹² DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”. Segunda reimpresión. Barcelona: Ariel. 1993. p. 508; ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. p. 607; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. pp. 27-29.

incumplidas¹³. Según señaló Alexy, los *principios* podrían ser calificados como *mandatos de optimización*, pues sólo contendrían la exigencia de alcanzar un grado óptimo de cumplimiento, el cual no sólo dependería de las circunstancias fácticas que se presenten en cada caso concreto, sino también de las posibilidades jurídicas, estas últimas, determinadas a través de principios o reglas que jueguen en sentido contrario¹⁴.

En esa línea, un ejemplo de norma-*regla* sería la que *ordena* que “está prohibido fumar en instituciones educativas públicas o privadas”; mientras que “todos tienen derecho a gozar de un medio ambiente saludable” sería un caso de norma-*principio*, pues su cumplimiento puede ser apreciado en un mayor o menor grado, que siempre debería ser óptimo, lo que no ocurriría en el primer caso.

Asimismo, a diferencia de las normas-*regla*, las normas-*principio* presentan un supuesto de hecho vago e indeterminado, lo que impediría reconocer *a priori* cuáles son los mandatos específicos que contienen, ni tampoco en qué casos corresponde su aplicación¹⁵.

Este aspecto particular fue resaltado por los profesores españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, quienes reconocieron que si bien algunas *reglas* podían tener también cierto grado de vaguedad e indeterminación –por ejemplo, cuando sus enunciados contienen conceptos jurídicos indeterminados– ello era sustancialmente distinto de lo ocurrido con los *principios*; pues en el primer caso, una vez establecido qué se entenderá por el concepto genérico contenido en la *regla*, ya era posible conocer cuáles son sus condiciones de aplicación, a diferencia de los *principios*, cuyas condiciones no estarían siquiera genéricamente determinadas¹⁶.

En el ejemplo anterior, sabemos que no debemos fumar si estamos en un lugar público, mientras que nuestro “*derecho a un medio ambiente saludable*” no nos brinda mayor información acerca de lo que su contenido exige. Dependiendo de la situación que se presente, este derecho puede fundamentar exigencias muy diversas, como no contaminar las aguas, realizar estudios de impacto ambiental para realizar ciertas actividades económicas, mantener niveles razonables de ruido, tratar los residuos sólidos, reforestar los bosques, entre otras cosas.

Pues bien, sobre la base de la distinción que hemos expuesto, es posible advertir que los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos (garantías institucionales, directrices, fines, etcétera), presentan las notas características de las normas-*principio*, lo que ha sido mayoritariamente asumido por los teóricos del derecho y por la doctrina especializada¹⁷.

Ello es así porque nuestras modernas Constituciones son normas de la mayor jerarquía, cargadas de un alto contenido axiológico o valorativo, que se expresa precisamente a través de los derechos fundamentales y las demás normas que reflejan las exigencias y los valores más altos de una determinada sociedad, llegando incluso a sostenerse que estos derechos serían el punto de conexión entre el Derecho y la Moral¹⁸.

III. LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO PARA LA RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS ENTRE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Como hemos señalado, el concepto de ponderación tiene como presupuesto teórico la distinción entre reglas y principios jurídicos, condición esta última que comparten la mayoría

¹³ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 75; ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios y razón práctica”. En: Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho 5. 1988. p. 143.

¹⁴ En ese sentido, Alexy señaló que los principios presentarían un carácter *prima facie*: “Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta”. ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos fundamentales”. p. 99.

¹⁵ MEDINA GUERRERO, Manuel. “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”. Madrid: Mag Graw-Hill Interamericana de España. 1996. p. 23.

¹⁶ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Barcelona: Editorial Ariel. 1996. p. 9.

¹⁷ “Si el derecho actual está compuesto por reglas y principios, cabe observar (...) que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”. ZAGREBELSKY, Gustav. “El derecho dúctil: ley, derechos, justicia”. Madrid: Trotta. 1995. p. 110.

¹⁸ En palabras del profesor Alfonso GARCÍA FIGUEROA, “(a)dmittida o no la Constitución como una de las vías de acceso de la Moral sobre el Derecho, las normas constitucionales referidas a derechos se expresan fundamentalmente por medio de principios, y éstos son considerados instrumentos idóneos para la vinculación del Derecho a la Moral”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. p. 61.

de los bienes constitucionalmente protegidos, especialmente los derechos fundamentales.

Ahora bien, ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, ni constituye un elemento aislado dentro del ordenamiento jurídico totalmente desvinculado de los demás derechos y bienes constitucionales. Por el contrario, con mucha frecuencia encontramos situaciones en las cuales se enfrentan dos o más de ellos, lo cual contribuye a establecer sus respectivos contenidos, pues muy rara vez éste viene previamente determinado desde el texto constitucional¹⁹.

Así, el contenido de un derecho fundamental, conformado por el haz de facultades o situaciones protegidas que éste le otorga a su titular, se va perfilando, entre otras cosas, por la influencia recíproca que recibe en las situaciones de conflicto con los demás derechos.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un periodista difunde información sobre la vida privada de un funcionario público (libertad de información y derecho a la intimidad); cuando una empresa intenta realizar actividades económicas en una zona ecológica (libertad de empresa y derecho a un medio ambiente saludable); cuando se ordena la realización de una prueba de paternidad contra la voluntad del afectado (derecho a la identidad, derecho a la prueba y derecho a la integridad física); e incluso, cuando en el marco de un proceso judicial se dicta un mandato de arresto domiciliario contra el inculcado, por existir peligro de fuga y desaparición del material probatorio (libertad personal y derecho a la prueba). Como se puede apreciar, en todos estos casos, se producen situaciones de real o aparente colisión entre derechos fundamentales, que los teóricos han identificado con el nombre de **antinomias**. En palabras del profesor Guastini, una antinomia se produce "cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones, con base en normas presentes en el sistema"²⁰.

Es decir, una antinomia es una contradicción normativa que se presenta cuando el ordenamiento jurídico imputa a los mismos hechos consecuencias jurídicas distintas e incompatibles entre sí, sobre la base de exigencias que no pueden ser cumplidas simultáneamente, pues al seguir una de ellas, se está incumpliendo con la otra²¹. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una norma prohíbe lo que otra manda.

El problema surge cuando tales antinomias se presentan entre principios jurídicos, ya que no pueden ser resueltas mediante los criterios clásicos utilizados por la doctrina para resolver los conflictos entre normas, a saber, el criterio jerárquico (*ley superior prima sobre la de inferior jerarquía*)²², el criterio cronológico (*ley posterior deroga a la anterior*) y el criterio de especialidad (*ley especial prima sobre la ley general*)²³.

Estos criterios no son útiles para resolver las antinomias entre derechos fundamentales, debido a que todos ellos tienen la misma jerarquía, todos han sido reconocidos en un texto constitucional aprobado en un mismo momento temporal y, por último, porque la amplitud e indeterminación de sus enunciados impide establecer una relación de especialidad entre ellos.

Es en este contexto que aparece el método de la ponderación como el más adecuado para resolver este tipo de situaciones, toda vez que nos permite comparar los derechos fundamentales en conflicto, y establecer mediante pautas racionales cuál de estos principios debe prevalecer en cada caso concreto, por tener un peso mayor en la decisión; y cuál otro deberá ser desplazado en dicha ocasión, por tener un peso menor.

Esta decisión sobre cuál es el principio que debe prevalecer sobre el otro no será arbitraria, pues la ponderación "permite revisar de modo objetivo si la conciliación de los derechos y bienes constitucionales se ha efectuado correctamente, esto es, procurándose en la medida de lo posible

¹⁹ Al respecto, ver: GUASTINI, Riccardo. "Estudios sobre la interpretación jurídica". Segunda edición. México: Editorial Porrúa. 2000. p. 71; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Op. cit. p. 68.; y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Una aproximación al problema de la colisión de los derechos fundamentales". En: Entre la Moral, el Poder y el Derecho. Experiencias y reflexiones. Lima: ARA Editores. 2006. p. 183.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. Op. cit. p. 71.

²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación". En: Diritti & Questioni pubbliche. Revista electrónica 2. Agosto 2002. p. 97. www.dirittoequestionipubbliche.org.

²² Este criterio aparece recogido en el artículo 51 de nuestra Constitución Política.

²³ El criterio cronológico, como método para resolver situaciones de colisión o antinomia entre normas, aparece reconocido en el artículo 103 de la Constitución, en la norma I del Título Preliminar del Código Civil, y también en la STC 0047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006 (fundamento jurídico 52), emitida por nuestro Tribunal Constitucional.

que ninguno de ellos resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro derecho o bien con el que colisiona²⁴, para lo cual deben tenerse en consideración no sólo las circunstancias fácticas, sino las posibilidades jurídicas de cada caso.

De esta manera, es posible establecer una relación de precedencia entre los bienes constitucionales en conflicto, que si bien se ha originado en circunstancias concretas, puede ser utilizada cuando la colisión se reproduzca nuevamente en condiciones similares. Dicho lo anterior, y a fin de efectuar la delimitación que es objetivo de este artículo, veamos ahora cómo se relacionan los conceptos de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad.

IV. PONDERACIÓN Y PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El concepto de *razonabilidad* tiene su origen en la garantía del debido proceso legal norteamericano (*due process of law*), y es producto del desarrollo realizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como un parámetro de justicia²⁵.

Si bien en sus inicios se le consideró como una garantía exclusivamente procesal, que protegía la libertad personal y que sólo podía oponerse frente al monarca y los jueces, esta situación cambiaría radicalmente a partir de 1887, para convertirse en una exigencia de justicia material oponible también al legislador²⁶.

Este salto cualitativo producido en la jurisprudencia norteamericana habría de originar lo que actualmente conocemos como la faz sustantiva del debido proceso, o “debido proceso sustantivo”, fórmula que alude a una exigencia de justicia material en las decisiones de todos

aquellos que detentan o ejercen una cuota de autoridad o poder, y cuya expresión precisamente se encontraría en el **principio de razonabilidad**. “En su faz sustancial o material (*substantive due process*) el debido proceso (denominado aquí: debido proceso sustantivo, sustancial o material) es además un patrón o módulo de justicia para determinar lo axiológico y constitucionalmente válido del actuar del legislador y del órgano judicial; es decir, hasta dónde pueden restringir o afectar válidamente, la libertad y los derechos del individuo, en el ejercicio de sus poderes o atribuciones²⁷.”

Es decir, la razonabilidad permitiría determinar si las decisiones y actos resultan *materialmente justos* y, en consecuencia, si son válidos desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, esto resulta aún insuficiente para establecer una relación con el concepto de ponderación y para reconocer cuándo una restricción es justa o injusta.

Para tal efecto, un primer punto que ha sido resaltado por Juan Francisco Linares es que la “razonabilidad jurídica” como valoración de justicia no debe ser confundida con la llamada “razonabilidad técnica”, la cual no hace referencia a ningún estándar axiológico, sino únicamente a la adecuación técnica o eficacia de un medio para obtener un cierto fin, por lo que no estaría dentro de los alcances de la razonabilidad²⁸.

Siendo ello así, ¿en qué consistiría entonces esta valoración de justicia ínsita a la exigencia de razonabilidad? ¿Se trata de una valoración subjetiva del intérprete, o existe algún parámetro objetivo y racional para determinar cuándo estamos ante una restricción *justa* de la libertad y de los derechos de los individuos, y por tanto, razonable?

²⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel. Op. cit. p. 119.

²⁵ El punto de partida para el desarrollo jurisprudencial de la fórmula del *due process of law* sería su incorporación en el *Bill of Rights* de 1791, a través de la V Enmienda de la Constitución norteamericana, al establecerse que en asunto criminal, “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni ser privado de su vida, su libertad ni sus bienes sin el debido proceso legal”. Posteriormente en 1868, se le incorporaría también en la XIV Enmienda, a fin de hacer exigible esta garantía frente a los Estados federados. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular”. En: “Cuadernos Jurisdiccionales”. Lima: Asociación No hay derecho, Ediciones legales. 2000. p. 41. Nota 4.

²⁶ Señala Cianciardo que este cambio se habría consolidado en el caso “Chicago Milwaukee & Saint Paul v. Minnesota”, en que la Corte consideró irrazonable el monto de una tarifa legal, al señalar que equivalía a confiscar la propiedad privada, sin el debido proceso legal. CIANCIARDO, Juan. “El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma. 2004. pp. 33-35.

²⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Derechos fundamentales y proceso justo”. Lima: ARA Editores. 2001. p. 198.

²⁸ LINARES, Juan Francisco. “Razonabilidad de las leyes: la garantía del debido proceso como garantía innominada en la constitución argentina”. Buenos Aires: Astrea. 1989. p. 109.

Al respecto, sobre la base del estudio de la jurisprudencia norteamericana y argentina, Linares señala que la pauta racional y objetiva para establecer la justicia de una restricción reside en la noción de equilibrio o igualdad. De este modo, sostiene que “para que haya razonabilidad o justicia debe haber cierta igualdad, equivalencia o equilibrio axiológico entre el antecedente y el consecuente” de una norma o acto, es decir, que a un hecho antecedente se le debe imputar como debida una consecuencia adecuada, equivalente o proporcionada²⁹.

Para apreciar con mayor claridad cómo funciona el principio de razonabilidad como estándar de justicia, este autor argentino nos alienta a apreciar a la legislación como técnica social, en la cual se utilizan ciertos medios –las leyes– para obtener determinados fines que se consideran buenos o valiosos.

Así, por ejemplo, cita el caso de una ley que, buscando promover la ocupación de los artistas argentinos desplazados por el cine, la radio y la televisión, así como preservar el patrimonio artístico de la comunidad argentina (fines), impuso a los propietarios de salas de cinematógrafo la obligación de presentar al público espectáculos en vivo, acondicionando sus respectivos locales y contratando a los artistas y el personal que ello requiriese (medios).

Pues bien, para establecer la razonabilidad de esta ley, Linares sostiene que debe analizarse si las restricciones que se les impone a los afectados (medios) son adecuadas a los objetivos que las justifican, así como también si se adecuan a las circunstancias determinantes que originaron la persecución de esos fines. Por ejemplo, –señala– resultaría irrazonable que el legislador, con la finalidad de promover la ocupación de los artistas argentinos, obligara a los propietarios de las salas

de cinematógrafo a cederles sus locales durante cinco meses al año, o que obligara a todos los ciudadanos a asistir al cinematógrafo tres veces al mes como mínimo, pues se trataría en ambos casos de restricciones inadecuadas y, por lo tanto, injustas.

En otras palabras, desde este punto de vista, la razonabilidad implica evaluar si las restricciones que se imponen a los derechos o a la libertad de los individuos se adecuan a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan como injustificadas o arbitrarias, sino como razonables; esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se quiere alcanzar con ellas³⁰.

De esta manera, el concepto de razonabilidad que ha sido esbozado pone un énfasis especial en el análisis de las causas de la medida limitativa, en tanto se refiere a las circunstancias que la originan y a la verificación que la medida escogida guarde una correspondencia adecuada con éstas y con los fines que la justifican.

Esta concepción de la razonabilidad, recogida en las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema argentina³¹, ha sido citada por nuestro Tribunal Constitucional en gran cantidad de casos³². Sin embargo, consideramos que sigue resultando demasiado genérica y que no brinda un criterio claro para determinar cuándo una decisión es materialmente justa, lo que no sólo dificulta su aplicación a los casos concretos, sino también dificulta la tarea de esbozar una relación con el concepto de ponderación³³.

Con todo, creemos que esta definición genérica de la razonabilidad abre paso a una concepción de la justicia emparentada con el sentido común y con lo generalmente aceptado en una comunidad determinada, pues en definitiva, establecer

²⁹ Ibid. pp. 116, 130.

³⁰ A ello corresponde la siguiente formulación efectuada por Linares: “A nuestro juicio, la garantía del debido proceso sustantivo (...) es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto”. LINARES, Juan F. Op. cit. p. 31.

³¹ “La Corte Suprema (argentina) ha evitado cuidadosamente dar una definición precisa de la razonabilidad, prefiriendo, en la mayoría de los casos, decir genéricamente que el principio exige una relación adecuada o razonable entre los medios utilizados y los fines perseguidos por el legislador”. CIANCIARDO, Juan. “El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Op. cit. p. 41.

³² Por ejemplo, ver la STC 0090-2004-AA/TC, de fecha 05 de julio de 2004; STC 261-2003-AA/TC, del 26 de marzo de 2003, entre otras.

³³ La necesidad de mantener una fórmula flexible que se pueda adaptar a una gran variedad de casos, ha determinado que la jurisprudencia constitucional –tanto norteamericana como argentina– presente una natural resistencia a definir el concepto del *due process of law* y, con ello, también a explicar la exigencia de justicia o razonabilidad que éste incorpora. Así, se prefiere recurrir a la técnica de las inclusiones y exclusiones, en las que se aprecian los casos en que dicha exigencia aparece vulnerada, a la luz de los hechos y circunstancias particulares. RE, Edward D. “Due process of law”. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Tomo XII. 1989. Traducción libre efectuada por Aldo Zela Villegas, en poder del autor. p. 4.

cuándo una determinada medida es adecuada a las circunstancias que la originan y a sus fines, es una evaluación de su *aceptabilidad* o de su correspondencia con un sentido elemental o mínimo de justicia³⁴.

Así parecería considerarlo también Marcial Rubio Correa, quien al comentar esta misma concepción de la razonabilidad recogida en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, señala que ésta “consiste en expresar buenas razones para la conducta frente a las ocurrencias de la realidad”³⁵ y que “exige encontrar justificación lógica (en los hechos, conductas y circunstancias que motivan el acto), y ésta es la disciplina de lo que es racionalmente demostrable. En general, y dentro del uso común, se utiliza la expresión “justificación lógica” no sólo para lo que es racionalmente demostrable, sino también para lo que, sin cumplir tal requisito, es aceptado generalmente y se conoce como tópica”.

Y agrega: “de esta manera, podemos decir que el principio de razonabilidad exige que las conductas –o, en términos jurídicos, los actos–, para dar el significado de contenido voluntario que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias, deben cumplir el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante”³⁶.

Es decir, el análisis de la razonabilidad de una medida supondría responder si existen “buenas razones” –razones *aceptables*, en nuestros términos– para adoptarla, teniendo en cuenta sus antecedentes y los fines que persigue. En ese orden de ideas, resultaría irrazonable una medida que limite o restrinja la libertad sin ninguna razón, así como aquella medida que imponga la limitación en virtud de razones *inaceptables*, de acuerdo a la percepción de la colectividad.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿qué relación existiría entre la ponderación, entendida como método para la solución de antinomias entre

principios, y el principio de razonabilidad, entendido como un criterio de justicia para evaluar la validez de las limitaciones a la libertad y a los derechos?

En nuestra opinión, se trataría de conceptos que no pueden ser equiparados por lo siguiente:

(i) En primer lugar, porque el concepto de ponderación descansa en la concepción de los Derechos Fundamentales como *normas-principio*, que deben ser cumplidas en la mayor medida posible, y que por ello, constituyen mandatos de optimización en relación a las circunstancias fácticas y jurídicas.

Sin embargo, como hemos visto, el concepto de razonabilidad jurídica elimina por completo de su contenido al elemento fáctico, reduciéndose únicamente a una apreciación de la justicia de una determinada decisión o medida³⁷, por lo que su ámbito de aplicación ya no coincidiría con el concepto de ponderación, el cual comprende necesariamente una evaluación de las circunstancias fácticas.

(ii) En segundo lugar, porque, de acuerdo al contenido que le hemos otorgado al principio de razonabilidad, éste supone una evaluación de la medida en sí misma; vale decir, de su justificación racional en virtud de sus antecedentes y objetivos. De este modo, una medida que limitase la libertad y los derechos de los individuos, y que careciese por completo de una explicación racional, sería una medida inaceptable y/o injusta *per se*, es decir, irrazonable.

El método de la ponderación, en cambio, supone entender a una determinada medida limitadora como la resultante de resolver un conflicto entre principios jurídicos, de manera que la evaluación que se realiza a partir de éste método no puede efectuarse de manera aislada, sino más bien desde una perspectiva *relacional*³⁸.

³⁴ Ese es precisamente uno de los sentidos otorgados por Manuel Atienza al concepto de “lo razonable”, al considerarlo como un calificativo de aquellas decisiones jurídicas que son aceptables por la comunidad. Ver ATIENZA, Manuel. “Hacia una razonable definición de lo razonable”. En: DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho 4, 1987, p. 193.

³⁵ RUBIO CORREA, Marcial. “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2005. p. 251. La sentencia constitucional comentada por dicho autor es la STC 0006-2003-AI/TC. 1 de diciembre de 2003.

³⁶ *Ibid.*, p. 242.

³⁷ Recordemos que la apreciación fáctica de la medida es denominada “razonabilidad técnica” y no forma parte, propiamente, del juicio de razonabilidad jurídica.

³⁸ “La irrazonabilidad es *per se*, la desproporción es *per relationem*”. BARNÉS, Javier. “El principio de proporcionalidad”. Estudio Preliminar. p. 37.

Así, la ponderación no podría aplicarse para evaluar medidas que carezcan por completo de finalidad o explicación racional, pues este método requiere y presupone siempre dos términos que puedan ser comparados: el principio limitado con la medida que se evalúa y aquél otro que justifica su adopción. La ausencia de uno de estos términos determina, en nuestra opinión, que la ponderación no resulte un parámetro útil, pese a que la evaluación de la misma medida a partir del concepto de razonabilidad, sí podría conducirnos a afirmar su inconstitucionalidad.

V. PONDERACIÓN Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En cuanto a la relación entre el concepto de ponderación y el principio de proporcionalidad, debemos remitirnos al trabajo del español José María Rodríguez de Santiago, quien ha tratado este tema y cuya posición representa la línea asumida por un amplio sector de la dogmática jurídica, la cual se apoya en la formulación básica del principio de proporcionalidad, como un juicio integrado por tres escalones, mandatos parciales o subprincipios, a saber: (i) la idoneidad, (ii) la necesidad, y; (iii) la proporcionalidad *stricto sensu*³⁹.

En opinión de dicho autor, el método de la ponderación se identificaría con el último escalón del principio de proporcionalidad, vale decir, con la proporcionalidad *stricto sensu*, la cual exige que las ventajas derivadas a favor de la protección de un fin compensen los perjuicios causados con la medida protectora, de manera que no cabría referirse a ambos conceptos como equivalentes⁴⁰.

En otras palabras, según la posición expuesta, la ponderación sería sólo una parte del llamado "juicio de proporcionalidad", el cual comprendería además las exigencias de *adecuación* y de *necesidad*.

Una variación de dicha posición, es la expuesta por Javier Barnés, quien al comparar la ponderación con la proporcionalidad *stricto sensu*, no llega a identificarlas completamente, sino que concluye que la primera es un concepto genérico, que implica un análisis comparativo entre diversos bienes, derechos o valores, y que admite perspectivas diferentes para evaluar sus recíprocas interacciones, mientras que la proporcionalidad *stricto sensu* sólo sería una de sus variantes, focalizada en evaluar la razonable relación entre los costos y beneficios de una medida⁴¹.

Al respecto, conviene recordar que la ponderación constituye un método para la aplicación de los principios jurídicos, que según la caracterización realizada por Robert Alexy, pueden definirse como *mandatos de optimización*, es decir, como normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, y que por ello admiten un cumplimiento gradual, siendo que la medida exacta de su cumplimiento estaría determinada por las circunstancias de un caso concreto, tanto fácticas como jurídicas.

Pues bien, como dicho autor lo ha resaltado, las circunstancias fácticas vendrían a obtenerse mediante la aplicación de las exigencias de *adecuación* y *necesidad*, pues ambas remiten a una evaluación de la relación entre medios y fines que requiere la consideración de variables empíricas. Por su parte, las posibilidades jurídicas se obtendrían al considerar los principios y las reglas que juegan en contra, a través de la exigencia de la proporcionalidad *stricto sensu*.

De esta manera, la posición que identifica a la ponderación únicamente con esta última exigencia, deja de lado la consideración de las circunstancias fácticas como un elemento necesario para la aplicación de las normas-*principio* y la reduce a la apreciación exclusiva de las posibilidades jurídicas, lo que resultaría incongruente con la caracterización de los

³⁹ El contenido de estos tres criterios puede ser desarrollado de manera detallada; sin embargo, para efectos de este trabajo, baste decir que la exigencia de idoneidad supone que la medida que se evalúa contribuya de alguna manera a alcanzar la finalidad que persigue; mientras que la exigencia de necesidad implica que no exista otra medida menos restrictiva de un derecho fundamental, y que revista la misma eficacia que la medida evaluada. Finalmente, la exigencia de proporcionalidad *stricto sensu* exige la búsqueda de un equilibrio razonable entre los perjuicios y los beneficios que se derivan de la medida en cuestión, respecto de los bienes constitucionales involucrados.

⁴⁰ "El principio de proporcionalidad contiene tres mandatos o requisitos, del cual la ponderación (denominada también proporcionalidad en sentido estricto) es sólo el tercero. Así pues, el principio de proporcionalidad no es sólo ponderación". RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op. cit. p. 107. En esa misma línea, véase PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit. p.109.

⁴¹ "En una mera aproximación al tema, podría decirse, en primer término, que la ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio o estricto, no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo preocupada por la razonable relación de costes y beneficios. El juicio de proporcionalidad, pues, como especie o variante de la ponderación de bienes e intereses". BARNÉS, Javier. "El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar". En: Cuadernos de Derecho Público 5. Septiembre-diciembre 1998. p. 35.

principios como mandatos de optimización, que comprende ambos aspectos.

Es por ello que, en nuestra opinión, el principio de proporcionalidad y la ponderación sí se identificarían cuando ésta se aplica a los conflictos entre principios *constitucionales*, siempre que éstos sean concebidos como exigencias a ser satisfechas en la mayor medida posible.

Sin embargo, lo dicho anteriormente requiere una precisión relacionada con una segunda observación a los límites conceptuales de la ponderación, según la cual existirían ámbitos ajenos al juicio de proporcionalidad en los que, en cambio, la ponderación sí sería aplicable⁴².

De acuerdo con esta segunda observación, el principio de proporcionalidad se encontraría limitado a los supuestos de intervención del poder público en la esfera de libertad del individuo –concretada a través de sus derechos fundamentales– y no podría extenderse a otros ámbitos en que no exista tal intromisión como, por ejemplo, a los conflictos de derechos fundamentales surgidos entre particulares (pensemos en los conflictos surgidos entre la libertad de expresión y el derecho al honor, o entre el derecho a la propia imagen y la libertad de empresa), en los que sólo cabría realizar una ponderación entre ambos evaluando los costes y beneficios de la prevalencia de uno sobre el otro.

Creemos que la lógica que se encuentra detrás de esta segunda observación es la misma que hemos señalado anteriormente, la cual identifica a la ponderación sólo con el principio de proporcionalidad *stricto sensu* y, a partir de ello, considera que éste conduce a un **juicio negativo**, en el sentido que únicamente prohibiría aquellas intervenciones del poder público que sean excesivas o desproporcionadas⁴³.

Este tipo de control negativo no existiría en los conflictos entre derechos individuales, pues allí la ponderación perseguiría el máximo grado de plenitud y de equilibrio de los bienes involucrados, tratándose más bien de un **juicio positivo**, que no resultaría pertinente cuando uno de los dos extremos de la ponderación sea un interés general

y público, en tanto no existe necesariamente el deber de maximizar su satisfacción, sino por el contrario, de respetar el grado de satisfacción que el poder público quiera otorgar a dicho interés.

Si bien reconocemos que en los dos escenarios propuestos existe una diferencia, no creemos que el principio de proporcionalidad sólo sea aplicable ante la presencia de una intervención del poder público y no a los conflictos entre dos derechos o bienes jurídicos surgidos entre particulares. Consideramos que también en el último supuesto, el principio de proporcionalidad (con todas sus exigencias) muestra una gran utilidad, por ejemplo, evitando que el sacrificio de uno de los derechos en conflicto resulte inútil, al no significar un incremento en el nivel de satisfacción de aquél derecho que se le opone.

Veamos este último supuesto con un ejemplo. Supongamos que una empresa textil prohíbe a sus trabajadores que adquieran o usen las prendas de lujo que ésta confecciona bajo sanción de despido, medida que justifica en el propósito de disminuir cualquier incentivo que conduzca a la apropiación o sustracción de estas prendas por el personal de la fábrica; generando así un conflicto entre el derecho de propiedad del empleador (que la medida busca proteger) y los derechos de sus trabajadores a consumir cualquier bien que sea de su preferencia.

Pues bien, en un caso como el propuesto, en que no interviene el poder público, resulta perfectamente posible evaluar si la medida adoptada por el empleador resultaba idónea para proteger los bienes de su propiedad y si existía una medida alternativa que sea igualmente eficaz pero que implique una menor restricción para los derechos de los trabajadores como consumidores, con lo que resulta claro que también en este tipo de conflictos es posible recurrir al juicio de proporcionalidad.

En todo caso, la diferencia entre el supuesto de limitación de un derecho fundamental por intervención del poder público, y el supuesto de limitación por efecto de la satisfacción de otro derecho fundamental, que es resaltada en la segunda observación, se resolvería más bien en

⁴² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Op. cit. p. 109.

⁴³ El profesor español Javier Barnes ha puesto de manifiesto esta distinción; sin embargo, al referirse al juicio positivo que implica la ponderación entre derechos individuales, lo ha identificado con el principio constitucional de la concordancia práctica. Ver: BARNÉS, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario". En: Revista de Administración Pública 135. Septiembre-diciembre 1994. p. 53. Nota 166.

una distinta intensidad al momento de aplicar la exigencia de la proporcionalidad *stricto sensu*, que resultaría mayor en el segundo caso, al ser necesario optimizar los derechos fundamentales en juego.

En consecuencia, podemos afirmar que ponderación y juicio de proporcionalidad se identifican cuando aquélla se aplica a los conflictos surgidos entre principios constitucionales, siendo necesario entonces establecer si es posible articular este parámetro con el de razonabilidad, en una fórmula que sea capaz de dotar de sentido a este *par conceptual* recogido en nuestra Constitución.

VI. NUESTRA PROPUESTA DE ARTICULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD PARA EL CASO PERUANO

De lo expuesto hasta este punto, puede apreciarse que la razonabilidad y la proporcionalidad constituyen parámetros que han servido a la dogmática jurídica; pero, sobre todo, a los jueces y tribunales para enjuiciar la validez de las medidas que limitan la libertad y los derechos fundamentales de los individuos cuando éstas provienen del poder público o, en general, de cualquiera que detente una cuota de autoridad o de poder; así como para obtener una relación de equilibrio entre dos o más derechos o bienes fundamentales que concurren en un caso concreto.

Sin embargo, la formulación que se ha realizado de ambos principios nos impide equiparar sus respectivos contenidos, por lo que no podría afirmarse que ambas expresen –aunque de diversas maneras– un parámetro único.

En efecto, por un lado, la razonabilidad es entendida como una exigencia de adecuación de toda medida limitativa o restrictiva a las circunstancias que la originaron y a los fines que ésta persigue, existiendo una resistencia de la jurisprudencia a brindar una definición abstracta de lo razonable, dando sólo ciertas referencias que la conciben como una exigencia de “justificación racional”, lo que nosotros hemos denominado como *aceptabilidad*, y que supone que deban expresarse razones aceptables para justificar su adopción.

Por otro lado, la proporcionalidad se presenta como un parámetro complejo, integrado a su vez por tres exigencias articuladas entre sí y que se encuentran encaminadas a asegurar que toda medida limitativa que se adopte, (i) sea eficaz

para obtener el fin que se persigue con ella; (ii) no limite la libertad más allá de lo estrictamente necesario, y por último, (iii) no implique una restricción desproporcionada o excesiva del contenido del bien jurídico constitucional del que se trate.

Así las cosas, razonabilidad y proporcionalidad no se identifican, aunque ésta última sí puede ser equiparada con el método de la ponderación entre principios constitucionales. Ello, no sólo porque la mayoría de los derechos fundamentales vienen formulados en tono de principio, sino porque cada una de las tres exigencias del principio de proporcionalidad permiten *optimizar* el contenido de dichos bienes constitucionales, tanto en el nivel de las posibilidades fácticas (a través de las exigencias de *idoneidad* y *necesidad*), como en el de las posibilidades jurídicas (a través de la exigencia de proporcionalidad *stricto sensu*).

Ahora bien, ¿cómo articular ambos principios en el ordenamiento jurídico peruano, a efectos de otorgarles un ámbito de aplicación propio que permita su adecuada utilización por parte de los operadores jurídicos?

Teniendo en cuenta que la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su *justificación racional*, consideramos que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que limite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo. En tal sentido, la razonabilidad permitiría rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas o que se justifiquen en la búsqueda de objetivos proscritos por nuestro texto constitucional, de manera explícita o implícita.

Ello, porque sólo sería posible concluir si una determinada medida es eficaz, necesaria o proporcionada para obtener un fin si previamente se ha verificado que dicha finalidad efectivamente existe y que no se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico, papel que en nuestra opinión, le correspondería al principio de razonabilidad.

De esta manera, sólo una vez superado el tamiz impuesto por este primer principio, sería posible realizar el análisis de la proporcionalidad de la medida, evaluación esta última que ya no recaería sobre la medida en sí misma, sino sobre la relación existente entre ésta y el fin que pretende alcanzar, la cual sería efectuada sobre la base de las

exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, que integran este segundo parámetro de constitucionalidad.

Consideramos que a partir de esta articulación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros complementarios entre sí, no sólo adquiere sentido la fórmula empleada por nuestro texto constitucional, sino que es posible comprender que existan medidas *razonables pero desproporcionadas*; es decir, que si bien se encuentran justificadas en la consecución de una finalidad legítima, no sean eficaces para alcanzarlas, restrinjan la libertad más allá de lo estrictamente necesario o resulten desproporcionadas y/o excesivas.

Esta articulación permitiría una comprensión de la función particular que cada uno de estos principios cumple dentro del sistema diseñado por nuestra Constitución, así como una utilización más uniforme de ambos parámetros por parte de los órganos de aplicación, lo que en definitiva redundará en una adecuada motivación de sus decisiones. Por ello, creemos que en este punto, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional tiene una tarea pendiente, que resulta de gran importancia dentro del esfuerzo que viene desplegando en la construcción de una Teoría de los derechos fundamentales para el ordenamiento constitucional peruano.

LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Javier Adrián Coripuna*

El autor describe con bastante claridad el panorama actual sobre los alcances en el tiempo de las sentencias, tomando como referencia distintos ordenamientos legales, a fin de encontrar una respuesta que sea aplicable a nuestro país. Asimismo, expone tales alcances en función de la interacción, por un lado, entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y, por otro, el legislador y el mismo Tribunal.

* Profesor del Postítulo de Derecho Procesal Constitucional de la PUCP y de la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que afrontan hoy los Tribunales Constitucionales es, sin duda, el determinar los efectos temporales de sus sentencias; básicamente de aquéllas expedidas en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. El problema no consiste sólo en la dificultosa tarea de establecer adecuadamente el momento a partir del cual debe empezar a surtir efectos la inconstitucionalidad declarada, sino, como trasfondo de ésta, la no menos compleja tarea de ponderar entre la búsqueda de un efectivo control constitucional de las leyes y la protección de otros bienes o derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad.

Tal problema también pone en evidencia la siempre difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento, así como, en menor medida, la del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Ello debido a que, como consecuencia de los efectos temporales establecidos en las sentencias de inconstitucionalidad, en determinados casos se exigirá la participación de tales órganos (ya sea en la expedición de leyes o en la aplicación de leyes cuyos efectos de inconstitucionalidad hayan sido diferidos, respectivamente), situación que no siempre va a ser de fácil aceptación. En el primer caso, por ejemplo, es el Parlamento el órgano encargado, al expedir una nueva ley —alternativa a aquella declarada inconstitucional—, de respetar determinados principios y criterios establecidos en las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que no siempre sucede, amparándose en su denominada “soberanía parlamentaria”. En el segundo caso, por ejemplo, es el Poder Judicial el órgano encargado, mediante los procesos ordinarios, de interpretar la aplicabilidad de una ley que, si bien ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, aún continúa vigente debido a una *vacatio sententiae* establecida por este último órgano.

Son estos y otros problemas vinculados al tema general los que pretendemos examinar en esta oportunidad. Para ello, verificaremos brevemente el tratamiento normativo dado a los efectos temporales de las sentencias en diferentes ordenamientos jurídicos (Alemania, Austria, Italia y España), de modo tal que podamos apreciar una perspectiva comparada sobre la forma cómo otros

ordenamientos jurídicos han buscado solucionar algunos de los problemas planteados.

En tal sentido, en un primer apartado, tocaremos brevemente el tratamiento dado a este tema en los precitados ordenamientos jurídicos para luego, en un segundo apartado, verificar la regulación establecida en el sistema jurídico peruano. En un tercer apartado, vincularemos a los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad sobre el legislador. En el cuarto apartado, examinaremos los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad sobre los jueces ordinarios. Y, finalmente, en el quinto apartado, esbozaremos algunas conclusiones a las que arribamos luego de este estudio.

II. LA EFICACIA TEMPORAL DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ALEMANIA, AUSTRIA, ITALIA Y ESPAÑA

A. Alemania

Conforme lo establece el artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (en adelante, “LTCF”), “(l)as decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Lander, así como a todos los órganos judiciales y administrativos”. Asimismo, el artículo 78 de la misma ley establece que “(s)i el Tribunal Constitucional Federal llega al convencimiento de que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho de un Land es incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas de la Federación, declara nula la ley. Si posteriores disposiciones de la misma ley son, por los mismos motivos, incompatibles con la Ley Fundamental o con otras normas de la Federación, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) puede igualmente declararlas nulas”.

En cuanto a las sentencias que declaran la nulidad de una norma o que ésta es incompatible con la Norma Fundamental, cabe precisar que, conforme al mencionado artículo 31, la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal conlleva una prohibición de reiteración por parte del Legislador. En efecto, el Legislador “no puede volver a aprobar una norma declarada inconstitucional, ni puede repetir el error constitucional cometido”¹.

¹ WEBER, Albrecht. “Alemania”. En: Aja, Eliseo. “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”. Ariel. 1998. p. 93.

La declaración de nulidad contenida en el referido artículo 78 implica que la disposición considerada como inconstitucional resulta inválida desde el momento de su creación, por lo que debe entenderse que nunca existió². “La nulidad se retrotrae, pues, al momento de creación de la norma y, por ello, se define como nulidad *ex tunc*”³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la nulidad de una ley va a producir graves efectos sobre la seguridad jurídica, el artículo 79.2 de la LTCF se encarga de limitar los efectos de la norma inconstitucional. Por tanto, en los casos de sentencias penales firmes basadas en una norma declarada inconstitucional, es posible reabrir el proceso y, en los demás casos, las decisiones firmes se mantienen, aunque no puedan ser ejecutadas⁴.

De otro lado, cabe precisar que cuando el Tribunal Constitucional Federal (en adelante, “TCF”) no declara la nulidad de la disposición que ha sido objeto de control, puede expedir una “*declaración de incompatibilidad sin nulidad*”. Este tipo de decisiones se justifica cuando, a pesar de haberse identificado que la disposición controlada es contraria a la Constitución, no se declara la nulidad para evitar una situación jurídica insoportable. Conforme sostiene el Tribunal, “la declaración de incompatibilidad se aplica cuando ‘la inconstitucionalidad no es claramente circunscritable a una parte de la norma o cuando el legislador tiene diversas posibilidades de remover la situación de inconstitucionalidad’ (BVerfGE 90, 263, 276). Esto sucede principalmente cuando la limitación en vía legislativa de un derecho de libertad es en conjunto admisible pero en particulares condiciones contrasta con el principio de proporcionalidad y en estos límites es inconstitucional”⁵. En general, la declaración de incompatibilidad no elimina la norma inconstitucional del ordenamiento y por tanto, formalmente, la norma continúa existiendo (BVerfGE, 72, 9 (18)). Sin embargo, es importante mencionar que la ley cuestionada, hasta que surta efectos la declaración de inconstitucionalidad, no es aplicable. Los

órganos judiciales no pueden decidir como si la ley existiese y deben suspender el juicio a la espera de una nueva ley que discipline la materia. Si el tiempo de espera es demasiado largo, entonces el juez, basándose en la Constitución (de donde obtiene directamente las premisas de la decisión), debe resolver la cuestión⁶.

Lo expuesto en el párrafo precedente, en cuanto a los efectos de la inaplicabilidad de la ley y la autorización excepcional para que el juez decida el caso, requiere de una mayor explicación. Precisamente, deben examinarse, entre otras, las consecuencias jurídicas de la declaración de incompatibilidad respecto de operadores jurídicos tales como los tribunales y los órganos de la administración⁷. Para ello, se parte de la constatación de que, entre el momento del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal y la reforma de la ley por parte del legislador, transcurre un periodo transitorio durante el cual se presenta el problema de cómo deben tratar los tribunales y la Administración aquellos casos vinculados con la declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, la reiterada jurisprudencia del TCF sostiene que la norma declarada inconstitucional es sometida al denominado “bloqueo de aplicación” (*Anwendungssperre*), cuyos efectos se retrotraen al momento en el que se ha verificado la colisión normativa. Como sostiene el TCF, la declaración de incompatibilidad “desde el punto de vista del derecho constitucional tiene el mismo efecto de la declaración de nulidad. La norma no puede ser más aplicada en la medida que resulte de la parte dispositiva de la sentencia y desde el momento en el cual la decisión viene pronunciada”⁸. “Este bloqueo aplicativo inmediato vale mientras el legislador no haya emanado una nueva disciplina y es vinculante ya sea para los tribunales o para las autoridades administrativas. El bloqueo de aplicación representa como regla (...) la consecuencia jurídica principal de la declaración de incompatibilidad”⁹.

En cuanto al funcionamiento de la regla del “bloqueo de aplicación”, el TCF ha desarrollado

² La declaración de nulidad de la ley, atendiendo al principio general de que la ley, al no existir, no ha derogado el derecho anterior, tiene como consecuencia la reviviscencia del derecho derogado por la ley.

³ WEBER, Albrecht. Op. cit. p. 75.

⁴ Ibid. p. 75.

⁵ Así en MAURER, H. “Staatsrecht I”. Munchen: Beck. 2005. pp. 700 y siguientes. En: Corte Constitucional de Italia, Servizio Studi, Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale. Marzo de 2007. pp. 198-199.

⁶ Ibid. p. 199.

⁷ FERONI G., Cerrina. “Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca: tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità”. Torino. 2002. pp. 212 y siguientes.

⁸ BVerfGE, 37, 217 (261); 55, 100 (110); 61, 319 (356); 72, 278 (279); 73, 40 (101).

⁹ FERONI G. Op. cit. p. 213.

algunas excepciones, pues parte de advertir que en algunos casos una fiel aplicación de ésta, además de encontrarse en contradicción con la misma *ratio* de la declaración de incompatibilidad, puede conducir a resultados perversos. Así, por ejemplo, en el caso del “día de descanso”¹⁰, el TCF declaró la respectiva ley incompatible con el artículo 3.2 de la Norma Fundamental y suspendió la sentencia del Tribunal del Trabajo que había rechazado el pedido para que se conceda tal día de permiso (*BVerfGE*, 52, 369). Ello, para mantener al recurrente la posibilidad de favorecerse por una eventual reglamentación legislativa del “día de descanso” que opere también para los hombres. En este caso, la disciplina sobre el “día de descanso” no era *per se* inconstitucional sino sólo en la medida en que tal beneficio fuese limitado a las mujeres. Por tanto, era correcto que el beneficio fuese conservado a las mujeres en el tiempo transitorio, es decir, mientras que el legislador no hubiese decidido si tal ley debía ser extendida también a los hombres o en su lugar debía ser cancelada también para las mujeres¹¹.

Otra de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal en la que se verifica alguna peculiaridad en cuanto a sus efectos en el tiempo, es la denominada “sentencia apelativa”, mediante la cual el Tribunal considera que la norma controlada aún es constitucional en el momento de expedirse la sentencia, pero, sin embargo, cabe la posibilidad de que tal norma se convierta en inconstitucional en el futuro, por lo que en este caso se requiere la participación del legislador a fin de que dicte las leyes que eviten la inconstitucionalidad o la nulidad. Algunos temas en los que se ha aplicado este tipo de sentencia son: i) impuesto general a las ventas; ii) expulsión de las escuelas sin previsión legal; y iii) discriminatoria tributación del patrimonio¹². En el caso sobre la “pensión de viudedad”, el TCF sostuvo que “(n)o se puede decir en la actualidad que las más rigurosas condiciones que establece la legislación vigente para la pensión de un viudo, en comparación con las exigidas para ser acreedor a una pensión de dicho tipo por

la viuda en la Seguridad Social, sean incompatibles con la Ley Fundamental. El legislador debe, sin embargo, esforzarse por encontrar una solución apropiada que excluya en el futuro una violación del artículo 3, apartado 2 y 3 de la L.F.”¹³. Al respecto, Schlaich sostiene que “(l)a ley, sin duda constitucional en su origen, está actualmente en vías de ser inconstitucional, a la vista del cambio de papel de la mujer en la pareja y en la familia; será por tanto, necesario que se aborde la reforma de dicha cuestión, pero hay que dar al legislador el tiempo necesario para llevarla a cabo. El legislador habría podido remitirse a la constitucionalidad de la regulación existente a tenor de una anterior decisión del Tribunal, pero en la actualidad corresponde al legislador la misión constitucional de adecuar la regulación del tema a la nueva situación”¹⁴.

B. Austria

El modelo austriaco instaurado en 1920 ha tenido algunas variaciones en los últimos años, sobre todo después de la reforma constitucional de 1975. Mediante el artículo 140.5 de la Constitución¹⁵, el denominado “legislador constitucional” ha reconocido al Tribunal Constitucional austriaco la facultad discrecional de fijar el plazo establecido en dicho artículo y determinar su duración. En efecto, la invalidación de la ley produce normalmente efectos *ex nunc* (a futuro), los mismos que transcurren desde el día de la publicación, salvo en los casos en que el Tribunal Constitucional establezca un término para la derogación. La previsión del término tiene por objeto conceder al legislador el tiempo suficiente para reparar la norma viciada y evitar vacíos normativos, tiempo en el cual la norma ilegítima debe ser aplicada hasta el transcurso del término a excepción del caso que ha dado origen a la decisión¹⁶.

Una vez producida la invalidación, ésta vincula a todas las autoridades judiciales y administrativas. La sentencia estimatoria actúa retroactivamente,

¹⁰ Se trataba de un caso en el que se presentó un recurso constitucional por violación del principio de igualdad contra una ley de un Land que concedía a las mujeres trabajadoras con propio núcleo familiar –y no a los hombres– un día libre de trabajo al mes.

¹¹ FERONI G. Op. cit. p. 214.

¹² WEBER, Albrecht. Op. cit. pp. 80-81.

¹³ Rec. 39,169. Citado por SCHLAICH, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”. En: AA.VV. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. p. 200.

¹⁴ SCHLAICH, Klaus. Op. cit. p. 201.

¹⁵ Artículo 140.5.- El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las sanciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año.

¹⁶ HUPPMANN, Reinhild. “La giustizia costituzionale in Austria”. En: LUTHER J. y otros. Esperienze di giustizia costituzionale. Volumen I. Torino. 2000. pp. 148 y siguientes.

en línea de principio, tan sólo en el caso que ha dado origen al control sobre la norma. “La jurisprudencia del Tribunal ha ampliado este efecto retroactivo que en un principio sólo beneficiaba al caso que ha dado origen al control, también a todos aquellos otros casos pendientes al inicio de la audiencia o de la Cámara de Consejo”¹⁷.

Asimismo, cabe mencionar que la segunda frase del artículo 140.7 de la Constitución reconoce al Tribunal la posibilidad de establecer “otra cosa” respecto a los efectos temporales de sus sentencias y “prescindir, por lo tanto, de la regla general de aplicación de la ley inconstitucional a todos los supuestos de hecho realizados (...) antes de su derogación, con la excepción del supuesto que dio origen al fallo. Ante la ausencia de una concreción de esta facultad atribuida al Tribunal Constitucional es evidente que faltan criterios claros para establecer distinciones en relación con la posible retroactividad de la sentencia. En determinadas circunstancias, dicha retroactividad podría llegar incluso hasta el extremo de que se equiparase de facto a una ‘declaración de nulidad’ (*ex tunc*)”¹⁸.

Si el Tribunal no se pronuncia en un sentido específico, “junto a la abrogación de la ley se produce la reviviscencia de las fuentes abrogadas por la ley juzgada como inconstitucional. Cuales sean tales fuentes deberán ser precisadas con la publicación de la sentencia”¹⁹.

Finalmente, conviene mencionar que una de las transformaciones más importantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Austriaco tiene que ver con la extensión de la noción de *Anlassfall*²⁰, que originariamente concernía a los efectos de la inconstitucionalidad sobre el “caso que había dado origen al pronunciamiento del Tribunal”. A partir de 1985, tal término se extiende a cualquier otro juicio pendiente ante el mismo Tribunal Constitucional al momento del debate o de la deliberación en Cámara de Consejo. Así por ejemplo, en la sentencia del 17 de marzo de 1988, la noción de *Anlassfall* viene posteriormente extendida en modo tal que, estando previsto un

plazo de un año, el Tribunal establece la retroactividad de su pronunciamiento en otros 25 *Anlassfälle*, todos pendientes al momento del debate²¹.

C. Italia

A modo de premisa, puede afirmarse que la Corte Constitucional italiana se ha dotado de un conjunto de mecanismos y tipos de decisión con el objeto de lograr su misión constitucional y, de este modo, romper la rigidez que le imponía tanto la cuestión de inconstitucionalidad sometida a su conocimiento, como las diferentes opciones adoptadas por el legislador. Las razones de tal actitud se encuentran en “el temor a crear vacíos normativos (*horror vacui*) o situaciones normativas con resultados peores de los que deberían eliminar con la sentencia de inconstitucionalidad, sobre todo teniendo en cuenta la inercia del legislador, el respeto por el ámbito de discrecionalidad del legislador, la incidencia financiera de las decisiones (el coste de las sentencias)”²², entre otras.

En cuanto a la normatividad que rige la eficacia de las decisiones estimatorias y la modulación de los efectos en el tiempo, el artículo 136 de la Constitución italiana establece que “cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una ley o un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión”. Asimismo, el artículo 30.3 de la Ley 87 de 1953, precisa que “las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas desde el día siguiente a la publicación de la decisión”.

Según se afirma, “en la actualidad es absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no puede aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo* ni en los pendientes, con excepción solamente de las denominadas relacionadas ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, en general, ya han aplicado la disposición declarada ilegítima y que ya se han convertido en definitivos al ser firmes o no susceptibles de recurso alguno”²³.

¹⁷ Ibid. p. 150.

¹⁸ SCHAFFER, Heinz. “Austria, la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador”. En: AJA, Eliseo. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Ariel. 1998. pp. 32-33.

¹⁹ HUPPMANN, R. Op. cit. p. 151.

²⁰ En sistemas de control concentrado en los que existen procedimientos de naturaleza incidental, el *Anlassfall* puede ser entendido como aquel caso que había dado origen a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

²¹ CERVATI, Angelo Antonio. “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali Austriaca, Tedesca e Italiana”. En: Quaderni Costituzionali 2. Agosto de 1989. pp. 275-276.

²² ROMBOLI, Roberto. “Italia”. En: AJA, Eliseo. Op. cit. pp. 108-109.

²³ Ibid. p. 119.

En cuanto a las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad expedidas en el procedimiento incidental descartando un determinado sentido interpretativo de la ley cuestionada o identificando otros sentidos interpretativos que resultan compatibles con la Constitución, cabe mencionar que la mayoría de la doctrina coincide en la ausencia de efectos *erga omnes* y que éstas “no vinculan en general a los jueces ordinarios a adoptar la interpretación que la Corte ha declarado conforme a la Constitución”²⁴, aunque existe otro sector que estima que se deben aproximar los efectos de las sentencias de rechazo a los de las sentencias de acogimiento, relativizando estos y extendiendo aquéllos, por lo que las sentencias de rechazo también despliegan eficacia en todo el ordenamiento²⁵.

En general, en cuanto a los efectos temporales de las sentencias, sostiene Paladin que, al no contarse con previsiones constitucionales específicas como aquellas que operan en otros ordenamientos²⁶, la Corte Constitucional ha empezado a moverse por propia cuenta y se ha servido fundamentalmente de tres técnicas decisorias²⁷:

La primera es la técnica del “doble pronunciamiento”. Conforme a ella, se asume un primer pronunciamiento que declara infundada o inadmisibles la cuestión, pero en su motivación la Corte avisa previamente su orientación si se vuelve a plantear la cuestión, por lo que si en la siguiente oportunidad no se ha superado el vicio advertido, declara la respetiva anulación²⁸.

La segunda es la decisión “aditiva”. Al respecto, conviene precisar que en este caso no se está necesariamente frente a una decisión aditiva en el sentido de crear algo formalmente nuevo en el ordenamiento a nivel de legislación ordinaria, sino en el sentido de restringir –precisamente– los

efectos temporales de la declaración estimatoria. En este caso existe sólo un único pronunciamiento, el cual contiene en la parte dispositiva de la sentencia estimatoria todo lo necesario para el fin que se pretende. A modo de ejemplo, puede mencionarse la sentencia 266 de 1988, vinculada al ordenamiento judicial militar de paz, en cuya parte dispositiva se declara la ilegitimidad constitucional de un determinado artículo de la Ley 180 de 1981, “en la parte en la cual consiente que las medidas sobre el mismo artículo sean posteriormente adoptadas con el procedimiento indicado en la misma disposición”²⁹.

La tercera, muy semejante a la declaración de incompatibilidad alemana, se denomina “decisión de declaración de incompatibilidad entre la norma legislativa impugnada y el parámetro constitucional invocado”. Sin embargo, en este caso no sigue a esta decisión un efecto inmediato de anulación que pueda servir a los interesados. A manera de ejemplo, conviene recordar la sentencia 497 de 1988, que fundamentándose en la sentencia 560 de 1987, declara la ilegitimidad constitucional de una determinada norma en la parte en la cual no prevé un mecanismo de adecuación del valor monetario indicado. Precisamente, la falta de tal mecanismo es la razón por la cual la Corte Constitucional anula tal norma, pero establece que compete al legislador la adecuación del importe de la indemnización como determinado por la norma que se declara constitucionalmente ilegítima.

D. España

Conforme a la normatividad española, las sentencias mediante las cuales el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley adquieren eficacia

²⁴ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. “La interpretación constitucional de la ley”. Lima: Palestra. 2003. p. 153.

²⁵ RUGGERI, A. “Storia di un falso: l’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale. Giuffrè”. Milán. 1990. Citado por: DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Op. cit. p. 154.

²⁶ El artículo 282 de la Constitución de Portugal contiene una disposición según la cual el Tribunal Constitucional puede restringir el ámbito temporal de efectos de sus decisiones de estimación, cuando lo exijan razones concernientes a la certeza del derecho, a la equidad o a otros intereses públicos de excepcional relevancia.

²⁷ PALADIN, Livio. “Considerazioni preliminari”. En: Corte Costituzionale. Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle sperienze straniere. Giuffrè. 1989. pp. 8 y siguientes.

²⁸ Algunas críticas que se han formulado a este tipo de pronunciamiento son que: i) si la brevedad de la aplicación de una norma inconstitucional vale por sí misma para justificar su existencia; y ii) si con este tipo de pronunciamiento la Corte “no termina por hacer depender su jurisprudencia de eventualidades accidentales, que no depende de su voluntad, es decir, del hecho que la cuestión sea nuevamente propuesta, porque sólo en tal caso se podría arribar al doble pronunciamiento allí donde el vicio permanezca”. PALADIN, Livio. Op. cit. p. 9.

²⁹ Para comprender mejor lo decidido en esta sentencia conviene citar el último párrafo de la parte considerativa: “La ilegitimidad constitucional del primer inciso del artículo 15 de la ley bajo examen, que aquí se va a declarar, derivada, precisamente, de la inercia legislativa prolongada por largo tiempo, no incide, se reitera, en ningún modo sobre lo que hasta ahora ha actuado en vía administrativa o jurisdiccional bajo el vigor de la mencionada norma ordinaria”.

erga omnes desde el día siguiente de su publicación y tienen efectos retroactivos, en el sentido de que la nulidad de la norma debe entenderse desde su entrada en vigor³⁰, salvo cuando se trate de “procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”. Conforme al artículo 40 inciso 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, “LOTCC”), tal límite cede cuando se trata de “procesos penales o contenciosos administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”³¹.

La sentencia 45/1989 marca un punto de inflexión entre dos posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional español sobre la determinación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad³², desde una de aplicación más o menos estricta de las disposiciones de su Ley Orgánica, según la cual aquél no podía modular tales efectos, hacia otra según la cual sí le corresponde decidir, según el caso concreto, la modulación de los efectos de la inconstitucionalidad³³.

Declarada una vez la nulidad de la norma, no puede seguir aplicándose a situaciones futuras como tampoco a aquellas que, si bien tuvieron origen antes de la sentencia, no son todavía firmes. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, con la declaración de nulidad se persigue precisamente excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar” (STC 196/1997 y STC 233/1999). “Esta regla no parece que admita excepción, pues por mucho que se modulen las consecuencias de la nulidad, no resulta admisible que una norma declarada

nula siga produciendo efectos y pueda seguir aplicándose por Jueces y Tribunales. De otro modo se difuminaría toda diferencia entre nulidad y derogación”³⁴.

Si bien el supuesto común en las sentencias de inconstitucionalidad es la nulidad de la ley controlada, existen otros casos en los que la inconstitucionalidad no lleva aparejada la declaración de nulidad. Dentro de estos últimos tenemos a las denominadas *sentencias interpretativas* y a las *sentencias de mera inconstitucionalidad*. Las primeras, que parten de la distinción entre disposición y norma, resultan procedentes cuando una misma disposición admite diferentes sentidos interpretativos, algunos de los cuales pueden ser compatibles con la Constitución y otros no. Por ello, conforme al principio de interpretación conforme a la Constitución, así como a la presunción de legitimidad de la ley, debe evitarse la declaración de inconstitucionalidad de una disposición siempre que sea identificable un sentido conforme a la Constitución. Por tanto, la disposición impugnada sigue surtiendo efectos en el tiempo pero subordinada a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, ya sea que éste ha excluido en el futuro un determinado sentido interpretativo³⁵ o que ha establecido un determinado sentido interpretativo conforme con la Constitución³⁶.

Mediante las segundas, el Tribunal Constitucional opta por declarar la simple inconstitucionalidad sin adoptar ninguna medida para su reparación inmediata, fundamentándose en: i) la concurrencia de un interés general que exigía evitar la nulidad de la ley, a lo que podía sumarse que la ley ya hubiese agotado sus efectos; y ii) cuando, pese a haberse apreciado la inconstitucionalidad,

³⁰ Artículo 39, inciso 1 LOTCC.- “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

³¹ PAMIO, Verónica. “La Justicia Constitucional en España”. En: CELOTTO, Alfonso y otros. La Justicia Constitucional en Europa. México: Fundap. 2004. p. 154.

³² GÓMEZ MONTORO, Ángel. “Comentario al artículo 39”. En: REQUEJO PAJES, Juan Luis. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: BOE. 2001. p. 583. En el mismo sentido, ROMBOLI, Roberto y otro. “La giustizia costituzionale in Spagna”. En: LUTHER J. y otros. Esperienze di giustizia costituzionale. Volumen II. Torino. 2000. p. 343.

³³ STCE 25 de 1989: “En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 38.1 LOTCC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento. La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”. Foja 11.

³⁴ GÓMEZ MONTORO, Ángel. Op. cit. p. 588.

³⁵ Entre otras: STC 22/1981; STC 199/1987 y STC 212/1996.

³⁶ Entre otras: STC 5/1982 y STC 105/2000.

el Tribunal difiere su eficacia hasta el momento en el que intervenga el legislador y de este modo se repare la inconstitucionalidad.

III. LA EFICACIA TEMPORAL DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

En el caso peruano, conforme se desprende del artículo 204 de la Constitución³⁷, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley no tiene efectos retroactivos, es decir, tal declaración no constituye un pronunciamiento declarativo en el que precisamente sólo se declara la nulidad, sino un pronunciamiento constitutivo en el que se declara la anulabilidad de la ley, la misma que deja de surtir efectos a partir de su declaratoria de inconstitucionalidad. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, "(c)onstatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia (...) que así lo declarase (artículo 204 de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (...). En suma, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales"³⁸. En otras palabras, la expresión "dejar sin efecto" refleja "la imposibilidad de aplicación presente y futura de la norma

declarada inconstitucional, pero también su expulsión del ordenamiento jurídico"³⁹.

A pesar de que la diferencia entre derogación y declaratoria de inconstitucionalidad es importante al *momento de calificar una demanda*, de modo que se pueda verificar si se ha producido la sustracción de la materia o no –que es el supuesto al que se refiere el aludido Expediente 0004-2004-AI y sobre el que inicialmente había un comprensión errónea del Tribunal–⁴⁰, tal diferenciación también resulta importante para verificar los efectos temporales de la *sentencia*, pues una vez declarada la inconstitucionalidad de una ley van a ser distintos los efectos de la declaratoria si es que ésta es considerada como una "derogación de la ley" o si es considerada como "inconstitucionalidad de la ley".

En cuanto a la diferenciación en el primer momento –la calificación de la demanda–, se ha sostenido que "(a)unque al control abstracto de constitucionalidad de las normas le es inherente el interés objetivo de defensa de la supremacía normativa de la Constitución y no el interés subjetivo de aquellos que pueden ser víctimas de su aplicación, tal potencial o efectiva aplicación es el "factor inmanente" en todo control de la constitucionalidad, sea éste abstracto o difuso. La imbricación incesante entre la ley y la realidad fáctica, o (lo que es lo mismo) entre la ley y su aplicación, impone que sea la eficacia de la ley y no su vigencia el criterio que deba ser atendido al momento de determinar la existencia o no de objeto de enjuiciamiento en el proceso de inconstitucionalidad"⁴¹.

³⁷ 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. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

³⁸ Expediente 0004-2004-AI. Foja 2. Caso ITF. Asimismo, como consecuencias de lo expuesto, el TC agrega: "De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria".

Asimismo, es importante destacar que tratándose de una norma tributaria, el segundo párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional establece que es el Tribunal Constitucional el que debe determinar, de manera expresa en la sentencia, los efectos de su decisión en el tiempo. Sin embargo, en nuestra doctrina existen opiniones discrepantes en cuanto a la aplicación de efectos retroactivos en materia tributaria. Así, Samuel Abad sostiene que el artículo 74 de la Constitución, párrafo final, "no autoriza la eficacia retroactiva de las decisiones del Tribunal. Ante una declaración expresa de la Constitución que no otorga efectos retroactivos a las sentencias del Tribunal (artículo 204º), no resulta fácil interpretar que un aislado dispositivo ubicado en un título distinto constituya una excepción a la regla general establecida. Creemos que esta excepción debió haber sido prevista por la Constitución". ABAD YUPANQUI, Samuel. "Derecho Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica. 2004. p. 166.

³⁹ CARPIO MARCOS, Edgar. "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional". En: Proceso y Justicia 5. Abril de 2005. p. 62.

⁴⁰ "Conocidas son las dudas suscitadas tras la publicación de la sentencia 0010-2002, respecto a la legitimidad de los procesos a terroristas en los que participaron Jueces sin rostro, toda vez que en la referida sentencia, el TC en claro desatino no se pronunció sobre el particular por haber sido derogadas las disposiciones que permitían la existencia de tales jueces, a pesar de que la decisión tenía la capacidad de invalidar los efectos que tales disposiciones cumplieron en el pasado. Este es claro ejemplo de la relevancia que tiene valorar los efectos de las disposiciones y no su vigencia, al momento de determinar la sustracción de la materia en los procesos de inconstitucionalidad". RODRÍGUEZ S. Roger. "Proceso de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional. Algunos apuntes sobre su finalidad y su objeto de control". En: Proceso y Justicia. Abril de 2005. p. 76.

⁴¹ RODRÍGUEZ S., Roger. Op. cit. p. 75.

En cuanto a la diferenciación en el segundo momento –la verificación de los efectos temporales de la sentencia–, la aludida imbricación entre la ley y su aplicación también va a resultar de particular relevancia, pues si se considera la declaratoria de inconstitucionalidad como una “derogación de la ley”, entonces se centrará nuestra atención en la “vigencia” de la ley, por lo que una vez declarada la inconstitucionalidad de ésta, ya no va a surtir efectos en el futuro, *quedando intactos los efectos de la ley respecto de aquellas situaciones iniciadas antes de la declaración de inconstitucionalidad*. En cambio, si se toma en cuenta la declaratoria como lo que realmente es, una de “inconstitucionalidad” de la ley, entonces se centrará nuestra atención en la unión inescindible entre la ley y su eficacia, por lo que una vez declarada la inconstitucionalidad de la ley, ésta no sólo no va a surtir efectos en el futuro, *sino que se cortan los efectos de la ley respecto de aquellas situaciones iniciadas incluso antes de la declaración de inconstitucionalidad*. Mediante la declaración de inconstitucionalidad, entendida en los términos antes expuestos, se elimina la operatividad formal y material de la ley incompatible con la Constitución, es decir, se elimina en su totalidad todo tipo de efectos que pudiera estar produciendo, así como aquellos que podrían producirse en el futuro, no sucediendo lo mismo con las situaciones jurídicas ya agotadas, salvo, claro está, cuando tales situaciones se refieran a materia penal o tributaria.

Como se puede apreciar, la aludida verificación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad se ha realizado respecto de sentencias que declaran fundada la demanda de inconstitucionalidad. Por ello, conviene ahora preguntarse ¿cuáles serían los efectos temporales de aquellas sentencias que declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad pero que contienen, por ejemplo, determinados sentidos interpretativos de la ley que resultan compatibles con la Constitución? o, en otros términos, ¿cuáles serían los efectos temporales de las sentencias interpretativas que declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad⁴² –y por tanto, que la ley cuestionada es constitucional–, si el ya mencionado artículo 204 de la Constitución sólo

hace referencia a la cesación de efectos de la norma declarada inconstitucional?

Sobre el particular, estimamos que cuando el Tribunal Constitucional, pese a declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, identifica determinados sentidos interpretativos de una ley o norma con rango de ley que resultan compatibles o incompatibles con la Constitución, estos son vinculantes para todos los operadores jurídicos, debiendo surtir los mismos efectos que la sentencia que declara fundada la demanda de inconstitucionalidad. En efecto, conforme se desprende del artículo 201 de la Norma Fundamental, la propia naturaleza de “órgano de control de la Constitución” le confiere a todas las sentencias del Tribunal Constitucional la vinculatoriedad necesaria para que tal función de control pueda realizarse efectivamente. Por tanto, ya sea que se declare fundada o infundada una demanda de inconstitucionalidad, los operadores jurídicos se encuentran en la obligación de respetar aquellos sentidos interpretativos contenidos en una sentencia del Tribunal Constitucional.

A nivel legal, esta vinculatoriedad hacia “todas” las sentencias del Tribunal Constitucional se ve reforzada por disposiciones como aquella contenida en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, que establece que “(l)as sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) 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”.

A continuación reseñaremos algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que destaca el tratamiento efectuado con relación a los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Previamente, debemos mencionar que en los primeros años de efectivo funcionamiento del Tribunal, éste no ha tomado en consideración de modo destacado la diferente tipología de sentencias que sobre el tema han desarrollado otros Tribunales Constitucionales, sino que se ha ubicado en un esquema formalista en el que sólo se optaba por una sentencia estimatoria o una deses-

⁴² Para examinar la diversa tipología de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional peruano ver: SAENZ DÁVALOS, Luis y otros. “Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones”. En: Gaceta del Tribunal Constitucional 1. Enero-marzo de 2006. En este informe se sostiene que el Tribunal ha dictado los siguientes tipos de sentencias: 1) Interpretativas propiamente dichas (0004-1996-AI/TC, 0014-1996-AI/TC, 0050-2004-AI/TC y 0019-2005-AI/TC); 2) reductoras (0015-2001-AI/TC y 0010-2002-AI/TC); 3) aditivas e integrativas (0006-2003-AI/TC y 0050-2004-AI/TC), y 4) exhortativas y de mera incompatibilidad (0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC y 0023-2003-AI/TC).

timatoria de la demanda de inconstitucionalidad⁴³, sin mayor análisis sobre los efectos presentes, futuros o pasados de sus decisiones.

Destacan, entre otras, las sentencias recaídas en los siguientes expedientes: **a) 0007-96-I/TC**, acumulado al **0017-96-I/TC**, en el que se declara fundada en parte la demanda e inconstitucional el artículo 10 del Decreto Ley 25967, destacando el fundamento 18 que establece lo siguiente: “En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; *pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución*” (cursivas agregadas); **b) 0006-2000-AI/TC**, en el que se declara fundada en parte la demanda e inconstitucional el segundo párrafo de la Octava Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27308, “por discriminatorio (...) y ordena se conceda, a las empresas no comprendidas en este segundo párrafo, igual plazo para acceder al permiso de exportación que el concedido a las empresas comprendidas en el...” (cursivas agregadas); **c) 0010-2002-AI/TC**, en el que se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad e inconstitucionales determinados extremos de los denominados decretos leyes antiterroristas dictados durante el gobierno de Alberto Fujimori, disponiendo, entre otros aspectos, que “exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N^{os} 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2^o, 3^o, incisos b) y c); y 4^o, 5^o y 9^o del Decreto Ley N^o 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N^o 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los

fundamentos 229 y 230 de esta sentencia. Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia”; **d) 0023-2003-AI/TC**, sobre la justicia militar, en el que se declaran inconstitucionales determinadas normas del Decreto Ley 23201 y además se exhorta “al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia”; **e) 0030-2004-AI/TC**, sobre la actualización del porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del Sector Público y regula las nivelaciones de las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530, en el que se declara fundada la demanda e “inconstitucional el criterio porcentual de aportaciones establecido en el artículo 1^o de la Ley N^o 28047, debido a que vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad dentro de los alcances señalados en el fundamento 14 (y) *PROPONE al Congreso de la República que, dentro de un plazo razonable y breve (antes de agosto de 2006, fecha en la que el monto de las aportaciones sube a 20%), reemplace legislativamente el criterio establecido en dicho artículo por un criterio de porcentaje de aportación escalonado*” (cursivas agregadas); **f) 0033-2004-AI/TC**, sobre el anticipo adicional del impuesto a la renta (AAIR), en el que se declara “fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27804 y el artículo 53^o del Decreto Legislativo N.º 945, que incorpora el artículo 125^o del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-99-EF” y que “*Los referidos dispositivos legales, declarados inconstitucionales, dejan de tener efecto desde la fecha en que fueron publicados*” (cursivas agregadas).

Asimismo, son de relevancia las siguientes sentencias: **g) 0041-2004-AI**, sobre arbitrios municipales, en la que se declara “fundada la demanda e inconstitucionales las siguientes

⁴³ “Lo cierto es que el Tribunal Constitucional peruano ha operado como regla general en las antípodas del abanico de posibilidades de la declaración general de una ley como constitucional o no. Así, la justicia constitucional se ha limitado a declarar las demandas fundada –inconstitucional la ley– o infundada –constitucional la ley–; asumiendo un argumento judicial positivista que limita la Constitución a lo verdadero o lo falso, restándole la potencialidad que se consagra en ella, desarrollándola y promoviéndola a través de otro tipo de sentencias”. LANDA ARROYO, César. “Tribunal Constitucional y Estado democrático”. Segunda Edición. Palestra. 2003. p. 176.

Ordenanzas (...)” y además se declara que “la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por consiguiente, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales, quedando a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad (...) que los términos de esta Sentencia no habilitan la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas declaradas inconstitucionales”; **h) 0053-2004-AI**, también sobre arbitrios municipales, en la que se declara “1. Fundada la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de las Ordenanzas (...) 3. Declarar que las reglas de observancia obligatoria, así como el fallo respecto a la no retroactividad en los efectos de esta sentencia, vinculan a todas las municipalidades del país. En consecuencia: Lo establecido en la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por lo tanto, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, quedan a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad. Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan en ningún caso la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o de cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, están habilitadas las cobranzas por los periodos impagos no prescritos: a) con base a ordenanzas válidas por periodos anteriores, reajustadas según el índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no existir norma anterior válida, b) con base a nuevas Ordenanzas, las que deberán emitirse de acuerdo al plazo dispuesto en el punto XIII, de la presente sentencia. Declarar que la regla respecto de las no devoluciones masivas, no alcanza a los procesos contra ordenanzas inconstitucionales por la forma o por el fondo, que ya se encontraban en trámite antes de la publicación de la presente sentencia. Declarar que a partir de la publicación de la presente sentencia, la revisión de las controversias que pudieran presentarse en diversas municipalidades del país respecto al pago de arbitrios, deberá agotar la vía administrativa. Cumplido tal requisito, queda expedito el derecho de los contribuyentes para interponer acciones

de amparo en los casos específicos de aplicación indebida de las reglas establecidas en esta Sentencia (...) 5. Exhortar al Congreso para que precise en la legislación que regula la producción normativa municipal, la forma como se ejerce el derecho constitucional de la participación ciudadana en el proceso de determinación y distribución del costo de arbitrios”; **i) 0018-2005-PI/TC**, en la que se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Provincial 047-2004-MPI y se precisa que “a partir de la publicación de la presente sentencia, los criterios vinculantes de constitucionalidad material desarrollados en el punto VIII, A, § 3 de la STC 0053-2005-PI/TC, si bien resultan bases presuntas mínimas, estas no deben entenderse rígidas en todos los casos, pues tampoco lo es la realidad social y económica de cada Municipio. De este modo, será obligación de cada Municipio, sustentar técnicamente, —en función de lo expuesto en los fundamentos 22 y siguientes—, aquellas otras formulas que adaptándose mejor a su realidad, logren una mayor justicia en la imposición”; **j) 0019-2005-PI/TC**, en la que se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28658, en cuanto a la frase “y domiciliaria”, y consecuentemente: “Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite: Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos. En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada. Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias

entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada"; y **k) 00002-2006-AI**, sobre el Código Tributario, en la que declara "inconstitucional la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647" y que "(l)a presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación, conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico 37, *supra*".

Finalmente, conviene mencionar los siguientes casos; **I) 0004-2006-PI/TC**, sobre la justicia militar, en el que se declaran inconstitucionales determinados extremos de la Ley 28665, estableciendo además: "5. Disponer que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665 surte efectos al día siguiente de la publicación de la presente sentencia. 6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados 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. 7. Declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial", y; **II) 0006-2006-PI/TC**, también sobre justicia militar, en el que se declararon inconstitucionales otros extremos de la Ley 28665 y además: "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".

IV. LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR. LA VACATIO SENTENTIAE Y EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE LA EXHORTACIÓN LIBRADA AL LEGISLADOR

Tomando en cuenta algunos de los casos del Tribunal Constitucional, seguidamente plantea-

remos un problema relacionado con los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad –básicamente cuando el Tribunal establece una *vacatio sententiae* en la que el Legislador no atiende la exhortación librada a éste–, el mismo que encierra otro problema de graves consecuencias como es la efectividad de la justicia constitucional y, consecuentemente, el de la fuerza normativa de la Constitución.

Si bien en algunos casos el Legislador ha respetado la *vacatio sententiae* y exhortación establecidos en una sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, en otros no lo ha hecho, originando con ello la afectación de determinados bienes jurídicos constitucionales. En efecto, en cuanto a lo primero, el Legislador ha expedido leyes necesarias para reparar una situación de inconstitucionalidad, antes que surta efecto la respectiva declaratoria, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente 00010-2002-AI/TC), en el que, atendiendo a la exhortación efectuada por el Tribunal Constitucional, tan sólo a unos días de publicada la sentencia (4 de enero de 2003), el Parlamento expidió la Ley 27913, que delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo (9 de enero de 2003), y éste, en poco más de un mes dictó un conjunto de decretos legislativos, que entre otras previsiones, regulaba los nuevos procesos penales a realizarse.

En cuanto a lo segundo, el Legislador no ha atendido a la exhortación del Tribunal Constitucional ni observado la *vacatio sententiae* establecida en la sentencia del caso sobre la actualización del porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del Sector Público Nacional y regulación de las nivelaciones de las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530 (Expediente 0030-2004-AI/TC), en el que declara inconstitucional "el criterio porcentual de aportaciones establecido en el artículo 1º de la Ley N° 28047, debido a que vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad", y propone "al Congreso de la República que, dentro de un plazo razonable y breve (antes de agosto de 2006, fecha en la que el monto de las aportaciones sube a 20%), reemplace legislativamente el criterio establecido en dicho artículo por un criterio de porcentaje de aportación escalonado" (subrayado agregado). Luego de transcurrir más de 1 año y 5 meses del aludido plazo el Legislador no ha expedido la respectiva ley, originando que las entidades administrativas apliquen discrecionalmente el respectivo porcentaje del aporte, perjudicándose de este modo los derechos de propiedad y a la seguridad social de un considerable número de pensionistas.

De igual modo, en los casos de la Justicia Militar, el Legislador no ha atendido la exhortación y *vacatio sententiae* establecida por el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional ha expedido hasta tres sentencias sobre la Justicia Militar (0023-2003-AI/TC, 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), en las que además de haber declarado la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del Decreto Ley 23201 y Ley 28665, ha establecido tres *vacatio sententiae* y ha diferido los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad (en el primer caso una *vacatio* de un año que vencía el 7 de enero de 2006, en el segundo una *vacatio* de seis meses, y en el tercero una *vacatio* que vencía el 31 de diciembre de 2006), por lo que ha exhortado al legislador para que en tales periodos de tiempo expida nuevas leyes que regulen la justicia militar en modo conforme con la Norma Fundamental. La modulación de los efectos temporales de la declaratoria de inconstitucional se ha justificado, según el Tribunal, en la necesidad de evitar un vacío normativo que por sí mismo generaría graves consecuencias en la administración de la justicia militar⁴⁴.

Sin embargo, pese al tiempo otorgado, el legislador ha expedido la Ley 28934, que amplía indefinidamente la vigencia de un modelo de justicia militar que precisamente fue identificado por el Tribunal Constitucional como incompatible con la Constitución, y se ha dado el caso de que, mediante la aludida Ley 28665 (controlada mediante sentencias contenidas en los Expedientes 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), se han repetido contenidos del Decreto Ley 23201, declarados inconstitucionales mediante la sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC (contenidos tales con el nombramiento de los jueces militares directa o indirectamente por parte del Poder Ejecutivo o la existencia de un Ministerio Público propio de la Justicia Militar pese a que no existe habilitación constitucional para tal efecto, entre otros).

Al respecto, teniendo en cuenta como se aborda este tipo de problemas en el sistema constitucional alemán, cabe precisar que la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional

expedidas en procesos de inconstitucionalidad, la misma que en nuestro caso se desprende de los artículos 201 y 204 de la Norma Fundamental y del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, entre otras previsiones, así como los efectos de cosa juzgada que tienen tales sentencias, conllevan una prohibición al Parlamento de volver a legislar los contenidos claramente identificados como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, debe tomarse en consideración, como lo menciona el Tribunal Constitucional, citando a Franco Modugno, que “circunscribir los efectos “naturales” de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: ‘eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad’ sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas, desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El *horror vacui*, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius*. El temor a la laguna acude por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales”⁴⁵. Por tanto, la decisión del Tribunal Constitucional de diferir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no debe ser tomada como una carta libre y de plazo indefinido para el legislador, sino como la identificación de una situación de emergencia cuya solución requiere de la urgente actuación del Poder Legislativo, actuación que no implica en modo alguno la subordinación a las decisiones del Tribunal Constitucional, sino más bien la determinación por parte del Tribunal Constitucional que es el Legislador el órgano idóneo para reparar la situación de vulneración de bienes jurídicos de tal relevancia como son los derechos fundamentales u otros bienes constitucionales.

⁴⁴ Conforme sostiene el Tribunal Constitucional en el Expediente. 0004-2006-PI/TC, “la declaración de inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones, de surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial, ocasionaría las siguientes consecuencias, entre otras: - Los órganos de la jurisdicción militar simplemente no podrían funcionar. - Las fiscalías penales militares policiales no podrían funcionar.- No existirían órganos legítimos que tramiten los respectivos procesos judiciales de la jurisdicción militar.- Los procesados que se encontraran sufriendo detención judicial preventiva deberían ser puestos inmediatamente en libertad.- En suma: paralización total del sistema de justicia militar” (fundamento 179).

⁴⁵ Expediente 0004-2006-PI/TC. Fundamento 176.

V. LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL. LA APLICABILIDAD EN EL CASO CONCRETO DE UNA LEY CUYA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD HA SIDO DIFERIDA

En este extremo plantearemos otro problema relacionado con los efectos temporales de la sentencias de inconstitucionalidad, esta vez uno vinculado a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad que ha sido diferida por un determinado periodo de tiempo, respecto de los jueces ordinarios.

En efecto, la pregunta que se plantea inmediatamente es ¿qué debe hacer un juez ordinario, en un caso concreto, al que se le ha pedido que inaplique una ley que a su vez ha sido declarada como incompatible con la Norma Fundamental por el Tribunal Constitucional pero cuyos efectos de inconstitucionalidad han sido diferidos por un periodo de un año por ejemplo?

En general, cabe precisar que cuando el Tribunal difiere los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por un determinado periodo, autoriza implícitamente a que la ley inconstitucional siga surtiendo efectos durante tal lapso de tiempo. Sin embargo, creemos que, excepcionalmente, si en un caso concreto un juez del Poder Judicial verifica las consecuencias que se pueden producir en cuanto a la grave afectación de los derechos fundamentales del procesado, entonces puede inaplicar dicha ley en ese caso específico.

Esto último no afecta la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional que ha diferido los efectos de ésta, pues cuando este Alto Tribunal estima tal modulación de los efectos, normalmente lo hace con el objeto de evitar las graves consecuencia que *en general* produciría la declaratoria de inconstitucionalidad si es que ésta se hace efectiva en el momento de ser publicada en el diario oficial; por lo que, tratándose de supuestos concretos, el juez ordinario es el que debe evaluar con la mayor rigurosidad la gravedad de la afectación de los derechos fundamentales del procesado por parte de la respectiva ley.

Este ha sido también el razonamiento del Tribunal Constitucional en algunos casos. Así por ejemplo, en el Expediente 6081-2005-HC/TC, sostuvo que

“(e)s preciso indicar que si bien el Tribunal Constitucional, en la precitada sentencia (0023-2003-AI/TC), moduló los efectos de la misma, estableciendo una *vacatio sententiae* de un año a partir de su publicación en el diario oficial, no impide que emita pronunciamiento en el marco de un proceso constitucional de la libertad, aplicando control difuso respecto de las normas que se cuestionan. La referida *vacatio* tiene por efecto prolongar la vigencia de las normas declaradas inconstitucionales, mas no impedir que los jueces, en todo tipo de procesos, de conformidad con lo establecido en el artículo 138° *in fine* de la Constitución, puedan efectuar un control concreto de constitucionalidad de las mismas” (fundamento 5).

Es importante resaltar que tal aplicación del control difuso constituye una situación excepcional, justificada por la grave afectación de un derecho fundamental en un caso concreto. Por el contrario, si se aplica de modo general, desvirtuaría la decisión del Tribunal Constitucional que ha diferido los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad precisamente con la finalidad de evitar las graves consecuencias que se produciría si tal inconstitucionalidad surte efecto inmediatamente.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales influyen en la realidad social en la cual funcionan y, por ende, en la vida diaria de un país; por lo tanto, no pueden desinteresarse de aquellas consecuencias concretas de sus pronunciamientos, de los efectos reales que van a producir estos. Los Tribunales Constitucionales no están creados sólo para verificar la compatibilidad o incompatibilidad de una ley con la Constitución, sino para realizar y actualizar los derechos, principios y valores constitucionales.

Segunda. La utilización de la diferente tipología de sentencias de inconstitucionalidad en cuanto a sus efectos temporales no puede ser realizada sin tomar en consideración el sistema de justicia constitucional del cual proviene, la regulación de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y poderes tales como el Poder Legislativo y Poder Judicial, así como el orden político imperante en los diferentes ordenamientos, entre otros aspectos⁴⁶.

⁴⁶ Al respecto, son importantes las expresiones de Domingo García Belaúnde, las mismas que si bien se enmarcan en la construcción del Derecho Procesal Constitucional, son de la mayor utilidad en nuestras conclusiones: “(...) hay que construir el derecho procesal

Tercera. La normatividad existente en cuanto a los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad es escasa y, en todo caso, insuficiente para abordar los complejos problemas que la práctica plantea, lo que exige que sean los Tribunales Constitucionales los órganos encargados de implementar los mecanismos necesarios para lograr tanto la efectividad de la justicia constitucional como la Supremacía Normativa de la Constitución.

Cuarta. En el caso peruano, mediante la declaración de inconstitucionalidad, entendida en los términos antes expuestos, se elimina la operatividad formal y material de la ley incompatible con la Constitución, es decir, se elimina en su totalidad todo tipo de efectos que pudiera estar produciendo, así como aquellos que podrían producirse en el futuro, no sucediendo lo mismo con las situaciones jurídicas ya agotadas, salvo, claro está, cuando tales situaciones se refieran a materia penal o tributaria.

Quinta. En el caso peruano, cuando el Tribunal Constitucional, pese a declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, identifica determinados sentidos interpretativos de una ley o norma con rango de ley que resultan compatibles o incompatibles con la Constitución, estos resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos, debiendo surtir los mismos efectos que la sentencia que declara fundada la demanda de inconstitucionalidad.

Sexta. En el caso peruano, la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional expedi-

das en procesos de inconstitucionalidad –que se desprende de los artículos 201 y 204 de la Norma Fundamental y del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, entre otras normas–, así como los efectos de cosa juzgada que tienen tales sentencias, conllevan una prohibición al Parlamento de volver a legislar los contenidos claramente identificados como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Séptima. En el caso peruano, la decisión del Tribunal Constitucional de diferir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no debe ser tomada como una carta libre y de plazo indefinido para el legislador, sino como la identificación de una situación de emergencia cuya solución requiere de la urgente actuación del Poder Legislativo, actuación que no implica en modo alguno la subordinación a las decisiones del Tribunal Constitucional, sino más bien, la determinación por parte del Tribunal Constitucional de que es el Legislador el órgano idóneo para reparar la situación de vulneración de bienes jurídicos de tal relevancia como son los derechos fundamentales u otros bienes constitucionales.

Octava. En el caso peruano, cuando el Tribunal difiere los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por un determinado periodo, autoriza implícitamente a que la ley inconstitucional siga surtiendo efectos durante tal lapso de tiempo. Sin embargo, si en un caso concreto un juez del Poder Judicial verifica las consecuencias que se pueden producir en cuanto a la grave afectación de los derechos fundamentales del procesado, entonces puede inaplicar dicha a ley en ese caso específico.

constitucional. El problema es fácil y difícil a la vez. Fácil pues las grandes categorías ya están hechas y dichas, y además existen numerosos afinamientos en la doctrina de los últimos años. Difícil pues las figuras procesales, los actores y los que resuelven los conflictos en materia constitucional, son distintos, no son los mismos, y generalmente cambian de país a país, o de grupos de países a otro grupo de países (...) Igual podríamos decir del control de constitucionalidad de las leyes. De ahí la imposibilidad de hacer un tratamiento parejo, uniforme, que pueda ser válido para diversas latitudes (...) los modelos constitucionales dependen de la historia y de la política, mucho más que de otros factores. Los intereses en juego son grandes y, además, hay que tener presentes la realidad y la experiencia de cada país (...)" (resaltado agregado). GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Derecho Procesal Constitucional", Bogotá: Temis. 2001. pp. 23-24.

mayo draft fcb Perú

Av. Salaverry 2423 San Isidro - Telf. 617-6500 - Fax 617-6501

**PODER JUDICIAL VERSUS PODER EJECUTIVO:
¿SE EXTRALIMITÓ EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU SENTENCIA
AL EXPEDIENTE 0006–2006–PC/TC: CASO CASINOS Y TRAGAMONEDAS?**

Jorge León Vásquez* versus Luis Castillo Córdoba**

¿Se extralimitó el Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones judiciales declaradas inconstitucionales? ¿Su sentencia contiene fundamentos sólidos o sólo apela al poder que la Constitución le otorga como supremo intérprete de ésta?

En el siguiente artículo, los autores debaten sobre si el Tribunal Constitucional se extralimitó en sus facultades al declarar inconstitucionales una serie de resoluciones judiciales que contravienen su decisión, a pesar de que algunas de dichas resoluciones fueron expedidas varios años antes de la Sentencia en cuestión. Así, los autores se enfrentan con el fin de concluir si los argumentos utilizados por el Tribunal son suficientes y correctos.

* Docente del Postítulo en Derechos Fundamentales y del Postítulo en Derecho Procesal Constitucional en la PUCP. Asesor Jurisdiccional, encargado de la Coordinación de Asuntos Constitucionales-Tributarios en el Tribunal Constitucional peruano.

** Investigador contratado adscrito al Área de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña – España). Profesor de la Universidad de Piura.

**PRIMERA PARTE DE LEÓN: EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL COMO LEGÍTIMO INTÉRPRETE
Y SU FACULTAD DE CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD**

El principio de división de poderes se formuló en un tiempo histórico, político y social concreto. Se da en un contexto en el cual la división del poder fue racionalizada en función a los tres poderes clásicos del Estado: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esta concepción del principio de división de poderes, sin embargo, no puede seguir siendo sostenida en el Estado Constitucional contemporáneo, pues junto a dichos poderes estatales coexisten órganos como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC"), la Defensoría del Pueblo, los gobiernos regionales y locales, entre otros, que exigen un redimensionamiento de dicho principio, a fin de que se entienda, más que como una separación absoluta, como un control y balance recíproco *–check and balance–*.

Es en esta concepción del principio de división de poderes en el que se inserta el TC, no para cuestionar dicho principio, sino para afirmarlo, estableciendo controles recíprocos entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que si en un ordenamiento jurídico específico se inserta un órgano constitucional como el TC, precisamente es a fin de que, en tanto órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes, realice la interpretación última de las disposiciones constitucionales. Si bien es cierto que, en una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, el TC no es el único, es igualmente verdad que sí es el último. Todos, de una manera u otra, interpretamos la Constitución, pero su interpretación final la ha reservado para un órgano específico: el TC.

Pero el reconocimiento del TC como órgano de control constitucional de las leyes y de los derechos fundamentales se ha cuestionado, en ocasiones al punto de que algunas voces aisladas han deslizado incluso la idea de repensar la "conveniencia" de tener un TC o encargar el control constitucional a una sala de la Corte Suprema, como si el control constitucional de las leyes y la tutela de los derechos fundamentales fuera una cuestión a definir con criterios de oportunidad política. De la misma manera, varias veces se ha puesto en debate su interpretación de las diversas disposiciones constitucionales. Sobre todo cuando sus decisiones han incidido en las esferas jurídicas de actuación de otros poderes del Estado y órganos constitucionales.

De ahí que las relaciones entre el TC y los demás poderes del Estado no siempre son pacíficas y no necesariamente se desarrollan dentro de los cauces institucionales, sino que, en ocasiones, pueden dar lugar a tensiones, lo cual tampoco es extraño a la labor de los tribunales, cortes y salas constitucionales en otros ordenamientos jurídicos comparados. Estas tensiones, en tanto se resuelvan por las vías institucionales, no tienen que ser interpretadas necesariamente como una alteración del orden constitucional mismo, sino como el natural juego de pesos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado y órganos constitucionales. Así, entre nosotros, las relaciones con el legislador han estado marcadas en algunas ocasiones bajo un principio de colaboración, como sucedió con la sentencia de la legislación antiterrorista del año 2002. En otros casos más recientes como el de la jurisdicción militar, el Congreso no ha tenido la misma disposición de cumplir las sentencias del TC al dictar incluso una ley que "prorroga" el plazo establecido por el Tribunal para que dicte una nueva ley de justicia policial y militar conforme con la Constitución.

En las relaciones con el Poder Ejecutivo, el caso reciente más saltante quizá sea aquella sentencia en la cual el TC interpretó que los tribunales administrativos de carácter nacional, que declaran derechos, podían realizar, excepcionalmente, control constitucional difuso. Esto llevó a que el Poder Ejecutivo enviara un proyecto de ley de reforma constitucional que estableciera de manera expresa que el control difuso sólo lo podían realizar los jueces del Poder Judicial; proyecto que finalmente no prosperó. Contrariamente a los presagios de algunos autores en el sentido que dicha sentencia causaría una catástrofe jurídica y un caos en sede administrativa, tal debacle no se ha dado y hoy más bien puede apreciarse un diálogo institucional fructífero a través de sus resoluciones, por ejemplo, entre el TC y el Tribunal Fiscal, en aras de tutelar mejor los derechos fundamentales de los administrados.

Por su parte, el control constitucional de las resoluciones judiciales en algunas oportunidades ha dado lugar a un crispamiento de las relaciones entre el TC y el Poder Judicial. Más aún cuando el TC ha hecho dicho control de las resoluciones en el marco de un proceso constitucional distinto al del amparo. La sentencia (STC) 006-2007-CC/TC, que será materia de comentario en lo que sigue, es un ejemplo de lo señalado; ésta ha causado polémica en un cierto sector académico, pero también la reacción del propio Poder Judicial. Particularmente, debo manifestar mis coincidencias con los argumentos del TC y con su deci-

sión. Dividiremos nuestra exposición, básicamente, en cuatro aspectos: 1) la procedencia de la demanda, 2) el tipo de conflicto constitucional, 3) la cosa juzgada constitucional, y 4) los efectos de la sentencia del TC.

1. LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA

En el proceso constitucional 006-2007-CC/TC, el Poder Ejecutivo solicitó un pronunciamiento del TC sobre la afectación de las atribuciones constitucionales que la Constitución le reconoce en los artículos 118, incisos 1 y 9, 121 y 128; en consecuencia, que declare la nulidad de una serie de resoluciones del Poder Judicial que, según el demandante, causaban un menoscabo en sus atribuciones constitucionales reconocidas en las mencionadas disposiciones.

Se ha señalado que el TC debió declarar la improcedencia de la demanda por básicamente dos razones: primero, porque supuestamente el artículo 113 del Código Procesal Civil refiere que la afectación de las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de un "acto administrativo", y que por tanto el artículo mencionado deja al margen del objeto del proceso competencial a los actos jurisdiccionales. Segundo, se ha dicho que la improcedencia debió declararse también porque las resoluciones anuladas por el TC estaban cubiertas por la autoridad de la cosa juzgada. Sobre este segundo argumento nos referiremos más adelante; de momento nos interesa referirnos al primero.

Desde nuestra perspectiva, la interpretación realizada del artículo 113 es incorrecta y excesivamente formalista por quienes propugnan la improcedencia de la demanda. Es incorrecta por la sencilla razón de que lo que dicha disposición regula, aunque parcialmente, son los efectos de la sentencia del proceso competencial, pero no se refiere a las causales de improcedencia de dicho proceso. Como es evidente, una cosa son las causales de improcedencia y otra muy distinta los efectos de las sentencias del proceso competencial. Las primeras, de cumplirse, habilitan al TC para un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto constitucional; los segundos, se refieren al haz de posibilidades que tiene el TC para determinar los alcances de su decisión.

Es excesivamente formalista porque el artículo 202-3 de la Constitución y el artículo 109 del Código Procesal Civil no excluyen al Poder Judicial de entre los poderes del Estado que pueden ser considerados parte en el proceso competencial. Este último artículo citado expresa claramente que

el TC resuelve los conflictos de competencia y de atribuciones que opongan "(...) 3. A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales o a éstos entre sí".

De modo tal que, no estando previsto mediante qué tipo de actos puede el Poder Judicial afectar las atribuciones constitucionales de otros poderes del Estado u órganos constitucionales, nada obsta para que sus actos jurisdiccionales puedan ser considerados susceptibles de afectar las atribuciones constitucionales de otros poderes del Estado. En todo caso, es al TC, como señala el artículo 112 del Código Procesal Constitucional, al que le corresponde determinar en cada caso concreto si existe materia de conflicto constitucional que sea de su competencia. Apreciación que, a nuestro modo de ver, el TC realizó correctamente en el caso del conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

2. EL TIPO DE CONFLICTO CONSTITUCIONAL

No todo poder del Estado u órgano constitucional tiene legitimidad para ser considerado parte en un proceso competencial. Del mismo modo, no cualquier conflicto jurídico puede ser resuelto en el seno de dicho proceso. Es necesario que concurren dos presupuestos esenciales.

De acuerdo con el presupuesto subjetivo, los sujetos involucrados en el conflicto constitucional deben contar con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales reconocidos en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata –como lo ha señalado el propio TC– de una legitimidad de naturaleza especial. El presupuesto objetivo exige que la materia del conflicto tenga relevancia constitucional; es decir, deben estar en cuestión competencias o atribuciones derivadas de la Constitución o las leyes orgánicas respectivas. En todo caso, se reconoce al TC una reserva de jurisdicción constitucional para determinar el cumplimiento de ambos presupuestos. En el proceso competencial referido, ambos presupuestos se cumplieron, pues se trataba de dos poderes del Estado, cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial está reconocida directamente por la Constitución en su artículo 200-3 y por el artículo 109 del Código Procesal Civil, y la materia de conflicto estaba referida a las atribuciones que la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo en los artículos 118-1 y 9, y en los artículos 121 y 128.

Ahora bien, el TC ha distinguido entre el conflicto constitucional de competencias que se presenta

entre los gobiernos nacional, regional y local, y el conflicto constitucional de atribuciones que está relacionado con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales. En estricto, en el proceso competencial 006-2006-CC/TC se estaba ante un conflicto constitucional de atribuciones.

Pero el TC también ha establecido una tipología de los conflictos constitucionales tales como el conflicto constitucional *positivo*, que se presenta cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional; el conflicto constitucional *negativo*, cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional, y el *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación obligatoria y como consecuencia de esa omisión afecta las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional.

Era evidente que dentro de esta tipología no encajaba la pretensión del demandante. De ahí que se debe advertir que la previsión del artículo 110 del Código Procesal Constitucional es limitada y no agota, en definitiva, las diversas formas en que puede manifestarse un conflicto constitucional. Acertadamente, creemos, el TC –recurriendo a la doctrina constitucional comparada– circunscribió la controversia suscitada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial al tipo de *conflicto de atribuciones por menoscabo*. El rasgo que caracteriza a este tipo de conflicto es que no existe controversia en torno a la titularidad de la atribución constitucional. La cuestión principal radica, por el contrario, en determinar si la forma como un Poder del Estado u órgano constitucional es, en clave constitucional, legítima. Ello por cuanto el ejercicio de la titularidad de una atribución constitucional no se legitima por el hecho de ser titular de esa atribución, sino en tanto y en cuanto su ejercicio se dé dentro del marco constitucional establecido.

De ahí que es perfectamente posible que, en el ejercicio de su función jurisdiccional, el Poder Judicial pueda perturbar o afectar las atribuciones que la Constitución reconoce a otros poderes del Estado u órganos constitucionales. El propio TC ha proporcionado ejemplos de estos supuestos, tales como: si el Poder Judicial pretendiese impedir la facultad de investigar del Congreso de la República a través de las comisiones investi-

gadoras o de cualquier otra comisión dotada de tal facultad, de acuerdo con el artículo 97 y 139-2 de la Constitución; o si interfiriese en las atribuciones que la Constitución (artículo 118) le reconoce al Poder Ejecutivo. En suma, la pretensión del demandante se ajustaba a la naturaleza del denominado conflicto constitucional de atribuciones constitucionales por menoscabo.

Ahora bien, el TC advirtió que el Poder Judicial, a través del ejercicio ilegítimo de su función jurisdiccional, dio lugar a un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118-1), así como las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118-9); ello, mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento. Como es evidente, tal determinación no se realizó en aplicación del *test de la competencia*, en tanto que no estaba en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. Recurrió más bien al *principio de jerarquía* de las sentencias del TC, en materia de procesos constitucionales, con respecto a las resoluciones del Poder Judicial.

3. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Relacionado con el principio antes mencionado, el TC señala en la sentencia 006-2006-CC/TC que “para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional”. Sino que, además de ello, no desconozca la interpretación del TC o sus precedentes vinculantes. La resolución judicial que no cumpla con estos presupuestos, a juicio del TC, no puede dar lugar a la cosa juzgada constitucional.

La cosa juzgada constitucional, como denominación en sí no es nueva ni en la jurisprudencia constitucional comparada –remito al caso colombiano para no ir muy lejos– ni en la del propio TC peruano; expresión a la que ha recurrido, sobre todo, para caracterizar a los alcances de las sentencias dictadas en los procesos de inconstitucionalidad: fuerza de ley, efectos *erga omnes* y *cosa juzgada*. Sí es novedoso, en cambio, que el TC lo emplee con un contenido propio dentro de otros procesos constitucionales como el proceso competencial al que venimos refiriéndonos o el proceso constitucional de amparo, tal como puede apreciarse en la STC 4853-2004-AA/TC. Lo es más

aún si en la sentencia citada *supra* ha señalado que “para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material”.

Coincidimos con esta afirmación del TC. No sólo porque sus sentencias de inconstitucionalidad tienen fuerza vinculante, efectos *erga omnes* y mérito de cosa juzgada, sino también porque el Código Procesal Civil faculta al TC a establecer doctrina jurisprudencial (en aplicación del artículo VI de su Título Preliminar), y precedentes constitucionales vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar). Además de ello, en un sistema jurídico en el cual el TC es el intérprete supremo de la Constitución, sus decisiones pasan a formar parte del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, devienen en parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Sobre todo si éstos resuelven controversias de naturaleza constitucional.

De ahí que el TC haya dicho que “lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”.

Siendo coherentes con esto, es obvio que las resoluciones judiciales que se dictaron desvinculándose de la interpretación jurídica del Tribunal y los efectos normativos de la STC 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la STC 4227-2005-AA/TC no podían pasar a tener calidad de cosa juzgada constitucional. Esto hace que la nulidad de las resoluciones cuestionadas por el Poder Ejecutivo no pueda ser considerada como una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, como por ahí se ha señalado.

Es comprensible que la concepción del TC de la cosa juzgada haya causado cierta “perplejidad” en algunos procesalistas. Si ya de por sí, antes de la sentencia del TC, un mismo procesalista sostenía, en un primer momento, el carácter relativo de la cosa juzgada y propugna ahora su inatacabilidad absoluta, al punto de señalar que por este motivo se debió declarar la improcedencia de la demanda, tanto más difícil puede resultar entender la interpretación del TC de las categorías procesales tradicionales desde la Constitución.

Señalar esto es especialmente importante porque el TC es conciente de que la única forma de dar una respuesta adecuada a los problemas constitucionales que se le presentan para su resolución es superar las limitaciones del Derecho Procesal general —elaborado para resolver controversias jurídicas de índole privada— y reconocer que la actualización de la Norma Fundamental requiere de una específica forma de entender los procesos constitucionales que permitan su realización y, al mismo tiempo, una peculiar forma de interpretar y de integrar las categorías procesales en juego. Parece obvio entender que la particularidad del Derecho Procesal Constitucional no sólo proviene del carácter especial de la Constitución —como norma a ser concretizada—, sino también de la propia naturaleza del TC como órgano constitucional, jurisdiccional y político.

La particular forma como viene entendiendo su Derecho Procesal se refleja, asimismo, en la afirmación de que el Derecho Procesal Civil, en perspectiva de Derecho Constitucional sustantivo, implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales. Dicho distanciamiento se hace aún más necesario cuando el Derecho Procesal general se muestra como un obstáculo a la consecución de un adecuado control constitucional de las leyes y a la tutela de los derechos fundamentales. La ductibilidad con que el TC debe aplicar las categorías procesales no se condice con el excesivo formalismo que usualmente acompaña al ordenamiento procesal civil o penal; optando así decididamente por una postura a favor de una *tesis antiformalista*.

El TC no ha negado que el Derecho Procesal Constitucional recurra con frecuencia a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, pero reivindica al Derecho Constitucional como la disciplina jurídica que finalmente las configura y llena de contenido constitucional. De esta manera, reconoce que la estrechez de un instituto procesal tiene que ser superada a partir de reflexiones pun-

tuales y objetivas desde la Constitución y el Derecho Constitucional. Pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad y sólo a modo de ejemplo: su interpretación *desde* la Constitución de los presupuestos procesales en el proceso constitucional de amparo, su particular entendimiento de la figura del *litisconsorte facultativo* en el proceso de inconstitucionalidad, del principio *iura novit curia*, de la *medida cautelar* en los procesos constitucionales que el Código Procesal Civil admite, de la *objetivación* del recurso de agravio constitucional, y más recientemente, su construcción jurídica, a partir de su doctrina jurisprudencial y sus precedentes constitucionales vinculantes, de lo que ha denominado *cosa juzgada constitucional*.

4. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL PROCESO COMPETENCIAL

La naturaleza del conflicto constitucional de atribuciones por menoscabo, evidentemente, precisaba también la determinación de los efectos de la sentencia del TC. Por el propio carácter de este tipo de conflicto, correspondía que el Tribunal determine –de un lado– si el ejercicio de la atribución constitucional del Poder Judicial fue ilegítima (lo que se constató en el proceso competencial) y, de otro lado, la anulación de los actos jurisdiccionales dictados sobre la base del ejercicio ilegítimo de una atribución constitucional. En el caso del proceso competencial en referencia, el TC estimó la nulidad de aquellos actos –en este caso jurisdiccionales– viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo la STC 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante de la STC 4227-2005-AA/TC.

Evidentemente, una resolución de esta naturaleza, es decir, que declara la nulidad de una serie de resoluciones de amparo y de cumplimiento, era susceptible de causar tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Por lo que cabe analizar es si acaso dicha decisión constituyó un exceso del Tribunal Constitucional. A nuestro modo de ver, la respuesta es negativa. Por mucho que se diga que las resoluciones judiciales anuladas estaban investidas de la autoridad de cosa juzgada; desde una perspectiva constitucional, antes que estrictamente procesal, sabemos que hoy la validez y legitimidad de las resoluciones judiciales no la da la ley sino la Constitución.

Si una resolución judicial contraviene la Constitución en su conjunto de valores, principios y derechos fundamentales, dicha resolución es inconstitucional y, en consecuencia, la garantía de la cosa juzgada, prevista en el artículo 139-2 no la protege; y si la propia Ley Fundamental prevé un específico órgano jurisdiccional para el control de los actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos, el Tribunal Constitucional no podrá abdicar su función constitucional controladora, amén de su función pacificadora. En todo caso, desde nuestro punto de vista, la sentencia 006-2006-CC/TC constituye un elemento importante para afirmar la vinculación de los jueces del Poder Judicial a la Constitución, a la interpretación del Tribunal Constitucional y a sus precedentes vinculantes.

PRIMERA PARTE DE CASTILLO: INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL Y SUSTANCIAL. LOS ELEMENTOS DEL RAZONAMIENTO DIRIMENTE EN LAS SENTENCIAS Y LA OBLIGACIÓN DE APLICAR LOS PRECEDENTES VINCULANTES

UNA CUESTIÓN PREVIA

A lo largo de las páginas siguientes se analizará la actuación del Tribunal Constitucional en la sentencia al expediente 006-2006-PC/TC a fin de determinar si ha incurrido o no en excesos. En esta línea, la primera cuestión necesariamente es la de determinar si efectivamente el Supremo intérprete de la Constitución puede incurrir en inconstitucionalidad. En la sentencia que ahora se analiza, ha manifestado el Tribunal Constitucional que “si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo”¹.

Si se admite que al Tribunal Constitucional le corresponde decidir en última instancia lo que es o no constitucional, necesariamente se ha de admitir que lo que él resuelva no puede ser consi-

derado inconstitucional. Las resoluciones del máximo intérprete de la Constitución no podrían ser consideradas inconstitucionales, entre otras razones, porque “las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad”².

¿Es esto así? Hay argumentos para sostener la siguiente posición: las resoluciones del Tribunal Constitucional pueden contradecir el texto o el espíritu de la Constitución. Esta contradicción es posible de ocurrir materialmente, aunque nunca formalmente. Es decir, las resoluciones del supremo intérprete de la Constitución serán siempre formalmente constitucionales aunque pueden ser materialmente inconstitucionales. Que sean formalmente constitucionales significa que las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser cuestionadas en su constitucionalidad por ningún procedimiento, ni interno ni internacional. En el ámbito interno significa que no existe ningún procedimiento ni judicial ni político destinado a dejar sin efecto lo decidido por el Alto Tribunal, aunque sin duda pueden ser sancionados judicial y políticamente. En el ámbito internacional significa que tanto en el sistema universal como en el regional, no se cuestiona la constitucionalidad de una resolución porque el Tribunal internacional juzgará no con base a la norma constitucional peruana, sino con base a la norma internacional vinculante para el Perú. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta condenará al Estado peruano (no al Tribunal Constitucional), por violación de la Convención Americana de Derechos Humanos (no de la Constitución peruana).

Que sea posible que materialmente contravenga la Constitución significa admitir que los magistrados que conforman el Alto Tribunal son personas falibles, que pueden llegar a interpretar en contra de la Constitución. El hecho de formar parte de la máxima instancia de control de la constitucionalidad, del órgano supremo de interpretación de la Constitución, no les proporciona

la infalibilidad en el no siempre sencillo proceso de interpretación y concreción de los mandatos (generales y abiertos) de la norma constitucional.

Sustentada la posibilidad de que una resolución del Tribunal Constitucional pueda incurrir en inconstitucionalidad (material), corresponde examinar si la interpretación y decisión adoptadas en la sentencia al expediente 0006–2006–PC/TC es o no una sentencia materialmente inconstitucional. Si se logra argumentar esto último en base a razones fuertes, habrá que reconocer que el Máximo Tribunal de la Constitución se ha excedido en el ejercicio de sus funciones. A continuación manifestaré una serie de razones dirigidas en ese sentido.

1. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL³

A. La *ratio decidendi* y el *obiter dicta*

Es importante diferenciar las dos modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional puede realizar. La primera es el control concentrado y se realiza a través del proceso de inconstitucionalidad. La segunda es el control difuso y lo puede realizar en los otros procesos constitucionales (amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, de cumplimiento y de conflicto de competencias). En ejercicio del control de la constitucionalidad, tanto en una como en otra modalidad, el Tribunal Constitucional emite sentencias. Las sentencias están conformadas por unos fundamentos y por un fallo. El fallo es la parte de la sentencia en la que se contiene la decisión al conflicto de relevancia jurídica presentada en la demanda y debatido en el proceso. Los fundamentos, que son el sustento del fallo, pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*. La *ratio decidendi* –o “razón suficiente”, según el Tribunal Constitucional– ha sido definida como aquella parte de la sentencia en la que se “expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional”⁴. En otras palabras, es “aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o

² Ibid. Foja 62.

³ Véase: CASTILLO CÓRDOVA, Luis “La justicia constitucional. Estudios teóricos y prácticos sobre el Tribunal Constitucional”. Capítulo III. En prensa.

⁴ Expediente 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Primera consideración previa.

principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*⁵.

Mientras que los *obiter dicta*, llamados por el supremo intérprete de la Constitución como “razón subsidiaria o accidental”, han sido definidos como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”⁶. La finalidad de los *obiter dicta* es “proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen (...) orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos”⁷.

B. Vinculación de la *ratio decidendi*

No hay duda de que el fallo –provenga de cualquier proceso constitucional que resuelva como última o única instancia por el Tribunal Constitucional– vincula, ya sea con efecto *erga omnes* o *inter partes*, dependiendo de la naturaleza del proceso mismo. La cuestión se plantea, sin embargo, respecto a los fundamentos. Como se ha dicho, éstos pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*. La vinculación y obligatoriedad de cumplimiento predicada del fallo se extiende también a lo que a él se encuentra vinculado de modo estrecho e imprescindible: *la ratio decidendi*. Según el Tribunal Constitucional “(s)on las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*)”⁸; de modo que “el carácter vinculante de las sentencias de este Tribunal, (...) no sólo se extiende al *fallo*, sino a su *ratio decidendi*, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que le permiten concluir en la decisión final del proceso”⁹.

La pregunta que se ha de formular inmediatamente es la siguiente: ¿es esta vinculación

absoluta? Si se toma en consideración que el juez lo es de casos concretos, entonces no se le podrá desconocer la capacidad de enjuiciamiento de las concretas circunstancias de los casos que conoce a fin de que él decida si al caso le es o no aplicable el criterio jurisprudencial contenido en la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional. De modo que al juez se le ha de reconocer la capacidad para decidir la inaplicación del criterio jurisprudencial contenido en una *ratio decidendi* en los casos que determine razonadamente que las circunstancias del supuesto que examina son distintas a las del caso respecto del cual se formuló la *ratio decidendi*. Si no se permitiese este distanciamiento, entonces se estaría condenando al juez a aplicar siempre un criterio jurisprudencial al margen de las circunstancias concretas y, por tanto, al margen también de la justicia en la solución del caso concreto.

Repárese en el hecho de que al juez se le reconoce la capacidad de examinar las circunstancias de los casos futuros que conoce a fin de determinar si su configuración fáctica exige o no la aplicación del criterio hermenéutico dispuesto en la *ratio decidendi*. Al juez no se le reconoce la capacidad de modificar el criterio interpretativo, de modo que siempre que el criterio sea aplicable deberá aplicarlo en la solución del caso. En este sentido, la vinculación es absoluta: siempre que el criterio sea aplicable al caso concreto, el juez no podrá inaplicarlo. Obviamente, si el juez considera que la *ratio decidendi* no es aplicable al caso que conoce, tendrá que argumentarlo –y, además– de modo suficiente y con argumentos fuertes. Si no es posible argumentar la inaplicación del criterio jurisprudencial o, habiendo razones para la inaplicación, el juez no lo argumenta, y en uno y otro caso resuelve al margen del criterio contenido en la *ratio decidendi*, entonces el juez habrá incurrido en inconstitucionalidad.

C. Vinculación del *obiter dicta*

Cambia el asunto respecto a los *obiter dicta*, los cuales “tiene(n) fuerza persuasiva”, “se justifican por *razones pedagógicas u orientativas*”, se presentan como un medio “para *proponer respuestas* a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen” en

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Expediente 4119–2005–PA/TC, del 29 de agosto de 2005. Foja 12.

⁹ Expediente 0012–2005–PI/TC, del 26 de septiembre de 2005. Foja 4.

un proceso constitucional, y su finalidad “es orientar la labor operativa del derecho mediante la manifestación de criterios que *pueden ser utilizados* en la interpretación jurisdiccional”, de modo que “establece un criterio pro persuasivo o admonitorio”¹⁰ (cursivas añadidas). Si el criterio hermenéutico contenido en un *obiter dicta* es meramente *orientativo*, e intenta *persuadir* al intérprete para su adopción, entonces significará que es posible que el intérprete no se vea inducido a seguir el criterio hermenéutico y que su labor no termine orientándose según el *obiter dicta*. Esto presupone reconocer en el intérprete la facultad de discutir el contenido del *obiter dicta*, sólo así podrá luego rechazarlo. Si no pudiese cuestionar su contenido, no tendría otra opción más que seguirlo, convirtiéndose la persuasión en obligación y la orientación en vinculación necesaria.

De forma que la vinculación del *obiter dicta* significa las dos consecuencias siguientes: la primera es que el juez podrá no aplicar el criterio hermenéutico a un caso concreto cuando considere que las circunstancias que definen el caso son distintas a las que definieron el caso respecto del cual se formuló el *obiter dicta*; la segunda, que aún en el supuesto en que el juez decida que el caso que conoce es sustancialmente igual al caso respecto del cual se formuló el *obiter dicta*, podrá apartarse de éste por considerarlo incorrecto, incompleto o sencillamente cuestionable. A diferencia de lo que ocurría con las *ratio decidendi* en las que el juez se vinculaba necesariamente al criterio interpretativo de modo que no podía discutirlo, en el caso de los *obiter dicta* el juez podrá cuestionar la interpretación contenida en el *obiter dicta* y alejarse de ella.

D. Los precedentes vinculantes

Si los fundamentos en una sentencia constitucional se han de dividir en *ratio decidendi* u *obiter dicta*, una cuestión adicional es la referida a determinar quién es el encargado de diferenciar unas de otras. Nada nos dicen al respecto las normas constitucionales ni las legales pertinentes; sin embargo, si reparamos en que la sentencia

constitucional contiene el juicio que sobre un asunto –concreto o general– realiza el Tribunal Constitucional, entonces se podría advertir que éste es el órgano que tendría que tener el encargo de separar las razones suficientes de las razones subsidiarias. Nadie mejor que él, que es quien formula la decisión, para determinar las razones que han influido y constituyen la motivación imprescindible de su fallo y lo que no. Sin embargo, junto a esta innegable aptitud del Tribunal Constitucional para diferenciar unas razones de otras, existe otra situación igualmente innegable: la sentencia, una vez emitida por el Tribunal Constitucional, adquiere independencia respecto de éste: será interpretada y aplicada por los operadores jurídicos –en particular por los jueces del Poder Judicial– en casos o litis posteriores a aquella que le dio origen.

Esta doble constatación permite afirmar la siguiente regla: en los casos en los que el Tribunal Constitucional haya establecido que determinadas razones son *ratio decidendi*, ellas valdrán como tales y vincularán como tales a los operadores jurídicos, en particular a los jueces del Poder Judicial; si, por el contrario, el supremo intérprete de la Constitución no ha manifestado nada al respecto en su sentencia constitucional, entonces será el operador jurídico –en particular los jueces del Poder Judicial– los encargados de establecer cuáles han sido las razones suficientes que constituyen la base del fallo. La manera que tiene el Tribunal Constitucional de establecer las razones suficientes es a través de la figura de los precedentes vinculantes. De modo que en una sentencia en la que el máximo Tribunal de la Constitución no haya expresamente diferenciado entre razones suficientes y razones accesorias, le corresponde decidir al juez del Poder Judicial¹¹.

2. LOS ARTÍCULOS V Y VI DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A. El artículo V

En este contexto deben ser interpretados los artículos V y VI del Código Procesal Constitucional. En lo que respecta al control concentrado de la

¹⁰ Todas las citas se recogen del Expediente 0024–2003–AI/TC, citado. Primera consideración previa.

¹¹ En este contexto, me parece, debe ser interpretada la siguiente afirmación: “la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente. Esta es una consideración básica que se deriva de la estructura del derecho como una praxis jurídica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuales son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores (...) De este modo, sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”. En: BERNAL PULIDO, Carlos. “El Derecho de los derechos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 179.

constitucionalidad, es sencillo sostener que “(l)os Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad” (segundo párrafo del artículo V del Código Procesal Constitucional). Lo cual significa que si un precepto de una ley no fue cuestionado en su constitucionalidad, de modo que sobre él no hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el juez podrá examinarlo en su constitucionalidad a fin de decidir su aplicación o no en un caso futuro. También significa que el juicio de constitucionalidad que sobre un dispositivo legal formule el Tribunal Constitucional se hará siempre en referencia a determinados preceptos constitucionales, de modo que es posible que el juez concluya que respecto de otras normas constitucionales ese mismo precepto resulte siendo inconstitucional.

Menos sencillo de interpretar es el mandato por el cual “(l)os 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” (tercer párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional). Teniendo en consideración lo explicado anteriormente, esta norma debe ser interpretada de la siguiente manera: cuando los magistrados del Poder Judicial deban aplicar leyes o reglamentos para resolver un caso concreto, deberán hacerlo interpretándolas según las disposiciones constitucionales. En la medida que éstas son normalmente abiertas e imprecisas, necesitadas de concreción, la interpretación que de ellas realice el órgano judicial debe ajustarse a los criterios interpretativos que sobre esos preceptos constitucionales haya manifestado el Tribunal Constitucional. En última instancia, el juez deberá interpretar según las interpretaciones formuladas por el supremo intérprete de la Constitución.

Las interpretaciones, como se ha explicado antes, pueden estar contenidas en una *ratio decidendi* o en un *obiter dicta*. En uno y otro caso, como se argumentó, el juez no pierde su independencia de juzgar el caso concreto que conoce. Ante una sentencia en cuyos fundamentos no se ha establecido ningún precedente vinculante, el juez decide cuales de los argumentos es *ratio decidendi* y cuál es *obiter dicta*. Respecto de las interpreta-

ciones contenidas en los primeros, el juez no puede cambiar el contenido de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional, pero sí decidirá si ese criterio es o no aplicable al caso concreto que tiene que resolver. Respecto de las interpretaciones contenidas en los *obiter dicta*, el juez podrá concluir una interpretación distinta a la presentada por el Tribunal Constitucional, y aunque concuerde con el criterio interpretativo formulado por el Alto Tribunal, podrá decidir no aplicarlo al caso concreto que examina debido a que no es un caso sustancialmente semejante al que dio origen al criterio interpretativo. En uno y otro caso, el juez siempre mantiene un marco de acción dentro del cual ejercer su función jurisdiccional.

B. El artículo VII

En este dispositivo legal se ha establecido que “(l)as 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”. Como antes se ha argumentado, cuando el Tribunal Constitucional dispone en su propia sentencia que determinada interpretación es precedente vinculante, el juez necesariamente deberá asumirla como *ratio decidendi*. El juez pierde su capacidad para decidir si se encuentra ante una *ratio decidendi* o ante un *obiter dicta*, y necesariamente debe asumirlo como lo primero. Consecuentemente, el juez no podrá interpretar distinto a como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante, sino que necesariamente deberá sujetarse a lo establecido en él. Sin embargo, el juez no deja de ser juez del caso concreto y no pierde la facultad de examinar si el caso que tiene por resolver es o no sustancialmente semejante al supuesto de hecho respecto del cual se formuló el precedente vinculante. De modo que si decide que no lo es con argumentos fuertes, puede resolver el asunto sin aplicar el precedente vinculante, aunque sin alterar el contenido del mismo.

3. ANÁLISIS¹²

Una vez definido el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, corresponde analizar el proceder del Alto Tribunal en la sentencia al Expediente 0006–2006–PC/TC.

¹² Un análisis extenso de los errores y excesos que sobre la sentencia al Expediente 0006–2006–PC/TC en los que ha incurrido el Tribunal Constitucional puede encontrarse en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Palestra del Tribunal Constitucional 4. Abril de 2007. pp. 573–601. Este artículo también fue publicado en: Revista Jurídica del Perú. Tomo 77. Julio 2007. pp. 19–45; y será publicado en el libro coordinado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial”. Cuadernos de análisis Jurisprudencial 4. Palestra del Tribunal Constitucional. pp. 155–190.

A. Los jueces podían evaluar la constitucionalidad de preceptos de la Ley 27153 y de la Ley 27796

De la argumentación dada anteriormente es posible afirmar que no es verdad que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos tanto de la Ley 27153 como de la Ley 27796 (y, por añadidura, los de la Ley 28945). En efecto, los jueces podían examinar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 que no fueron confirmados en su constitucionalidad en la sentencia del expediente 0009–2001–AI/TC. Podían también evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad en la referida sentencia, siempre y cuando el juicio de constitucionalidad se realizase con respecto a normas de la Constitución distintas a las que sirvieron de parámetro al Tribunal Constitucional para confirmar la constitucionalidad de los preceptos legales. De igual forma podían examinar la constitucionalidad de la Ley 27796, ya que ésta no ha sido objeto de cuestionamiento a través de una demanda de inconstitucionalidad tal y como lo exige el segundo párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional; sin embargo, el juicio de constitucionalidad que sobre ella realicen los jueces debe sujetarse a los criterios jurisprudenciales presentados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos a la sentencia del expediente 0009–2001–AI/TC en lo que sea pertinente, por así exigirlo el tercer párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional.

La única posibilidad de que los jueces del Poder Judicial se hayan extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional es si en las sentencias declaradas nulas o sin efecto por el Tribunal Constitucional hubiesen concurrido los siguientes dos elementos: primero, si es que han inaplicado los preceptos de la Ley 27153 que han sido declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional; segundo, si la inaplicación ha sido con base a los mismos artículos de la Constitución que fueron empleados por el supremo intérprete de la Constitución para declarar la constitucionalidad de los referidos preceptos. Estas mismas dos exigencias pueden formularse respecto de la Ley 27796 en aquellos preceptos que no modifiquen sustancialmente la Ley 27153; si así fuera, no existiría ningún obstáculo para permitir el examen de

constitucionalidad (control difuso) de la Ley 27796 (y, por añadidura, de la Ley 28954) ya que no habría duda de que el juez se encontraría ante el dispositivo en su texto modificado y no sólo no confirmado en su constitucionalidad, sino además, respecto del cual no podría hacerse extensiva la confirmación de constitucionalidad formulada a su texto originario.

¿Cumplen esta única posibilidad las sentencias emitidas por los magistrados del Poder Judicial que han sido cuestionadas e invalidadas a través de la sentencia al expediente 0006–2006–PC/TC? De la lectura de las fundamentaciones y del fallo de esta sentencia, puede concluirse que no es posible saberlo. En el fallo de la referida sentencia se incorporan dos listas de sentencias judiciales¹³. En lo que respecta a las sentencias de la segunda lista, no existe ninguna referencia concreta a la sentencia del expediente 0009–2001–AI/TC, con lo que no es posible saber si efectivamente los jueces se han extralimitado en el ejercicio de su función. Y en lo que respecta a la primera lista, sí existen referencias concretas al expediente 0009–2001–AI/TC, pero son referencias –manifiesta e inconstitucionalmente– insuficientes para saber si se ha verificado la única posibilidad en la que los jueces se habrían podido exceder.

Sin embargo, lo más probable es que el Tribunal Constitucional, al no haber hecho las necesarias distinciones acerca de lo que en la sentencia al expediente 0009–2001–AI/TC era y no era vinculante a los jueces, ha terminado declarando nulas sentencias judiciales por el solo hecho de inaplicar algún precepto de la Ley 27153 (y su modificatoria Ley 27796), cuando esos preceptos habían sido correctamente inaplicados por no haber sido confirmados en su constitucionalidad, o por haberlo sido en referencia a disposiciones constitucionales distintas. Esta probabilidad adquiere ribetes de certeza si se recuerda que el referido Tribunal había incurrido en el gravísimo error de creer que con la sentencia del expediente 0009–2001–AI/TC se había confirmado la constitucionalidad de todas las disposiciones de la Ley 27153 que no fueron declaradas inconstitucionales.

El panorama se complica y mucho si se repara en que el Tribunal Constitucional ha declarado nulas

¹³ El Tribunal Constitucional no presenta ningún criterio que justifique o al menos que haga mínimamente entendible esta división en dos listas.

también todas las resoluciones judiciales que aunque no estén detalladas en la lista "hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009–2001–AI/TC"¹⁴. Para el mencionado Tribunal, en la medida que ha afirmado que todas las disposiciones de la Ley 27153 (y sus modificatorias) no declaradas inconstitucionales han sido confirmadas en su constitucionalidad, serán resoluciones judiciales que contravienen la sentencia al expediente 0009–2001–AI/TC, todas aquellas resoluciones que inapliquen –sea por la razón que fuese– cualquier dispositivo de la referida ley.

B. ¿Inobservancia del precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional?

Cabe preguntarse si los jueces del Poder Judicial han incurrido en un ejercicio extralimitado de la función judicial a la hora de inaplicar el artículo 17, Primera y Décima Disposición Transitoria de la Ley 27796, debido a que, según la sentencia al Expediente 4227–2005–AA/TC, constituía precedente vinculante la confirmación de constitucionalidad de estos preceptos legales. A esto se responde diciendo que los referidos preceptos de la Ley 27796 no han sido declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto *erga omnes*, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional. Asimismo, la constitucionalidad examinada y declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 4227–2005–AA/TC ha sido en referencia a las concretas circunstancias del demandante de amparo. De modo que esta constitucionalidad podría extrapolarse solamente a otros casos sustancialmente semejantes. En este contexto, es el juez del Poder Judicial el que tiene que examinar y decidir cuales casos futuros son sustancialmente semejantes.

Como consecuencia de esto, no es verdad –como mal refiere el Tribunal Constitucional¹⁵ que haya quedado proscrita la inaplicación de los artículos 17, Primera y Décima Disposición Transitoria de la Ley 27796 para los casos futuros. El juez ha mantenido plenamente la facultad de revisar la constitucionalidad de estos dispositivos y, eventualmente, inaplicarlos, de manera que el juez no ha

incurrido en inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de su función jurisdiccional cuando ha declarado inaplicables algunos de estos preceptos legales en las demandas de amparo resueltas con posterioridad a la sentencia de Expediente 4227–2005–AA/TC.

Sólo hay una posibilidad en la que este exceso se hubiese podido configurar, y es cuando el juez del Poder Judicial, habiendo reconocido un caso como sustancialmente semejante al caso que da origen al precedente vinculante, no ha aplicado el precedente vinculante. Es decir, cuando no existe ninguna justificación para apartarse de la línea marcada por el precedente vinculante. Pero esto tampoco es posible concluirlo de la sentencia al Expediente 0006–2006–PC/TC. Sin embargo, es posible sospechar que el Tribunal Constitucional ha pasado por encima del respeto de la función de *judicial review* de los jueces, para decidirse a anular toda sentencia judicial por el mero hecho de que en su fallo se disponía la inaplicación del artículo 17, Primera o Décima Disposición Transitoria de la Ley 27153, sin realizar ninguna otra consideración. Muy por el contrario, lo más probable es que no se trate de una mera posibilidad, sino que esto haya ocurrido realmente, pues para el Alto Tribunal ha quedado *proscrita de manera absoluta* la inaplicación de los referidos preceptos legales por parte de los jueces.

Pero las cosas van un poco más allá al comprobarse que el supremo intérprete de la Constitución lleva a extremos irracionales este afán de proscribir de modo absoluto la inaplicación de los referidos preceptos de la Ley 27796. En efecto, no repara el Alto Tribunal en que si el precedente vinculante realmente "es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general"¹⁶, la cual "se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos"¹⁷, entonces su aplicación no puede ser retroactiva, sino que su fuerza de precedente se manifiesta a partir –precisamente– del momento en que llega a existir el precedente como tal y no antes; es decir, el precedente "deviene en parámetro normativo para la resolución de *futuros procesos* de naturaleza homóloga"¹⁸ (cursivas añadidas), no para los anteriores.

¹⁴ Expediente 0006–2006–PC/TC, citado, parte final del punto 1 del fallo.

¹⁵ *Ibid* Foja 31.

¹⁶ *Ibid*. Parte final del punto 1 del fallo.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

Por eso, salvo se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta del 15 de febrero de 2006, día en el que la sentencia al expediente 4227-2005-AA/TC fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”¹⁹. Se podrá comprobar que de las sentencias judiciales anuladas o dejadas sin efecto no sólo existen resoluciones de fechas anteriores –aunque próximas a la mencionada fecha de publicación (noviembre 2005, febrero 2005, enero 2005)–, sino que existen también sentencias judiciales expedidas varios años antes de formulado el precepto vinculante (septiembre de 1997, y mayo de 1998), cuando ni siquiera estaba prevista esta figura en el ordenamiento jurídico peruano²⁰. Hasta el 15 de febrero de 2006 los jueces con mucha más razón y legitimidad constitucional podían aplicar control difuso sobre los artículos referidos de la Ley 27796.

CONCLUSIONES

A nadie escapa que el Tribunal Constitucional ha lanzado un manto de duda sobre la preparación, cuando no sobre la honestidad, de todos los magistrados del Poder Judicial cuyas resoluciones han sido dejadas sin efecto en la sentencia que ahora se analiza. El razonamiento es simple: si el referido Tribunal ha fallado que no se puede inaplicar la Ley 27153 y la Ley 27796, y los jueces las han inaplicado a una y/u otra a empresas que explotan juegos y casinos, entonces, o esos jueces han sido comprados por intereses del poder económico o, sencillamente, son manifiestos ignorantes del Derecho. Estos son los extremos de una injusta disyuntiva originada por la deficiencia argumentativa del Tribunal Constitucional, al no considerar y argumentar si el ejercicio de la función de control difuso de los jueces del Poder Judicial en cada uno de los procesos de amparo y de cumplimiento en los que decidía inaplicar las Leyes 27153 y 27796 (y la 28945) ha sido o no constitucionalmente correcto. De modo que si tan manifiesta ha sido la ilegítima e inconstitucional actuación de los jueces y vocales del Poder Judicial en este asunto, entonces sólo quedaría reprochar en todos ellos su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción.

Sin embargo, como finalmente se ha hecho notar a lo largo de estas páginas, no sólo no ha sido manifiesta la ilegitimidad e inconstitucionalidad del actuar de los magistrados del Poder Judicial como ha pretendido el Tribunal Constitucional, sino que además existen razones jurídicas suficientes para pensar que la actuación judicial se ha desenvuelto dentro de sus cauces constitucionales. La del Tribunal Constitucional, por el contrario, se ha extralimitado incurriendo en inconstitucionalidad al menos material. En uno y otro caso ha preferido el Tribunal Constitucional hacer manifestación de fuerza antes que de razón. Como tiene la fuerza de interpretar de modo vinculante la Constitución, pretende imponer no sólo interpretaciones sino también soluciones de los casos sin consideración de las circunstancias concretas. ¿Para qué molestarse en mostrar razones si el resultado igualmente –e incluso con más efectividad– se puede alcanzar con el ejercicio puro y duro del poder? Sin duda, un reprochable exceso.

SEGUNDA PARTE DE LEÓN: FALIBILIDAD DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES, SALDOS POSITIVOS DE LA SENTENCIA E INTEGRIDAD EN LA CARRERA JUDICIAL

1. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El texto del doctor Castillo contiene el siguiente esquema: 1) cuestión previa, 2) el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”), 3) análisis, y 4) conclusiones. Debería comenzar también en ese mismo orden, pero lo haré por el tercer punto, en el cual se realiza el análisis de la sentencia.

En esta parte, el autor se propone determinar si los jueces del Poder Judicial, cuyas resoluciones fueron declaradas nulas por el TC en su sentencia 006-2006-CC/TC, incurrieron o no en una actuación inconstitucional al desvincularse de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC. Por ejemplo, el autor señala que “salvo que se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta (antes) del

¹⁹ Como se sabe, la sentencia del Tribunal Constitucional en la que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial; y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (artículo 204 Código Procesal Constitucional).

²⁰ Recuérdese que es con el Código Procesal Constitucional de diciembre de 2004 que se introdujo la figura del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano.

15 de febrero de 2006”, fecha en el que se publicó la sentencia 4227-2005-AA/TC. Como veremos más adelante, esta afirmación es equivocada.

De la lectura del punto 2 del fallo de la sentencia se puede apreciar que el TC deja sin efecto resoluciones judiciales de los años 1997 y 1998. Pero, en este mismo punto –hay que decirlo– también se incluyen resoluciones de los años 2001, 2004 y 2005. En esta parte del fallo, el TC decide textualmente “(d)ecларar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales (...)”.

Si este extremo de la decisión se lee conjuntamente con el fundamento 59 de la sentencia, no es difícil entender que las resoluciones de los años 1997 y 1998 se dejan sin efecto, no por su contradicción con el precedente o con la sentencia de inconstitucionalidad posteriores, sino más bien por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El mandato que da el TC para que se consideren ambas sentencias, según sea el caso, se refiere –como es obvio– a las resoluciones de los años 2001, 2004 y 2005. Así, no parece que sea “irracional” la decisión del TC en este extremo del fallo.

De otro lado, el autor reconoce que “de la lectura de las fundamentaciones y del fallo de esta sentencia es posible concluir que no es posible saber (...)” si los jueces cuyas resoluciones se declararon nulas actuaron inconstitucionalmente. Sin embargo, elabora su análisis sobre la base de frases como: “lo más probable es que el Tribunal Constitucional”, “esta probabilidad adquiere ribetes de certeza”, “es posible sospechar”, “lo más probable es que”, etcétera.

Más aún, sobre la base de estas sospechas, llega a una conclusión tan grave como que “ha preferido el Tribunal Constitucional hacer manifestación de fuerza antes que de razón. Como tiene la fuerza de interpretar de modo vinculante la Constitución, pretende imponer no sólo interpretaciones sino también soluciones de los casos sin consideración de las circunstancias concretas. ¿Para qué molestarse en mostrar razones si el resultado igualmente –e incluso con más efectividad– se puede alcanzar con el ejercicio puro y duro del poder?. Sin duda, un reprochable exceso”.

No me parece correcto realizar un análisis jurídico de la mencionada sentencia, por lo menos en cuanto se refiere a la nulidad de las resoluciones judiciales comprendidas en el fallo, con afirmaciones tan categóricas y concluyentes como las que realiza el autor, sin haber tenido los elementos de juicio que sí tuvo el TC al momento de resolver la demanda.

Esto no significa que para realizar el análisis y crítica jurídicos de una sentencia sea necesario tener el expediente a la vista, pero en una sentencia de esta envergadura no me aventuraría a sacar conclusiones apresuradas sobre la base de probabilidades, menos aún a poner en entredicho la vocación democrática de los miembros del TC cuando se afirma que en su actuación ha primado la fuerza antes que la razón. Creo que ni en los peores momentos de la dictadura fujimorista se endilgó algo tan grave a los tres magistrados destituidos arbitrariamente.

Insistir, por ende, en un análisis de las resoluciones judiciales anuladas me llevaría a incurrir precisamente en lo que ahora discrepo; de modo tal que no es en torno a estas cuestiones sobre las que incidiré sino más bien sobre otros aspectos en los cuales no convengo, en línea de principio, con los puntos de vista del autor.

2. LA “INCONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DEL TC

Uno de esos puntos con los que no concuerdo es el que se refiere a la “inconstitucionalidad” de las sentencias del TC. El autor propone, como una cuestión previa, determinar si ¿pueden las resoluciones del TC incurrir en inconstitucionalidad?

La respuesta que da a esta pregunta es afirmativa, aunque, según señala, sólo desde el punto de vista material pero nunca formalmente, porque sus resoluciones no pueden ser cuestionadas en su constitucionalidad por procedimiento interno o internacional alguno. La inconstitucionalidad material se refiere, según el autor, a que los magistrados del TC son personas falibles que pueden llegar a interpretar en contra de la Constitución, el hecho de formar parte de la máxima instancia de control y de interpretación constitucional no les proporciona infalibilidad. Discrepo de la forma como plantea la pregunta el autor así como de la respuesta que ensaya a la misma.

En el Derecho Procesal Constitucional, en general, y en el proceso de inconstitucionalidad, en par-

ticular, las categorías de *inconstitucionalidad formal* e *inconstitucionalidad material* tienen un contenido específico. En el primer supuesto, la inconstitucionalidad de la ley viene determinada por su inobservancia al procedimiento legislativo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso de la República; el segundo supuesto se presenta cuando una ley, aun habiendo sido aprobada en observancia estricta del procedimiento legislativo, es contraria al cuadro material de valores, principios o derechos fundamentales.

Teniendo ambos tipos de inconstitucionalidad un contenido específico en el Derecho Procesal Constitucional, no me parece técnicamente adecuado hablar de la inconstitucionalidad formal de las sentencias del TC atendiendo a que no son susceptibles de ser cuestionadas en sede interna o internacional, ni de una inconstitucionalidad material de las mismas en función de la falibilidad o infalibilidad de los magistrados del TC. Si lo que se intenta es, más bien, determinar si la sentencia del TC es correcta o incorrecta, se trata de un tema de argumentación constitucional, mas no de un juicio de validez constitucional. Por lo menos no en el sentido que usualmente se entiende el realizar un juicio de constitucionalidad en sentido estricto. Por ello, considero que un planteamiento como el que se propone en torno a la "inconstitucionalidad" de las sentencias del TC puede dar lugar a innecesarias confusiones y, además, deja sin respuesta algunas preguntas como las siguientes: ¿cuál sería el procedimiento para declarar la inconstitucionalidad *material* de las sentencias del TC?, ¿cuál sería el órgano encargado del control *material* de las sentencias del TC?, ¿quién podría demandar la "inconstitucionalidad" *material* de las sentencias del TC?, etcétera.

Ahora, en ningún sistema jurídico en el cual un Congreso Constituyente haya instaurado un Tribunal Constitucional esto se ha hecho creyendo que los jueces que lo integran son o vayan a ser infalibles al momento de resolver las controversias constitucionales. De hecho, ni el legislador ni la administración lo son. Lo determinante más bien es la necesidad de otorgar una adecuada protección a la supremacía jurídica de la Constitución y a los derechos fundamentales. En esto no puede negarse que al TC le corresponde realizar una tarea bastante importante a fin de institucionalizar y fortalecer nuestro sistema democrático.

Es por el propio reconocimiento que hace la Constitución del TC como órgano de control constitucional que éste adquiere, pues, un *status* o posición jurídica específico dentro de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Que los

magistrados del TC son personas susceptibles de equivocarse es una verdad tan evidente que sería irracional intentar sostener lo contrario. Pero ello no riñe con el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico se haya establecido un órgano como el TC: encargado de dar la interpretación final de la Constitución y que debe ser respetado. Por ello, se ha señalado en los Estados Unidos que el Tribunal Supremo no es "infalible" por lo que digan sus jueces, sino porque es la última instancia.

3. LA RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL A PARTIR DE LA SENTENCIA 006-2006-CC/TC

Según afirma el autor, con la sentencia 006-2006-CC/TC el TC ha "lanzado un manto de duda sobre la preparación, cuando no sobre la honestidad, de todos los magistrados del Poder Judicial cuyas resoluciones han sido dejadas sin efecto en la sentencia (...)". Con una afirmación más dura aun, señala que "o esos jueces han sido comprados por intereses del poder económico o, sencillamente, son manifiestos ignorantes del Derecho"; "entonces sólo quedaría reprochar en todos ellos su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción".

A nadie se le escapa que la relación del TC con el Poder Judicial, tanto en el Derecho constitucional comparado como en nuestro ordenamiento, no ha estado precisamente caracterizada por una interacción libre de fricciones entre ellos. Y es que la Constitución ha consagrado al TC no sólo juez del legislador y de la administración sino también, en clave de derechos fundamentales, juez de los jueces ordinarios a través del control constitucional de las resoluciones judiciales. Ciertamente, la facultad del TC de evaluar la conformidad de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria con los derechos fundamentales no lo convierte en una instancia más de lo resuelto en el proceso ordinario, pero materialmente –y desde el prisma de los derechos fundamentales– sí le corresponde determinar si una resolución judicial es constitucional o no lo es.

Considero que ha contribuido, en mucho, a enrazer las relaciones entre el TC y los jueces ordinarios –particularmente a partir de la sentencia 006-2006-CC/TC– la concepción errada de que cada vez que el TC anula una resolución judicial invade las competencias o pone en cuestión la idoneidad, cuando no la honorabilidad, de los jueces ordinarios. En cuanto a lo primero, no puede decirse que exista una invasión de la esfera de

competencia y de autonomía que la Constitución en su artículo 138 reconoce a los jueces del Poder Judicial; de la misma forma en que cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una ley no sigue que exista una afectación de la autonomía del legislador, igualmente la declaración de nulidad de una resolución judicial que vulnera la Constitución no puede llevarnos a la conclusión que el órgano máximo de control constitucional vulnera la independencia de los jueces ordinarios. Nada de eso. Se trata de que el TC, bajo un canon de valoración objetivo y cumpliendo el mandato jurídico del artículo 201 de la Constitución, verifique la conformidad de las resoluciones judiciales con los derechos fundamentales y con sus principios y valores constitucionales.

En lo que se refiere a lo segundo, pensamos que tampoco el control constitucional de las resoluciones judiciales pone en entredicho la idoneidad o la honorabilidad de los jueces ordinarios. Ello por cuanto el parámetro de control no está referido a las cualidades personales o profesionales de los jueces cuyas resoluciones evalúa, sino a la compatibilidad de éstas con la Ley Fundamental, tanto en lo que se refiere a valores y principios constitucionales, como en lo relativo a los derechos fundamentales de las personas.

De ahí que tenga la impresión de que el autor incurre en una apreciación maniquea fundamentalista (o los jueces son ignorantes o son sabios, o son probos o son corruptos) cuando señala que con la sentencia 006-2006-CC/TC el Tribunal Constitucional ha puesto en tela de juicio la probidad e idoneidad de los jueces ordinarios. De dicha sentencia se deriva claramente que la nulidad de las resoluciones judiciales comprendidas en el fallo ha estado determinada por un criterio objetivo como es el cumplimiento del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante de la sentencia 4227-2005-AA/TC, respectivamente.

Con todo y transcurridos ya algunos meses desde que el TC dictara la sentencia 006-2006-CC/TC, el balance de lo resuelto es altamente positivo. A partir de la sentencia, casi la totalidad de las empresas exportadoras de juegos de casino y

máquinas tragamonedas ilegales se han sometido a un proceso de regularización y las que no se han acogido a este procedimiento, en la medida que funcionaban sin autorización o al amparo de una resolución judicial inconstitucional, vienen siendo clausuradas dentro del marco legal establecido.

En suma, ha contribuido a revertir una situación irregular que se había instalado contraviniendo el ordenamiento jurídico; es decir, que impedía al Poder Ejecutivo cumplir con su atribución constitucional de hacer cumplir las leyes y las resoluciones judiciales, de conformidad con el artículo 118 incisos 1 y 9, respectivamente. Con ello, considero que el TC ha cumplido no sólo con el Derecho sino también con la gobernabilidad que en este caso el Poder Judicial no supo garantizar; por ello, está de más hablar de una extralimitación del Tribunal Constitucional en la sentencia 006-2006-CC/TC.

SEGUNDA PARTE DE CASTILLO: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. Sobre la división de poderes

Es verdad que el principio de división de poderes, presupuesto del Estado democrático de Derecho²¹, no se formula como la atribución exclusiva y excluyente de determinadas funciones a determinados órganos constitucionales. En palabras del Tribunal Constitucional, el mencionado principio "no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado"²². Sin embargo, también es verdad que tanto el número de órganos constitucionales, así como el contenido y alcance de las funciones que podrán ejercer, viene establecido por la norma constitucional. En efecto, ha sido el constituyente peruano el que ha decidido atribuir determinadas funciones a determinados órganos. Pretender ir más allá o contradecir lo constitucionalmente previsto es sencillamente inconstitucional y, por ello, proscrito del ordenamiento jurídico.

En otro trabajo he argumentado que en la decisión del Tribunal Constitucional de atribuir control difuso de la constitucionalidad de las leyes a la Administración Pública²³, más en concreto a

²¹ Expediente 1797-2002-HD/TC, del 29 de enero de 2003. Foja 11.

²² Expediente 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003. Foja 57.

²³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Palestra del Tribunal Constitucional 4. Abril de 2007. pp. 573-601.

“aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten ‘justicia administrativa’ con *carácter nacional*, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”²⁴, más allá de la incoherencia interna que es detectable en su argumentación²⁵, se encuentra la inconstitucional extensión a determinados órganos de la Administración Pública, de una función sólo reservada –aun con base en una interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política– para aquellos órganos que tienen atribuida la *iurisdictio*. Y, como se sabe y es generalmente admitido, los Tribunales de la Administración Pública tienen atribuidas, en todo caso, funciones *cuasi-judiciales*.

En este contexto, he de reafirmar que “(e)l Estado de Derecho empieza a resquebrajarse ahí donde se pretende desconocer los mandatos constitucionales que han separado potestades (facultades y consecuentes deberes) para atribuirlos a órganos constitucionales distintos. El cumplimiento efectivo de la organización constitucional del poder político es la primera exigencia para poder hablar al menos de la existencia material y real de un Estado de Derecho. Nada más que ruina y caos en el Estado constitucional de Derecho puede obtenerse de interpretar extensivamente los dispositivos constitucionales orgánicos que definen potestades y facultades con los consecuentes deberes que de ahí se deriven”²⁶.

2. Sobre la posición jurídica del Tribunal Constitucional

Es verdad que el Tribunal Constitucional –como órgano de control de la constitucionalidad–, ha de ser considerado como Comisionado mayor del Poder Constituyente²⁷. Esto quiere decir que las

interpretaciones que realice sobre los (normalmente abiertos y generales) dispositivos constitucionales, serán efectuadas de modo supremo: El Tribunal Constitucional es el “supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución”²⁸. Esto significa reconocer que la interpretación que él formule es “vinculante para los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos”²⁹. En este contexto, tiene dicho que “no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales”³⁰.

Esto, sin embargo, no debe llevarnos a reconocer en el Tribunal Constitucional un órgano infalible. Los magistrados del Tribunal Constitucional pueden equivocarse, y de hecho se equivocan. Lo cual conduce a reconocer –como lo he argumentado en otra oportunidad³¹– que sus resoluciones pueden ser materialmente inconstitucionales, aunque formalmente –debido a que no podrán ser cuestionadas en su constitucionalidad– siempre deberán ser consideradas como constitucionales.

No hay que olvidar que en un Estado constitucional resultan fundamentales las razones que sustentan una determinada interpretación de cualquiera de las disposiciones constitucionales, de modo que si fuera posible presentar razones mejores o de mayor fuerza, ellas deberán ser presentadas, e incluso prevalecer. Así lo permite el derecho constitucionalmente reconocido de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (artículo 139-20 de la Constitución Política), y así lo exige un sano compromiso con la corrección en el discurso constitucional y con la institución misma del Tribunal Constitucional³². Por lo que el beneficio sólo puede obtenerse de debatir, obviamente en base a argumentos mejores o más fuertes, las

²⁴ Resolución aclaratoria a la sentencia del Expediente 3741–2004–AA/TC, del 13 de octubre de 2006. Foja 4.

²⁵ Esta incoherencia se manifiesta al momento de circunscribir la titularidad del control difuso de la constitucionalidad sólo a determinados tribunales de la Administración Pública cuando el principal argumento para hacerlo extensivo ha sido el “deber de respetar el principio jurídico de supremacía de la Constitución, deber que alcanza también a la Administración Pública” (Expediente 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005. Foja 6). A partir de aquí afirma que “el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos”. Pues bien, si el principio de supremacía de la Constitución es general y exigible de todos los poderes públicos; y si se ha de reconocer que una manera de cumplir con ese principio es realizar control difuso la Administración Pública, entonces, ¿cuál es el sustento de sólo limitarlo a los tribunales de alcance nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que declaren derechos fundamentales?

²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?”. Op. cit. p. 80.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid: Civitas. 1991. p. 197.

²⁸ Expediente 02492–2007–PHC/TC, de 29 de agosto de 2007. Foja 6.

²⁹ Expediente 0004–2004–CC/TC, de 31 de diciembre de 2004. Foja 19.

³⁰ Expediente 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004. Foja 2.e.

³¹ “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”. En: Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica). Tomo 149. Abril de 2006. pp. 133–139.

³² En este contexto, he argumentado que existen razones para sustentar la incorrección de algunas decisiones del Tribunal Constitucional referidas del Legislativo (Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”. En: Diálogo con la jurisprudencia. Tomo 100. Enero de 2007. pp. 27–38); del judicial (CASTILLO

interpretaciones que de las distintas disposiciones constitucionales formule el Tribunal Constitucional.

Y es que, como ha manifestado el Tribunal Federal Alemán, “la interpretación, especialmente la interpretación constitucional, tiene el carácter de un discurso en el que no pueden ser ofrecidas indudables afirmaciones ni a través de un trabajo perfectamente sistemático ni absolutamente correcto (...), sino que a razones válidamente hechas, son opuestas otras razones y finalmente las mejores razones deben prevalecer (*die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen*)”³³. De modo que en un discurso abierto y racional hay que estar también a *la fuerza de los mejores argumentos (die Kraft des besseren Arguments)*³⁴.

3. Sobre la sentencia al Expediente 0006–2006–PC/TC

Es verdad que una resolución judicial firme que ha sido expedida contraviniendo el marco constitucional es una resolución inválida. El principio de cosa juzgada “no es un principio absoluto y sólo llega a configurarse cuando se ha obtenido la resolución final a través de un debido proceso”³⁵. Y obviamente, emitir una resolución judicial al margen de los precedentes vinculantes cuando esos precedentes eran aplicables al caso concreto resuelto es sencillamente inconstitucional, y la decisión inconstitucional no puede beneficiarse del requisito de inmutabilidad propio de la cosa juzgada. También es verdad que resulta siendo argumentable el conflicto de atribuciones por menoscabo tal y como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en su sentencia al expediente 0006–2006–PC/TC.

Siendo esto verdad, la cuestión a determinar es si los jueces del Poder Judicial cuyas sentencias han sido anuladas por el Tribunal Constitucional en la sentencia al expediente 0006–2006–PC/TC, se

han excedido en el ejercicio de sus funciones, generando con ello menoscabo en las atribuciones constitucionales del Ejecutivo. No voy aquí a repetir los argumentos que he dado en la primera parte de mi intervención acerca no sólo de la constitucionalidad del proceder de los jueces del Poder Judicial, sino también de los excesos cometidos por el Tribunal Constitucional. Sólo he de reiterar lo siguiente:

- i. Los jueces del Poder Judicial no pueden convertirse en boca muerta que repite el contenido de los precedentes vinculantes (y en general de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Esta versión moderna del fracasado intento de Montesquieu de convertir al juez en la boca muerta que repite el texto de la ley, es sencillamente inaceptable. Se debe intentar conciliar la vinculación que se ha de reconocer a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el principio constitucional de independencia judicial, que prescribe concebir al Juez como autómatas, máquina no pensante programada para aplicar soluciones previas a casos futuros, y que obliga a no olvidar que el Juez lo es de casos concretos. Como lo he argumentado anteriormente, el Juez está obligado con el precedente vinculante en dos sentidos: primero, no puede cambiar la interpretación constitucional que está contenida en el precedente vinculante; en segundo lugar, no puede dejar de resolver el asunto que conoce aplicando el precedente, si se trata de un asunto que encaja en el supuesto de hecho de la regla preceptiva común³⁶ que significa el precedente vinculante. Consecuentemente, frente a un precedente vinculante puede ser constitucionalmente válido que el juez no lo siga si ocurre que el caso concreto que examina no es semejante para aplicar la interpretación constitucional prevista en el precedente³⁷.

CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Palestra del Tribunal Constitucional 4. Abril de 2007. pp. 573–601); del Ejecutivo (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”. En: Diálogo con la jurisprudencia. Noviembre de 2006. pp. 31–45); y hasta del Poder Constituyente (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial”. En: Jus Jurisprudencia 1. pp. 275–308).

³³ BVerfGE 82, 30 (38).

³⁴ ALEXY, Robert. “Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs”. En: ALEXY, KOCH, KUHLEN, RÜBMANN. “Elemente einer juristischen Begründungslehre, Nomos Verlagsgesellschaft”. Baden – Baden. 2003. pp. 117–122.

³⁵ Este primer requisito puede entenderse “como la exigencia de resolución con la que se ha terminado el proceso constitucional, independientemente de la instancia a la que se haya llegado. Esto significa que perfectamente puede cumplir este primer requisito la sentencia del juez constitucional en primera instancia, siempre que con ella se haya terminado el proceso. Y esto puede ocurrir cuando no se ha interpuesto recurso alguno contra esa resolución y se ha vencido el plazo para hacerlo”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comentarios al Código Procesal Constitucional”. Tomo I. Lima: Palestra. 2006. p. 344.

³⁶ Expediente 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Primera consideración previa.

³⁷ Sobre esto, ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Justicia Constitucional. Estudios teóricos y prácticos sobre el Tribunal Constitucional”. Capítulo III. En prensa.

- ii. Con base a lo dicho en el apartado anterior, es posible afirmar que no es verdad que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos tanto de la Ley 27153 como de la Ley 27796 (y, por añadidura, los de la Ley 28945).
- iii. El artículo 17, así como la Primera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley 27796, no ha sido declarado constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto *erga omnes*, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional. No ha quedado, por tanto, proscrita la inaplicación de los mencionados preceptos legales.
- iv. Salvo se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta el 15 de febrero de 2006, día en el que la sentencia del Expediente 4227-2005-AA/TC fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”³⁸. Se podrá comprobar que de las sentencias judiciales anuladas o dejadas sin efecto no sólo existen resoluciones de fechas anteriores aunque próximas a la mencionada fecha de publicación (noviembre 2005, febrero 2005, enero 2005), sino que existen también sentencias judiciales expedidas varios años antes de formulado el precepto vinculante (septiembre de 1997, y mayo de 1998), cuando ni tan siquiera estaba prevista esta figura en el ordenamiento jurídico peruano³⁹.

TERCERA PARTE DE LEÓN: PRIMACÍA CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN DEL TC DE SUS PROPIAS FACULTADES Y CONSECUENCIAS POSITIVAS DE LA SENTENCIA

En esta parte no voy a ahondar en lo ya señalado anteriormente. Me interesa centrarme sí en tres puntos específicos.

En primer lugar, en mi anterior comentario me había referido brevemente a los efectos positivos del precedente vinculante referido al tema del control constitucional en sede administrativa. Se ha señalado, al respecto, una supuesta incoherencia del TC por el hecho de haber reconocido sólo a algunos órganos colegiados administrativos –adscritos al Poder Ejecutivo, que declaran derechos fundamentales y que tengan carácter nacional– de poder realizar el control difuso administrativo.

Creo que aquí no existe incoherencia alguna porque este reconocimiento, como es evidente, no significa que el principio jurídico de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución sólo tenga aplicación para aquellos tribunales administrativos. Considero más bien que la decisión del TC en este caso expresa la *haz* de posibilidades que tiene para modular los efectos de su sentencia. Pretender que el TC se mueva en el terreno jurídico con un criterio del “todo o nada” puede ser peligroso y contraproducente en la resolución de las controversias constitucionales como parece sugerirse. Con este razonamiento jurídico “de extremos” se podría llegar a decisiones que lejos de tutelar la primacía constitucional o los derechos fundamentales terminen desprotegiendo otros bienes constitucionales. Y es que como se ha dicho, entre el blanco y el negro hay una escala de grises que el TC ha sabido identificar.

En segundo término, se afirma que las disposiciones que reconocen competencias y atribuciones se interpretan restrictivamente, pretender ir más allá o contradecir lo constitucionalmente previsto es inconstitucional. Se agrega que una interpretación extensiva de estas disposiciones sólo genera ruina y caos en el Estado constitucional. No comparto este punto de vista porque las disposiciones constitucionales, por su propia naturaleza son abiertas, pasibles de ser interpretadas. Si las competencias y atribuciones estuvieran claramente precisadas en la Constitución, de modo tal que no exista duda sobre lo previsto en ellas, no se producirían los conflictos constitucionales y entonces ¿qué sentido tendría que en nuestro ordenamiento jurídico se prevea

³⁸ Como se sabe, la sentencia del Tribunal Constitucional en la que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial; y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (artículo 204 Constitución Política).

³⁹ Recuérdese que es con el Código Procesal Constitucional de diciembre de 2004 que se introdujo la figura del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano.

un proceso constitucional como el competencial? Las disposiciones de la Constitución que reconocen facultades no están exentas de ser interpretadas por parte del TC.

Finalmente, también señalaba anteriormente que un análisis serio de la sentencia 006-2006-CC/TC no debería sustentarse en presunciones o sospechas, sino sobre la base de elementos objetivos. Uno de esos elementos es, por ejemplo, que muchas de las empresas beneficiadas con las resoluciones inconstitucionales declaradas nulas no sólo evadían el pago de sus obligaciones tributarias, sino que también mantenían impagas sus deudas con la administración tributaria. Según la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, años atrás lo recaudado en estas actividades no superaba los tres millones de soles; en el año 2007, esto es, luego de la sentencia 006-2006-CC/TC y de la legislación que previó una regularización de las empresas ilegales, se ha recaudado aproximadamente ciento diez millones de soles⁴⁰. Es innegable, pues, por mucho que se critique: la sentencia del TC ha contribuido a que estas empresas, que realizaban una actividad económica al margen de la ley, regularicen su situación jurídica.

TERCERA PARTE DE CASTILLO: NATURALEZA DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS IMPERATIVAS*

En esta tercera participación, contestaré la réplica que el profesor León Vásquez ha formulado de mi primer texto, y lo haré desde el respeto que profeso por todo colega universitario. Lo haré también siguiendo las tres grandes partes en las que el referido profesor ha agrupado sus argumentos.

I. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

A. ¿Una afirmación equivocada?

1. Planteamiento de la cuestión

El profesor Jorge León Vásquez ha escrito que es *equivocada* mi siguiente afirmación:

“Salvo que se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se

declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta (antes) del 15 de febrero de 2006”.

El encabezado del punto 2 del fallo de la sentencia al Expediente 0006–2006–PC/TC, dice lo siguiente:

“(d)ecларar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009–2001–Al/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227–2005–AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales”.

A continuación, el Tribunal Constitucional menciona las siguientes seis resoluciones judiciales: la resolución del 12 de septiembre de 1997, la resolución del 22 de mayo de 1998, la del 21 de septiembre de 2001, la del 2 de julio de 2004, la del 17 de enero de 2005, la del 24 de febrero de 2005 y la resolución del 4 de noviembre de 2005.

Pues bien, se califica de *equivocada* mi afirmación sobre la base de lo siguiente:

“si este extremo de la decisión (el punto 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional) se lee conjuntamente con el fundamento 59 de la sentencia, no es difícil entender que las resoluciones de los años 1997 y 1998 se dejan sin efecto, no por su contradicción con el precedente o con la sentencia de inconstitucionalidad que son posteriores, sino más bien por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 14º de la LOPJ. El mandato que da el TC para que se consideren ambas sentencias, según sea el caso, se refiere –como es obvio– a las resoluciones de los años 2001, 2004 y 2005. Así, no parece que sea ‘irracional’ la decisión del TC en este extremo del fallo”.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes.

2. Mi afirmación no está equivocada

En el punto 2 del fallo a la sentencia del expediente 0006–2006–PC/TC, se recogen tres criterios referidos de la suspensión de los efectos jurídicos de las resoluciones judiciales ahí indicadas. El primero es el artículo 14 de la Ley Orgánica del

⁴⁰ Ver: El Peruano, edición de 18 de enero de 2008. p. 21.

* El profesor Castillo superó el límite de páginas asignado para su tercera parte.

Poder Judicial (LOPJ). Este criterio tiene un doble significado. Por un lado, indica hasta cuándo durará la suspensión de los efectos jurídicos de las resoluciones judiciales; y, por otro, indica el motivo por el cual deben dejarse sin efecto: por la falta de pronunciamiento de la Corte Suprema con base en la consulta establecida en el mencionado dispositivo legal.

El segundo criterio es el precedente vinculante establecido en la sentencia al expediente 4227–2005–AA/TC; el tercero, la sentencia al expediente 009–2001–AI/TC. La pregunta obligada es ¿qué significan estos dos criterios? O, si se quiere, ¿cuál es la función que deben desempeñar en la interpretación del punto 2 del fallo? De la mala redacción del encabezamiento de este punto 2, pueden concluirse dos interpretaciones. La primera es que se declaran sin efecto las resoluciones judiciales también (“y considerando”, dice el texto) por las dos sentencias constitucionales ahí mencionadas. Si se opta por esta interpretación, la decisión de dejar sin efecto las resoluciones judiciales ahí mencionadas es manifiestamente irracional.

Pero también resulta manifiestamente irracional si se opta por una segunda interpretación: que las dos sentencias constitucionales mencionadas en el punto 2 del fallo actúan como criterios para definir la validez de las resoluciones judiciales que ha de enjuiciar la Corte Suprema. Es decir, al momento que la Corte Suprema deba manifestarse en virtud del artículo 14 de la LOPJ, tendrá que hacerlo verificando si en las resoluciones judiciales dejadas sin efecto se ha aplicado o no el precedente vinculante contenido en la sentencia al expediente 4227–2005–AA/TC, y si se ha aplicado o no los dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales en la sentencia al expediente 009–2001–AI/TC.

En referencia al precedente, de su contenido se ha de resaltar que:

“al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796 (...), en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional (...), dichos preceptos

*resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”*⁴¹ (cursivas añadidas).

Según esta segunda interpretación, el Tribunal Constitucional le está diciendo a la Corte Suprema que la revisión de las resoluciones judiciales que haga deberá hacerla tomando en consideración el contenido del precedente vinculante antes referido. ¿Qué puede concluirse sino irracionalidad (entendida como *irrazonable*)⁴² cuando se repara en la imposibilidad jurídica y de hecho que existe en el intento de resolver un caso con base en algo recién habido varios años después de ocurrido ese caso? En efecto, todas las seis resoluciones contenidas en el punto 2 del fallo son resoluciones judiciales que fueron expedidas con anterioridad a la sentencia en la que se estableció el precedente vinculante antes mencionado (15 de febrero de 2006). No es racional, más allá de la inconstitucionalidad que pueda estar configurando, pretender que la validez de las resoluciones judiciales dependa de su ajustamiento a un mandato –el precedente vinculante– que no existía al momento de emitirse esas resoluciones judiciales; y más aún, cuando ni tan siquiera se había introducido la figura del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano⁴³.

Mi respuesta debería restringirse a esto, en la medida en que mi afirmación cuestionada, y arriba trascrita, hace referencia al precedente vinculante. Sin embargo, es posible dar un paso más y calificar de irracional –en el sentido antes indicado– la actuación del Tribunal Constitucional también porque pretende que la Corte Suprema aplique lo resuelto en una sentencia (la del expediente 009–2001–AI/TC, de 29 de enero de 2001) que no estaba vigente al momento en que fueron expedidas dos de las resoluciones judiciales dejadas sin efecto, una del año 1997, la otra de 1998.

B. Lo concluyente de mis juicios de valor

Se me ha reprochado también que con base a probabilidades y sospechas haya llegado a una

⁴¹ Expediente 4227–2005–AA/TC, del 2 de febrero de 2006. Foja 43.

⁴² Según la Real Academia Española, se tiene lo siguiente: Irracional: “1. adj. Que carece de razón”; irrazonable: “1. adj. No razonable. 2. adj. ant. Que carece de razón”.

⁴³ Más de la mitad de las resoluciones dejadas sin efecto fueron expedidas antes del 1 de diciembre de 2004, fecha en la que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, y con él la figura de los precedentes vinculantes a ser declarados por el Tribunal Constitucional.

conclusión tan categórica como grave: el Tribunal Constitucional ha hecho manifestación de fuerza antes que de razón en la sentencia al Expediente 006–2006–PC/TC. En este contexto, el profesor León Vásquez ha escrito que:

“(n)o me parece correcto realizar un análisis jurídico de la mencionada sentencia, por lo menos en cuanto se refiere a la nulidad de las resoluciones judiciales comprendidas en el fallo, con afirmaciones tan categóricas y concluyentes como las que realiza el autor, sin haber tenido los elementos de juicio que sí tuvo el TC al momento de resolver la demanda”.

Mi respuesta es la siguiente. Todos sabemos que las decisiones se toman (deben tomarse) en base a razones. Cuando estas razones faltan o sencillamente son inaceptables por inconsistentes, entonces la decisión se convierte en arbitraria, y llegará a ser cumplida pero no por su racionalidad interna, sino por la fuerza del órgano de la que emana. La cuestión se desplaza, entonces, a determinar si los fundamentos que le sirven de base al Tribunal Constitucional para adoptar la decisión de anular resoluciones judiciales, son o no racionales.

1. Razones inconsistentes: respecto del cumplimiento de la Ley 27153

No es posible afirmar irracionalidad en el sustento del *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales* como una modalidad de los conflictos de competencia que ha de conocer y resolver en instancia única el Tribunal Constitucional. Donde falla, y además de modo clamoroso a mi modo de ver, es al momento de determinar si la actuación de los jueces y magistrados del Poder Judicial ha menoscabado o no las atribuciones del Ejecutivo (señaladamente del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo). Los argumentos que expone el Tribunal Constitucional son manifiestamente inconsistentes y, por ello, inadmisibles. Esta inconsistencia se manifiesta –en referencia a la Ley 27153– en las siguientes dos afirmaciones.

La primera. Dice el Tribunal Constitucional:

“(e)sta Ley (27153) fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de

una demanda de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, *refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones*”⁴⁴.

Según el Tribunal Constitucional, el contenido de la sentencia al expediente 009–2001–AI/TC tiene dos partes. Una, la declaración de inconstitucionales de los artículos 38.1; 39; Primera y Segunda Disposición Transitoria; dos, la confirmación de constitucionalidad *de los demás dispositivos* de la Ley 27232. Con base en este contenido, el Tribunal Constitucional afirma que:

“los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico”⁴⁵.

Quiere esto decir que serán inconstitucionales –y por tanto, habrán menoscabado las atribuciones del Ejecutivo– todas aquellas resoluciones judiciales que *hayan contradicho o que se hayan desvinculado* del contenido de la sentencia al expediente 009–2001–AI/TC, es decir, que hayan aplicado los preceptos declarados inconstitucionales o que hayan *inaplicado el resto de disposiciones de la Ley 27153*. Buena muestra de que esto es así la da el Tribunal Constitucional cuando dispone en la parte final del punto 1 del fallo, que son anuladas:

“(a)demás de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009–2001–AI/TC”⁴⁶.

Pero esto es insostenible porque no es verdad que haya quedado *refrendada la constitucionalidad de las demás disposiciones* de la Ley 27153 que no fueron declaradas inconstitucionales en la sentencia al Expediente 009–2001–AI/TC. Esta es una verdad que se comprueba con la sola atenta lectura de esa sentencia: no todos los preceptos de la mencionada ley son confirmados en su constitucionalidad; y los que lo son, lo han sido en referencia a determinado parámetro consti-

⁴⁴ Expediente 009–2001–AI/TC, del 29 de enero de 2001. Foja 30.

⁴⁵ Expediente 006–2006–PC/TC, del 13 de febrero de 2007. Foja 43.

⁴⁶ Ibid. Apartado final del punto 1 del fallo.

tucional. Como ya he dicho: sólo pueden ser consideradas como disposiciones confirmadas en su constitucionalidad aquellas de la Ley 27153 que han sido efectivamente evaluadas por parte del supremo intérprete de la Constitución, y serán tales siempre en referencia a determinada norma de la Constitución (de modo que un dispositivo declarado constitucional en referencia a una norma de la Constitución, podría ser inaplicado en un caso concreto por inconstitucional en relación a otra norma de la Constitución). Por lo que no es inconstitucional aquella resolución judicial que ha sido emitida inaplicando un precepto de la Ley 27153 que no ha sido evaluado en su constitucionalidad en la sentencia al Expediente 009–2001–AI/TC, o que al haber sido evaluado y confirmado en su constitucionalidad ha sido inaplicado en referencia a normas de la Constitución diferentes de las que sustentaron la confirmación de constitucionalidad.

Por ejemplo, en su texto original, el artículo 5 de la Ley 27153 tenía dos apartados. En la sentencia al Expediente 009–2001–AI/TC, fue examinada y confirmada la constitucionalidad del artículo 5.1 de dicha ley. Dijo el Tribunal Constitucional que era constitucional porque no vulneraba la autonomía administrativa de los gobiernos locales reconocida en el artículo 191 de la Constitución Política. Aplicando el parecer del Tribunal Constitucional se tendría que admitir que son nulas (por inconstitucionales) aquellas resoluciones judiciales que hayan inaplicado el artículo 5.2 de la mencionada Ley. Y nulas, por tanto, aquellas resoluciones judiciales que hubiesen permitido el funcionamiento de salas de juego a menos de 150 metros de un hospital o de un cuartel. Sería un exceso inconstitucional anular esa sentencia judicial porque el juez no estaba obligado a aplicar el artículo 5.2 de la Ley, no sólo porque ese dispositivo no fue evaluado ni confirmado en su constitucionalidad, sino además porque –dependiendo de las concretas circunstancias– podía llegar a ser inconstitucional. De hecho, actualmente no está prohibido instalar las salas de juego a menos de 150 metros de un hospital o de un cuartel.

La inconsistencia del argumento del Tribunal Constitucional se agrava –si aún era posible un agravamiento–, si se repara en dos circunstancias nada despreciables. La primera es que la Ley 27153

ha sufrido modificaciones. El razonamiento que aquí se ha formulado ha sido elaborado teniendo en consideración el texto original de la Ley 27153 sobre el cual versa la sentencia al Expediente 009–2001–AI/TC. Pero ese texto fue modificado luego por la Ley 27796 y la Ley 28954. Con lo cual, si una resolución judicial inaplica el texto modificado de un artículo de la Ley 27153, no incurre necesariamente en nulidad, porque el texto modificado no fue el confirmado en su constitucionalidad.

La segunda es que el Tribunal Constitucional ha admitido que es posible que un precepto legal cuya constitucionalidad ha sido confirmada en abstracto por él, resulte siendo inconstitucional en su aplicación a un caso concreto. Frente a esta situación, no queda más –como lo hizo el mismo Tribunal Constitucional– que reconocer que el juez puede inaplicar ese precepto legal. Así dijo el supremo intérprete de la Constitución en relación a los Decretos Legislativos 939 y 943 que crean y regulan el Impuesto de Transacciones Financieras:

“este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados”⁴⁷ (cursivas añadidas).

Si la valoración constitucional abstracta puede no coincidir con la valoración constitucional en el caso concreto, ¿cómo declarar nula toda resolución judicial que inaplica preceptos no declarados inconstitucionales de la Ley 27153 sin atender a los fundamentos o razones que ha dado el juez para la inaplicación?

2. Razones inconsistentes: respecto del cumplimiento del precedente vinculante establecido en la sentencia al Expediente 4227–2005–AA/TC

⁴⁷ Expedientes 0004–2004–AI/TC; 0011–2004–AI/TC; 0012–2004–AI/TC; 0013–2004–AI/TC; 0014–2004–AI/TC; 0015–2004–AI/TC; 0016–2004–AI/TC, y 0027–2004–AI/TC (Acumulados), de 21 de septiembre de 2004. Foja 23.

Otras razones por las que el Tribunal Constitucional entiende que determinadas resoluciones judiciales deben ser declaradas nulas por menoscabar las atribuciones del Ejecutivo, son aquellas que han sido expedidas incumpliendo el precedente vinculante contenido en la sentencia al expediente 4227-2005-AA/TC:

“dichos preceptos (artículo 17, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley 27796) resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”⁴⁸ (cursivas añadidas).

Al punto que ha fallado la nulidad:

“(a)demás de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo (...) el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional”⁴⁹.

Según el Tribunal Constitucional, deben ser declaradas nulas todas aquellas resoluciones judiciales que hayan dispuesto la inaplicación de los tres dispositivos de la Ley 27796 mencionados antes; ello, al margen de las circunstancias que concurren en el caso concreto que resuelve y al margen de la concreta argumentación del juez. Esta razón es manifiestamente inconsistente porque su presupuesto es manifiestamente inaceptable. Ese presupuesto es: el juez debe abstraerse del caso concreto que resuelve y siempre debe fallar aplicando el precedente vinculante. El presupuesto sería verdad si y sólo si se cumplen dos exigencias. La primera, si la actividad del juez se reduce a la de un autómata que aplica sin valorar lo que aplica ni a qué lo aplica; la segunda, si fuese posible la aplicación automática del precedente vinculante.

La primera exigencia está relacionada directamente con la posición constitucional del juez: órgano que tiene atribuida la *iurisdictio*, y que para su ejercicio tiene reconocida independencia. La consecuencia necesaria de esta posición constitucional es que el juez es juez de controversias concretas. Sólo el juez –“(N)inguna auto-

ridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”, reza el segundo párrafo del artículo 139-1 de la Constitución Política– conoce y resuelve el caso que se le ha presentado, porque sólo él está llamado a conocer las concretas circunstancias del mismo; de ahí que todo lo que ha de aplicar tendrá que hacerlo siempre a la luz del caso concreto. El juez no es, pues, un autómata.

Obviamente, el juez debe resolver según lo dispuesto en la Constitución y, por tanto, en los precedentes vinculantes (normas constitucionales adscritas a las normas de la Constitución). Pero los precedentes no se aplican en abstracto, sino para resolver una concreta controversia. Lo que traslada la cuestión a indagar acerca de la naturaleza jurídica del precedente, y con ello se entra en la segunda de las mencionadas exigencias. Ha dicho el Tribunal Constitucional que:

“la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”⁵⁰.

Es decir, el precedente vinculante tiene la naturaleza de una regla jurídica con alcance general. Si esto es así, que lo es, habrá que descubrir en el precedente vinculante las dos partes de toda regla: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. De manera que la regla que significa el precedente vinculante, sólo podrá ser aplicada en aquellos casos en los que se cumple el supuesto de hecho. Si en un caso concreto ese supuesto no es cumplido, no es posible la aplicación de la consecuencia jurídica. Por eso, bien hace el Tribunal Constitucional al establecer que el precedente vinculante:

“deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de *naturaleza homóloga*”⁵¹.

Y he aquí que surge la realidad incontestable que trae por los suelos el parecer del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional una ley por no aplicar el precedente vinculante: el juez

⁴⁸ Expediente 4227-2005-AA/TC, citado, Foja 43.

⁴⁹ Expediente 006-2006-PC/TC, citado. Apartado final del punto 1 del fallo.

⁵⁰ Expediente 0024-2003-AI/TC, citado. Primera consideración previa.

⁵¹ *Ibidem*.

que conoce del caso concreto es el llamado a establecer si se cumple o no el supuesto de hecho a fin de aplicar la consecuencia jurídica contenida en el precedente. Negar esto no es sólo negar la realidad, sino negar la independencia del juez. De modo que perfectamente puede ocurrir que en un caso determinado no se cumpla con el supuesto de hecho, y el juez tiene que poder resolver al margen de la consecuencia jurídica que contiene el precedente vinculante.

Con lo que se lleva dicho es posible concluir que ni la actuación del juez es la de un autómatas, ni la naturaleza del precedente vinculante permite su aplicación autómatas, por lo que el punto de partida del Tribunal Constitucional es falso, e inconsistente la razón que a partir de él se construye.

Recientemente, el referido Tribunal ha dado una razón más para no considerar los precedentes vinculantes como de aplicación necesaria. Ha dicho el referido Tribunal que:

“las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”⁵² (cursivas añadidas).

Significa esto que el juez no sólo no podrá aplicar como autómatas los precedentes vinculantes debido a que podrá (deberá) interpretar las circunstancias del caso que debe resolver a fin de decidir si se cumple o no con el supuesto de hecho que conforma el precedente; sino que además podrá reinterpretar la consecuencia jurídica; de modo que si encuentra que es posible una interpretación mejor (que más favorezca, por ejemplo, la vigencia de los derechos funda-

mentales), podrá apartarse del precedente y resolver el caso según la nueva interpretación⁵³.

Y no puede ser de otra forma cuando, como bien se ha dicho:

“la presunción de que todos los precedentes grafican reglas claras y concretas, puede no ser siempre consecuente con la verdad (...); pensar que a la luz de un caso concreto, puede ensayarse una definición integral y definitiva de cada derecho o bien jurídico, sí nos parece un exceso, pues no hay contenido que pueda vislumbrarse como de cierre. (...) Pretender que los desarrollos son absolutos y definitivos y que, por ende, todo está oleado y sacramentado a modo de precedente de obligatoria observancia, suele ser el anticipo de ulteriores y a veces hasta urgentes rectificaciones”⁵⁴.

3. A razones insostenibles, soluciones insostenibles

Afirmar que son inconstitucionales todas las resoluciones judiciales que han sido emitidas inaplicando los dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales en la sentencia al expediente 009–2001–AI/TC, es insostenible por lo que arriba se ha dicho. De igual forma, afirmar que son inconstitucionales todas las resoluciones judiciales que han sido emitidas inaplicando el precedente vinculante establecido en la sentencia al expediente 4227–2005–AA/TC, es también insostenible por lo antes argumentado. Si son insostenibles, entonces la calificación de inconstitucionales que este Tribunal atribuye a las resoluciones del Poder Judicial (y a través de las cuales está menoscabando las atribuciones del Poder Ejecutivo) es también insostenible.

Pero ocurre que es posible que determinadas resoluciones judiciales hayan podido ser emitidas inaplicando dispositivos de la Ley 27153 por considerar injustificadamente que contravienen la norma de la Constitución que sirvió de parámetro al Tribunal Constitucional para confirmar

⁵² Expediente 04853–2004–PA/TC, del 19 de abril de 2007. Foja 16.

⁵³ Mal hace el Tribunal Constitucional en permitir este desmarque del contenido del precedente vinculante. La vinculación al precedente es absoluta en el sentido que una vez determinado que se cumple con el supuesto de hecho que trae la regla jurídica que significa el precedente, el juez necesariamente debe aplicar la consecuencia jurídica (la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional) para resolver el caso. Ver: CASTILLO CÓRODOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial”. Capítulo III. Porrúa. 2008. En prensa.

⁵⁴ SÁENZ DÁVALOS, Luis, “Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)”. En: *Ibid.* El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Lima: Palestra. 2007. pp. 121–122.

su constitucionalidad; y es posible también que determinadas resoluciones judiciales injustificadamente hayan sido emitidas inaplicando el precedente vinculante en casos de *naturaleza homóloga* al supuesto de hecho que conforma el precedente vinculante.

Esta constatación obliga a otorgar una presunción *iuris tantum* de insostenibilidad a la solución a la que arriba el Tribunal Constitucional: “Las presunciones (*iuris tantum*) suelen expresarse en una fórmula parecida a ésta: ‘si se da un estado de cosas, y si falta la prueba en contrario, se debe reconocer la existencia del hecho conforme a esa presunción’. Por tanto, la prueba en contrario es necesaria para negar el hecho que se ha dado como existente”⁵⁵.

El hecho que aquí se ha dado como existente es que la solución del Tribunal Constitucional de declarar nulas todas las resoluciones judiciales antes mencionadas es insostenible debido a que las razones que le sustentan son insostenibles. Es posible acreditar (probar) que determinadas resoluciones judiciales son nulas por no aplicar injustificadamente preceptos de la Ley 27153 y el precedente vinculante. Por lo que es posible hacer desaparecer la presunción *iuris tantum* planteada. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional no sólo no ha realizado ese análisis particularizado de las resoluciones judiciales que anula, sino que además ha (nada menos) fallado la general nulidad de todas las resoluciones judiciales en las que se inaplica dispositivos de la Ley 27153 y/o se inaplica el precedente vinculante. Todas, al margen, por tanto, de las concretas circunstancias y de las concretas argumentaciones de los jueces que expiden esas resoluciones. Esto significa que el mencionado Tribunal no ha destruido la presunción *iuris tantum*, por lo que es posible sostener la inconsistencia e insostenibilidad (por no decir inconstitucionalidad) en su respuesta.

4. Mi respuesta final

Como se recordará, se me reprocha que con base a sospechas y probabilidades he concluido algo grave respecto del Tribunal Constitucional. La presunción es una herramienta válida en el

Derecho. La primera acepción que de la palabra *presunción* se encuentra en el diccionario de la Real Academia Española es la siguiente: “Sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello”. Por lo que, la sospecha, la conjetura, la probabilidad es perfectamente legítima de utilizar en la crítica jurídica. Esta sospecha y probabilidad viene alentada, en el caso que ahora examino, por el mismo actuar del Tribunal Constitucional. Éste no ha analizado cada resolución judicial a fin de determinar si procedía o no declarar su nulidad por haber decidido injustificadamente en contra de lo decidido por el Supremo intérprete de la Constitución.

Al no haberse dado un análisis particularizado, sólo hay dos razones manifiestamente inconsistentes y una decisión de la que cabe presumir su inconsistencia y, por ello, su insostenibilidad. ¿Cómo se puede obligar a cumplir una decisión formulada con base en argumentos inconsistentes? ¿Cómo se puede obligar a cumplir una decisión de la que se presume su insostenibilidad? Obviamente, la obligatoriedad no le vendrá por la razonabilidad de la decisión, sino que le vendrá de la fuerza. ¿Cuál fuerza? Obviamente, no la fuerza de hecho que el Tribunal Constitucional no tiene, sino la fuerza que le da la Constitución para, como supremo intérprete y velador de la constitucionalidad, anular actos (legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares) que él mismo decide son contrarios a la Constitución⁵⁶.

Por eso decía –y digo– que el Tribunal Constitucional en la sentencia al expediente 006–2006–PC/TC, ha *preferido apelar a esa fuerza antes que a la razón* que habría significado el análisis de constitucionalidad de las resoluciones declaradas nulas: “Como tiene la fuerza de interpretar de modo vinculante la Constitución, pretende imponer no sólo interpretaciones sino también soluciones de los casos sin consideración de las circunstancias concretas; como tiene la fuerza de invalidar sentencias del Poder Judicial, lo hace sin medir las consecuencias que sobre los jueces puede recaer. Para qué decir razones si el resultado igualmente –e incluso con más efectividad– se puede alcanzar con el ejercicio puro y duro del poder”⁵⁷.

⁵⁵ BARRERE UNZUETA, María Ángeles; CAMPOS RUBIO, Arantza; EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier y Juan IGARTUA SALAVERRÍA. “Lecciones de Teoría del Derecho”. Valencia: Tirant lo blanch. 1998. p. 278.

⁵⁶ En el cometido de la efectividad de las decisiones del Tribunal Constitucional, pueden participar otros órganos constitucionales, como es el Órgano de Control de la Magistratura para cuando esas decisiones atañen a los jueces.

⁵⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Op. cit. p. 598.

Y esto, como mal dice el profesor León Vásquez, no significa poner en duda el talante democrático de los miembros del Tribunal Constitucional. Por lo demás, hay que recordar que si se quiere evitar que aumente “die Gefahr irrationaler Urteile (el peligro de juicios irracionales)”⁵⁸, el Tribunal Constitucional “debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario”⁵⁹.

II. LA “INCONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se me ha reprochado también la formulación de la pregunta siguiente: ¿es verdad que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser consideradas inconstitucionales? La respuesta que he formulado es que desde un punto de vista formal las mencionadas resoluciones deben ser tenidas siempre como constitucionales, mientras que desde un punto de vista material pueden contravenir la Constitución.

A. Primer reproche

El primer reproche que se me hace es el siguiente:

“(t)eniendo ambos tipos de inconstitucionalidad un contenido específico en el Derecho Procesal Constitucional no me parece técnicamente adecuado hablar de la inconstitucionalidad formal de las sentencias del TC (...), ni de una inconstitucionalidad material de las mismas”.

Mi respuesta es la siguiente. Primero, yo no he propuesto hablar de *inconstitucionalidad formal*, lo que digo es precisamente lo contrario: las resoluciones del Tribunal Constitucional siempre serán constitucionales desde una óptica formal, ya que es el supremo intérprete de la Constitución y, por tanto, la máxima instancia en interpretación y decisión constitucional. Segundo, el reproche sería válido si lo formal o material se predicase del mismo objeto del que yo propongo predicarlo. Así, yo no digo que el Tribunal Constitucional pueda incurrir en inconstitucionalidad formal o en inconstitucionalidad material, lo que he escrito es que la contradicción de la Constitución “es

posible de ocurrir materialmente, aunque nunca formalmente”. Es decir, mientras el profesor León Vásquez predica lo formal o lo material de la posible inconstitucionalidad de la actuación del Tribunal Constitucional, yo lo hago de la perspectiva u óptica desde la cual se ha de ver la posible inconstitucionalidad en la que podría incurrir el mencionado Tribunal.

B. Segundo reproche

El segundo reproche es que:

“(s)i de lo que se trata es más bien de determinar si la sentencia del TC es correcta o incorrecta es un tema de argumentación constitucional pero no de un juicio de validez constitucional”.

Mi respuesta es, primero, que la cuestión de la inconstitucionalidad de sus resoluciones la ha planteado el mismo Tribunal Constitucional, el que ha dicho de sí mismo que:

“éste es el Intérprete Supremo de la Constitución (...), por lo que *no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales*”⁶⁰ (cursivas añadidas).

Segundo, que una definición básica y sencilla de *resolución inconstitucional* es: resolución que contraviene la Constitución. Lo que contraviene es aquello que obra en contra de algo, es decir, formulado de una norma es aquello que incumple, transgrede o quebranta la norma, esto es, que infracciona la norma. Así, es posible contravenir o infraccionar la Constitución. Pues bien, esta categoría jurídica existe en el ordenamiento constitucional peruano por así haberlo dispuesto el mismo Constituyente: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: (...) a los miembros del Tribunal Constitucional por *infracción de la Constitución*” (artículo 99 de la Constitución Política).

Y tercero, en una sentencia constitucional hay que diferenciar los argumentos (las razones) de la decisión (el fallo). Los argumentos pueden ser evaluados según su corrección (razones correctas e incorrectas); pero la decisión en la medida que crea (o anula o modifica o consolida) una relación jurídica, no puede ser correcto o incorrecto, sino que será o constitucional o inconstitucional.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. “Faktizität und Geltung”. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1997. p. 316.

⁵⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. “La argumentación en el Derecho”. Segunda edición. Lima: Palestra. 2005. p. 46.

⁶⁰ Expediente 2704-2004-AA/TC, de 5 de octubre de 2004. Foja 2.e.

C. Tercer reproche

El tercer reproche es que:

“un planteamiento como el que se propone en torno a la ‘inconstitucionalidad’ de las sentencias del TC puede dar lugar a innecesarias confusiones y, además, deja sin respuesta algunas preguntas como las siguientes: ¿cuál sería es el procedimiento para declarar la inconstitucionalidad *material* de las sentencias del TC?, ¿cuál sería es el órgano encargado del control *material* de las sentencias del TC?, ¿quién podría demandar la ‘inconstitucionalidad’ *material* de las sentencias del TC?, etc”.

Mi respuesta es que las confusiones desaparecen cuando se repara, como dije antes, que lo formal y material se predicen de objetos distintos. Y las preguntas que se formulan sí son respondidas: debido a que las resoluciones del Tribunal Constitucional formalmente siempre serán constitucionales, entonces, en el ámbito jurisdiccional no existe ni procedimiento (y, por tanto, no habrá legitimidad para demandar), ni órgano controlador de la constitucionalidad de sus resoluciones. Sin embargo, en el ámbito político sí existe un tal procedimiento, el juicio político, el cual procede contra los miembros del Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución (artículos 99 y 100 de la Constitución).

III. LA RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL A PARTIR DE LA SENTENCIA 006–2006–CC/TC

A. Mi postura

En este punto se han vertido los reproches más duros e injustos que sólo se entienden como contenido de una reacción generada por el poco o nulo entendimiento de mi posición, y/o por una defensa ciega de la entidad a la que se pertenece. Ha dicho el profesor León Vásquez que posturas como la mía:

“ha contribuido, en mucho, a enrarecer las relaciones entre el TC y los jueces ordinarios, (...), la concepción errada de que, cada vez que el TC anula una resolución judicial invade las compe-

tencias o pone en cuestión la idoneidad cuando no la honorabilidad de los jueces ordinarios”.

Mi postura no es que cada vez que el Tribunal Constitucional anula una resolución judicial necesariamente produzca el doble resultado que menciona el referido profesor. Bien conocida es mi posición sobre el significado de la Constitución como norma jurídica fundamental⁶¹, sobre la posición jurídica del Tribunal Constitucional⁶² y sobre la nulidad de las resoluciones judiciales que contravienen el debido proceso formal y material⁶³. Por lo demás, esa posición la he manifestado en los dos escritos que preceden a este tercero, por lo que la equivocación del profesor León Vásquez puede tener su origen en una lectura apresurada de los mismos. Por el contrario, mi postura sí es que, con base en que los miembros del Tribunal Constitucional pueden emitir resoluciones que transgreden la Constitución, en el caso concreto de la sentencia al expediente 0006–2006–PC/TC, el Tribunal Constitucional vulnera la independencia de los jueces, y pone en duda tanto su idoneidad como su honorabilidad, como a continuación explico.

B. Se vulnera la independencia de los jueces

Vulnera la independencia porque el Tribunal Constitucional ha pretendido que los jueces actúen como autómatas aplicadores de lo que él ha dicho e interpretado, olvidándose de que el juez es juez de los casos concretos, y que la justicia no es una justicia abstracta, sino una justicia concreta. El Tribunal Constitucional ha sancionado con nulidad a toda resolución judicial en la que se hubiese inaplicado algún precepto de los no declarados inconstitucionales en la sentencia al expediente 009–2001–AI/TC. Y esto lo ha hecho ignorando que no toda disposición no declarada inconstitucional en la referida sentencia fue confirmada en su constitucionalidad; ignorando que el juicio de constitucionalidad se formula respecto de determinada o determinadas normas de la Constitución y no de todas ellas, de modo que un dispositivo legal confirmado en su constitucionalidad respecto de una pueda ser inconstitucional respecto de otra norma de la

⁶¹ En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general”. Tercera edición. Capítulo V. Apartados I y II. Lima: Palestra. 2007. También en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”. En: Anuario de Derecho Constitucional. Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. 2006. pp. 879–901.

⁶² Ibid. Capítulo V. Apartado IV.

⁶³ En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comentarios al Código Procesal Constitucional”. Tomo I. Segunda edición. Lima: Palestra. 2006. pp. 167 y siguientes.

Constitución y, en fin, ignorando que incluso un dispositivo legal confirmado en su constitucionalidad –como él mismo ha admitido– respecto de una norma de la Constitución, puede ser inconstitucional por vulnerar esa misma norma constitucional en las circunstancias del caso concreto. La ignorancia de estas situaciones ha conducido al Tribunal Constitucional a obligar al juez a aplicar siempre los dispositivos de la Ley 27153 bajo pena de nulidad de sus resoluciones, es decir, a imponer una solución al margen de los juicios y razones concretas que sustentan los fallos de las resoluciones judiciales declaradas nulas. Y si esto no es vulnerar la independencia de los jueces, ¿qué es?

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha dispuesto la nulidad de toda resolución judicial en la que se haya inaplicado un precedente vinculante, ignorando que al ser el precedente una regla preceptiva general, está compuesta por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica (como toda norma), y que es el juez del caso concreto a quien le corresponde decidir razonadamente si en el caso se cumple o no el supuesto de hecho que conforma la regla preceptiva general. Ignorando también que incluso –como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido– es posible que el juez encuentre una interpretación mejor en el caso concreto y de encontrarla puede desvincularse de la establecida en el precedente vinculante. Nuevamente, la ignorancia de estas situaciones ha conducido al Tribunal Constitucional a obligar al juez a aplicar siempre el precedente vinculante so pena de nulidad de sus resoluciones; es decir, a imponer una solución al margen de los juicios y razones concretas que sustentan los fallos de las resoluciones judiciales declaradas nulas. Y, otra vez, si esto no es vulnerar la independencia de los jueces, ¿qué es?

C. Se pone en duda la capacidad y honorabilidad de los jueces

El Tribunal Constitucional pone en duda la capacidad y la honorabilidad de los jueces debido a la falta de razones para anular las resoluciones judiciales que anula. Si el juez ha incurrido en inconstitucionalidad por no hacer algo tan sencillo como obedecer la decisión del Tribunal Constitucional de aplicar siempre los plenamente identificados dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales, y de aplicar siempre un claro precedente vinculante, resulta inevitable preguntarse ¿por qué lo habrá hecho? Si, como pretende el Tribunal Constitucional, no hay necesidad de una adicional interpretación y

argumentación por parte de los jueces, y además se advierte que no se requiere haber estudiado Derecho ni haber aprobado los cursos para acceder a la magistratura para determinar cuáles son los artículos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad y para determinar cuál es el precedente vinculante que ha de cumplir siempre el juez, entonces ¿por qué razón fallaron en contra de lo establecido por el Tribunal Constitucional?

Frente a esta situación, el razonamiento del Tribunal Constitucional obliga a admitir las siguientes dos posibilidades: la primera es que o el juez que emitió la resolución (y los vocales superiores e incluso supremos que la confirmaron) no sabe leer, ya que no aciertan en aplicar los preceptos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad; o, sabiendo leer, han resuelto sin razón ni fundamento ninguno a favor de la inaplicación de esos preceptos legales, por tanto al margen de cualquier capacidad y habilidad jurídica. Si se cumple cualquiera de ambas posibilidades, nos encontramos ante un juez manifiestamente incapaz. La segunda es que si el juez tiene capacidades y habilidades jurídicas, y no hizo algo tan sencillo –ya que según el Tribunal Constitucional no había nada por interpretar– como resolver los casos concretos aplicando identificados dispositivos legales y/o aplicando un claro precedente vinculante tal y como lo había formulado el Tribunal Constitucional, entonces es que la corrupción anduvo por su despacho.

El panorama cambiaría radicalmente si el Tribunal Constitucional hubiese admitido –como aquí se ha argumentado– que el juez no es un autómatas que no tiene nada nuevo que decir en los casos concretos que resuelve, sino que por el contrario –en el caso que se comenta– podía inaplicar preceptos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales por la sentencia al expediente 009–2001–A/TC, y que también el juez podía resolver no aplicando el precedente recogido en el Expediente 4227–2005–AA/TC. Si el Tribunal Constitucional hubiese admitido esto, entonces tendría que haber hecho notar si las razones dadas por los jueces en sus respectivas resoluciones, eran o no atendibles. Esto requería –también como aquí lo he propuesto– un análisis particularizado de modo que se llegase a nulidades particularizadas. De hecho, ése es el proceder del Tribunal Constitucional en los casos en los que se interpone una demanda constitucional contra una resolución judicial.

Por lo que al pretender el Tribunal Constitucional que la solución ya estaba claramente prefijada y perfilada para todos los casos futuros, y que el

juez sólo debió limitarse a aplicar algo perfecta e inalterablemente definido, sólo se puede concluir que el juez no lo hizo por *su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción*. A esto conduce inexorablemente el proceder del Tribunal Constitucional, por eso decía antes –e insisto ahora– *estos son los extremos de una injusta disyuntiva originada por la deficiencia argumentativa del Tribunal Constitucional*. De manera que *la apreciación maniquea fundamentalista* a la que se refiere el profesor León Vásquez, no me la tiene que obsequiar a mí, sino que se la debe atribuir al Tribunal Constitucional, porque ella –de haberla– sería la consecuencia necesaria de lo dicho y resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia al expediente 006–2006–PC/TC.

D. Un fin constitucional no hace constitucional un medio inconstitucional

Finalmente, dice el profesor León Vásquez que a partir de esta sentencia:

“casi la totalidad de las empresas explotadoras de juegos de casino y máquinas tragamonedas ilegales se han sometido a un proceso de regularización y las que no se han acogido a este procedimiento, en la medida que funcionaban sin autorización o al amparo de una resolución judicial inconstitucional, vienen siendo clausuradas dentro del marco legal establecido. En suma ha contribuido a revertir una situación irregular que se había instalado contraviniendo el ordenamiento jurídico”.

Siendo esto verdad, en nada cambia el criticable proceder del Tribunal Constitucional. Un resultado bueno no convierte en bueno un medio malo, es decir, un fin constitucional no convierte en constitucional un medio inconstitucional. Si bien *revertir una situación irregular que se había instalado contraviniendo el ordenamiento jurídico*, es un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante, el medio empleado por el Tribunal Constitucional –como lo he argumentado a lo largo de estas páginas– ha resultado inconstitucional. La consecución de aquél (el fin), no ha mudado la naturaleza de éste (el medio).

Como lo tengo dicho en otro lugar y en referencia al caso que ahora vuelve a ocuparme:

“(s)in duda alguna que no es deseable ni aceptable que existan empresarios irresponsables que pretendan explotar un negocio al margen de la formalidad y seguridad que brinda la ley. Pero de igual modo no es deseable ni aceptable que el Tribunal Constitucional haya pretendido solucionar este asunto de la manera como lo ha hecho”⁶⁴.

Por lo demás, esto es una clara constatación de lo que antes he dicho y que parece haber desconcertado profundamente al profesor León Vásquez: *en la actuación del Tribunal Constitucional ha primado la fuerza antes que la razón*. La resolución de este Tribunal se ha hecho cumplir, no por su razonabilidad, sino por la fuerza que se le reconoce a sus resoluciones como emanadas del supremo intérprete de la Constitución.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL

Lo he sostenido en varios escritos y foros: la mejor manera de demostrar el compromiso que se tiene con la Justicia constitucional y con el Tribunal Constitucional como institución llamada a jugar un importantísimo papel en la vigencia efectiva de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular, es estando atento a que las decisiones del Supremo intérprete de la Constitución no sean adoptadas al margen de la racionalidad y al margen de las exigencias constitucionales que, como todo poder constituido ha de cumplir también el Tribunal Constitucional. Cuando hay razones para discrepar del proceder de este Tribunal no hay que callarlas, hay que formularlas y, en la medida de lo posible, difundirlas. Por su parte, el Tribunal Constitucional, más precisamente sus magistrados en primer término, y sus asesores jurisdiccionales luego, deben estar atentos a las razones que se formulan como críticas a su actuación. En este contexto es necesario afirmar, como lo ha hecho un experimentado y destacado profesor español, que “(l)a Razón Jurídica debe ser libre, crítica y, por ende, autocrítica, vigilante de sus carencias. Ha de estar muy atenta porque, de no ser así, tiende a ser conformista en lo sustancial y autocomplaciente con sus técnicas. La Razón Jurídica dogmática e indiferente, a gusto consigo misma, no tolera que se ponga en duda la feliz armonía que reina entre el Derecho y el Poder que tanto beneficia a los juristas y a los políticos”⁶⁵. Se puede decir más alto, pero no más claro.

⁶⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? Op. cit. p. 598.
⁶⁵ NIETO, Alejandro. “Crítica de la Razón Jurídica”. Madrid: Trotta. 2007. p. 28.

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

Calle Roma 376 - San Isidro

Central: 441-0594

Fax: 421-4994

www.estudiomonroy.com

central@estudiomonroy.com

RECHTSANTWALTKANZLEI

LAW OFFICES

CABINET D'AVOCATS

ESTUDIO JURIDICO ATO DEL AVELLANAL

*<http://huizen.deds.nl/~lawyer/13.html>
lawyer@terra.com.pe*

Plaza San Martín 957 - 301
Lima 1 - Perú

(+511) 427-0057
(+511) 428-7943
(+511) 427-2022

RZ
Notario de Lima

Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán

Av. Javier Prado Oeste 1406 San Isidro

Teléfono 422-9818 Fax: 422-9923

e-mail: postmast@rozv.com.pe

Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Notario

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL *VERSUS* PODER JUDICIAL: ¿DESAMPARANDO AL AMPARO? DEBATE SOBRE LA POLÍTICA JURISDICCIONAL DEL CONTRA AMPARO

Pedro P. Grández Castro* *versus* **Giovanni F. Priori Posada****

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha venido transformando la noción del Proceso de Amparo. Así, mediante diferentes resoluciones ha ampliado su ámbito, variado su alcance y a la vez, incitado a la crítica a más de uno que considera se está desnaturalizando su figura.

De esta manera, queda la pregunta, ¿cuál es el límite del Amparo? ¿Al adoptarse estas nuevas medidas no se está dejando de lado la residualidad del Proceso de Amparo y, al mismo tiempo, desprotegiendo justamente al que necesita protección al crear procesos más complicados? ¿O por el contrario, es ésta la verdadera naturaleza de la protección constitucional?

En el siguiente debate, podemos encontrar probablemente dos de las opiniones más informadas del tema; en la postura del Tribunal Constitucional, uno de sus asesores, Pedro Grández, y en la otra, Giovanni Priori, abogado que con frecuencia debe lidiar con el Tribunal. Por consiguiente, con seguridad después de este debate, habrá formado una excelente opinión.

* Profesor en la Facultad de Derecho en la UNMSM y en la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

** Magíster por la Universidad de Roma Tor Vergata. Profesor ordinario de Derecho procesal en la Facultad de Derecho y de las Maestrías en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la PUCP.

1. INTRODUCCIÓN

El debate que viene suscitando una sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") pronunciada en el mes de mayo del año 2007 (STC 4853-2004-AA/TC) es un buen motivo para un amistoso diálogo al que me convocan los amigos de THEMIS. He aceptado esta invitación, conciente de la importancia que tiene en una sociedad democrática el debate y la discusión crítica racional en torno a las decisiones de los poderes públicos; además, en el caso nuestro, en ejercicio de un derecho constitucional, conforme al cual toda persona tiene derecho "de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales" (artículo 139.20).

Un derecho tal, debe ser entendido, no sólo como un elemento de control público de las decisiones de los jueces, sino que debe constituir también un espacio irrenunciable para la deliberación pública sobre cuestiones de importancia y que muchas veces son decididas en forma de sentencias. La *democracia Constitucional*, esto es, la forma de gobierno que partiendo de la voluntad popular se organiza y gobierna a partir de una Constitución que vale como norma fundamental; requiere ser comprendida, no sólo desde su dimensión orgánica institucional o formal-procedimental (división de poderes, elecciones libres, reparto de competencias, etcétera), sino que importa sobremanera su dimensión material y pragmática, esto es, los contenidos y las formas en que se expresa el poder constituido por el pueblo. En otras palabras, importa no sólo cómo se llega al poder y quién manda en una democracia, sino fundamentalmente "cómo manda" y qué contenidos son constitucionalmente posibles. La constatación de esta última dimensión de

la democracia sólo es posible con un control cotidiano de las decisiones públicas.

Dicho esto, la sentencia materia de este breve comentario trae una serie de cuestiones que no pueden ser abordadas aquí en toda su dimensión. Sólo con ánimo de delimitar este comentario, debo precisar que el TC, en el Expediente 4853-2004-AA/TC, ha establecido, con la calidad de precedente vinculante, una serie de reglas procesales, referidas tanto al denominado "amparo contra amparo" (en adelante, "AcA"), como también con relación al llamado "recurso de agravio a favor del precedente", orientado al control constitucional de un específico tipo de *decisión estimatoria* que, en el trámite de un proceso de amparo, desconoce de manera expresa un precedente vinculante del TC. Este último aspecto está directamente vinculado con una determinada concepción de Constitución y de interpretación constitucional que maneja el Tribunal, el cual ya ha puesto de manifiesto en otras oportunidades¹. Sin embargo, para efectos de este comentario, sólo importa la regulación jurisprudencial del AcA.

El orden de exposición es cronológico, a efectos de poner en evidencia la evolución e involución del AcA en la jurisprudencia del TC. De este modo se podrá constatar que las reglas del AcA recientemente aprobadas por el TC en la STC 4853-2004-AA/TC han significado, en esencia, una vuelta al origen jurisprudencial del AcA como remedio excepcional contra la actuación arbitraria del juez del primer amparo.

2. POLÍTICA JURISPRUDENCIAL (I): EL AcA INADVERTIDO Y QUIZÁ POR ELLO COHERENTE

Quienes han seguido de cerca la política jurisprudencial del TC en materia del AcA, suelen citar como primer antecedente de esta modalidad de amparo contra resolución judicial, la resolución

* Una versión preliminar de este trabajo ha recibido críticas y valiosos comentarios de Fany Quispe, Edgar Carpio, Roger Rodríguez, Juan Monroy Palacios y Juan Manuel Sosa, a quienes quiero testimoniar mi agradecimiento. Aunque no siempre es posible coincidir con todos, ellos saben que aprendemos más de los críticos que de los "alineados".

¹ El Tribunal parte, aquí, del artículo 202.2 de la Constitución para establecer que el término "denegatorio" que se consigna en dicho artículo y que habilitaba al TC a conocer mediante el recurso de agravio sólo aquellas decisiones en las que el Poder Judicial rechazaba la pretensión del demandante en segunda instancia, declarándola improcedente o infundada, debía ser ahora complementada asumiendo una concepción más amplia. El TC establece que "denegatoria" no es sólo la decisión que rechaza la demanda, sino también aquella que estimando la pretensión, no obstante, lo hace al margen del orden jurídico constitucional, al no acatar un *precedente vinculante*. Aquí, el TC sostiene que el término "denegatorio" debe ser entendido como "denegación de justicia constitucional", reivindicando así, no sólo la *dimensión subjetiva* al que sirve el proceso constitucional de amparo, sino también la *dimensión objetiva* del mismo.

emitida en el Expediente 612-98-AA/TC². Samuel Abad recoge, además, dos sentencias de esta primera etapa (Expedientes 1102-2001-AA/TC y 104-2001-AA/TC), que suelen presentarse (sin solución de continuidad)³ como la antesala de la STC 200-2002-AA/TC que vendría a sistematizar por primera vez las reglas del AcA⁴.

No obstante, si se observa con detenimiento, en las tres decisiones anteriores al caso “Ministerio de Pesquería Vs. Sala de Derecho Público de la Corte de Lima” (Expediente 200-2002-AA/TC), el Tribunal había ya establecido una política jurisprudencial del AcA como medio excepcional, en función, no del tipo de decisión o fallo producido en la resolución que se cuestiona, sino en función del tipo de lesión que se había logrado constatar.

Este es un dato especialmente relevante a la hora de estudiar el derrotero que ha seguido la jurisprudencia constitucional con relación al AcA y que, quizá por esa deformación profesional de quienes miran en el proceso de amparo más el “proceso” y menos el “amparo”, no ha salido a luz. Veamos lo que de común tienen estos tres casos de manera muy resumida, dado el espacio con que contamos.

Empecemos con el Expediente 612-98-AA/TC. Aquí se suele citar el fundamento 8, que recoge el primer intento de regular el AcA⁵. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el fundamento relevante de esta sentencia es el fundamento 5, donde el Tribunal define, más que las reglas procesales, la razón de fondo del AcA.

“Que, aun cuando en los procesos constitucionales de tutela de derechos como el de amparo,

la sentencia estimatoria que lo concluye reviste la autoridad de cosa juzgada en mérito al artículo 8º de la Ley N.º 23506; ello no es óbice para que pueda plantearse respecto a aquélla, si proviene o no, en cuanto resolución judicial, de un proceso regular, a efectos de evaluar si en él se han respetado los derechos fundamentales de carácter procesal, tal como puede efectuarse respecto a cualquier proceso” (subrayado agregado).

El Tribunal sin dejar de reconocer “lo delicado del caso sub *judice* por la circunstancia que en él tenga que enervarse una sentencia revestida de autoridad de cosa juzgada, más aún de una proveniente de un proceso constitucional” (fundamento 7, subrayado agregado), no obstante, decidió estimar la demanda tras considerar la importancia del derecho de defensa que habría sido vulnerado de manera flagrante. Incluso cuando trató de sistematizar las reglas del AcA, en el famoso fundamento 8, lo hizo consciente de “la relevancia de la cosa juzgada en el proceso de amparo”.

En los dos casos siguientes que suelen citarse (Expediente 1102-2001-AA/TC y 104-2001-AA/TC) se ha mantenido esta línea jurisprudencial del Tribunal. Esto es, la admisión del AcA como medida excepcional, a partir de la evaluación de la imputación de violación hecha al primer amparo y no, como sucedería luego, a partir de la naturaleza del fallo⁶. Ambos casos tienen además la particularidad de que se tratan en realidad de terceros amparos⁷, pero cuya incidencia en tal sentido no viene al caso en esta ocasión.

La relevancia de rescatar esta primera etapa de la jurisprudencia del TC sobre el AcA radica en la

² Así, DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Antecedentes, condiciones e implicancias del “Amparo contra Amparo””. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* 87. Lima, diciembre de 2005. pp. 37 y siguientes.

³ Es verdad que recientemente Luis Sáenz se ha percatado de que hay un período que ha llamado “embrionario” del AcA también contra estimatorias, aún cuando no ha resaltado sus implicancias en el “derrotero” que ha tratado en extenso. SÁENZ DÁVALOS, Luis. “Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)”. En SÁENZ DÁVALOS, Luis. (Coordinador). *El Amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*, Cuadernos de Análisis y crítica a la jurisprudencia. Lima: Palestra. 2007.

⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. “El proceso Constitucional de Amparo”. Lima: Gaceta. 2004. pp. 327 y siguientes.

⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. Op. cit. p. 38; ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. pp. 330, 331; CARPIO MARCOS, Edgar. “El amparo contra el amparo”. Lima: Ediciones Legales. 2004.

⁶ Esta orientación jurisprudencial se reitera, incluso luego de publicada la STC 200-2002-AA/TC (07 de marzo de 2003), en otra decisión relevante aunque producida en un proceso de amparo contra un proceso de cumplimiento. (Expediente 1975-2002-AA/TC). Esta es una decisión formalmente firmada por el TC con fecha 27 de enero de 2003, aunque publicada en la *web* con fecha 31 de julio de 2003; en ella en el fundamento tercero se encuentra el siguiente párrafo: “e) considerada la sentencia cuestionada dentro de un contexto como el descrito, es evidente que su emisión rompe la estructura de lo que constituye un proceso justo o debido, motivo por el que no puede considerarse el proceso de cumplimiento cuestionado como regular, no obstante que se trata incluso de uno de naturaleza constitucional, pues como ya lo tiene definido este Colegiado, aun en el supuesto de que lo que se cuestione sea un proceso de defensa de los derechos constitucionales, éste último cede su presunción de constitucionalidad, cuando existe una trasgresión objetiva del derecho fundamental al debido proceso” (subrayado agregado). También aquí, la sentencia que se cuestionaba era una de naturaleza estimatoria.

⁷ En el caso del Expediente 1102-2001AA/TC, en el primer amparo estimatorio existía además pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional, que revocando la Resolución de la Corte Suprema, había estimado el amparo y ordenado su ejecución en los términos en que lo había ya dispuesto anteriormente la Corte Superior, en sentencia también estimatoria. El segundo amparo (violatorio del derecho a la ejecución de resoluciones judiciales) había precisamente suspendido la ejecución del primer amparo. De manera que el tercer amparo viene a restablecer el derecho cuya restitución ya había sido ordenada una primera vez. Estas son cuestiones que muestran también los problemas del AcA cuando no tiene limitación en el tiempo, y que de algún modo ha sido abordado en la sentencia del Expediente 4853-2004-AA/TC.

racionalidad y coherencia de su planteamiento. El AcA es aquí, un remedio excepcional contra la eventualidad de violaciones a los derechos constitucionales, también en el seno mismo de un proceso constitucional, sin distinguir si ello pueda darse en un proceso que culmina con sentencia estimatoria o desestimatoria. La única limitación es, en todo caso, la imposibilidad de cuestionar una decisión del propio TC. Para fundamentar esta limitación, sin embargo, el TC incurre, a mi entender, en una falacia por exceso de racionalidad, en la medida que atribuye a sus decisiones una discutible “presunción absoluta de constitucionalidad”⁸, dando a entender con ello, no sólo que es un órgano infalible, sino que, además, la constitucionalidad de sus actos reposaría en su sola autoridad y no en la racionalidad de su argumentación⁹.

En cualquier caso, en esta primera etapa de la jurisprudencia del TC en materia de AcA, se muestra con claridad, aunque el propio Tribunal a veces no es del todo conciente de ello, que se trata de un remedio excepcional que resulta realmente necesario, curiosamente cuando estamos frente a una decisión estimatoria. Al menos los ejemplos recogidos muestran su “necesidad” frente a decisiones judiciales que precisamente tienen esa calidad de “cosa juzgada”, que luego serviría de argumento para hacer un *overruling*, aunque sin mencionarlo, en el Expediente 200-2002-AA/TC. Desde esta perspectiva, no puede decirse entonces que la sentencia producida en el Expediente 200-2002-AA/TC sea una simple “precisión” respecto de las reglas del AcA. Desde mi punto de vista, en dicha ocasión se quiebra la racionalidad elemental que debió orientar la construcción de reglas del AcA hacia su efectividad como medio excepcional de reparación de violaciones a los derechos funda-

mentales cometidas por el Juez o Tribunal del Amparo.

3. POLÍTICA JURISPRUDENCIAL (II): EL AcA COMO RETÓRICA PARA EL DESAMPARO

Con la sentencia expedida en el Expediente 200-2002-AA/TC, se abre una etapa absurda en la jurisprudencia del AcA, que sólo ha podido ser rectificada recientemente, con la sentencia que suscita este diálogo (Expediente 4853-2004-AA/TC). Aquella “ordenación” de las “reglas procesales” que tanto resaltan sus comentaristas olvida que si hay algo que es común en todos los sistemas con relación al amparo, es que éste debe ser capaz (idóneo) de reparar la agresión al derecho constitucional cuya vulneración se denuncia. Si ese es su cometido, no hay “limitación procesal” que valga una vez constatado el acto vulnerador. Ni la ley, ni el acto de la administración, ni tampoco la sentencia revestida con la santidad de la cosa juzgada¹⁰, han podido salir airoso cuando en su seno se ha podido detectar la violación de un derecho de naturaleza constitucional frente a su impugnación ante el TC. De ahí su verdadera “gloria”¹¹ como medio para el control del ejercicio de los poderes públicos.

No obstante, la “regla de oro” en la sentencia 200-2002-AA/TC es que no caben más amparos contra sentencias estimatorias. Aquí se crea un espacio de intangibilidad de las sentencias estimatorias que, incluso si mostraran signos evidentes de arbitrariedad, no podrían sin embargo ser controlados por ningún medio, porque el recurso de agravio también estaba reservado sólo para “denegatorias”. De este modo, al AcA se terminó homologándolo con el recurso ante el Tribunal Constitucional, regulado en tales términos en el artículo 202.2. de la Constitución¹².

⁸ El argumento del TC es el siguiente: “(...) si bien la presunción de legitimidad constitucional de las sentencias de los procesos de tutela de derechos es *iuris tantum* respecto a las sentencias provenientes del poder judicial, ella adquiere el carácter de presunción absoluta, cuando se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional (...)” (Expediente 612-98-AA/TC, Fundamento 8).

⁹ En este sentido, el Tribunal argumenta que la presunción *jure et de jure* respecto a la constitucionalidad de sus decisiones vendría dada por “(...) la naturaleza de supremo custodio de los derechos fundamentales que la doctrina le reconoce y porque, en fin, nuestro propio ordenamiento jurídico ha conferido a él, y no a otro, el “control de la constitucionalidad” (artículo 201 de la Constitución Política del Estado y artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”. Esta es una construcción argumentativa que no resiste mayor análisis si se toma en cuenta que también el Tribunal está sometido a la Constitución, y en consecuencia, la “constitucionalidad” de sus actos sólo vendría dada por la racionalidad argumentativa de los mismos. Otra cosa es que sea el TC quien cierra el sistema jurisdiccional en sede nacional, pero no convierte a sus actos, *per se*, en constitucionales. Sobre esto: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “La justificación de la Sentencia Constitucional. Bases teóricas para la Construcción de un modelo”. Maestría en Política Jurisdiccional, Tesis para optar el grado de Magister. Lima: PUCP. 2007.

¹⁰ Juan Monroy Palacios me ha hecho notar, con argumentos convincentes, que en el control constitucional de las decisiones judiciales no entra en juego la garantía “jurídico política” de la cosa juzgada, en la medida que, “la cosa juzgada pertenece a la política del derecho, es una garantía del Estado Democrático y se otorga a determinadas decisiones, independientemente de su contenido específico (me refiero a la decisión sobre el caso concreto)”. Cito aquí un extracto de sus observaciones al borrador de este trabajo.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro “Sobre el amparo”. En: La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución. CEC. 1995. p. 502.

¹² Aunque, como ya hemos indicado, este artículo fue precisamente interpretado por el TC para habilitar un recurso de agravio a favor del precedente. Ver: Nota 1, *supra*.

De la regla básica del AcA que no distingue entre sentencias estimatorias y desestimatorias, se pasa así a una suerte de “Amparo contra el desamparo”. Sabido es que en su versión castellana, si se admitiera un proceso para la revisión de un proceso anterior de amparo, ello sólo sería posible para el control “del exceso del primer amparo”¹³ o para la “corrección” de una inadecuada ponderación entre dos derechos fundamentales realizada por las instancias judiciales, producto de lo cual el primer amparo ha sido estimado contra el principio de proporcionalidad. De ahí que en España, aun cuando existe en doctrina una postura reacia a aceptarla como categoría o modalidad del amparo contra resoluciones judiciales¹⁴, lo cierto es que se han presentado casos excepcionales, lo que ha llevado a conceptualizar su presencia. En este sentido, se ha señalado que “el “contra-amparo” se produce cuando el órgano judicial, al amparar por “exceso” un derecho fundamental, ocasiona la vulneración de otro”¹⁵.

Así pues, y en la medida que, “el “contra-amparo” se afirma como concepto *negando* el concepto (“amparo”) del que trae causa”¹⁶, no parece apropiado, al menos semánticamente, referirnos en el caso nuestro a un “amparo contra amparo” respecto de una sentencia desestimatoria o respecto de una “denegatoria” como se lee en la Constitución peruana que regula, no un nuevo amparo, sino un recurso ante el TC para estos supuestos. De manera que en el marco de las reglas establecidas en la sentencia 200-2002-AA/TC, más apropiado sería hablar de “contra-desamparo” o “contra amparo negado”, pero no de AcA, porque tal como ha quedado ya dicho, aquí nos encontramos no ante una sentencia judicial que haya “iampara-

do!” la demanda, sino ante una denegatoria, supuesto en el que además, para ser coherentes, no tendría sentido abrir un nuevo proceso, sino acudir ante el TC mediante recurso de agravio¹⁷.

Sin embargo, contra toda lógica jurídica (y también semántica), la jurisprudencia del TC, cuando “precisó” las reglas del AcA en la sentencia 200-2002/TC, reconoció como elemento central la improcedencia de un nuevo proceso de amparo cuando se cuestionaba una sentencia estimatoria. Ello llevaría en la práctica, a que las reglas del denominado AcA, antes que reglas para regular dicho proceso “creado jurisprudencialmente”, supongan, más bien, un estándar para rechazar, cual resoluciones *per curiam*, toda pretensión de volver a revisar una decisión producida en un proceso constitucional de amparo, cuando esta era estimatoria de la pretensión. La prueba de ello es que no existe en la jurisprudencia del TC, ni una sola sentencia estimatoria de AcA durante el período de vigencia de estas reglas¹⁸, y más bien, abundantes resoluciones donde la *ratio decidendi*, en la mayoría de los casos, lo constituye la famosa regla d) de la sentencia 200-2002-AA/TC¹⁹.

Si bien como fundamento de tal regla del AcA se ha leído literalmente el artículo 8 de la derogada ley 23506²⁰, en el caso del TC, suponía en la práctica, un cambio en la jurisprudencia que se hacía, además, sin ninguna motivación y sin siquiera advertirlo de manera expresa. El argumento que intentaba “legitimar” tal regla del AcA olvida que ahí donde se regula un proceso de amparo contra decisiones judiciales, éste actúa precisamente como un *recurso subsidiario o excepcional*, esto es, frente a sentencias definitivas como se

¹³ CRUZ VILLALÓN, Pedro. Op. cit. p. 501.

¹⁴ Así por ejemplo, Díez Picazo Jiménez, al sostener que “(...) el amparo sólo es viable si el órgano judicial ha dejado de tutelar un derecho fundamental, pero no cuando ha tutelado indebidamente un derecho fundamental”. Ver: DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio. “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”. En: La sentencia de Amparo Constitucional. Madrid: CEC. 1996. p. 20. En esta dirección, se ha sugerido que frente a un “contra amparo” lo que cabría sería un pronunciamiento de *inadmisión* por “falta de jurisdicción”. Al parecer, esta fue también una opción procesal de rechazo que utilizaron las instancias judiciales en el caso peruano, antes de la regulación procesal del AcA por parte del TC, aunque aquí se alude a la “falta de competencia” de los órganos judiciales respecto del segundo amparo. Al respecto puede verse algunas de las resoluciones judiciales recogidas por ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. pp. 329 y 330.

¹⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de los derechos fundamentales: el denominado “contra-amparo”. En: REDC 47. Madrid. 1996. p. 142.

¹⁶ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. Op. cit. p. 129.

¹⁷ Serían muy excepcionales los casos en los que se justificaría un nuevo proceso de amparo para quien no ha podido ejercer su derecho de defensa ante la denegatoria, pero es posible que en estos casos, en la medida que no hay cosa juzgada, pueda habilitarse un amparo independiente y no un amparo contra lo resuelto desestimando una pretensión que, por lo general, no configura ningún supuesto de agravio.

¹⁸ La única sentencia estimatoria en un segundo amparo es, curiosamente, una que no respeta la *regla* de que el segundo amparo no procede contra una estimatoria (Ver: Expediente 04245-2006-PA/TC).

¹⁹ “d) sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable a la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada”.

²⁰ SÁENZ DÁVALOS, Luis. “Amparo vs. Amparo (Reflexiones sobre la viabilidad o no en la prosecución del amparo como mecanismo de protección constitucional dirigido a enervar lo resuelto en otro proceso constitucional)”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia 16. Año 4. Trujillo. Junio de 2002.

lee también ahora en nuestra legislación de los procesos constitucionales (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). De manera que por lo general, el amparo contra resoluciones judiciales actúa, precisamente, contra la decisión que concluye la instancia judicial. Ello importa en la práctica porque, ahí donde hay revisión en sede constitucional de las decisiones de los jueces del Poder Judicial, la eficacia de la cosa juzgada, respecto de tales decisiones, queda en suspenso mientras dura el proceso de “confirmación” ante el TC. De modo que si bien la cosa juzgada y la propia seguridad jurídica, que suelen ponerse en cuestión cuando se anula una decisión judicial a través de un proceso de amparo, son valores ineludibles en el marco del Estado Constitucional de Derecho, no obstante, “(...)no constituyen un valor en sí mismo ni pueden prevalecer frente a valores –sin duda superiores– como el respeto al debido proceso y la realización de la justicia en el caso concreto”²¹. La cosa juzgada y la seguridad jurídica que exige el Estado Constitucional no son, pues, un tapón de seguridad a la arbitrariedad, el abuso o la corrupción de los jueces²².

En tal sentido, resulta difícil aceptar el argumento que sugiere que en la base de la negación del AcA contra sentencias estimatorias esté la cosa juzgada con que se revisten tales decisiones. Al contrario, por los resultados que ya han sido presentados, bien puede concluirse en este punto que la sentencia 200-2002-AA/TC, que ha sido celebrada como la sentencia que venía a “completar” las reglas jurisprudenciales iniciadas en la sentencia 612-98-AA/TC, no hizo sino “clausurar” cualquier posibilidad de un nuevo amparo, incluso ahí donde era realmente necesario. Esto es así, no sólo a partir de los datos empíricos ya señalados, sino también porque de haberlo realmente “regulado”, tal “regulación” habría resul-

tado del todo inapropiada y, a decir del propio Tribunal, acaso hasta inconstitucional²³. Aquí, la admisión a trámite del nuevo amparo pasaba inevitablemente por una primera criba determinante, y que no consistía en la averiguación, siquiera preliminar, de la afectación invocada de algún derecho constitucional, sino en la verificación, esta vez sí “objetiva”, de si se trataba de una decisión con fallo estimatorio o desestimatorio. El *test* básico del AcA de la sentencia 200-2002/TC es, pues, la separación entre sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias y no, como debiera ser, entre decisiones que agravan y decisiones que respetan y tutelan efectivamente los derechos fundamentales. La política jurisprudencial de esta etapa es un buen ejemplo de cómo se pueden construir estándares con propósitos, no de tutelar derechos, sino de rechazar demandas. Si ese ha sido el objetivo velado del TC, sin duda las reglas de la sentencia 200-2002/TC han sido eficientes a tal propósito y han permitido rechazar demandas sin mayor esfuerzo argumentativo²⁴.

De este modo, y al margen de que pueda discutirse ahora sobre la conveniencia o no del AcA, queda claro que una política jurisprudencial que pretenda habilitarla como un recurso, por más excepcional que éste sea, no puede basarse en la naturaleza del fallo de la decisión que intenta controlar (estimatorio o desestimatorio), sino, en cualquier caso, en el tipo de lesión al que se pretende hacer frente (si ha de tratarse de una lesión al proceso o la sustancia de la decisión misma, por ejemplo).

4. POLÍTICA LEGISLATIVA: NEGACIÓN DEL AcA

Con el antecedente descrito de una política jurisprudencial francamente inoperativa y, curio-

²¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Estudios Constitucionales”. Lima: ARA. 2002. p. 233

²² En este sentido también García Belaunde, cuando tempranamente advirtió, analizando el caso del Amparo contra resoluciones judiciales en el Perú, que “la intangibilidad de la cosa juzgada esta condicionada por la regularidad del proceso (entendido por regularidad el debido proceso legal)”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Amparo Contra Resoluciones Judiciales: Nuevas Perspectivas”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales* 6. Lima: CAJ. 1990. pp. 77-78.

²³ A esta conclusión se puede llegar a partir de los fundamentos que el propio TC considera, están en la base del *overruling* que se produce en la sentencia 4853-2004-AA/TC. Así, por ejemplo, el TC estableció en el fundamento noveno que, “(...) la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los derechos fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional”.

²⁴ Sólo como muestra, esta fue la fórmula de rechazo de una demanda de AcA que aludía a un anterior proceso con sentencia estimatoria: (Expediente 1636-2005-AA/TC): “2. Que el demandante interpone acción de amparo solicitando que se declare inaplicable la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que, revocando la apelada, declaró fundada la acción de amparo interpuesta por don Roger Chambilla Huanca contra la Dirección Regional de Educación de Puno. 3. Que, en el presente caso, nos encontramos ante lo que se ha denominado en doctrina *Amparo contra Amparo*. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos (STC 200-2002-AA/TC, fundamento 2) que, conforme se desprende de autos, no se han cumplido, por lo siguiente: a) La sentencia de amparo cuestionada (fundamento 49-51) resultó favorable al actor, constituyendo, además, cosa juzgada. b) El demandante pretende un análisis sobre el fondo controvertido en el proceso constitucional impugnado, y no se refiere a cuestiones estrictamente formales del debido proceso. c) En consecuencia, no es el caso de análisis de la afirmada vulneración del debido proceso” (subrayado agregado).

samente sin poner esto como sustento fáctico para auspiciar el cambio legislativo, que por lo demás habría generado un debate más interesante²⁵, los autores del Código optaron por cerrar, casi “voluntariamente”, el AcA en una fórmula genérica referida a todos los “procesos constitucionales”, aunque como era evidente, con el fantasma del AcA delante. El artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional²⁶, se presentaba así, más como una reivindicación académica y ciertamente pragmática, pero con pocos argumentos que puedan servir luego a una convalidación jurisprudencial, “última morada” de cualquier doctrina que quiera introducirse como derecho válido en el contexto de los actuales sistemas jurídicos.

Recientemente, Luis Saenz ha hecho una detallada exposición del “consenso” que se había construido entre los profesores que redactaron el Código Procesal Constitucional, en torno a la necesidad de “cerrar” las puertas al AcA²⁷. Fue precisamente aquel “consenso” la única explicación, a título de exposición de motivos, para suprimir el AcA en la versión legislativa del Código Procesal Constitucional. La tesis es básicamente la que resume la postura del Profesor García Belaunde: “... pensar en un Amparo contra un Amparo es abrir la compuerta a las infinitas instancias, y por eso hemos pensado que no debe existir. Si antes se dio, no creo que ahora lo deba ser, ya que por un lado nuestro Código es garantista y por otro, el Poder Judicial, pese a sus carencias, debe asumir ese reto ahora que vivimos en Democracia...”.

De modo que con un Código “Garantista” y un escenario democrático, los jueces del Poder Judicial podían asumir el reto de no incurrir en violaciones manifiestas a los derechos de los justiciables. Postura sensata pero no del todo coherente, si se piensa, sobre todo, que respecto de los mismos jueces, que actúan en el mismo es-

cenario democrático con códigos también “garantistas”; sin embargo, no nos atrevemos a renunciar al amparo contra resoluciones judiciales. Se olvida, pues, que el AcA es amparo contra los jueces del Poder Judicial. Se olvida también que, en el fondo, el fantasma no es tanto el control de los jueces, sino más bien, las delicadas relaciones entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional a la hora de definir las confusas y, a veces, poco racionales relaciones de distribución de funciones en el marco de la tutela de los derechos fundamentales, tarea que compromete, no sólo al legislador ordinario, sino que al parecer, pasa por una inevitable reforma constitucional, que permita racionalizar, por ejemplo, el control de las decisiones judiciales a través de un amparo directo ante el TC²⁸, de modo que la figura del AcA no sea más un problema en manos de la jurisprudencia.

Así, quien cuestiona la presencia del AcA, debe hacerlo al mismo tiempo también respecto del amparo contra resoluciones judiciales en general, cuya naturaleza le es inherente²⁹. Por ello, aunque “resulte difícil conceptualizar que el amparo constitucional pueda ser instrumento procesal violador del debido proceso legal”³⁰, no debe confundirse el “ser” con el “deber ser”. El que el proceso de amparo esté concebido efectivamente como garantía de los derechos fundamentales, no lo convierte, sin más, en un proceso incuestionable o limpio de toda posible distorsión que lo exima de cualquier tipo de control. Como bien ha precisado Eguiguren Praeli, cerrar la posibilidad del AcA supondría “resignarse a la indefensión” ante la constatación de una violación manifiesta de algún derecho constitucional durante su tramitación, al propio tiempo de renunciar a una jurisdicción garante de los derechos y que simplemente asume un “papel complaciente que no se condice con la función que le corresponde en un Estado de Derecho”³¹.

²⁵ Hubiera sido revelador, por ejemplo, levantar información estadística al respecto para sustentar la supresión y la poca incidencia del AcA en el marco del Amparo contra resoluciones judiciales.

²⁶ “Artículo 5.- No proceden los procesos constitucionales cuando: 6) se cuestione una resolución firme producida en otro proceso constitucional (...).”

²⁷ SAENZ DAVALOS, Luis. “Los nuevos derroteros del “amparo contra amparo” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)”. En: El “amparo contra Amparo” y el recurso de agravio a favor del precedente”. Cuadernos de análisis y crítica jurisprudencial 3. Lima: Palestra. 2007.

²⁸ No tiene sentido que actualmente, por ejemplo, se habilite la competencia de una Sala Civil para el control de una violación de un derecho que se acusa a la Corte Suprema. El Amparo contra resoluciones judiciales se vuelve así un ritual, un procedimiento con destino conocido que lleva a que el Poder Judicial sea simplemente una mesa de partes que alarga el trámite de llegada al TC.

²⁹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “Amparo contra Amparo”: la reparaciones de lesiones de derechos fundamentales en un proceso de Amparo”. En: SAENZ DAVALOS, Luis. (Coordinador). El “amparo contra Amparo” y el recurso de agravio a favor del precedente. Op. cit.

³⁰ Así, Aníbal Quiroga León, para sustentar su postura en contra del AcA, en: “La nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo constitucional”. En: Derecho 49, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima. 1995. p. 152.

³¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit. p. 232.

No se puede, pues, desconfiar de los jueces cuando éstos resuelven un contrato por incumplimiento de una de sus cláusulas, cuando declaran los linderos de una comarca o cuando se pronuncian por el pago por subrogación de una deuda y luego, respecto de los mismos jueces, llegar a la convicción plena de que sus actos son intocables, nada menos que cuando se pronuncian sobre nuestros derechos que estimamos como “fundamentales”.

Desde luego, ésta no es una valoración sobre la conveniencia o no de la revisión constitucional de las resoluciones de los jueces del Poder Judicial en los procesos constitucionales. Se trata simplemente de la exigencia de coherencia en el discurso por parte de quienes consideran que el ACA genera mayores inconvenientes que ventajas. Visto además en conjunto, creo que el Código y sus autores han dado muestras de una sistemática desconfianza en los jueces del Poder Judicial³². Postura que además, encuentra sustento en la práctica de la jurisdicción ordinaria en los años de la dictadura fuji-montesinista, aunque viene de antes. De modo que, a lo mejor, no es tiempo todavía de porfiarnos demasiado en los jueces que hace poco tiempo fueron, en muchos casos, eficientes comisionados del Poder Ejecutivo, por ejemplo en la aplicación de los decretos que impulsaron la lucha “judicial” contra el terrorismo. Jueces que aceptaron el anonimato en sentencias que hoy aparecen “codificadas” y que han sido emitidas en el marco de una caricatura de procesos judiciales. Jueces que actuaron sin dar el rostro y que no hicieron ningún esfuerzo argumentativo por controlar los excesos, cuando no las abiertas violaciones, también ¡judiciales! de los derechos de los procesados³³.

De manera que hay razones fuertes para desconfiar de los jueces del Poder Judicial. Razones que además están, no en los textos sino en la his-

toria reciente que hemos vivido. El Poder Judicial debe, en todo caso, mostrar que esto está cambiando. Ha tenido y tiene, ahora mismo, la oportunidad de ponerlo de manifiesto. Mientras tanto, los controles parecen razonables, necesarios y a veces hasta irrenunciables³⁴.

Así las cosas, la idea de cerrar las puertas al ACA por vía de una reforma legislativa y aprovechando la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, pronto cayó rendido ante los argumentos que, primero la Academia, y luego el propio Tribunal, ofrecerían precisamente para revertir la buena intención de los autores del Código. Esto muestra, también entre nosotros, que el Derecho se va pareciendo menos a la ley, y es cada vez más argumentación³⁵. Es decir, cuando una decisión política del Parlamento, por más mayoría que acompañe a quienes redactan la ley, no está basada en argumentos racionales sólidos, puede fácilmente sucumbir ante el “Tribunal de la Razón” en el que pretende erigirse el TC.

Desde la cátedra, creo que fue Luis Castillo Córdova³⁶, quien puso las cosas de regreso. Comentando el artículo 5.6, este autor señalará que tal dispositivo debe ser interpretado “de modo que no procedan los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en proceso constitucional regular o desenvuelto con plena sujeción a la tutela procesal efectiva”, puesto que una interpretación distinta, como él mismo lo manifiesta, “estaría reconociendo en el juez constitucional una persona infalible, cosa que la realidad nos demuestra que no es verdad”, o peor aun, que cuando los jueces actúan justamente en los procesos de tutela de los derechos, “pueden actuar al margen de los preceptos constitucionales”³⁷.

Castillo Córdova, además, no sólo ha dado argumentos para el regreso del ACA, también se

³² No sólo en la medida que se acepta de manera expresa el amparo contra resoluciones judiciales, sino también en cuanto le impone precedentes vinculantes “expresos” (artículo VII del Título Preliminar), en los que el Juez no debe hacer ningún esfuerzo intelectual para identificar la *ratio decidendi*. Tal desconfianza, al parecer, no es reciente, como nos ha confirmado el profesor GARCÍA BELAUNDE en un trabajo que recoge la historia legislativa y jurisprudencial del Amparo contra resoluciones judiciales. Ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”. Op. cit. Esta desconfianza de los jueces parece, sin embargo, en suspenso con la incorporación del principio de subsidiariedad en el Código Procesal Constitucional. En este caso, el legislador del Código deja un amplio margen de acción al juez, quien debe ser el que identifique el mosaico de posibilidades que definen el ambiguo principio de subsidiariedad del Proceso de Amparo.

³³ Quizá la prueba más contundente de esta afirmación sea la formación de la Comisión de Indultos formada tras la huida de Fujimori que logró sacar de las cárceles a centenares de condenados por jueces que ni la Comisión de la Verdad ha podido sacarlos a la luz y siguen “administrando justicia” en nombre del pueblo que los ha padecido en aquellos años.

³⁴ La última muestra de la forma en que todavía actúan muchos jueces del Poder Judicial ha sido los procesos “estimatorios” de amparos otorgados en segunda instancia a favor de las empresas de casinos y tragamonedas. Sentencias por lo menos sospechosas desde el inicio del trámite, dado que fueron promovidos en zonas alejadas de la capital respecto de empresas que tenían casinos abiertos en exclusivas zonas de Lima (Ver: STC 006-2007-CC/TC).

³⁵ Recojo la idea de Atienza. Ver: ATIENZA, Manuel. “El derecho como argumentación”. Ariel. 2006. p. 59.

³⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comentarios al Código Procesal Constitucional”. Primera edición. Lima: Ara. 2004. p. 207 y siguientes. Existe segunda edición de Palestra. Lima 2005, en dos tomos.

³⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit. p. 209.

ha pronunciado sobre algunas de sus reglas básicas. Entre éstas ha incluido el AcA contra sentencias estimatorias, al considerar que en el marco del Código Procesal Constitucional “La cosa juzgada se configura con la resolución final que se pronuncia sobre el fondo, al margen que favorezca o no al demandante en el primer proceso constitucional supuestamente irregular”³⁸. Aunque sobre esto, como ya hemos afirmado, no es la cosa juzgada la contención del AcA contra sentencias estimatorias, como tampoco lo es cuando se cuestiona una resolución judicial firme del Poder Judicial en otro tipo de procesos.

5. POLÍTICA JURISPRUDENCIAL (III): EL AcA NO PUEDE LIMITARSE LEGISLATIVAMENTE

Tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el TC no tardaría en utilizar algunos de los argumentos ya expuestos por la doctrina y otros de cosecha propia. Las primeras decisiones están dirigidas simplemente a poner de manifiesto que el AcA no se ha cerrado en manos del legislador. En esta dirección debe desatacarse de manera especial el Auto de fecha 18 de febrero de 2005 (Expediente 2707-2004-AA/TC)³⁹, en el que el Tribunal establecerá de manera ineludible su postura con relación al AcA.

“(…) la posibilidad del denominado “amparo contra amparo”, dirá el TC, no es un problema cuya solución dependa exclusivamente del legislador, pues al tener su fuente directa en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de la propia Constitución, según el cual el amparo, “(…) No procede (...) contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”, el debate en torno a su procedencia debe realizarse en función de lo que pudiera entenderse por “procedimiento regular” (resuelto en forma enunciativa por el mismo legislador a través del artículo 4º del mismo Código Procesal Constitucional)”.

De manera que no es “(…)el legislador el órgano competente para establecer que, tratándose de una resolución judicial dictada en un proceso de amparo, por ese sólo hecho, las lesiones que

pudiera sufrir el derecho a la tutela procesal efectiva queden exentas de cualquier tipo de control”. El Tribunal ha hecho aquí una interpretación de la reforma legislativa del AcA, aplicando el principio de interpretación conforme con la Constitución y ha establecido una “lectura constitucionalmente viable” del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional. De modo que “(…)tal disposición debe entenderse como que efectivamente no procede el “amparo contra amparo” si es que en el proceso se han respetado de modo escrupuloso los derechos fundamentales de orden procesal a los que se refiere el artículo 4º del mismo Código Procesal Constitucional”. La validez de una lectura textualista de dicho inciso del artículo 5, quedaba condicionada, de este modo, a la constatación de la validez del proceso judicial en cuestión, y ello sólo es posible luego de un examen al menos liminar de la resolución del primer amparo.

Hay algunas resoluciones de rechazo del AcA que si bien llevan fecha posterior⁴⁰ a las señaladas y en las que el TC claramente ya había reiterado su jurisprudencia en términos genéricos, interpretando el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, no obstante son resueltas por el TC en el marco de las reglas del precedente sentado en el Expediente 200-2002-AA/TC. Es el caso de las resoluciones producidas en los expedientes 191-2005-AA/TC (Caso Municipalidad provincial de San Pablo), y 4855-2004-AA/TC (caso Caja de Pensiones Militar Policial). En ambos casos, el Tribunal viene a reiterar la idea de que no cabe la posibilidad de un AcA contra una decisión estimatoria. Esto porque, a decir del Tribunal, “(…)si se permitiera la interposición de un amparo contra lo resuelto favorablemente en otro proceso de amparo, se vería resquebrajado el principio de cosa juzgada y neutralizado el rol protector al que por regla general aspira todo proceso constitucional de la libertad”⁴¹.

En el caso del Expediente 4855-2004-AA, se trataba, además, del cuestionamiento de una sentencia del propio TC. Aquí el Tribunal, antes de ejercer sus competencias de ejecución de la sentencia anterior, por el abierto desafío que venía a suponer

³⁸ Ibid. p. 213.

³⁹ El mismo tratamiento ha dispensado el Tribunal en el auto pronunciado en la misma fecha en el Expediente 3846-2004-AA/TC (caso municipalidad provincial de San Pablo).

⁴⁰ En los dos casos que se señalan se trata de resoluciones que tienen fecha 8 de marzo de 2005, aunque publicadas en la web del Tribunal con fechas distintas; la 191-2005-AA/TC, publicado el 17 de junio de 2005; mientras que la 4855-2004-AA/TC fue publicada el 20 de mayo de 2005. De la misma fecha es también la resolución en el Expediente 0193-2005-PA/TC (caso Municipalidad de San Pablo), con similar argumentación que invoca la Sentencia del Expediente 200-2002-AA/TC.

⁴¹ Expediente 191-2005-AA/TC, fundamento 4.

una nueva demanda contra una sentencia estimatoria del propio Tribunal⁴², vuelve a reiterar la tesis según la cual las decisiones del Tribunal serían incuestionables debido a que poseen “presunción de constitucionalidad absoluta”, por lo que no podrían ser enervados a menos que se “desnaturalice la propia lógica del sistema”. Ya hemos visto *supra* que para sostener la irrevisibilidad de las decisiones del TC no hay que llegar tan lejos, en la medida que la Constitución dispone que el Tribunal es última y definitiva instancia (artículo 202.2), por lo que se trata de una cuestión menos filosófica y más bien pragmática lo que hace que el Tribunal se coloque en el cierre del sistema jurisdiccional de protección de derechos, después de cuyos pronunciamientos, sólo cabe recurrir a la jurisdicción supranacional (artículo 205).

Estos son, *grosso modo*, los antecedentes y el contexto en el que se emite la sentencia en el Expediente 4853-2004-AA, que se publica en la página *web* el 22 de mayo de 2007. No voy a entretenerme en resumir lo que ahí se dice, sólo quisiera resaltar que en el marco del derrotero del AcA, las reglas que ahí se recogen intentan, en la medida en que lo permite la regulación constitucional actual, darle cierta coherencia al régimen procesal del AcA. La regla más importante, diría yo, es sin duda la reivindicación de aquella con que apareció el AcA en la jurisprudencia del TC. Esto es, la no fijación en el fallo, sino en la lesión de algún derecho (cualquiera que sea) pero que se trata de un derecho fundamental. De este modo, el AcA ha vuelto a recobrar su racionalidad elemental, al servir como último recurso de vigilancia también frente a los jueces de los derechos humanos fundamentales, aun cuando por razones más prácticas que filosóficas, tal vigilancia, como en todo lo demás, no llega necesariamente al propio Tribunal.

Aun cuando en esta sentencia, que tiene además la condición de precedente vinculante, haya avanzado aceptando otros supuestos para el AcA⁴³, en el marco de la *autonomía procesal* con que cuenta el Tribunal⁴⁴; en todos los supuestos, se trata de reglas elaboradas en función a la máxima protección a los derechos fundamentales. Así, detrás del AcA por desacato a la doctrina jurisprudencial del TC, se encuentra la idea de *igual protección* que merecen todos los ciudadanos de una nación. De modo que cuando un Juez o Tribunal otorga amparo en abierta contradicción con la interpretación del máximo intérprete de la Constitución, lo que está haciendo es, o favoreciendo indebidamente algún interés y no protegiendo propiamente un derecho fundamental, o distorsionando el verdadero valor de los derechos fundamentales del mismo en el caso del AcA a favor del tercero afectado por la sentencia estimatoria del primer amparo.

En esta dirección es que debe también interpretarse la incorporación del principio de mayor protección en la interpretación de los derechos que el Tribunal incorpora en esta sentencia como criterio arbitral para las relaciones entre Juez Ordinario y TC. El Tribunal le exige lealtad al juez ordinario en el seguimiento de sus interpretaciones con relación a la defensa de los derechos humanos, pero le recuerda que no es ciego y que por tanto puede ver incluso más allá de lo que ha visto el propio Tribunal. “En cualquier caso, dirá el Tribunal, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen

⁴² En otros casos, sobre todo cuando se trataba de sentencias estimatorias, el TC ha sido enérgico al rechazar un segundo amparo tras constatar que no se había vulnerado ningún derecho fundamental, y establecer que no puede “permitirse la articulación de maniobras dilatorias en el trámite de su ejecución, menos aún volver a utilizar un nuevo proceso de amparo en abierto desafío a la justicia constitucional”. Llegando incluso a sostener que el “amparo contra amparo”, al ser un remedio excepcional, “sólo ha de admitirse tratándose de la protección de derechos fundamentales cuya titularidad pueda atribuirse de modo indubitante a *personas naturales* y cuando resulte manifiesto e intolerable el proceder arbitrario de las instancias judiciales”. En estos casos el Tribunal ha alertado al juez de ejecución del primer amparo “para actuar de manera enérgica y con la urgencia que el caso amerita, dictando los requerimientos y apremios que autoriza el Código Procesal Constitucional para el efectivo cumplimiento de las sentencias constitucionales”. Ver: Expediente 2667-2006-AA/TC, fundamentos 6 y 7. Aunque resulte problemática la propuesta de un AcA sólo a favor de “personas naturales”, es posible comprender que resulta por lo menos paradójico que un ciudadano logre la reparación de la violación de su derecho por parte del Poder Público, y luego el Poder Público revierta contra el ciudadano en nuevo amparo, anulando la decisión que lo amparaba. Esto es la “sin razón” que al parecer intenta frenar el Tribunal con este criterio. Como bien ha afirmado Caamaño Domínguez, resulta del todo contrario a la naturaleza del Amparo el que “pueda ser utilizada por un poder público para “defenderse de un ciudadano” (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. Op. cit. p. 136).

⁴³ Entre los supuestos que el Tribunal recoge como “objeto” del AcA se encuentran: a) sentencia estimatoria de segundo grado que afecta un derecho fundamental; b) sentencia estimatoria de segundo grado que desconoce la doctrina jurisprudencial del TC en materia de derechos fundamentales; c) sentencias denegatorias que afectan derechos de terceros que no participaron del proceso o de la parte que no pudo interponer el recurso de agravio.

⁴⁴ Sobre esto: LEON VASQUEZ, Jorge. “El amparo contra amparo y el principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (coordinador). El Amparo contra Amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Op. cit.

una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado⁴⁵.

Podrían discutirse cada una de las demás reglas procesales que el Tribunal ha establecido en la sentencia con relación al AcA, pero me parece que la que menos objeciones ha recibido, al menos hasta ahora, es sin embargo la regla fundamental: aquella que restablece al AcA como remedio contra cualquier tipo de agresión a los derechos fundamentales que se produzca en el marco de un proceso constitucional y que concluya, con cualquier tipo de sentencia, estimatoria o desestimatoria. Quizá esa hubiera sido una regla suficiente para el precedente establecido en este caso. Todas las demás precisiones son útiles y seguramente algunas más prácticas y menos engorrosas que otras, aunque desde mi punto de vista, la regla madre que es transversal a todas esas puntualizaciones procesales es que el AcA es un proceso excepcional, al que puede acudir cualquiera que haya visto vulnerado sus derechos fundamentales como consecuencia de un proceso constitucional, incluso si no hubiera sido parte en dicho proceso.

El establecimiento de reglas procesales es siempre, en cualquier sede, un problema que se enfrenta con múltiples opciones. De ahí que la jurisprudencia no siempre sea el espacio más adecuado para su definición, aunque dado su carácter práctico, es en sede jurisprudencial donde suelen elaborarse reglas *probadamente necesarias y eficientes*. Lo central es que, en todo caso, no se impongan los "gustos" personales, de modo que las reglas respondan por lo menos a dos criterios básicos: validez y practicidad. Sin la primera, nada es posible jurídicamente; sin la segunda, las reglas pueden servir para cualquier cosa menos para ser aplicables, y reglas procesales que no se aplican son como la pista sobre la que no se puede transitar.

Así, se ha sugerido, por ejemplo, la habilitación del recurso de agravio para todos los supuestos contemplados en el AcA⁴⁶, evitando así un nuevo proceso. Una propuesta tal, sin embargo, no sólo tiene el serio inconveniente de que las violaciones a los derechos fundamentales que se imputan a los órganos judiciales no podrían ya ser analizadas en el marco de un contradictorio mínimo, sino que además, en un esquema así, quedan fuera del marco de protección los terceros que no han sido incorporados en el proceso y que eventualmente pongan en evidencia que han sido preteridos de manera arbitraria por las instancias judiciales. Más problemas ofrece la vía interpretativa del artículo 202.2 que propone Mijail Mendoza para habilitar el recurso de agravio contra una sentencia estimatoria por violaciones a los derechos fundamentales. Su argumento no se articula a partir de la presencia de un derecho subjetivo concreto, sino que pretende ser una elaboración en abstracto y por ello, mirando más la faz "objetiva" del proceso de amparo. Viene a decir que, al negar el recurso de agravio respecto de sentencias estimatorias, "la Constitución está presuponiendo que se trata de una sentencia estimatoria *constitucional*, pero no *inconstitucional*; en consecuencia, puede concluirse, a *contrario sensu*, que una sentencia estimatoria inconstitucional debe ser examinada por el Tribunal Constitucional, configurando esto una excepción a la regla general. La regla general rige en tanto se trate de una sentencia estimatoria constitucional, por el contrario, rige la excepción cuando se está ante una sentencia estimatoria inconstitucional"⁴⁷.

Desde esta perspectiva, sin embargo, la habilitación de la competencia del Tribunal es necesariamente anterior a la calificación de la constitucionalidad o no de la sentencia estimatoria. De manera que si el Tribunal acepta el recurso de agravio está, inevitablemente, adelantando su criterio sobre el fondo, pues de otro modo sería siempre ilegítima su intervención. Este es un problema operativo pero relevante que creo desautoriza la construcción de una argumentación a partir de una interpretación "objetiva" del amparo.

Por su parte, al profesor Luis Castillo no le convence ninguna de las razones que el Tribunal

⁴⁵ Fundamento 16 de la sentencia.

⁴⁶ Esta es la propuesta, si he entendido bien, de Mijail Mendoza. Ver: "Amparo *contra* amparo: la reparación de lesiones de derechos fundamentales en un proceso de amparo". En: SÁENZ DAVALOS, Luis (coordinador). "El Amparo contra Amparo y el recurso de agravio a favor del precedente". Lima: Palestra. 2007.

⁴⁷ *Ibid.*

expone para establecer el AcA por una única vez y de modo excepcional⁴⁸. Cuestiona incluso que se lo llame excepcional, pues considera que todas las reglas consignadas son las de un “amparo normal”⁴⁹. Esta no es una crítica a la regla fundamental del AcA que hemos destacado aquí, y creo que puede contestarse si se toma en cuenta que la excepcionalidad no es una *condición* que quepa en un conjunto de reglas procesales tasadas, sino que hay que construirla en cada caso y también está presente en la propia definición del AcA, que, como ya se adelantó, surge como válvula de escape a la posibilidad de error (constitucionalmente reproducible) de un “amparo normal”. La excepcionalidad hay que ubicarla, pues, precisamente en que no hay AcA *ad infinitum*, como pareciera ser el deseo de Castillo Córdova. Si fuera un amparo “normal”, no sería comprensible tal limitación.

Si hay que resumir las reglas del AcA en pocas palabras, hay que precisamente recalcar su *excepcionalidad*, que debe ser entendida aquí, no como una regla, sino más bien como principio para la actuación de los jueces ante quienes se invoca el segundo amparo. De este modo, la excepcionalidad no se aplica bajo la fórmula “todo o nada”, sino ponderando su necesidad, intensidad y urgencia en el caso concreto. Así, el segundo amparo sólo será legítimo si la agresión a un derecho fundamental que se ha producido en el primer amparo es tan evidente e intolerable que lo justifique ante la mirada elemental del criterio común. La excepcionalidad no es, pues, un conjunto de “reglas procesales”, sino más bien un principio a tener en cuenta por el juez, quien debe ponderar en un espacio en el que los *discursos reglados* son cada vez más escasos y poco operativos.

Si las únicas razones que habilitan el AcA son las violaciones latentes a los derechos fundamentales que se producen en el seno de un proceso constitucional, el criterio para su admisión siempre será la necesidad de poner en la balanza la protección que se ha brindado a través de una sentencia estimatoria en el primer amparo, frente a la alegación de violaciones que sustentan las pretensiones del segundo amparo. De manera que

no hay reglas “precisas” en el AcA, sino, al final de cuentas, también aquí rige una regla general de ponderación que es lo que no todos están dispuestos a aceptar cuando se trata de la tutela, menos teórica y más pragmática, de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia constitucional.

**PRIMERA PARTE DE GIOVANNI PRIORI:
CUANDO EL CONTROLADOR SE DESCONTROLA:
BREVE COMENTARIO SOBRE DOS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se han dictado algunas sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que ponen en el debate nacional el problema del control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales.

II. LAS SENTENCIAS

II.1. Sentencia 3179-2005-PA/TC

El 18 de febrero de 2005, el TC expidió una sentencia en la que señala que una demanda de amparo contra una resolución judicial procede cuando ésta lesione cualquier derecho fundamental, no sólo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Al hacerlo, señala que: “el amparo contra resoluciones judiciales no tiene el efecto de convertir al juez constitucional en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere derechos fundamentales”. Dicho de otra manera, según el TC: las controversias surgidas de la interpretación y la aplicación de la ley son competencia del TC cuando a su juicio se lesione la Constitución y cuando según él se lesione un derecho fundamental; ello supondría, siguiendo con la interpretación a *contrario* del fundamento del Tribunal, que en esos casos está constitucionalmente justificado que el TC se convierta en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, modificando decisiones que

⁴⁸ El Tribunal ha ofrecido como argumentos de la restricción del AcA a una sola vez los siguientes: a) el principio de seguridad jurídica; b) el principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales; c) el principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos; d) el carácter de instancia de cierre del sistema de la jurisdicción interna que representa el TC.

⁴⁹ Este autor se ha detenido a realizar un minucioso análisis sobre las razones que el TC expone para limitar el AcA a una sola vez. Cuestionando tal excepcionalidad dirá: “Lo curioso es que aquello que el Máximo intérprete de la Constitución peruana califica de excepcional, no es sino consecuencia de lo normal”. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El TC como creador de Derecho Constitucional”. Op. cit. p. 10 (cito en separata).

han pasado a la autoridad de cosa juzgada y, dependiendo de los casos, impidiendo la ejecución de las sentencias judiciales que han adquirido tal calidad.

II.2. Sentencia 4853-2004-PA/TC

El 19 de abril de 2007, el TC dictó otra sentencia en la que estableció dos nuevas “reglas” (el término es utilizado por el propio TC) en materia de amparo contra resoluciones judiciales y, en especial, de amparo contra amparo. En este trabajo me detendré sólo en la segunda de ellas, según la cual: el recurso de agravio constitucional, procede no sólo en los casos señalados expresamente por la Constitución, es decir, contra la resolución denegatoria de la demanda de *habeas corpus*, amparo o cumplimiento; sino también en todos aquellos casos en los cuales se haya expedido una resolución judicial de manera contraria al precedente vinculante dictado por el TC; es por ello que este recurso creado por ese órgano ha sido bautizado por él como “recurso de agravio constitucional a favor del precedente”. Para hacerlo, el TC sostiene que “los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces”⁵⁰.

III. LA PLURALIDAD DE VALORES RECONOCIDOS POR EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El estado actual del desarrollo del Estado y de los derechos fundamentales nos coloca dentro de lo que se ha venido en denominar *Estado constitucional*, cuya identificación puede hacerse a partir de dos niveles inseparables⁵¹, sin los cuales es imposible comprender su verdadera riqueza: (i) un nivel formal, en virtud del cual el *Estado constitucional* es un Estado en el que la Constitución se convierte en la unidad de medida del actuar de los poderes públicos y de los ciudadanos⁵², y (ii) un nivel material, que nos permite señalar que el *Estado constitucional* se “(...) caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de

poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales (...)”⁵³.

Desde el punto de vista formal, la Constitución es la norma suprema del Estado, y toda norma jurídica y el actuar de los poderes públicos y de los particulares se somete a ella. Pero la noción de *Estado constitucional* no es una noción eminentemente formal y privada de contenido, pues hay un nivel material que justifica precisamente que la Constitución tenga esa posición preeminente en el ordenamiento jurídico, nivel que comprende los valores supremos de una determinada sociedad que se encuentran reconocidos en ella y que finalmente la legitiman como norma suprema. Todos esos valores y principios reconocidos en la Constitución son la expresión de una sociedad que se identifica en ellos y expresan “un estadio de desarrollo cultural”⁵⁴ de la propia sociedad, de la sociedad plural⁵⁵. El principio rector de una sociedad plural es la tolerancia⁵⁶, al punto de constituir “parte integrante del consenso constitucional básico”⁵⁷. La tolerancia exige que se reconozca la diferencia, se la respete y que el criterio propio sea expresado por medio de argumentos basados en justificaciones racionales que permitan al otro aceptar o no dicho criterio, con base en las mismas consideraciones racionales y de respeto por la diferencia.

Ello supone que los principios y valores constitucionales deben ser interpretados tomando en consideración que la Constitución reconoce otros valores y principios constitucionales que deben ser respetados. El *Estado constitucional* exige que todos ellos sean apreciados en su conjunto. Una apreciación de los valores como absolutos deslegitima la propia aplicación de la Constitución, en la medida en que desconoce al texto constitucional como una expresión plural de valores y principios fundamentales del ordenamiento y provoca que los valores no tomados en cuenta se vacíen de contenido. En ese sentido, “Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a

⁵⁰ Fundamento 25 de la sentencia.

⁵¹ En esa misma línea, Carlos Santiago Nino señala que hay dos sentidos principales de ‘constitucionalismo’: el sentido mínimo y el sentido pleno. El sentido mínimo supone la sola existencia de una Constitución. En cambio, el sentido pleno exige la existencia y vigencia de determinados principios y valores propios de la democracia liberal. NINO, Carlos Santiago. “Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”. Buenos Aires: Astrea. 2002. pp. 3 y 4.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil”. Madrid: Trotta. 1995. p. 34.

⁵³ HABERLE, Peter. “El estado constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. Pág. 3.

⁵⁴ Ibid. p. 5.

⁵⁵ Ibid. pp. 5 y siguientes; ZAGREBELSKY, Gustavo. Op.cit. p. 38.

⁵⁶ “La tolerancia debería ser una de las virtudes más importantes de la sociedad pluralista de riesgo”. KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del derecho”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999. pp. 315-316.

⁵⁷ HABERLE, Peter. Op. cit. p. 5.

ellos. Es el tema de conflicto de valores que querremos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para la *scientia iuris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: por tanto, no mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto”⁵⁸.

Por eso es que se señala que la característica esencial de los Estados constitucionales es su *ductibilidad*⁵⁹, que consiste precisamente en la compatibilidad de todos los principios y valores constitucionales y, en consecuencia, la imposibilidad de que uno de ellos sea absoluto. El Estado constitucional, por ello, no admite la ciega aplicación de un solo principio o valor constitucional. La imposición de una sola norma constitucional sin tener en consideración los demás principios constitucionales es una aplicación que rompe el sentido propio del Estado constitucional. Es más, la sola invocación de la primacía de la Constitución como criterio y justificación para determinada decisión resulta vacía de contenido. El Estado constitucional exige que la justificación de las decisiones encuentre sentido en función de los valores que, en su conjunto, sostienen al Estado constitucional. La aplicación de un determinado criterio invocando la sola primacía de la Constitución en desatención a los valores constitucionales se presenta frente a la sociedad plural como la implacable y arbitraria decisión obligatoria del monarca más representativo del Estado absolutista o la ciega aplicación de la ley propia del juez positivista que la aplica por su solo valor formal, sin discernir sobre su contenido ni sobre la razonabilidad de su aplicación.

Por ello, “si pensásemos, mediante una transposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Pero semejante sustitución no es posible y nos conduciría a un malentendimiento de los caracteres del Estado constitucional actual”⁶⁰.

Eso es lo que ha venido ocurriendo en nuestro país con las sentencias del TC que comentamos. La referencia, por ejemplo, en la sentencia 3179-2004-PA/TC a la eficacia vertical de los derechos fundamentales sin entrar a un análisis de su contenido, y la manera como debe existir una coherencia y correlación entre estos y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso –los que, por cierto, también son derechos fundamentales– no es sino un argumento que apela a la sola fuerza formal pero no material de la Constitución. De esta manera, el TC ha vaciado de contenido a estos dos derechos fundamentales. Ello también se aprecia en la sentencia 4853-2004-PA/TC, al crear el “recurso de agravio a favor del precedente”, porque afectando el procedimiento preestablecido legalmente (derecho fundamental expresamente reconocido en el inciso 3 del artículo 139) y el derecho a la cosa juzgada, el “Tribunal considera que una decisión judicial emitida sin tomar en cuenta los precedentes vinculantes del supremo intérprete de la Constitución aplicables al caso, viola el orden constitucional y debe ser controlado por este Colegiado a través del propio recurso de agravio que debe habilitarse en este supuesto como el medio más eficaz e idóneo para restablecer la supremacía de la Constitución alterada tras una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional”⁶¹. El fundamento para su creación es sólo uno: hay que mantener la primacía de la Constitución (meramente formal)

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 16.

⁵⁹ Esta expresión es propia de Gustavo Zagrebelsky y es precisamente la que da lugar al título de una de las obras más importantes en materia de teoría general del derecho y derecho constitucional escritas a fines del siglo XX. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 14.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 40.

⁶¹ Fundamento 25.

a través del respeto de los precedentes del propio Tribunal. Resulta que el respeto a los precedentes del TC es más importante que el respeto de los valores constitucionales. En un Estado Constitucional, el precedente del TC no vale por el solo hecho de ser precedente, sino que él debe ser sometido al respeto del conjunto de valores y principios constitucionales. Esta regla del TC que crea el recurso a favor del precedente ha sido dictada contraviniendo una serie de valores y principios constitucionales que no han merecido siquiera una mención en la argumentación del TC para su creación. El precedente del TC ha sido puesto por encima de los propios valores constitucionales sacrificados sin mayor explicación por parte del TC en aras de incrementar su poder de control.

IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El contenido de la Constitución como conjunto de valores y principios de una sociedad plural, determina que el proceso de interpretación constitucional los atienda, tratando de maximizar el contenido de todos y cada uno de esos valores en cada aplicación de la Constitución. La situación planteada (el caso) es el gran desafío que se le plantea al intérprete de la Constitución ya que es a partir de ella que se puede establecer la real vigencia del Estado constitucional⁶². Ella debe ser resuelta en función a todos los valores que se encuentran recogidos en el texto constitucional. La solución debe ser el resultado de una interpretación de todos los valores constitucionales puestos en juego maximizando sus contenidos. La situación concreta desafía al Estado constitucional a actuar con la vigente plenitud del complejo de principios que lo conforman. El intérprete puede terminar siendo seducido por la rígida aplicación de un solo valor constitucional, alegando la mera primacía de la Constitución, vaciando con ello de contenido a todos los demás valores constitucionales y, con ello, demostrando que ante la compleja situación planteada el Estado constitucional fracasó en su intento por hacer que todos los valores que lo inspiran puedan desarrollar una eficacia real.

En ese sentido, la doctrina se ha encargado de señalar que existen ciertos criterios que deben ser tomados en cuenta por el intérprete de la Constitución⁶³: (i) en la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad; (ii) en caso de que existan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma; (iii) razonabilidad, entendida como sensatez y flexibilidad frente a nuevas situaciones; (iv) previsión de consecuencias; (v) preferencia por los derechos humanos; y, (vi) fórmula política.

Nada de eso ha sido tenido en cuenta por el TC. Hay valores constitucionales que fueron absolutamente desatendidos en sus sentencias, como los comentados en este trabajo. La sola primacía de la Constitución formal y la primacía de sus precedentes antes que la vigencia de los derechos fundamentales y la de los principios constitucionales que rigen el ejercicio de la jurisdicción por parte del Poder Judicial son la base de sus decisiones.

Por otro lado, la interpretación constitucional en los términos señalados determina que esa tarea esté confiada a una pluralidad de actores, al punto que Haberle ha llegado a sostener que: "(...) en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera conciente y menos *realiter*, un asunto de una "sociedad cerrada": la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea su sociedad"⁶⁴. A pesar de ello, el TC señala que "*los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un*

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. 131 y siguientes.

⁶³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". En: FERRER MAC GREGOR (Coordinador). Derecho Procesal Constitucional. Tomo III. México: Porrúa. 2002. pp. 2684 y siguientes.

⁶⁴ HABERLE, Peter. Op. cit. p. 150.

juego interpretativo por parte de los jueces". Nada plural. Expresión no propia de un Estado Constitucional.

V. LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES DEJADOS DE LADO

V.1. La dignidad de la persona humana

El artículo 1 de la Constitución señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". La especial ubicación de la mencionada norma y su explícito contenido no da margen a ninguna duda sobre el hecho que la persona humana y su dignidad son el centro, la referencia necesaria, el fundamento, la razón de ser de la sociedad y del Estado⁶⁵. La dignidad humana es por ello uno de los fundamentos sobre los que descansa el Estado constitucional⁶⁶. De esta manera, se sostiene que "como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (...) es anterior al 'Estado' y al 'pueblo' y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado"⁶⁷.

La dignidad de la persona humana como criterio inspirador dentro de un Estado constitucional determina que se convierta en un principio fundamental que debe guiar la concepción, regulación, desarrollo y revisión de un proceso judicial. El proceso debe ser un instrumento que respete la dignidad de los litigantes, procurando para ello que en él los derechos fundamentales de las personas sean respetados y no mancillados. En ese sentido: "(...) el proceso, para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre –y no el hombre al servicio del proceso– para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz y la justicia"⁶⁸.

El respeto a la dignidad de la persona humana exige que el proceso que los ciudadanos se ven en la obligación de iniciar sea uno en el que las situaciones jurídicas controvertidas encuentren una efectiva protección. Ella se lesiona si el proceso resulta ser excesivamente largo, engorroso, formalista y uno en el que la decisión del órgano jurisdiccional sobre el conflicto no alcance a satisfacer las expectativas de justicia de las partes. Hacer que el ciudadano tenga que seguir un largo y engorroso proceso al término del cual no se brinde una adecuada y efectiva protección a las situaciones jurídicas de las cuales es titular, es una humillación, un ataque directo a la dignidad de la persona humana, y con ello, al fundamento del Estado constitucional. En nuestra opinión, eso es lo que se produce cuando luego que las partes han concluido un proceso en el que se ha respetado de manera minuciosa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, un órgano jurisdiccional distinto, en un proceso sumarísimo, en el que no ha habido actividad probatoria, ni audiencias, en la que no se ha escuchado a los peritos ni a los testigos, en el que las partes no han tenido plena posibilidad de defensa y prueba, concluye que ha habido una afectación a un derecho constitucional distinto a la tutela jurisdiccional efectiva.

En efecto, si el TC dice que a través del amparo puede revisar decisiones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada a fin de verificar si un derecho fundamental distinto al debido proceso y a la tutela jurisdiccional ha sido lesionado, es porque está considerando que el derecho sobre el que se va a pronunciar en procura de una supuesta tutela es el derecho material sobre el que se ha discutido a lo largo de todo el proceso. Sobre ese derecho es sobre *el que puede actuar como instancia, si a su juicio se ha producido una lesión*. Ello quiere decir que el TC considera que en la vía especial y sumaria del amparo está en la capacidad de determinar que el Poder Judicial ha cometido un error en la apreciación del derecho material sobre el cual las partes han discutido años en un proceso previsto en el ordenamiento jurídico

⁶⁵ "Por consiguiente, podemos decir que este artículo 1 significa varias cosas simultáneamente: que la persona humana es el centro de la sociedad, entendida a su vez como individuo y como sujeto de relaciones sociales. Que la sociedad le debe defensa y respeto a su dignidad, la que consiste, en esencia, en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona". RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. pp. 110 y siguientes.

⁶⁶ "El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana". HABERLE, Peter. Op. cit. p. 172. En el mismo sentido, se pronuncia Francisco Fernández Segado, para quien la dignidad humana es el fundamento de "la totalidad del orden político" y el "principio rector supremo del ordenamiento jurídico". FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La dogmática de los derechos humanos". Lima: Ediciones Jurídicas. 1994. p. 48.

⁶⁷ HABERLE, Peter. Op. cit. p. 174.

⁶⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos fundamentales y proceso justo". Lima: Ara. 2001. p. 69.

con base a una serie de garantías inspiradas en la Constitución. El mensaje que recibe el ciudadano con ello es que ese proceso fue un tránsito innecesario y absurdamente largo, porque era entonces perfectamente posible que a través de un proceso sumario, sin pruebas, ni intermediación, ni amplios plazos para la alegación, defensa, prueba e impugnación, jueces privilegiados resolviesen su controversia. Para el ciudadano, el ordenamiento jurídico se burla de él cuando diseña un proceso específico que en estricto no es capaz de cumplir su cometido, porque con un proceso sumario frente a un Tribunal que no apreció las pruebas, ni estuvo en contacto directo con las partes ni las pruebas, se puede obtener aquello que una de ellas pretendía. El proceso sirve entonces para humillarlo, para jugar con él, porque si todos los procesos se llevaran ante ese Tribunal en un proceso más célere, todo sería mejor.

Como se aprecia, con las sentencias reseñadas se crea en verdad un espejismo de justicia, pues quien gane en el proceso ordinario y pierda en el amparo revisor va a sentirse injustamente tratado. Él sentirá que el sistema no sirve para nada, porque a pesar de que los jueces le dieron la razón en ese proceso que se tramitó conforme a ley, con todas las garantías constitucionales, actuando ponderadamente las pruebas, exponiendo ampliamente las defensas e interponiendo todos los medios impugnatorios previstos en la ley, lo que le permitió que su caso sea analizado por un juez, luego por un tribunal superior y, finalmente, por la Corte Suprema en casación, nada, nada de eso sirve, porque un Tribunal especial, en un proceso más simple, pensado para cosas distintas, se puede tirar abajo todo el proceso, con ello sus derechos y, claro está, su credibilidad en el Estado Constitucional, provocando una justificada sensación de injusticia y de impotencia ante el sistema que lo único que provocó fue pisotear su dignidad.

IV.2 La igualdad ante la ley

La igualdad tiene dentro del Estado constitucional una doble configuración: la de ser un principio y

la de ser un derecho fundamental. Así, en su condición de principio rector del Estado constitucional, se constituye en “un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar”⁶⁹, mientras que en su condición de derecho fundamental confiere “a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación”⁷⁰.

La necesidad de que las personas que se encuentran en igual situación sean tratadas de manera equivalente, determina que una de las manifestaciones de este “principio-derecho” sea la igualdad procesal. Como señala Norberto Bobbio “la dificultad de establecer el significado descriptivo de la ‘igualdad’ está sobre todo en su indeterminación, de manera que decir que dos entes son iguales sin otra determinación significa en el lenguaje político nada, si no se especifica de qué entes se trata y respecto de qué cosa sean iguales, es decir, si no se está en grado de responder a estas dos preguntas: a) ‘igualdad entre quiénes’ y b) igualdad en qué cosa”⁷¹. De esta manera, respondiendo a las preguntas de Bobbio, con la finalidad de determinar el ámbito de nuestra noción de igualdad para el objeto de este trabajo, diremos que a) es la igualdad referida entre las partes de un proceso y b) es el hecho de poder utilizar mecanismos procesales para la defensa de un determinado derecho material.

En efecto, si consideramos que la igualdad procesal “impone al Estado el deber de tratar a los individuos de modo tal que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”⁷², el TC la lesiona gravemente cuando establece que para la defensa de determinado derecho una de las partes está en la necesidad de acudir a un proceso ordinario (sea en calidad de demandante o de demandado), muchas veces el más lato, en el que él y su contraparte tienen la más amplia posibilidad de defensa, prueba e impugnación, logrando convencer al órgano jurisdiccional de su posición respecto al derecho sobre el que se está discutiendo al interior del proceso, luego de lo cual ha obtenido una sentencia fa-

⁶⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Principio de igualdad y derecho de no discriminación”. En: Estudios Constitucionales. Lima: Ara. 2002. p. 96.

⁷⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit. p. 96.

⁷¹ Traducción libre de BOBBIO, Norberto. “Egualianza e libertà”. Turín: Einaudi. 1995. p. 3.

⁷² BERNAL PULIDO, Carlos. “El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 257.

vorable que, además, ha adquirido la calidad de cosa juzgada; sin embargo, su contraparte perdedora está habilitada gracias a la sentencia del TC a iniciar contra él un nuevo proceso, esta vez de trámite especial y sumario, discutiendo el mismo derecho que ha sido objeto de discusión y decisión en el proceso judicial anterior, sin darle la misma posibilidad de alegación, prueba e impugnación, a pesar de lo cual es posible obtener una decisión judicial que está en la aptitud de quitarle efectos a la decisión judicial que adquirió la calidad de cosa juzgada luego de que las dos partes del proceso ejercieron todos los derechos procesales de orden constitucional. El TC ha generado con ello que una de las partes asuma de manera injusta la carga social que supone tramitar un proceso judicial con todas las garantías que permite el amplio e irrestricto ejercicio de los derechos procesales de ella y su contraparte para la protección de un determinado derecho, puesto que la perdedora en dicho proceso está habilitada para promover la discusión respecto del mismo derecho a través de un proceso en el que el perdedor no tiene las mismas posibilidades de alegación y prueba. Tenemos un sistema, entonces, que impone a una de las partes el respeto irrestricto a los derechos procesales de orden constitucional de su contraparte; sin embargo, en los casos en que la parte vencedora del primer proceso es ahora demandada para discutir lo resuelto en el proceso anterior, quien en su momento tuvo que respetar el pleno ejercicio de esos derechos no tiene la misma posibilidad de ejercerlos, con un agravante: este nuevo proceso, ahora sumario, está en la aptitud no sólo de generar una afectación al derecho material que en el proceso anterior obtuvo, sino a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

V.3. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un

órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad. Es importante subrayar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo garantiza el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia, ni se queda en que el proceso sea llevado respetando garantías mínimas, sino que, en aras de hacer real y eficaz la protección que desea dar, garantiza también que el proceso alcance el fin para el que fue iniciado.

De esta manera, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluye el derecho a la efectividad de la sentencia⁷³. Con ello, se garantiza la realización del derecho reconocido o establecido en la sentencia⁷⁴ y de los efectos previstos por ella. Este derecho ha sido lesionado por el TC cuando estableció la posibilidad de que lo resuelto por un proceso judicial en el que dicho derecho ha sido respetado ampliamente, pueda ser revisado en otro, lo que evita que la sentencia judicial despliegue sus efectos y, en consecuencia, que sea eficaz.

Pero no sólo ello, uno de los derechos que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a que el proceso sea resuelto dentro de un plazo razonable. Este derecho fundamental parte de la idea de que si bien es cierto que dentro del Estado Constitucional las partes se encuentran en la necesidad de acudir a un proceso con la finalidad de obtener protección a las situaciones jurídicas de las cuales son titulares, es necesario que el tránsito por el proceso no convierta, en la práctica, en irrealizable el deseo de justicia, sea porque la decisión judicial llegue tan tarde que es inútil o porque el proceso dura más de lo que razonablemente debe demorar a fin de que, por un lado, las partes tengan la posibilidad de es-

⁷³ En ese sentido, para poner énfasis en que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho a la efectividad o ejecución de las sentencias, Jesús González Pérez señala que: "El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia". GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Madrid: Civitas. 2001. p. 57. De la misma manera, acerca de la efectividad de la sentencia, como parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede consultarse a: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "Efetividade e processo de conhecimento". En: Revista Peruana de Derecho Procesal VI. pp. 13 y siguientes; ARIANO DEHO, Eugenia. "La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos". En: Problemas del proceso civil. Lima: Jurista editores. 2003. pp. 583 y siguientes; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. "Debido proceso". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. pp. 602 y siguientes; MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à tutela jurisdiccional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". En: Revista Peruana de Derecho Procesal VII. pp. 199 y siguientes; MORELLO, Augusto. "El proceso justo". Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot. 1994. p. 142; PÉREZ RAGONE, Alvaro. "Tutelas provisionales de derechos en el proceso civil". En: *Ius et Veritas* 21 Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. PICÓ I JUNOY. "Las garantías constitucionales del proceso". Barcelona: Bosch. 1997. p. 69; RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. "Principios constitucionales del derecho procesal colombiano". Medellín: Señal editora. 1999. pp. 229-231; SICA, Marco. "Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza". Milano: Giuffrè. 1991. pp. 8 y ss.

⁷⁴ Traemos en este punto una importante frase de Jhering: "La función del derecho, en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser derecho (...)". En JHERING Von, Rudolf. "El espíritu del derecho romano". Volumen I. Biblioteca de Derecho Romano. México: Oxford University Press. 2001. p. 36.

grimir todos sus medios de defensa y, por otro, el juzgador pueda formarse convicción acerca de los fundamentos expuestos por ellas. No se trata, por ello, sólo de que el proceso se convierta en un medio eficaz para la protección del derecho, sino que el ciudadano no se vea humillado con la excesiva e irrazonable duración de un proceso. La no conclusión en definitiva de la controversia sometida por las partes al Poder Judicial y la consiguiente posibilidad de que ésta pueda ser llevada nuevamente a otro proceso con tres instancias más, vulnera el derecho a que el proceso se desarrolle en un plazo razonable. Con la sola existencia de dicha posibilidad y con el inicio del segundo proceso, se está sometiendo nuevamente a las partes a esa tortuosa experiencia que supone el proceso y, lo que es peor, de un proceso sobre otro ya concluido luego de un trámite largo y agotador, que se ha llevado respetando todos los derechos que conforman la tutela jurisdiccional efectiva. De nuevo se tiene que acudir a un proceso y, mientras tanto, para los ciudadanos la controversia sigue sin resolverse. Dos procesos probablemente no sean suficientes, puesto que después de este último todavía es posible que se lleve un amparo contra el amparo anterior. En fin, probablemente gran parte de la vida de un hombre, litigando.

Hay otros tres derechos que forman parte de la tutela jurisdiccional efectiva que se ven vulnerados en las sentencias. Uno de ellos es el derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto al establecido legalmente, el que se lesiona cuando se crea un recurso que no sólo no se encuentra previsto en la Constitución y en la ley, sino que se crea contrariando lo citado por ambas normas. El segundo derecho es el derecho a la debida motivación, que se sustenta en la prohibición de arbitrariedad de todos los actos de poder. Los valores y principios tratados en este trabajo no han recibido un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal a pesar de haberse lesionado. Es claro que en un Estado Constitucional, como se ha dicho, ningún derecho (tampoco los tratados en este trabajo, por cierto) es absoluto, pero sus límites deben ser el resultado de un juicio de ponderación que merece una expresa mención del TC. A ello se suma que la principal fuente de las sentencias del Tribunal es el propio Tribunal, porque las citas de las sentencias que nos permitirían comprender un poco más sobre las *razones de sus decisiones* no son sino citas a sí mismo. Finalmente, se lesiona también el derecho al juez predeterminado en la ley pues el TC asume competencias para conocer asuntos distintos a los que la Constitución le atribuye.

V.4. La cosa juzgada

La cosa juzgada es la calidad que adquieren las decisiones expedidas por los órganos jurisdiccionales en virtud de la cual éstas son definitivas, inalterables, inimpugnables, irrevisables y, por ende, plenamente eficaces, al punto de poder ser ejecutadas en los casos en los que ello sea necesario y posible. No hay por eso ningún otro rasgo que esté en condiciones de identificar tanto a la potestad jurisdiccional dentro de un Estado, como el de la cosa juzgada. De esta manera, la afectación a la cosa juzgada llega a convertirse en un atentado a la esencia misma de la función jurisdiccional. Al ser elemento esencial de la potestad jurisdiccional, es precisamente aquello que nutre de poder a todos aquellos que ejercen tal potestad, entre ellos, claro está, el TC. Por ello, la afectación a la cosa juzgada no sólo es una afectación al Poder Judicial, sino en verdad, a todo aquél que ejerza función jurisdiccional al interior del Estado; y a uno de los valores en los que se inspira el Estado Constitucional.

La cosa juzgada supone, en términos generales, lo siguiente: (i) la decisión que ha adquirido tal calidad pone fin, de manera definitiva, a la controversia que ha sido sometida al órgano jurisdiccional; (ii) lo resuelto en una decisión con tal calidad no puede ser revisado por ninguna autoridad dentro o fuera del Poder Judicial; (iii) la decisión en autoridad de cosa juzgada no puede ser objeto de medio de impugnación alguno; (iv) lo decidido es de obligatorio cumplimiento para las partes del proceso y nadie puede desconocer sus alcances; (v) lo resuelto surte plena eficacia y vincula a todos los poderes públicos, quienes tienen la obligación no sólo de acatar el mandato jurisdiccional, sino de realizar cuanta medida sea necesaria para que pueda desplegar eficacia; (vi) la decisión es pasible de ser ejecutada incluso contra la voluntad del destinatario, poniendo a disposición de la fuerza pública todo lo necesario para que el mandato sea eficaz, y (vii) nadie puede pretender someter a proceso lo ya resuelto ni impedir ni siquiera retardar su ejecución.

Nuestra Constitución reconoce a la cosa juzgada al señalar en el inciso 2 del artículo 139 que ninguna autoridad, incluido por supuesto el TC, puede dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Asimismo, lo hace en el inciso 13 del mismo artículo cuando señala la imposibilidad de revivir procesos fenecidos. La trascendencia de la cosa juzgada como valor dentro

del Estado constitucional es tal que la propia Constitución se encarga de establecer expresamente las excepciones a ella: el derecho de gracia (artículo 139 inciso 2) y cuando se haya dictado contraviniendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 200 inciso 2).

En las sentencias que comentamos dicho valor ha sido afectado porque el TC se ha facultado a sí mismo a revisar asuntos que de acuerdo a la Constitución y a la ley ya adquirieron la calidad de cosa juzgada. En efecto, la decisión en última instancia sobre los derechos materiales discutidos en un proceso de amparo le corresponde única y exclusivamente al Poder Judicial, no al TC; por ende, lo decidido por el Poder Judicial es última instancia, con lo cual su decisión adquiere cosa juzgada. Cualquier revisión posterior sobre ese derecho es una revisión que pretende dejar sin efecto la cosa juzgada en un caso en el que la Constitución no lo habilita. Lo mismo ocurre cuando el Tribunal dice que procede el recurso de agravio en los casos en los que la Constitución y la ley no lo dicen. En estos casos está revisando y, eventualmente, modificando lo irrevisable e inmodificable.

V.5. Valores olvidados

Nuestra crítica no va dirigida a que los principios y derechos constitucionales hasta aquí referidos hayan debido ser apreciados por el TC de manera absoluta o separada, sino que, a nuestro juicio, la apreciación de todos ellos en conjunto hubiese permitido al TC brindar una solución distinta a las dadas. Sus decisiones los han vaciado de contenido y, lo que es peor, no han merecido siquiera un pronunciamiento de su parte. Son valores directamente involucrados en las decisiones adoptadas, pero no merecieron por parte del Tribunal (salvo en un voto singular) pronunciamiento alguno. Fueron simplemente olvidados. El Estado constitucional exigía al menos una explicación de cómo queda el contenido de estos principios constitucionales con las decisiones adoptadas por el TC. Las sentencias del TC no han cumplido con expresar ese diálogo y conjunción de principios y valores constitucionales. El caso los ha vencido. Se han dejado seducir por la argumentación sencilla, aquella que no intenta conciliar valores, sino que los aplica sin más.

VI. LA OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL DE GARANTIZAR LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales forman parte de los valores esenciales del Estado constitucional, cuyo reconocimiento y respeto son al mismo tiempo finalidades primordiales del Estado y la razón que justifica su propia existencia. Un Estado que no los respete ni se preocupe por asegurar su efectiva vigencia pierde la base misma de su existencia y la legitimación en su actuar.

Los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza, pues por un lado desarrollan una función en el plano subjetivo actuando como garantías del individuo; y por otro, desarrollan una función en el plano objetivo asumiendo una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe estar destinado a la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados. De ahí que: "Este doble carácter de los derechos fundamentales (...) caracteriza su esencia. Ambos aspectos, el de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental. Se refuerzan recíprocamente. (...) Poseen pues, una impronta personal y un sello objetivo institucional"⁷⁵. Por ello, una lesión a un derecho fundamental no sólo constituye un atentado contra el individuo o grupo de individuos en quienes recae su titularidad, sino que constituye también un atentado a las bases mismas del Estado Constitucional.

Debido a ello es que el artículo 44 de la Constitución establece como uno de los deberes primordiales del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos". En efecto, la especial posición que ocupan los derechos fundamentales dentro de un Estado Constitucional determina que todos, absolutamente todos, los poderes públicos, ciudadanos y entidades privadas tengan la obligación no sólo de respetarlos, sino de promover y realizar las acciones necesarias para que alcancen su real contenido en el ámbito de la realidad.

El TC, en un Estado Constitucional, se encuentra obligado al respeto de los derechos humanos. Su función de intérprete de la Constitución no lo

⁷⁵ HABERLE, Peter. "La Libertad fundamental en el Estado constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 1997. pp. 55 y 56. Asimismo: PEREZ LUÑO, Antonio. "Los derechos fundamentales". Tecnos: Madrid, 1991. pp. 25, y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La dogmática de los derechos humanos". Lima: Ediciones Jurídicas. 1994. pp. 59-60.

exime en lo absoluto de respetar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, lo compromete a ser el primer llamado a respetarlos. De esta manera, sus decisiones no sólo no deben lesionarlos, sino procurar optimizarlos, mediante la interpretación de la Constitución y la argumentación con base en ella. Ello no se logra con tendenciosas interpretaciones constitucionales. La complejidad de la interpretación constitucional derivada de la pluralidad de valores y principios que recoge la Constitución, permite que sus normas le confieran al intérprete ciertos márgenes relativamente amplios, pero esa amplitud no puede extenderse más allá del contenido esencial de los derechos fundamentales, aquellos que sirven de guía y límite del actuar del TC. No es el TC el que establece el contenido de los derechos fundamentales; ese contenido está dado por la expresión de los valores sociales establecidos en la Constitución. Al TC le corresponde la tarea, interpretar los contenidos en el caso concreto, dirimiendo las controversias sobre ellos y estableciendo la manera como los mismos deben ser interpretados. Eso no lo hace creador de derechos fundamentales, no lo convierte en *poder constituyente*. El TC es un poder constituido más y es el primero llamado a respetar los derechos fundamentales, a realizar todos los principios y valores del Estado constitucional y a procurar en todas sus acciones que realice la defensa de la dignidad de la persona humana. Su labor de intérprete de la Constitución no lo legitima a infringir sus contenidos, ni a desplazar arbitrariamente valores constitucionales en aras de la supremacía formal de la Constitución. La Constitución es la norma suprema en la medida que recoge las aspiraciones de la sociedad plural que se expresa en el reconocimiento de derechos fundamentales, los que deben ser respetados por todos, incluso por el TC.

VII. EL ESTADO DEMOCRÁTICO, LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL CONTROL EN EL EJERCICIO DEL PODER

Otro de los principios que inspira al Estado constitucional peruano es el de democracia, recogido expresamente en el artículo 43 de la Constitución. La esencia de un Estado democrático moderno es, a decir de Marcial Rubio⁷⁶ (i) el gobier-

no representativo elegido periódicamente, (ii) la división de poderes, y (iii) el establecimiento de formas de participación popular directa.

La separación de los poderes es uno de los principios y valores del Estado constitucional. Ello quiere decir que la Constitución reparte el poder entre distintos estamentos del Estado a fin de que ejerzan distintas funciones, evitando de esta manera la concentración del poder en una sola autoridad. Ello supone que un determinado estamento del Estado no puede arrogarse funciones de otro, pues sus actos serían contrarios a la Constitución. A la par, existen modos de control efectivo de ese poder. La supremacía de los valores constitucionales sólo puede asegurarse en la medida que existan medios que controlen la constitucionalidad del ejercicio de ese poder. Esta idea fue expresada por Kelsen: "Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello (...) una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos (...) equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria"⁷⁷. Esos mecanismos de control deben ser: (i) efectivos, y (ii) su aplicación no debe vulnerar la Constitución. El control de la constitucionalidad de los actos de poder no puede estar desprovisto de la exigencia que impera a todo el Estado de respetar los valores y principios constitucionales. El controlador no es un ente abstraído del Estado constitucional, sino sujeto a él.

Los medios de control están establecidos por la Constitución dentro del marco del principio de separación de poderes pues se basan en él. El principio de separación de poderes que inspira una democracia repudia la concentración del poder y esa concentración tampoco puede darse en las funciones de control. Un solo ente controlador de todo el Estado constitucional no sería sino una expresión de un absolutismo que es contraria a la idea misma de democracia y de Estado constitucional. Ningún poder es ilimitado, ni siquiera la función de control. El control también está dividido en un Estado Constitucional y

⁷⁶ RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. Tomo III. p. 36.

⁷⁷ KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución". En: *Ius et Veritas* 9. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 40.

democrático. Su concentración es tan repudiable como la concentración del poder en un soberano. Señalar que las funciones de control son ilimitadas es tan reprochable como decir que el soberano puede ejercer todo el poder sin límites. No hemos transitado siglos de luchas sociales y políticas luego de las cuales la sociedad le arrancó al monarca absolutista del siglo XVIII el ejercicio de todo el poder, para que en el siglo XXI se lo demos a un Tribunal. El primero ejercía ese poder sin límites invocando muchas veces de manera equivocada el nombre de Dios. El segundo no lo puede ejercer hoy invocando equivocadamente el nombre de la Constitución. La arbitrariedad y el abuso son en ambos casos reprochables.

El proceso de amparo es un medio de control al ejercicio del poder, cuando el acto o la omisión provienen de un funcionario o autoridad. La Constitución ha establecido que la competencia para conocer del proceso de amparo corresponde en sus primeras instancias al Poder Judicial y al final al TC. Al TC sólo llega el amparo, según la Constitución, en los casos en los que el Poder Judicial ha establecido que la demanda sea infundada o improcedente. Por lo demás, la Constitución ha señalado que el TC controla la actividad jurisdiccional de los jueces cuando éstos lesionan el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, en ningún otro caso. Los intentos por ampliar la facultad de control en las sentencias comentadas, no es sino un intento por desbordar las competencias constitucionalmente atribuidas al TC y, por ende, un acto inconstitucional. Lesionan las competencias constitucionalmente establecidas y el principio de independencia judicial, así como los demás principios y valores constitucionales referidos en este trabajo.

V. REFLEXIÓN FINAL

La existencia de un TC es fundamental para la vigencia de un Estado constitucional, sin embargo, debe dar señales de ser un órgano que enmarca su actuación al Estado constitucional. Es él el que de manera prudente debe establecer límites a la importante labor que la Constitución le confía, respetando en su actuar los principios y valores constitucionales.

RESPUESTA DE PEDRO GRÁNDEZ A GIOVANNI PRIORI: ¿IDEOLOGÍA PARA UN PROCESO JUDICIAL SIN CONTROL?

1. PRESENTACIÓN DE ARGUMENTOS

Aunque en el punto de inicio de este diálogo no hayamos coincidido con Giovanni Priori (GP) en el enfoque que le dimos al análisis de la sentencia 4853-2004-AA/TC como era la idea inicial; los amigos de THEMIS han insistido en agotar este debate abordando de manera específica, en mi caso, la crítica que GP ya ha realizado a la sentencia en el extremo que posibilita un *recurso de agravio a favor del precedente*, incluso frente a sentencias estimatorias del Poder Judicial. Este será el objeto de este tramo de mi intervención. Para organizar mi exposición, en la primera parte resumiré de la manera más fiel posible, las objeciones realizadas por GP a este extremo de la sentencia, enseguida trataré de poner en evidencia la fragilidad de la argumentación de mi interlocutor, sin que ello necesariamente conduzca a asumir en su integridad la defensa de cada uno de los argumentos del TC.

GP ha "reunido" sus argumentos de dos sentencias: del caso Apolonia Ccollca (Expediente 3179-2004-AA/TC) y del Expediente 4853-2004-AA. Del primer caso, al parecer le resulta cuestionable que el Tribunal haya establecido que, cuando se trata del control constitucional de decisiones judiciales, éstas puedan ser revisadas por el juez del amparo (ojo, no sólo por el TC), no sólo cuando se alegue violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino frente a toda violación de cualesquiera de los derechos que la Constitución garantiza. En el caso de la sentencia que habilita el *recurso de agravio a favor del precedente*, GP ha sostenido básicamente que el Tribunal, al establecer dicho precedente, habría violentado "una serie de valores y principios constitucionales (...), con la única finalidad, "de incrementar su poder de control". Para validar tal afirmación, ha desarrollado una serie de "argumentos" que en síntesis pueden presentarse del siguiente modo:

a) El argumento del formalismo constitucional.- El Tribunal habría simplemente hecho una lectura

“formal” de la Constitución y no habría ponderado los valores y principios en juego en el caso. Tomando como premisa teórica el modelo del *Derecho dúctil* de Zagrebelsky, GP cree haber encontrado un punto de apoyo conceptual a su discurso, el que presenta como expresión de una Constitución pluralista donde los valores deben ser apreciados en toda su dimensión y en cada caso. Ello es precisamente lo que el TC no habría hecho en el caso que se comenta, puesto que, “afectando el procedimiento preestablecido legalmente (derecho fundamental expresamente reconocido en el inciso 3 del artículo 139) y el derecho a la cosa juzgada”, el TC habría establecido un precedente para sobreponerse, “(...)por encima de los propios valores constitucionales”, los que habrían terminado “sacrificados sin mayor explicación”.

b) El argumento de la dignidad.- Habría un ataque a la dignidad, en la medida que el TC, en las sentencias que se comenta, habría dispuesto la posibilidad de que mediante un proceso especial como el amparo, se pueda revertir lo resuelto en un proceso ordinario “en el que se ha respetado de manera minuciosa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. Ello, a decir de GP, haría que mediante un proceso distinto y sumario “(...) en el que no ha habido actividad probatoria, ni audiencias, en la que no se ha escuchado a los peritos ni a los testigos, en el que las partes no han tenido plena posibilidad de defensa y prueba, concluya que ha habido una afectación a un derecho constitucional distinto a la tutela jurisdiccional efectiva”. Con lo cual se llegaría a la conclusión de que el proceso judicial ordinario, “fue un tránsito innecesario y absurdamente largo, porque era entonces perfectamente posible que a través de un proceso sumario, sin pruebas, ni intermediación, ni amplios plazos para la alegación, defensa, prueba e impugnación, jueces privilegiados podían haber resuelto su controversia”. De este modo, no es sólo la dignidad humana la que resultaría atacada, sino el propio ordenamiento jurídico y, en particular, el proceso judicial, pues éste se presenta ante el ciudadano como un simple ritual que sólo sirve “para humillarlo, para jugar con él, porque si todos los procesos se llevarán ante ese Tribunal en un proceso más célere, todo sería mejor”.

De este modo, se trataría también de una suerte de contienda de procesos, uno angustiosamente largo e improductivo, y otro más célere y eficaz como el amparo. En un escenario tal, quien gana en el proceso ordinario pero pierde en el amparo, a decir de GP, “(...) sentirá que el sistema no sirve para nada, porque a pesar de que los jueces le

dieron la razón en ese proceso que se tramitó conforme a ley, *con todas las garantías constitucionales, actuando ponderadamente las pruebas, exponiendo ampliamente las defensas e interponiendo todos los medios impugnatorios previstos en la ley*, lo que le permitió que su caso sea analizado por un juez, luego por un tribunal superior y, finalmente, por la Corte Suprema en casación; nada, nada de eso sirve, porque un Tribunal especial, en un proceso más simple, pensado para cosas distintas, se puede tirar abajo todo el proceso, con ello sus derechos y, claro está su credibilidad en el Estado constitucional, provocando una justificada sensación de injusticia y de impotencia ante el sistema que lo único que provocó fue pisotear su dignidad” (énfasis agregado).

c) El argumento de la igualdad.- GP considera que con el precedente sentado por el TC, se vulnera flagrantemente el derecho a la igualdad. Básicamente porque, en la misma tónica del argumento de la dignidad, una de las partes sería la “privilegiada”, la que logra revertir los resultados de un proceso judicial *escrupulosamente limpio* y más largo, a través de un proceso rápido y sin el costo que supone acreditar una pretensión en sede judicial ordinaria. Así, GP sugiere la idea de que la regla que establece un amparo contra una resolución judicial por violación de cualquier derecho fundamental y no sólo el de tutela judicial efectiva, se convierte en una suerte de válvula de escape para el perdedor del proceso judicial ordinario, quien podrá esperar a que termine todo el trámite regular sin hacer el menor esfuerzo por defenderse pues sabe que puede volver a fojas cero todo el trámite judicial.

Ello lleva a GP a sostener que en un escenario así, sólo una de las partes asume de manera injusta la “carga social” de litigar con todas las garantías. El amparo contra resolución judicial se convierte, desde esta perspectiva, en una suerte de premio al perdedor que queda habilitado para promover la discusión respecto del mismo derecho a través de un proceso en el que el emplazado no tiene las mismas posibilidades de alegación y prueba. Ello sería, por tanto, un abierto atentado al derecho de igualdad ante la Ley.

d) La tutela judicial efectiva.- Aquí GP no es claro en sus críticas. Al parecer fustiga que un nuevo proceso de amparo impida la ejecución de una sentencia ordinaria; ello se desprende de su crítica a que “lo resuelto por un proceso judicial en el que dicho derecho ha sido respetado ampliamente, pueda ser revisado en otro, lo que evita que la sentencia judicial despliegue sus

efectos...". En un segundo nivel, su crítica redonda en la existencia del proceso de amparo contra resolución judicial vinculándolo a la tutela judicial dentro de un *plazo razonable*, pues considera que la sola posibilidad de reconducir lo resuelto en un proceso judicial ordinario a un nuevo proceso "con tres instancias más, vulnera el derecho a que el proceso se desarrolle en un plazo razonable". Además de constituir un obstáculo a la efectividad de las sentencias y de postergar en el tiempo y, por ende, violar el derecho a un plazo razonable, GP sugiere, también, que las sentencias (aunque no precisa cuál, pues comenta dos como hemos señalado), violan el derecho al procedimiento preestablecido, el de motivación de resoluciones judiciales y el derecho al juez predeterminado en la ley, ya que, según afirma, "el TC asume competencias para conocer asuntos distintos a los que la Constitución le atribuye".

e) La cosa juzgada.- La afectación a la cosa juzgada que denuncia GP, parece el corolario de las demás críticas que plantea respecto de las dos decisiones que analiza. La crítica en este extremo se extiende de nuevo a los dos casos que analiza. En el caso Apolonia Ccollcca, denuncia que el Tribunal se haya convertido en definitiva instancia sobre el "derecho material" discutido, alterando de este modo lo que ya habría sido resuelto de modo "definitivo"; mientras que en el caso del Expediente 4853-2004-AA/TC, cuestiona que la "cosa juzgada" esté siendo revisada cuando la Constitución no lo autoriza. En ambos casos afirma, el Tribunal estaría "revisando y, eventualmente, modificando lo irrevisable e inmodificable".

2. IDEOLOGÍA VERSUS ARGUMENTACIÓN

Presentados así los argumentos de mi interlocutor, quisiera establecer dos niveles de análisis. En un primer momento destacaré las objeciones generales y que alcanzan, en mayor o menor medida, a todos los argumentos presentados por GP. En un segundo momento, quisiera detenerme en algunos de los argumentos analizando su particular inconsistencia.

Con relación a lo primero, lo que resulta transversal a todo el discurso del profesor Priori es su evidente desencanto, cuando no, su declarado rechazo al proceso de amparo como medio de control de las decisiones judiciales. Esto es importante destacarlo, pues si ésta es la premisa ideológica de la que se parte para el análisis de una sentencia que, precisamente desarrolla determinadas pautas para el control de decisiones judiciales, como sucede en el caso Apolonia

Ccollcca, o que establece criterios vinculantes para el caso del control constitucional de decisiones judiciales emitidas en un proceso constitucional como es el caso del "contra amparo"; entonces el resultado es más que previsible: quien no cree en el amparo como mecanismo de defensa de derechos fundamentales eventualmente conculcados o vulnerados por órganos judiciales, no puede sino, para ser coherente con dicha postura, mostrar su desacuerdo con los criterios establecidos en los dos casos que tratan precisamente de amparos contra resoluciones judiciales.

En efecto, GP caricaturiza el amparo contra resoluciones judiciales y halaga las bondades de un único proceso ordinario, "con todas las garantías", un proceso "limpio", que no requiere "otro sumario y distinto" que eventualmente lo pueda invalidar. Cualquier cosa que se asemeje a un nuevo proceso contra una decisión que identifica como firme e "inmodificable" constituye, para GP, un atentado a la dignidad, a la cosa juzgada, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva. El proceso de amparo contra resoluciones judiciales amplía el plazo de todos los procesos, porque precisamente requiere como requisito para su procedencia el que se trate de una resolución judicial firme (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). Ello conduce a GP a sostener que en los casos que analiza, se viola también el derecho al "plazo razonable". No obstante, si se analiza con atención, tales argumentos son también válidos para cualquier proceso de amparo contra resolución judicial, pues siempre será más "eficiente" en términos de tiempos un proceso sin control constitucional. Incluso si el tiempo es el problema, siempre será más eficiente una decisión única sin impugnación alguna, como por lo demás, GP lo ha planteado de manera explícita para el caso de los procesos ordinarios ("Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción". En: *Advocatus* 9). El mundo ideal para GP sería, entonces, un proceso de decisión única, sin impugnación, sin instancias y, por supuesto, sin control constitucional. Tanta fe en jueces infalibles contrasta, sin embargo, con su concepción más bien escéptica sobre la capacidad creativa de los mismos, como veremos más adelante.

Hay entonces en la posición de GP, como premisa ideológica que no puede quedar solapada, una suerte de convicción por la "eficacia" del proceso judicial que es tan fuerte, que es capaz incluso de hacerle renunciar a los controles, tan necesarios y tan irrenunciables para quienes vemos en el Derecho un mecanismo, no sólo racional de convivencia civilizada, sino con frecuencia más costoso que todas las otras estrategias "eficientes" que

se han ensayado con tanta insistencia en nuestro medio. No obstante, el profesor Priori no es un agitador en busca de masas que aplaudan su discurso ideológico. Con el pudor propio de quien pretende persuadir con la razón, el profesor GP necesita presentar su discurso ideológico como un ejercicio docente que se nutre de la mejor doctrina y de los nombres más representativos. Con este cometido, utiliza categorías conceptuales, invoca algunos autores, que incluso pueden resultar algo peligrosos para su propio esquema conceptual, aunque los “acomoda” a sus propósitos.

Es el caso por ejemplo de las citas a Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional Italiana y defensor de una teoría de la interpretación constitucional que no se limita a la lectura literal de los textos, como al parecer sugiere GP cuando cuestiona la habilitación del recurso de agravio a favor del precedente, sin analizar ninguno de los argumentos del TC. Hubiera sido interesante, por ejemplo, que el profesor Priori extienda también el concepto de “ductibilidad” extraído de la obra del profesor italiano para ampliar sus criterios de interpretación, pues es también ahí donde hay un vuelco radical en la obra de Zagrebelsky respecto de los modelos de interpretación decimonónica. El derecho dúctil supone ya no un único soberano en el establecimiento de lo que es Derecho. La pluralidad y la tolerancia que con cierto apasionamiento presenta GP como valores del Constitucionalismo moderno, suponen también pluralidad de fuentes del Derecho y pluralidad de actores en la creación de esas fuentes. Los jueces, y de manera especial los jueces constitucionales, son expresión de esta nueva etapa que vive el Derecho pensado de cara a los casos. Quien se deja seducir por el constitucionalismo no debe olvidar, como nos lo ha presentado Häberle, que se trata de un modelo por excelencia “jurisdiccional de Derecho”, en contrapartida de su antecesor, el modelo “legal-formal de Derecho”, y en directa alusión a la activa presencia de los jueces, y en especial del Juez Constitucional, en la labor de concreción y defensa del sistema jurídico.

En este sentido, el constitucionalismo que presenta GP en su introducción sugiere una lectura parcial del modelo, en el que el juez sigue siendo un “ser inanimado”, como lo describiera alguna vez Montesquieu, en la medida en que no es capaz de construir respuestas a los casos sin caer en el “absolutismo” que éste denuncia. Este hubiera sido el centro de un debate interesante si es que en verdad GP hubiera analizado los argumentos de la sentencia que establece el Recurso

de agravio a favor del precedente. En efecto, en dicha sentencia, hay que partir por preguntarnos qué modelo de juez y qué concepción de interpretación se defiende, pues de otro modo el debate sigue siendo ideológico y no jurídico, si acaso cabe hacerse dicha separación. El constitucionalismo de Zagrebelsky y también el de Häberle que son utilizados en la argumentación de GP, no admiten un juez subyugado ni un legislador onmicomprensivo, ni tampoco aceptan un modelo de interpretación que se cierra en los textos o en las intenciones del legislador o, llegado el caso, del constituyente. Así por ejemplo, la tesis de Häberle sobre la pluralidad de intérpretes constitucionales es, sin duda, la más clara reivindicación de un modelo de interpretación que se revela contra las posturas estáticas o meramente estatistas, para abrirse hacia otros actores de la vida constitucional, convirtiéndolo en un proceso vivo, dinámico y abierto al desarrollo. Aquí el Juez es un intermediario, como diría Zagrebelsky, entre la potestad normativa estatal y las exigencias de la realidad que se plantea a través de los casos. Especialmente en los casos difíciles, la actividad de intermediación del Juez debe decantarse con frecuencia, entre la pura autoridad de las normas y las exigencias sociales que plantan los casos. Por eso es que tampoco resulta apropiado el análisis de un caso, o el debate sobre la solución brindada por el Tribunal, al margen de las específicas circunstancias de aplicación o de interpretación que presenta un determinado caso. GP, sin embargo, ha prescindido del análisis del caso para extraer preconcepciones y prejuicios que los expone como críticas mordaces contra el Tribunal.

3. FALACIAS O ARGUMENTOS

Un segundo aspecto que aparece de manera reiterada a lo largo del trabajo de GP, es su constante exageración o deformación de los hechos del caso y de los argumentos del TC que son materia de su análisis. Esto es, por decir lo menos, extraño viniendo de él, pues quienes conocemos a GP, sabemos de sus virtudes y del celo que pone en la labor académica. De modo que al parecer se trata de nuevo del precompromiso ideológico que se impone por sobre la racionalidad académica lo que “explica”, aunque no justifica, su constante tergiversación de los hechos y los argumentos que dice analizar.

En este sentido, una de las reglas básicas de la discusión crítica racional establece que, “el ataque de una parte en contra de un punto de vista debe referirse al punto de vista que realmente ha sido

presentado por la otra parte⁷⁸. Esta regla impone a quien participa de una discusión o un debate, un mínimo de honestidad intelectual al momento de debatir los puntos en desacuerdo.

Incorre en una falacia argumentativa quien deforma los argumentos de la contraparte, o quien extrae premisas implícitas que no se desprenden efectivamente de la argumentación presentada por el oponente, o quien deliberadamente deforma los argumentos presentados por el adversario en la discusión.

Estas reglas se pueden aplicar a cualquier discusión, y desde luego, también son válidas para el caso del análisis y debate de los argumentos de las sentencias de un Tribunal. Aquí la obligación de quien rebate o discute las tesis del Tribunal, es respetar lo que el Tribunal realmente ha establecido en sus argumentos y no desfigurarlos adrede. GP ha infringido innumerables veces esta regla básica.

Ha sostenido, por ejemplo, que el TC habría establecido que, “en la vía especial y sumaria del amparo está en la capacidad de determinar que el Poder Judicial ha cometido un error en la apreciación del derecho material sobre el cual las partes han discutido años en un proceso previsto en el ordenamiento jurídico *con base en una serie de garantías inspiradas en la Constitución*”. O cuando afirma que el Tribunal habría generado un mensaje de desaliento para el ciudadano respecto del proceso judicial ordinario, al haber dispuesto que, dicho proceso, “que se tramitó conforme a ley, con todas las garantías constitucionales, actuando ponderadamente las pruebas, exponiendo ampliamente las defensas e interponiendo todos los medios impugnatorios previstos en la ley (...) nada, nada de eso sirve porque un tribunal especial, en un proceso más simple, pensado para cosas distintas, se puede tirar abajo todo el proceso (...)”. ¿Ha sostenido en algún extremo de las dos sentencias, semejante argumentación? Si se tratara de un proceso judicial, como señala GP, en el que se hubiera respetado “todas las garantías constitucionales”, estaríamos más bien ante un típico supuesto de improcedencia *in limine*, conforme a la doctrina reiterada del propio TC, según la cual, no procede el proceso de amparo contra decisión judicial que emana de un proceso con tanta regularidad como el que describe GP. De modo que aquella decisión judicial

no sólo sería válida y el amparo improcedente, sino que además, la actuación de la parte que impugna tal decisión a través del proceso de amparo, constituiría un claro supuesto de actuación temeraria que debiera merecer una sanción pecuniaria (artículo 56 del Código Procesal Constitucional).

4. LOS DERECHOS EN CUESTIÓN

Además de las cuestiones ideológicas ya destacadas y de la permanente incursión en el mundo de las falacias, GP ha presentado sus argumentos imputándole al TC una serie de violaciones de derechos. Sin embargo, las generalizaciones y abstracciones en sus juicios se han hecho notar de nuevo, expresándose en inconsistencias que quisiera resaltar aquí, refiriéndome sólo al caso del derecho de igualdad y al caso de la cosa juzgada.

Si nos detuviéramos en el caso de la STC 4853-2004-AA/TC, por ejemplo, nos encontraríamos con que el TC intenta dar respuestas a un problema latente que tiene que ver con derechos concretos, como el derecho a la igualdad. GP analiza el caso de la igualdad, pero lo hace de cara al reparto de lo que llama las “cargas sociales” que implicaría el desarrollo de un proceso. En este sentido, considera que cuando se permite un nuevo amparo contra una sentencia estimatoria de segundo grado, se estaría trasladando de manera injusta el costo del proceso sólo a una de las partes: la que hace el primer proceso.

Este es, sin embargo, un razonamiento falaz, porque de nuevo impone una premisa falsa: esto es, la “convicción” de que el primer proceso es siempre limpio y de que la sentencia que se estaría anulando sería una que ya tenía la calidad de cosa juzgada.

El verdadero problema con relación a la igualdad en realidad es, sin embargo, otro, y que GP no analiza. Este problema se encuentra en la sentencia y puede formularse del modo siguiente: ¿qué pasa cuando en una sentencia estimatoria de segundo grado se violenta de manera flagrante un derecho fundamental de quien resulta vencido en dicho proceso? La Constitución en su artículo 202.2 ha establecido la competencia del TC sólo para el caso de las sentencias “denegatorias”, con lo cual los derechos de una persona que ha sido vencida

en un proceso constitucional en segunda instancia, ya no tendrían reparación y tampoco tendrían acceso al Tribunal. El TC ha respondido afirmando que el recurso de agravio sólo se habilitaría, en estos supuestos, para el caso del desacato manifiesto a un precedente por parte de las instancias judiciales, pero el mismo problema y de modo más clamoroso aún, se presenta en el caso de la violación de derechos, para cuyo supuesto el TC ha dejado abierto el “contra amparo”. ¿Cómo es posible, pues, que en un proceso de amparo, que por lo demás procede también entre particulares, sólo los “recurrentes” tengan derecho a llegar hasta el TC mientras el emplazado queda liquidado a mitad de camino? Aquí, GP, sin embargo, no ve un problema de igualdad. Verlo significaría preguntarse sobre las posibilidades interpretativas del artículo 202.2, pues una lectura literal, como se ha venido haciendo, no resuelve el problema.

Otra de las acusaciones de GP al TC es que en las sentencias que comenta, se estaría violando la cosa juzgada, esto porque según sostiene, “(...)los derechos materiales discutidos en un proceso de amparo le corresponden única y exclusivamente al Poder Judicial (...) por ende, lo decidido por el Poder Judicial es última instancia, con lo cual, su decisión adquiere cosa juzgada (sic). Cualquier revisión posterior sobre ese derecho es una revisión que pretende dejar sin efecto la cosa juzgada en un caso en el que la Constitución no lo habilita”.

Aquí debe sorprender a los procesalistas la confusión de términos y conceptos. Pues no es lo mismo el que algo sea decidido en “última instancia” y que goce al mismo tiempo de la calidad de “cosa juzgada”. Tampoco es cierto que una decisión adoptada en última instancia por el Poder Judicial, por ese solo hecho, no sea ya materia de revisión en sede constitucional respecto de los “derechos materiales”. Primero, porque los “derechos materiales” no se excluyen sin más del conocimiento de los procesos constitucionales, y en segundo lugar, porque lo que llamamos “material” para diferenciarlo de aquello que es procesal o adjetivo, es cada vez más oscuro en el ámbito de los procesos de tutela de derechos. Así por ejemplo, en el ámbito del control constitucional del proceso penal, la determinación judicial de la pena (derecho material) puede decirse, en principio, que es competencia exclusiva del juez penal. No obstante, tras la incorporación del test de proporcionalidad como medio de control, no sólo del legislador penal sino también del Juez de mérito, es perfectamente posible el control en el extremo en que la sentencia resulte desproporcionada o incluso cuando los hechos analizados

por el juzgador han sido arbitraria y malintencionadamente tergiversados para imponer un castigo a un inocente. De modo que aquellas separaciones “metodológicas” entre derecho “material” y “procesal”, no tienen sustento en la práctica de la justicia constitucional o, en todo caso, se presentan demasiado ambiguas como para servirnos de “separador” de funciones entre juez constitucional y juez ordinario.

En todo caso, GP quiere protestar por el hecho de que el TC haya establecido en Apolonia Ccollca, la posibilidad de que a los jueces, como a cualquier otro funcionario, se les pueda imputar también la violación de cualquier otro derecho distinto al de la tutela procesal efectiva, pero en ese afán construye un nuevo fantasma: el Tribunal quiere también decidir sobre el fondo de los procesos. Nada más alejado de la realidad, el caso Apolonia Ccollca, responde a otro problema. ¿Qué pasaba por ejemplo cuando un juez violaba con su sentencia el derecho de propiedad, al otorgar una medida cautelar por encima de lo que se solicitaba en el proceso principal? Una sentencia aparentemente argumentada pero desproporcionada con la finalidad del proceso principal, un proceso además donde se han respetado minuciosamente todas las garantías procesales. Si se interponía demanda por amenaza latente al derecho de propiedad, los jueces contestaban de inmediato: “tratándose de amparos contra resoluciones judiciales, éstas sólo proceden respecto de derechos de naturaleza procesal, en el que no se incluye el derecho de propiedad”.

Al parecer, es esa falta de coherencia discursiva la que el TC intenta responder en el caso Apolonia Ccollca. No es pues una orden para que el juez del amparo decida las cuestiones de fondo presentadas en un caso en particular, como distorsionando los argumentos pretende presentar GP, sino más bien, se trata de ampliar la defensa de los derechos que pudieran eventualmente verse amenazados por obra de los propios jueces y, ante la solicitud de su defensa, vuelvan a caer en los formalismos de un razonamiento tan reducido como muestra el ejemplo. De ahí, sin embargo, no se puede deducir más que un intento por dar coherencia a la doctrina jurisprudencial del TC con relación al control constitucional del poder público sin excepción.

En resumen, creo que GP, en su esfuerzo por rebatir los argumentos del TC, ha construido fantasmas que luego se ha encargado, él solo, de combatirlos. En la medida que ha dado prioridad a sus propias convicciones ideológicas, en desmedro de un más acucioso análisis de los argumentos

del Tribunal; creo que, al final, todos hemos perdido.

RESPUESTA DE GIOVANNI PRIORI A PEDRO GRÁNDEZ*

No hay nada más reconfortante en la actividad académica que leer las críticas que otros puedan esgrimir en torno a los trabajos propios. Por ello, cuando Themis me invitó a participar de este ejercicio de debate no dudé en aceptar esta experiencia. Mi primer texto fue crítico hacia las sentencias del Tribunal Constitucional, como se nos había pedido, el de Pedro más bien tocaba un tema no controvertido. Es recién en el segundo texto de Pedro en el que he podido apreciar una actividad crítica pero no hacia las sentencias del Tribunal Constitucional, sino más bien hacia mi primer artículo que forma parte de este debate.

Debo confesarle al lector que la lectura del segundo texto de Pedro me ha hecho dudar sobre mi claridad al escribir, porque él señala que digo cosas que nunca he dicho y que tampoco pienso. La tarea que ahora me propongo es intentar aclarar algunos conceptos esbozados en mi primer trabajo y referirme a algunas críticas formuladas por él.

Pedro señala: "lo que resulta transversal a todo el discurso del profesor Priori es su evidente desencanto, cuando no, su declarado rechazo al proceso de amparo como medio de control de las decisiones judiciales". He releído mi texto y no encuentro en qué parte de él he dicho ello, por el contrario, señalo expresamente que: "la Constitución ha señalado que el TC controla la actividad jurisdiccional de los jueces cuando éstos lesionan el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, en ningún otro caso". En ninguna parte de mi artículo manifiesto rechazo alguno al amparo como medio de control de las decisiones judiciales, sino que, por el contrario, lo reafirmo como tal; lo único que he intentado hacer –aparentemente sin éxito– es señalar mi opinión en el sentido que ese control tiene que ser realizado conforme a los límites establecidos en la Constitución y que esos límites se desprenden no sólo del propio enunciado del artículo 200 inciso 2 de la Constitución, que señala que cabe amparo contra resoluciones judiciales sólo cuando éstas se han expedido en un proceso irregular (lo que interpreto como una resolución que contraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva), sino también del conjunto de valores y

principios constitucionales cuya interpretación nos lleva a determinar que cuando el Tribunal Constitucional establece que el control de una resolución judicial puede basarse en la lesión de un derecho fundamental distinto a la tutela jurisdiccional, está excediendo los límites a la potestad de control que el constituyente le ha dado. Por ello, mi crítica en ningún momento ha estado dirigida al amparo contra resoluciones judiciales, sino a la aplicación que el Tribunal Constitucional tiene de él.

Es curioso por ello que se me impute una ideología que no tengo ni he proclamado y que se sostenga, además, que "esto es importante destacarlo, pues si ésta es la premisa ideológica de, que se parte para el análisis de una sentencia que, precisamente desarrolla determinadas pautas para el control de decisiones judiciales (...) o que establece criterios vinculantes para el caso del control constitucional de decisiones judiciales emitidas en un proceso constitucional como es el caso del "contra amparo"; entonces el resultado es más que previsible: quien no cree en el amparo como mecanismo de defensa de derechos fundamentales eventualmente conculcados o vulnerados por órganos judiciales, no puede sino, para ser coherente con dicha postura, mostrar su desacuerdo con los criterios establecidos en los dos casos que tratan precisamente de amparos contra resoluciones judiciales".

A nadie –menos a mí– se le ocurría sostener algo similar a lo que Pedro señala que yo pienso. Según Pedro, como yo no creo en el amparo contra resoluciones judiciales, entonces estoy en desacuerdo también con cualquier regla que se le imponga. Mi posición no ha sido tan simplista como la expone Pedro, es algo un poco más elaborada, y es probable que mi impericia con el lenguaje escrito haya hecho descubrir en algún lector que pienso algo que jamás he dicho. Por ello, señalo que sí creo en el amparo como medio para controlar las resoluciones judiciales, como creo haber dicho expresamente en mi artículo, pero creo también que la Constitución establece que ese control está limitado a la vulneración de algunos derechos fundamentales (en concreto, a los que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva). Lo contrario supondría ejercer un control lesionando una serie de principios y valores constitucionales. Con ello, so pretexto de un control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales, se estaría en verdad infringiendo la Constitución. Sobre esta real afirmación, sin embargo, Pedro no dice nada.

* El doctor Priori modificó su respuesta al doctor Grández para contradecir los argumentos, no sólo del primer texto del doctor Grández, sino también del segundo.

Es claro que, como se me ha imputado una ideología que no tengo y de ahí se ha desprendido toda la crítica a mi artículo, sería suficiente haber aclarado este punto, para no señalar nada más; sin embargo, a este punto, creo que es mejor insistir en aclarar algunas otras cosas.

Luego se me imputa lo siguiente: “GP caricaturiza el amparo contra resoluciones judiciales y halaga las bondades de un único proceso ordinario, “con todas las garantías”, un proceso “limpio”, que no requiere “otro sumario y distinto” que eventualmente lo pueda invalidar”. “Caricaturizar”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es “representar por medio de caricatura a alguien o algo”. “Caricatura”, por su parte, es: “dibujo satírico en que se deforman las facciones o aspecto de alguien; obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto”. Ni he dibujado, ni he ridiculizado; he expuesto una realidad. Lo que ocurre es que la realidad del modelo implementado por el Tribunal Constitucional que Pedro defiende, es tan cercano a lo ridículo, que se piensa que el que ridiculiza soy yo. Es preocupante por ello que no se vea la realidad y que no se sea crítico frente a las decisiones del Tribunal Constitucional. Pero lo que es curioso es que se me diga con ánimo de crítica que halago un proceso ordinario con todas las garantías, limpio, que no requiere de un sumario posterior que lo invalide. ¿Es que acaso eso no es digno de halagar?

Luego se señala que: “ello conduce a GP a sostener que en los casos que analiza, se viola también el derecho al “plazo razonable”. No obstante, si se analiza con atención, tales argumentos son también válidos para cualquier proceso de amparo contra resolución judicial, pues siempre será más “eficiente” en términos de tiempos un proceso sin control constitucional”. Esto sí es correcto, eso sí he dicho; si hay un amparo contra una resolución judicial, la solución de la controversia llevada al proceso dura más, sino lo hay, dura menos. Si la solución de la controversia toma más tiempo que el necesario para que las partes puedan exponer sus razones y el juez pueda resolver, entonces se lesiona el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, excediendo de manera irrazonable el plazo para resolverla. Como la duración razonable es un derecho fundamental, su infracción para ser constitucionalmente legítima debe estar justificada en la protección de otro derecho fundamental. Lo que digo es correcto, vale para

cualquier amparo contra resolución judicial. Es por ello que un amparo contra una resolución judicial debe ser excepcional y justificarse sólo en los casos en los que la lesión del derecho fundamental es de tal naturaleza, que justifica vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y los demás principios y valores constitucionales que con esa revisión se comprometen (y que ampliamente hemos desarrollado en nuestro primer trabajo) y seguir en la discusión judicial de la controversia. Lamentablemente, la crítica a mi trabajo adolece de los mismos defectos que las sentencias del Tribunal Constitucional que Pedro defiende y yo cuestiono; no hace un análisis del problema a partir de una interpretación conjunta de todos los valores constitucionales involucrados, sino de una visión parcial que los lleva a conclusiones tendenciosas e inaceptables en nuestro marco constitucional. Esperaba en verdad una crítica a partir de la lectura del conjunto de valores constitucionales.

Debo hacer, sin embargo, una precisión. Mi crítica no se basa en el valor *eficiencia*, que es otra palabra que no he utilizado y que Pedro ha puesto en mi texto, sino en los valores y principios constitucionales ampliamente descritos en mi primer artículo. Ello es importante porque luego Pedro dice: “incluso si el tiempo es el problema, siempre será más eficiente una decisión única sin impugnación alguna, como por lo demás, GP lo ha planteado de manera explícita para el caso de los procesos ordinarios (“Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus* 9)”. Otra vez critica algo que no he dicho. Ya he explicado que el valor eficiencia no ha sido utilizado por mí, eso es algo que Pedro me imputa como un argumento que no sólo no me corresponde, sino que jamás utilizaría. Mis argumentos han sido los diversos derechos, principios y valores fundamentales que Pedro recuerda en su resumen de mi postura, pero que luego olvida en su crítica. Es cierto que con base precisamente a esa interpretación en conjunto de los derechos fundamentales he criticado también el derecho al doble grado de jurisdicción; pero no es verdad que he propugnado que todos los procesos ordinarios tengan una sola instancia, sino que, como señalo en el artículo de *Advocatus* 9 citado por Pedro, debe apreciarse en qué casos la sociedad está dispuesta a asumir la dilación del proceso que supone el derecho a la doble instancia⁷⁹. Pero si no hay espíritu crítico frente a las decisiones del Tribunal Constitucional, no se puede pedir que exista respecto de los mandatos constitucionales.

⁷⁹ “Si la impugnación es una garantía siempre de quien pierde, entonces solo debería existir cuando lo que se puede perder tiene un valor tan grande o es tan fundamental para todo el ordenamiento jurídico que se hace necesario revisar, en esos casos, y solo en esos casos, la decisión”. PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. *Advocatus* 9. p. 420.

Luego se me dice: “el mundo ideal para GP sería, entonces, un proceso de decisión única, sin impugnación, sin instancias y, por supuesto, sin control constitucional”. Esto es algo que sostiene Pedro, pero que nunca he dicho. Pero ahora que Pedro lo menciona, como muy bien él dice, ese sería el mundo ideal, un mundo en el que estamos muy lejos de vivir, como lo demuestran las decisiones del Tribunal Constitucional.

“Tanta fe en jueces infalibles contrasta, sin embargo, con su concepción más bien escéptica sobre la capacidad creativa de los mismos como veremos más adelante”. No es que tenga fe en jueces infalibles, por el contrario, creo firmemente en la falibilidad de ellos, en especial de los magistrados del Tribunal Constitucional; por ello someto a crítica sus decisiones y no las sigo como dogmas de fe. Creo también en su capacidad creativa, siempre que ésta tenga sustento en la Constitución y la respete.

No sólo se me imputa una ideología que no tengo, sino que se me acusa de manipular citas: “con este cometido, utiliza categorías conceptuales, invoca algunos autores, que incluso pueden resultar algo peligrosos para su propio esquema conceptual, aunque los “acomoda” a sus propósitos”. Como si ello fuera poco, cita un ejemplo de esa actividad manipuladora –quizá la única que encontré–: “es el caso por ejemplo de las citas a Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional Italiana y defensor de una teoría de la interpretación constitucional que no se limita a la lectura literal de los textos, como al parecer sugiere GP cuando cuestiona la habilitación del recurso de agravio a favor del precedente, sin analizar ninguno de los argumentos del TC”. Todo mi artículo se sustenta en propugnar una interpretación de la Constitución que tenga en cuenta todos los valores y principios que rigen al Estado Constitucional y que eviten dotar de un ilimitado poder al Tribunal Constitucional. Lo último que se me puede criticar es pretender dar una interpretación literal. Precisamente mi crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional es que sin considerar la manera como los demás valores constitucionales se ven sacrificados, el Tribunal decide ampliar su control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, más allá de lo permitido por la Constitución; para hacerlo no sólo leo el artículo 200 de la Constitución, sino que explico largamente el contenido de los demás principios y valores constitucionales que con esas decisiones se lesionan, algo que ni el Tribunal Constitucional ni Pedro, hacen.

Se me imputa ser infiel con Zagrebelsky: “hubiera sido interesante, por ejemplo, que el profesor Priori

extienda también el concepto de “ductibilidad” extraído de la obra del profesor italiano, para ampliar sus criterios de interpretación, pues es también ahí donde hay un vuelco radical en la obra de Zagrebelsky respecto de los modelos de interpretación decimonónica. El derecho dúctil supone ya no un único soberano en el establecimiento de lo que es derecho. La pluralidad y la tolerancia que con cierto apasionamiento presenta GP como valores del constitucionalismo moderno, suponen también pluralidad de fuentes del derecho y pluralidad de actores en la creación de esas fuentes. Los jueces, y de manera especial los jueces constitucionales, son expresión de esta nueva etapa que vive el Derecho pensado de cara a los casos”. Es verdad que el concepto de ductibilidad de Zagrebelsky da un vuelco radical a las formas de interpretación jurídica, es seguramente esa una de las partes más importantes del celebrado texto del profesor italiano. Sin embargo, ese concepto no autoriza a interpretar lo que al intérprete se le antoja, sino que se propugna una interpretación judicial que vaya del caso a la norma, y luego de la norma al caso; una interpretación con base a principios y no a reglas y una interpretación que tenga en consideración todos los valores y principios constitucionales, única forma de hacer que la Constitución tenga una real vigencia en la sociedad. Ductibilidad no supone decir todo lo contrario a lo que la Constitución o la ley dicen, por el solo purito de hacerlo. Ductibilidad no supone resolver a espaldas del Derecho. Eso es lo que Pedro parece decir y lo que es peor, lo que dice que Zagrebelsky dice. En aras de que el lector no se lleve una mala impresión del ilustre profesor italiano, es necesario citar sus propias palabras, ya que si algo se ha demostrado en este debate es que no soy capaz de que algún lector entienda lo que realmente escribo, así que dejemos que sea el propio Zagrebelsky el que se defienda: “Eliminar cada uno de estos dos aspectos supone o negar la vinculación de la actividad judicial al derecho positivo, transformándola en resolución equitativa de casos, o negar su carácter práctico, transformándola en una mera descripción sistemática de reglas válidas por sí mismas. En el primer caso no estaríamos ante una verdadera interpretación del derecho, sino ante una creación ocasional del mismo por parte del juez que resuelve la concreta controversia. En el segundo, la interpretación se cerraría en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser. Quien así procediera adoptaría lo que se ha definido como el *método del no-saber sobre el propio hacer*. Un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formula-

ciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que estas dirigen su fuerza normativa, serían obras “extravagantes de juristas puros” (como existen no pocos orgullosos e inútiles), que no deberían interesar a nadie⁸⁰. A continuación sostiene: “Según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta definición se pone de relieve el carácter *bipolar* de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un estado satisfactorio para ambas. El intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra⁸¹. Sigue el maestro Zagrebelsky: “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. A partir del caso el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado *círculo interpretativo*) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas⁸². Finalmente señala: “Cuando el resultado interpretativo no violenta ni una ni otras puede decirse que se ha logrado la interpretación, Pero cuando esto no sucede, se ponen de manifiesto las diferencias entre la concepción actual del derecho y la dominante en la época del Estado de derecho decimonónico. Allí era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación. Operaba la máxima *dura lex sed lex*, que es la quinta esencia del positivismo acrítico. Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella composición abre una cuestión que no afecta ya la interpretación de la ley, sino a su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en su juicio de constitucionalidad al que la ley viene sometida⁸³.”

Si me he extendido en la cita de Zagrebelsky es para que luego no se me diga que sólo uso parte

del texto y que uso las citas que me convienen, y cualquier otra acusación similar que se me pretenda hacer. Las citas hechas son importantes porque demuestran la verdadera concepción de Zagrebelsky. La tarea interpretativa es una actividad compleja que supone reconocer la trascendencia de los casos acompañada de la importancia de la regla jurídica. El juzgador no puede interpretar de espaldas ni al caso ni a la norma. La ductibilidad no supone por ello, darle la espalda a la norma. Supone reconocer que los casos le exigen respuestas y soluciones a la norma y desafían al derecho positivo; por ello, señala el autor que: “un texto que sobre el papel y a la luz de la experiencia parecía claro, puede oscurecerse ante el surgimiento de un caso nuevo⁸⁴. Cuando el caso exige al ordenamiento a tal punto que sus normas no parezcan claras para darle una solución, es preciso darle un sentido a esas normas acudiendo a los valores constitucionales. Ese desafío hace entonces que tengamos que reconocer los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, aquellos que sirven de sustento a las propias normas, es decir, los principios y valores constitucionales y extraer de ellos, aquellas soluciones que el caso exige. Pero el acudir a los valores supone extraer del conjunto de ellos las soluciones a los casos que se le plantean al intérprete. No es un solo valor el que debe justificar la decisión, sino la apreciación conjunta de todos ellos. Zagrebelsky por ello sostiene que: “es razonable la categorización de los hechos **que toma en cuenta todos los principios implicados**⁸⁵ (el resaltado es nuestro). Por ello, *el argumento para ser considerado correcto en un Estado Constitucional debe ser el resultado de la apreciación conjunta de la integridad de los valores constitucionales comprometidos ante un caso*. No puede resolverse con base a uno de ellos, **sin justificar ni argumentar qué pasa con el resto de valores constitucionales comprometidos cuyo contenido se vacía por dar una determinada solución a un caso**. Esa es la posición que he planteado, y creo que en ello consiste la principal deficiencia de las criticadas sentencias del Tribunal Constitucional que Pedro tanto defiende. La solución no es tanto la cuestionada; la forma de llegar a ella, sí. En lo personal, creo que la solución es incorrecta, pero creo que lo más grave para el Estado constitucional es que se haya dado una solución

⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil”. Madrid: Trotta. 1992. p. 133.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibid. Op. Cit. pp. 133-134.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibid. p. 139.

⁸⁵ Ibid. p. 147.

controvertida sin dar ninguna explicación acerca de cómo quedan los demás principios y valores constitucionales frente a la solución dada. La sola referencia a uno o dos no es suficiente. Las consecuencias de las decisiones cuestionadas por mí y defendidas por Pedro en el funcionamiento de las instituciones del propio Estado Constitucional me parecen graves. La interferencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y el grave atentado a su independencia me parecen un delicado ataque a uno de los principios básicos del Estado Constitucional. Y no es que crea (me disculpará el atento lector si constantemente tengo que detenerme a aclarar cosas que pueden desprenderse del conjunto del texto, pero dadas las críticas formuladas a mi anterior trabajo, es mejor hacerlas) que se ponga en riesgo la independencia judicial cuando el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, pero sí creo que ese principio (la independencia judicial) se afecta cuando ese control se realiza más allá de los límites impuestos por la Constitución al Tribunal Constitucional.

Mi preocupación principal ha sido esa precisamente, tratar de plantear que el Tribunal Constitucional tiene límites en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución le confiere. La Constitución le da expresamente al Tribunal Constitucional la facultad de controlar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, pero al hacerlo le pone ciertos límites que la Constitución exige que se respeten, pues de lo contrario, quedamos a expensas de un incontrolado órgano, y del incontrol al descontrol hay ya sólo un paso.

Me permito seguir con el profesor Zagrebelsky, para terminar de compartir con el lector sus conclusiones finales que son absolutamente relevantes en el presente análisis. Debo aclarar (porque seguro ese es un ataque que se pueda pensar hacer) que no es que esté sustentando mis posiciones en sólo lo que dice Zagrebelsky ni que esté acudiendo a su autoridad para fundamentar mis posiciones. Soy un gran admirador de la obra del profesor italiano, y lo sigo en gran medida, pero soy conciente también de las críticas que su obra ha merecido. Baste revisar el epílogo de la edición española citada en este trabajo para darse cuenta de esto, elaborado por Gregorio Peces - Barba. Sin embargo, Pedro me ha acusado de tergiversar

citando para poder sustentar una posición, y esa es una crítica muy grave para un académico, de lo que estoy seguro Pedro no es conciente. Por ello, quiero demostrarle al lector que mis impresiones sobre la base del texto de Zagrebelsky se ajustan a él o en todo caso a una equivocada interpretación que yo tengo de tan importante libro, pero jamás a una tergiversación.

Italia, como el Perú, tiene una Corte constitucional, de la que Zagrebelsky precisamente ha sido Presidente y magistrado, ocasión en la que tuve el enorme honor de conocerlo en Roma. Al final de su libro, hace una reflexión acerca de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. En ellas, el distinguido profesor italiano señala, criticando el intento del uso alternativo del derecho surgido a comienzos de los años setenta, de establecer que en la tensa relación jurisdicción-legislación siempre deba ganar la primera, que: "Dicho intento consistía en derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede judicial como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador. (...) El uso alternativo del derecho consistía, en lo esencial, en una amputación, es decir, en la categorización de sentido y de valor del caso a la luz de la Constitución y en la deducción de la regla a partir de sus principios, como si estos constituyesen un sistema cerrado sin espacios para el legislador. (...) Cuando la propia Corte establece la regla que extrae directamente de la Constitución y la indica sin ninguna alternativa, termina dando una interpretación cerrada del marco constitucional, debilitando los derechos del legislador y el carácter político de su función y reduciendo sus leyes a tímidas propuestas facultativas"⁸⁶. Un control más allá de los límites impuestos por la propia Constitución, por ello, antes que consolidar el Estado constitucional democrático, termina por debilitarlo. Por ello, el profesor italiano sostiene: "Se justifican así las reservas no solo en relación a las llamadas sentencias-ley, mediante las cuales la Corte constitucional determina la norma conforme con la Constitución que debe sustituir a la declarada inconstitucional, sino también en relación con las motivaciones de las sentencias constitucionales que constriñen y limitan excesivamente la pluralidad de elecciones legislativas futuras y en relación con los "mandatos" dirigidos al legislador que a veces establecen los jueces

constitucionales”⁸⁷. Ello es peligroso para el propio Estado Constitucional: “El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución. En este caso hay verdaderamente un riesgo de excesiva de “juridificación” y “constitucionalización” de la vida política, riesgo que no puede silenciarse en nombre del consenso sobre los contenidos de las normas establecidos por la Corte constitucional (...). En síntesis el legislador debe resignarse a ver las leyes tratadas como “parte” del derecho y no como “todo el derecho”. Pero puede pretender tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. **Si este derecho no se respetase tal vez tendríamos un Estado constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional-democrático**”⁸⁸. (El resaltado es nuestro).

En mi opinión, lo mismo ocurre si el Tribunal Constitucional se entromete en la labor de los jueces. Los jueces están sometidos a la Constitución y ellos están llamados a resolver los casos aplicando no sólo las normas legales, sino especialmente los valores y principios constitucionales. Los casos resueltos deben expresar una solución que represente la expresión en la realidad de la síntesis de los valores y principios constitucionales comprometidos. La independencia de los jueces precisamente les garantiza esta posibilidad, que consiste en que sean ellos los que establezcan la manera como el caso concreto que se le somete a su conocimiento sea resuelto a la luz de los valores y de los principios constitucionales. La intervención del Tribunal Constitucional en el control a esa actividad judicial debe estar limitada en nuestro modelo constitucional, a establecer cuándo la actividad judicial no ha cumplido con respetar los principios y derechos que permiten que el proceso sea considerado como el válido escenario para la discusión de las posiciones de las partes; ello es, cuando se vulneran los derechos relativos a la tutela jurisdiccional efectiva. Ingresar al análisis y la discusión de los hechos, pruebas y posiciones relativas a los derechos que fueron objeto de discusión en un determinado proceso, o, lo que es peor, no hacerlo –por no permitirlo la vía del amparo–, pero pronunciarse sobre los derechos

involucrados y resueltos en un anterior proceso judicial, es interferir en la actividad que la Constitución confía a determinado órgano (el judicial), por ende, exceder los propios límites que la Constitución, con base al respeto de la integridad de los valores que la inspiran, ha impuesto. Así como el Tribunal Constitucional no puede legislar, tampoco puede ingresar a sentenciar sobre derechos que han sido objeto de pronunciamiento de un juez en un proceso en el que se han respetado todas las garantías que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no sólo excede los límites del control establecidos por la Constitución, sino que ha llegado al extremo de sostener, como lo denunciarnos en nuestro primer trabajo, que: “*los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces*”. Ello supone afectar el contenido esencial de su potestad, y con ello lesionar su independencia. Los jueces podrían en este esquema interpretar la Constitución y la ley, pero no los precedentes del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional se pone a sí mismo como *señor* del Derecho. Sin límites en el ejercicio de la potestad de controlar la actividad judicial, el Tribunal Constitucional le da una prevalencia exagerada a sus decisiones. Sobre esto Pedro no ha mencionado nada; es lamentable, pues ese era el centro de mi posición. Aquí me permito citar al propio Zagrebelsky nuevamente, en la frase con la que termina su libro: “**Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es el objeto de propiedad de uno, sino que deber ser el objeto del cuidado de todos**”⁸⁹ (el resaltado me corresponde). No es pues el Tribunal Constitucional el amo y señor del Derecho.

A pesar de todo lo expuesto, no existe ni en la sentencia del Tribunal Constitucional ni en Pedro una expresión de razones que tengan en cuenta todos los valores y principios constitucionales comprometidos con la decisión del Tribunal. Eso es lo que precisamente he intentado criticar en mi primer trabajo. Si no los hay, no tengo sobre qué pronunciarme. Sin embargo, Pedro me cuestiona el no pronunciarme sobre argumentos

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustav. Op. Cit. p. 153.

⁸⁹ Ibid.

que precisamente no existen. Pero qué opina Pedro de todo esto. No lo sabemos. No hay argumentos, solo existen ataques que, por cierto, no se basan en argumentos.

Sin embargo, siguen las puestas en mi boca de frases que no me corresponden: “en este sentido, el constitucionalismo que presenta GP en su introducción, sugiere una lectura parcial del modelo, en el que el juez sigue siendo un “ser inanimado”, como lo describiera alguna vez Montesquieu, en la medida en que no es capaz de construir respuestas a los casos sin caer en el “absolutismo” que éste denuncia. Este hubiera sido el centro de un debate interesante si es que en verdad GP hubiera analizado los argumentos de la sentencia que establece el recurso de agravio a favor del precedente. En efecto, en dicha sentencia, hay que partir por preguntarnos qué modelo de juez y qué concepción de interpretación se defiende, pues de otro modo el debate sigue siendo ideológico y no jurídico, si acaso cabe hacerse dicha separación. El constitucionalismo de Zagrebelsky y también el de Häberle que son utilizados en la argumentación de GP, no admiten un juez subyugado ni un legislador onmicomprensivo, ni tampoco aceptan un modelo de interpretación que se cierra en los textos o en las intenciones del legislador o, llegado el caso, del constituyente”. Leyendo el texto de Pedro, he pensado por momentos que ese autor GP que tanto cita no soy yo, porque dice cosas tan ajenas a las que yo pienso y tan contrarias a las que están escritas. Para comenzar, en Pedro existe una enorme falacia, pues habla de todos los juzgadores, pero en realidad se refiere sólo al Tribunal Constitucional. Ahora bien, Pedro dice que yo creo en un juez subyugado, cuando he defendido en todo mi artículo precisamente la independencia del juez de cualquier cosa que pretenda atar e incluso restringir su actividad de juzgamiento, abogando por la independencia de los jueces, incluso frente a los deseos incontrolados del Tribunal Constitucional de intervenir inconstitucionalmente en su misión. No creo en un juez subyugado al valor formal de la ley, ni de los intentos inconstitucionales del Tribunal Constitucional de entrometerse en su labor. Creo en un juez absolutamente independiente, creador de derecho, con base al respeto de los principios y valores constitucionales. No puede pretender Pedro convertirse ahora en defensor de la independencia judicial ni de la creación libre del derecho mediante la jurisprudencia, cuando defiende una sentencia que anula la actividad juris-

diccional de los jueces. El poder que el Tribunal Constitucional reclama para sí y que Pedro tanto defiende, no es algo que se aplique a todos los jueces como con astucia argumentativa pretende hacer ver Pedro. Es algo aplicable al Tribunal Constitucional solamente porque éste le ha negado a los jueces toda posibilidad de interpretación, al precisamente crear el recurso de agravio a favor del precedente, con una frase que está en la parte de los argumentos de la sentencia del Tribunal (que Pedro dice que no he citado) y que he citado precisamente en mi primer artículo como la más clara muestra de que en el modelo del Tribunal Constitucional, los jueces no participan de esa pluralidad de fuentes a las que se refieren Zagrebelsky y Häberle, porque se considera que lo que dice el Tribunal es para los jueces una regla que no admite interpretación. Esto no es ductibilidad. Esto no es apostar por jueces creadores del derecho, como pretende aparecer ahora Pedro; eso es negarles toda posibilidad de interpretación y además de considerarlos como un poder subyugado a las decisiones de un descontrolado Tribunal.

Luego, se me acusa de ser exagerado y, por ende, de no respetar las reglas de la argumentación, para ello se sostiene: “un segundo aspecto que aparece de manera reiterada a lo largo del trabajo de GP, es su constante exageración o deformación de los hechos del caso y de los argumentos del TC que son materia de su análisis. Esto es, por decir lo menos, extraño viniendo de él, pues quienes conocemos a GP, sabemos de sus virtudes y del celo que pone en la labor académica. De modo que al parecer se trata de nuevo, del precompromiso ideológico que se impone por sobre la racionalidad académica lo que “explica”, aunque no justifica, su constante tergiversación de los hechos y los argumentos que dice analizar”. Por cierto, se me dice además que tergiverso hechos y los argumentos que digo analizar. Y luego se pretende dar unas lecciones de argumentación. Nada más lesivo de los principios de la argumentación que la crítica a la persona, antes que al argumento, que imputar ideas distintas al adversario para criticarlo y apoyar en esas ideas creadas toda la base de su crítica. Hubiese deseado que este debate se formule con base a ideas y que los argumentos hayan sido identificados correctamente por él, para que pueda de esta manera rebatirlos. Una de las bases de la argumentación es señalada por Alexy en los siguientes términos: “ Toda fundamentación es buena solo en tanto lo son las premisas en que se asienta”⁹⁰. Las pre-

misas de Pedro son equivocadas en la medida que me imputa ideologías que no tengo, y argumentos que no he esgrimido. De ello adolece principalmente su crítica.

Finalmente, y con el propósito de cuestionar mi –según él– concepción de *cosa juzgada*, utiliza una frase que me ha sorprendido: qué dirían los procesalistas. Esta es probablemente la más clara muestra de cómo su crítica carece de argumentos que puedan ser calificados como correctos en un debate académico. La corrección a la que me refiero no tiene que ver con lo no errado de sus enunciados, sino con su validez para ser considerado si quiera como un argumento. La frase *qué*

dirían los procesalistas, es una frase llamada a tener un impacto en el público, a crear un cierto impacto en el lector, pero que no aporta en lo absoluto nada al debate académico. No sé qué dirían los procesalistas, pero tampoco sé qué ha dicho Pedro. Su frase de impacto es suficiente para desvirtuar su argumento. No existe *una razón*, exigible en cualquier debate académico, sino la *búsqueda de una sensación en el lector*.

Sólo quiero terminar esperando que este debate haya provocado en el lector una reflexión en torno a las decisiones expedidas por el Tribunal Constitucional que han sido objeto de él.

ESTUDIO OLAECHEA

1878

Bernardo Monteagudo 201, San Isidro, Lima 27, Perú
Teléfonos: (51-1) 264-4040 (51-1) 264-3620 Fax: (51-1) 264-4050 (51-1) 264-3080
E-mail: postmaster@esola.com.pe Web site: <http://www.esola.com.pe>

**SOBRE LOS CONFLICTOS A RESOLVER EN EL CONTEXTO DE UNA
DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL
(Reflexiones a propósito de algunas ordenanzas regionales sobre la
producción y venta de hoja de coca)**

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

Los conflictos entre el Gobierno Central y los diferentes Gobiernos Regionales constituyen un efecto colateral predecible del proceso de descentralización, dado que, al delegarse y transferirse competencias, es casi inevitable que surjan problemas sobre ciertos aspectos que ambos gobiernos desean regular.

Si bien esta situación puede presentarse en diversos planos, cuando se tocan temas sensibles para la sociedad entera, dilucidar a quién corresponde realmente la competencia es un asunto clave que debe ser resuelto por el Tribunal Constitucional, pero ¿en base a qué conceptos y principios? El presente artículo aborda el problema sobre la base del interesante conflicto que se presentó acerca de la legalidad del cultivo de la hoja de coca, y reflexiona acerca de la resolución que dio el Tribunal al respecto, así como sobre su idoneidad en el largo proceso de descentralización.

* Catedrático de Pre y Post Grado en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Integrante de las mesas directivas y/o comités ejecutivos de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

ANOTACIONES PRELIMINARES

Nuestro país, llegado a la vida republicana luego de superar una concepción fuertemente centralizada de la gestión pública impulsada fundamentalmente durante el Virreinato –y teniendo además el agravante de contar con una sociedad tremendamente estratificada, en la cual el grueso de la población no podía participar en la toma de decisiones más relevantes de lo que aquí ocurre en lo político, lo económico o lo social–, muy pronto, y de forma bastante similar a la que se presentase en otros estados latinoamericanos, va a caracterizarse por desenvolverse dentro de un contexto de manifiesta debilidad institucional, una falta de familiaridad con muchos de los avatares propios de la participación política ciudadana y una evidente heterogeneidad de intereses entre los distintos sectores sociales existentes.

Lo previamente reseñado, que suele devenir en aquel sistema de gobierno habitualmente denominado “presidencialismo latinoamericano”, históricamente ha tenido como una de sus manifestaciones más significativas a la centralización del ejercicio del poder y, por ende, la mediatización fáctica de cualquier alternativa de corte descentralista, ya sea por descartarlas de plano o por, en el mejor de los casos, confundir conceptos como descentralización y desconcentración.

Esto es precisamente lo que ha sucedido en el Perú a lo largo de los siglos diecinueve y veinte, pudiendo hasta ahora discutirse si estamos ante una situación que realmente ha sido revertida. Indudablemente, en épocas recientes se han dado interesantes avances en ese sentido; sobre todo a partir de la reforma constitucional aprobada mediante la Ley 27680, así como en mérito a algunas medidas tomadas luego de la caída del fujimorismo¹. Sin embargo, aún queda mucho por hacer, principalmente en la siempre difícil tarea de delimitar qué competencias corresponden al

Estado nacional y cuáles a las circunscripciones descentralizadas.

Éstas son, justamente, las preocupaciones que llevaron al debate que finalmente concluyó en la emisión de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano frente a los expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC; pronunciamientos que aquí se me ha pedido comentar. Comenzaré, entonces, haciendo una presentación sobre la situación en la que se generaron estos pronunciamientos y una breve reseña sobre los alcances de los mismos para luego, y en base a ello, efectuar algún comentario sobre las implicancias de lo allí planteado. Pasaré entonces, de inmediato, a desarrollar la tarea encomendada.

LA SITUACIÓN CONTROVERTIDA: LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO PERUANO FRENTE A LAS DE DOS GOBIERNOS REGIONALES EN UN TEMA SENSIBLE

Tanto el Gobierno Regional de Huánuco, mediante las ordenanzas regionales 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, como el Gobierno Regional de Cusco, a través de su ordenanza regional 031-2005-GRC/CRC, reconocen a la hoja de coca como Patrimonio Cultural y, en base a ello, autorizan una serie de actividades que, como veremos luego, en el entendimiento del Gobierno Central, quebrantarían la Constitución y otra normativa nacional, así como los tratados suscritos por el Estado Peruano².

Ante esta situación, el Gobierno Central peruano cuestiona la constitucionalidad de ambas normas. Alega para ello, entre otros factores, la falta de competencia de los gobiernos regionales de Cusco y Huánuco para declarar Patrimonio Cultural a la hoja de coca, las repercusiones del carácter unitario del Estado peruano, el incumplimiento de lo previsto en tratados vinculados con la lucha contra los estupefacientes, o la imprevisión de las consecuencias que generaría la legalización del cultivo de la hoja de coca.

¹ Aquí me refiero, por ejemplo, a la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización; la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, o la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; la instalación del Consejo Nacional de Descentralización; la transferencia de competencias, actividades y partidas presupuestales a gobiernos regionales o municipales, y un largo etcétera. Nuestra opinión sobre los alcances, pero también acerca de los problemas que este conjunto de normas y medidas pudiese generar, se encuentra consignada en mi artículo “Lo federal, lo unitario y la pregunta sobre si realmente existe la descentralización territorial en el Perú”. En: “AAVV - Guía Maestra de la Gestión Municipal y de la Descentralización”. Lima. IPEGEM - Grijley. 2005. pp. 51-55.

² En este sentido, la ordenanza emitida por el Gobierno Regional cuzqueño fue bastante más radical, pues reconoció expresamente a algunas zonas de su región como lugares de producción tradicional, alegando que allí básicamente se utiliza con fines medicinales, religiosos, ceremoniales, culturales y de “chaqcheo” de la hoja de coca, unidos a aquellos en que se explota para ser finalmente adquirida por la Empresa Nacional de la Coca (en adelante, “ENACO”) para su correspondiente comercialización. Además, la ordenanza en cuestión habilita a personas no empadronadas en ENACO a que produzcan y comercialicen la hoja de coca casi sin mayor restricción.

Frente a ello, los dos Gobiernos Regionales cuestionados argumentan estar dentro del margen propio de su potestad normativa, máxime si se toma en cuenta el rango de ley de las ordenanzas regionales impugnadas. Y, ya en referencia directa con el tema tratado, los gobiernos huanuqueño y cusqueño aclaran que no puede identificarse por sí mismo a todo cultivo de hoja de coca con la producción de cocaína y, además, que cuentan con plena libertad para declararla Patrimonio Cultural sin invadir competencias de la Empresa Nacional de la Coca (ENACO).

Lo expuesto bien puede traducirse en que, de acuerdo con el Gobierno Central peruano, se estarían vulnerando los artículos 45 inciso a) y 47 inciso 1) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, parte del bloque de constitucionalidad destinado a abordar esa materia; artículos que interpretados de manera sistemática con el artículo 19 de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, demuestran cómo los diferentes gobiernos regionales no cuentan con competencia para declarar algunos bienes como Patrimonio Cultural.

A ello deben añadirse los riesgos que, según sostiene el demandante, generaría la legalización del cultivo de la hoja de coca (narcotráfico, drogadicción, violencia, corrupción), práctica que, además, iría en contra de lo dispuesto por la Convención Única sobre Estupefacientes y la normativa y acciones destinadas a asegurar el mejor desarrollo de los preceptos de dicha Convención (Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, y los decretos supremos que recogen la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas o la creación de la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas (DEVIDA), entre otras).

Sin embargo, merece una especial mención la referencia que hace el Gobierno Central al carácter unitario del Estado Peruano, tema que, en clave de conflicto de competencias, había merecido ya un pronunciamiento del Tribunal Constitucional de nuestro país, emitido en la sentencia 0013-2003-CC, donde se resalta el carácter de Estado unitario descentralizado del caso peruano y lo que ello involucra.

En ese sentido, desde el Gobierno Central se resaltarán que la Carta de 1993 ha conferido a los Gobiernos Regionales y Municipales autonomía administrativa, económica y política, explicitando sobre todo los alcances de esta última, para luego aclarar que el ejercicio de las competencias de los

Gobiernos Regionales (comentario también aplicable a los Municipios) deberá darse en los términos establecidos por la Constitución y las Leyes Orgánicas actualmente vigentes. Ello, de acuerdo con los artículos 189, 191 y 192 de la Constitución, implica preservar –en el caso de los Gobiernos Regionales– la búsqueda de la unidad e integridad del Estado y la Nación, así como coordinar con las municipalidades sin interferir en sus funciones y atribuciones, y actuar en concordancia con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Sin embargo, todo esto debe ser entendido en clave de lo que corresponde a un Estado de tipo unitario.

Y es que, y esto me corresponde añadirlo, básicamente son dos los modelos de formas de Estado en el Derecho comparado: el unitario y el federal. Ahora bien, e independientemente de los matices existentes a la hora de su materialización en cada ordenamiento jurídico en particular, no debe perderse de vista que el modelo unitario tiene y responde a una lógica propia, distinta a la del modelo federal. En el Estado unitario hay un único centro y lugar donde se toman las decisiones más importantes al interior de dicho Estado. Allí, eventualmente, y buscándose con ello una mejor distribución de competencias, mayor democratización del ejercicio del poder estatal y un verdadero apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en particular, pueden hacerse determinadas transferencias de competencias a entes descentralizados; pero aquello, repito, no interfiere con la lógica de todo Estado unitario, correspondiéndole en rigor la regulación de aquello que no haya sido específicamente asignado a alguna institución del Gobierno Central.

En cambio, un Estado federal parte, en principio, de un pacto entre distintas entidades (o aquellas que podrían serlo) que optan por integrar una misma unidad, para lo cual crean un marco institucional distinto al correspondiente a cada una de ellas, un nuevo espacio –el del Gobierno Federal– al que se le asignarán sus propias competencias y atribuciones. En ese contexto, en principio, la regulación de lo no específicamente asignado le correspondería a alguna institución de los Gobiernos Estatales o Provinciales, y no al Gobierno Central.

Luego de esta explicación, la argumentación hecha por los demandantes –invocando el carácter unitario– se torna, sin duda, más clara: si de manera explícita no se ha asignado cierta competencia a un Gobierno Regional (o si, por lo menos, de dicha competencia no se desprende

claramente lo que ha sido específicamente otorgado), debe entenderse que estamos ante una atribución propia del Gobierno Central, y con mayor razón si ya existe una normatividad que pueda ser comprendida en ese sentido.

Se entiende en este contexto, entonces, la argumentación de los Gobiernos Regionales aquí mencionados. Sin entrar a discutir el carácter unitario del Estado peruano, intentan justificar que las acciones tomadas a través de sus ordenanzas se encuentran dentro de los márgenes propios de sus competencias y que, a tal caso, lo que correspondería en puridad a entidades del Gobierno Central es una labor de fiscalización o supervisión, en la línea de lo esbozado en el artículo 199 de la Constitución de 1993 y desarrollado con mayor detalle en los artículos 21 de la Ley de Bases de la Descentralización y 75 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Los Gobiernos Regionales demandados aclaran además que el ámbito de fiscalización de ENACO sobre la hoja de coca se circunscribe a los casos en que se constata una relación con el narcotráfico (labor que por cierto ENACO, en opinión de los demandados, no estaría ejerciendo adecuadamente), resultando indispensable resaltar cómo la producción de hoja de coca no implica por sí misma la articulación con el quehacer de ciertos narcotraficantes, sino que en muchos casos responde a una tradición históricamente asentada en buena parte del Perú, a la que los gobiernos de Huánuco y Cusco han –por ello– declarado Patrimonio Cultural.

No habría entonces, para los demandados, una materia sin regulación prevista ni una invasión de competencias ajenas, sino el ejercicio de atribuciones propias, asignadas explícitamente a dichas entidades o que bien pueden desprenderse con claridad de dicha asignación. Planteadas así ambas posturas, se hace pertinente revisar cómo enfrentó y finalmente resolvió esta controversia el Tribunal Constitucional peruano, para luego de ello dedicar algunos comentarios a dicho pronunciamiento.

LOS ALCANCES DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional peruano, tomando en cuenta las especiales características del caso en particular, se propuso desde el principio elaborar una sentencia de carácter instructivo, un pronunciamiento con una vocación más bien pedagógica donde se buscan explicar los alcances de las instituciones que vayan a afectarse o

implicarse. Entonces, luego de analizar como cuestiones preliminares las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco, así como la supuesta afectación del derecho fundamental a la defensa en la tramitación alegada por el Gobierno Regional del Cusco, se plantea discutir las siguientes materias:

1. La determinación de los presupuestos para resolver demandas de inconstitucionalidad contra aquellas normas con rango de ley que, supuestamente, se ocupan de materias en principio reservadas para otros órganos u organismos constitucionales.
2. La incidencia del *test* o examen de la competencia con el objetivo de especificar los órganos competentes para regular las materias en controversia, especificando cuáles son los principios o criterios que pueden aplicarse al respecto.
3. Una evaluación sobre la alegada vinculación entre la hoja de coca y el derecho fundamental a la identidad cultural, sustento de la argumentación en base a la que los gobiernos regionales de Huánuco y Cusco asumen ser competentes para declarar Patrimonio Cultural a la hoja de coca.
4. La vinculación entre el cultivo y la comercialización de la planta de la hoja de coca y el tráfico ilícito de drogas, y cuál es el rol que al Estado le corresponde en ese contexto.
5. Y, finalmente, con toda la información anteriormente mencionada, especificar cuál es a su criterio el órgano y organismo constitucional competente para regular lo referente a la transmisión y producción de la planta de la hoja de coca.

Sobre el primer punto, y luego de hacer referencia a la denominada doble dimensión de los procesos constitucionales (una objetiva o de búsqueda de compatibilidad de normas de distinta jerarquía; y una subjetiva, vinculada con la tutela de la supremacía constitucional y la plena vigencia de los derechos fundamentales), sentido último de todos estos medios procesales, el Tribunal Constitucional peruano presenta aquellos dos principios considerados vitales para determinar la validez de las normas, los principios de jerarquía y competencia, para finalmente hacer mención a los diferentes tipos de infracciones a la jerarquía normativa de la Constitución: por la forma o por el fondo; total o parcial, y, tal vez lo más relevante para este caso en particular, directas o indirectas,

apelando al concepto de bloque de constitucionalidad en clave de normas interpuestas³.

Con todo ello, el Tribunal busca explicar cómo, a pesar de estar en una situación que en rigor conceptual bien podría entenderse como un conflicto de competencias, en la misma línea de pensamiento consagrada en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, se tramita por la vía del proceso de constitucionalidad. En otras palabras, justifica las razones por las cuales va a recurrirse a un *test* o examen de competencia a pesar de que la vía mediante la que actúa pareciera en puridad encontrarse más bien prevista para definir si hay respeto a la jerarquía normativa previamente establecida en el ordenamiento jurídico peruano.

Luego de lo expuesto, el Tribunal Constitucional pasa a explicar qué entiende por el examen o *test* de competencia, la pauta clave que va a usar para resolver esta controversia, explicando además el contexto en el cual debiera aplicarse este examen, el de un Estado unitario descentralizado, tal como ha sido plasmado en el ordenamiento jurídico peruano.

Así pues, y luego de especificar cuándo estamos ante competencias exclusivas (las asignadas solamente a un órgano u organismo; delegables en algunos casos –competencias exclusivas positivas–, y en otros –los de las competencias exclusivas negativas– no), y cuándo ante competencias compartidas (materias abordables por entidades de dos o más niveles de gobierno) o frente a competencias delegadas (asignadas por mutuo acuerdo de una entidad a otra con distinto nivel de gobierno), procede a hacer la distinción

entre un Estado unitario centralizado (en el cual, dado que existe solamente un centro de decisiones, no cabe aplicar el principio de competencia como pauta para la resolución de eventuales conflictos) y el Estado unitario descentralizado hoy planteado en el caso peruano.

Allí se afirmará, entonces, categóricamente cómo la carta actualmente vigente responde a los parámetros de un Estado unitario complejo dentro del cual se admiten pautas de autonomía administrativa, económica y política a favor de municipios y regiones⁴. Sin embargo, y como bien la misma sentencia en comentario señala, ello no es incompatible con la configuración de un Estado unitario, pudiendo además seguir siendo respetuoso a la lógica que le es propia, descrita ya en este mismo trabajo.

En lo que –sin duda alguna– es, independientemente de los aspectos coyunturales sobre el particular, el aporte más significativo de esta sentencia, el Tribunal Constitucional peruano pasa entonces a especificar cuáles son los criterios (a los que denomina principios) que deben tomarse en cuenta para la determinación de competencias en el escenario de la descentralización territorial hoy plasmada en el ordenamiento jurídico peruano. Estos parámetros son, a saber:

- A. *Cooperación y lealtad*: esbozados en este caso particular como cooperación y lealtad regional. Implica que si el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es uno e indivisible y, por ello, ninguna política descentralizadora debe apuntalar decisiones incompatibles o asistemáticas con ello, sino más bien buscar

³ En este punto, y tal como ya lo ha venido haciendo en pronunciamientos anteriores con el objeto de definir qué entiende por infracción constitucional indirecta y qué por bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional peruano señalará que como infracciones o vulneraciones indirectas de la Constitución se califican aquellos casos en los cuales la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino solamente luego de una previa verificación de su desconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad aplicable. Siguiendo con la línea de pensamiento aquí expuesta, el Tribunal Constitucional añadirá que:

“(…) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de ‘normas sobre la producción jurídica’, en un doble sentido; por un lado, como ‘normas sobre la forma de la producción jurídica’, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como ‘normas sobre el contenido de la normación’, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”. (Ver al respecto el fundamento 27 de la sentencia en comentario, y antes, entre otras, lo consignado en la STC 007-2002-AI/TC, fundamento cinco).

Se producirá entonces una infracción indirecta de la Constitución si existe una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma a la que el constituyente en su momento delegó, según sea el caso, la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa, la regulación de un contenido materialmente constitucional, o la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos organismos y órganos constitucionales.

Las normas a las que acabo de hacer referencia, si son plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, a pesar que en puridad no tengan rango constitucional. Lo que sí debe quedar claro en ese contexto es que las normas delegadas actuarán como normas interpuestas, de tal forma que su desconformidad con aquellas otras normas de su mismo rango que fuesen impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad desencadenará la invalidez constitucional de éstas.

⁴ En este tenor, revisar lo esbozado en el párrafo 38 de la sentencia que aquí vengo comentando.

asegurar el desarrollo integral del país. Las acciones de un Gobierno Regional, o uno Municipal, deberán entonces darse de conformidad con los fines estatales, sin interferir con las atribuciones correspondientes a otros niveles de gobierno ni de sus estrategias de desarrollo.

- B. *Taxatividad y cláusula de residualidad*: los Gobiernos Regionales y, en su caso, los Municipales, no tienen más competencias que aquellas que les han sido conferidas o, tomando en cuenta el aporte de pautas como la del efecto útil o la de los poderes implícitos, sobre las cuales volveré después, las que puedan desprenderse de las que específicamente le han sido confiadas. Todas las otras atribuciones dentro de un Estado como el peruano, en estricto respeto de su lógica unitaria, se asumirán como competencias a cargo de entidades de Gobierno Central.
- C. *Control y tutela*: especificadas las pautas anteriores, se entiende con facilidad cómo dentro de un Estado unitario como el peruano, y en estricta concordancia con el rol integrador que la misma Constitución tiene, y que además, busca proyectar, los Gobiernos Regionales y Municipales no solamente son fiscalizados por sus propios órganos de control, sino también por entidades con competencias de carácter nacional como, por ejemplo, la Contraloría General de la República, en las materias que le corresponden.
- D. *Otras pautas aplicables como efecto útil, poderes implícitos o progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos*: Además de lo ya señalado, el Tribunal Constitucional peruano añade, como es de consenso en la doctrina escrita al respecto, que la aparente rigidez de la taxatividad admite en los hechos algún matiz propio de reconocer se otorguen, o se consideren como concedidas, las competencias que hagan posible la progresiva y ordenada modificación en la asignación de atribuciones que busquen materializarse (efecto útil), o que se reputen como parte de las competencias propias de las materias ya asignadas aquellas atribuciones reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero,

y a pesar de ello, consideradas consustanciales o como consecuencia lógica del ejercicio de las previstas expresamente, o de los principios que las inspiran (poderes implícitos).

De otro lado, y tomando en cuenta que el proceso de descentralización territorial aquí reseñado no es un acto acabado o definitivo, y que además se realiza por etapas, la asignación de competencias y recursos a espacios regionales o municipales debe entenderse como parte de un proceso donde las actuales atribuciones de estos espacios puede complementarse o ampliarse mediante la incorporación de nuevas competencias a través de reserva de ley orgánica⁵, o incluso mediante acuerdo entre instancias de Gobierno Nacional e instituciones de Gobierno Regional o Local, si estamos ante competencias delegadas. Es a este escenario al que el Tribunal Constitucional peruano denomina como de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, el cual implica la proscripción de medidas que posterguen o dificulten irrazonablemente este proceso, siempre y cuando se tome en cuenta la disponibilidad presupuestal y de gasto público existente para tales efectos.

A renglón seguido, el Tribunal Constitucional peruano, revisando lo previsto en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, a cuyo texto no se opone lo prescrito en los artículos 35 inciso n) de la Ley de Bases de la Regionalización, y 47 inciso 1) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, llega a la conclusión que si bien –en puridad– la promoción de los bienes que constituyen Patrimonio Cultural de la Nación es una competencia compartida entre entidades de Gobierno Nacional y de Gobierno Regional, la declaración de un bien como patrimonio cultural es estricta responsabilidad de entidades de Gobierno Nacional como el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional o el Archivo General de la Nación. Los Gobiernos Regionales, en el mejor de los casos, pueden hacer propuestas en este sentido, mas carecen de competencia para tomar este tipo de decisiones.

Lo recientemente anotado no descarta, bajo concepto alguno, la consideración de la relevancia del uso de la hoja de coca en nuestro país. Es más, se exhorta al Congreso de la República a

incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación hoy recogida en la Ley 28477, así como al Instituto Nacional de Cultura a iniciar los trámites administrativos destinados a evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

Importa también para el Tribunal Constitucional peruano el determinar quién regula el cultivo de la hoja de coca y con qué alcances, sobre todo tomando en cuenta el hecho que ésta pudiera ser utilizada para la elaboración de pasta básica de cocaína y de la droga conocida con el último nombre al cual he hecho mención. Allí se aclara que, por lo menos de acuerdo con el artículo 11 inciso 2 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, inspirado a su vez en el artículo 36 de la Ley de Bases de la Descentralización (Ley 27783), estamos ante un tema donde se cuenta con competencias compartidas. Ello va a implicar que, si bien ésta es una materia en la cual los Gobiernos Regionales son competentes, lo que hagan allí deberá ejercerse de acuerdo con las políticas y planes nacionales que pudiesen existir al respecto.

En ese contexto, y teniendo presente la exigencia constitucional de que el Estado combata y sancione el tráfico ilícito de drogas y, además, regule el uso de tóxicos sociales, desarrollando y ejecutando políticas públicas que le permitan alcanzar estos objetivos⁶, y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano para hacer frente al tráfico ilícito de drogas; involucra la posibilidad que desde el Gobierno Central o Nacional pueda contarse con un ente rector encargado de diseñar, coordinar y ejecutar en forma integral acciones preventivas del consumo de drogas, así como poner en práctica programas de desarrollo alternativo (entidad denominada inicialmente Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas –CONTRADROGAS–, y luego Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas –DEVIDA–), o con una instancia encargada de la industrialización y comercialización de la hoja de coca (la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima– ENACO S.A.), proveniente de predios debidamente empadronados. Toda comercialización de hoja de

coca proveniente de predios no empadronados por esa institución será ilegal.

Finalmente, y en mérito a lo expuesto, será una entidad del Gobierno Central la que pueda efectuar reempadronamientos de los productos de estas hojas, así como la que regule el cultivo y la erradicación de la hoja de coca. En estos últimos temas, los Gobiernos Regionales solamente podrán dictar normas que no contravengan o resulten incompatibles con la legislación, la política o el Plan Nacional Antidrogas, pues lo contrario sería incompatible con lo supuesto por los artículos 8 y 192 de la Constitución actualmente vigente.

Las ordenanzas dictadas por los Gobiernos Regionales de Huánuco y Cusco serían entonces, por todo lo aquí descrito, inconstitucionales para el Tribunal Constitucional peruano, más allá de puntuales acotaciones incluidas en los votos particulares emitidos por el en ese momento magistrado Juan Bautista Bardelli y el hasta hoy integrante del Tribunal Juan Vergara Gotelli. Ahora bien, lo resuelto en este caso incluye, como bien puede apreciarse, algunos aportes que trascienden a la situación particular allí descrita. A esos aportes y a sus alcances, máxime si se encuentran vinculados con el siempre difícil y complejo tema de cómo materializar una cada vez más indispensable descentralización territorial en el Perú, dedicaré el último apartado del presente trabajo, el cual pasaré a desarrollar de inmediato.

APUNTES A MODO DE CONCLUSIÓN

En un país, muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, tan hipercentralizado como el Perú (a modo de ejemplo, alrededor del setenta por ciento de la industria y el comercio peruanos se encuentra en Lima o el Callao), la descentralización territorial se presenta no solamente como una capacidad de redimensionar el ejercicio del poder político, sino también de democratizar la toma de decisiones en líneas generales con mayor relevancia en nuestra sociedad o para apuntalar modelos alternativos de desarrollo económico. La descentralización territorial, aun manteniéndose en el contexto propio de la forma de Estado

⁶ Ver al respecto lo señalado en el artículo 8 del texto constitucional actualmente vigente.

denominada Estado unitario, se presenta en el Perú como una necesidad de imposterizable atención y materialización.

Ahora bien, y como suele ser frecuente en estas formas de Estado plasmadas de manera tan particular, pronto van a aparecer situaciones en las cuales no queda claro a quién le compete hacer cada tarea. Formalmente, la normativa hoy vigente, y sobre todo a partir de la reforma constitucional aprobada mediante la Ley 27680, a contrapelo de que lo que lamentablemente ocurrió en buena parte de la historia peruana, parece ir acercándose a, por lo menos desde la misma Constitución, dar respuestas a preguntas cuya resolución es vital para determinar qué es lo que busca obtenerse con el modelo a ponerse en práctica y cuáles son las puestas previstas para su configuración y organización.

Y es que, en el fondo, y muy independientemente de aquello que formalmente se pueda decir, estas inquietudes podrán absolverse respondiendo preguntas referidas a, por ejemplo, si se está o no distribuyendo competencias o responsabilidades y, de ser así, bajo qué parámetros se lleva a cabo: si las transfiere o las delega, y si ello lo efectúa en todos los casos en la misma forma o les otorga un tratamiento diferenciado. También aquí cabe preguntarse si esa distribución de tareas va a producirse gradualmente o de inmediato, y a través de qué organismos u órganos se plasmaría ello. Además, cabe interrogarse sobre cuáles serían los criterios para justificar el uso y composición de esos órganos u organismos; con qué recursos se contaría para asumir esa clase de responsabilidades y, finalmente, con qué niveles de coordinación y/o solución de eventuales conflictos entre esas instituciones podría contarse.

La actual redacción del texto constitucional, unida a la normativa dictada sobre la materia (Ley de

Bases de la Descentralización, Leyes Orgánicas de Gobiernos Regionales y de Municipalidades), responde o intenta responder alguna de esas inquietudes. Sin embargo, quedan todavía ciertos temas en los cuales existen aspectos por precisar o que, por lo menos de primera impresión, permitirían más de una comprensión.

Es en ese contexto donde la labor jurisprudencial es fundamental. Eso es justamente a lo que ha apuntado lo planteado y resuelto por el Tribunal Constitucional peruano sobre el particular; ello tiene el mérito adicional de estar ceñido a los parámetros propios de un Estado unitario, el cual, a pesar de acoger ciertas posibilidades de descentralización, no puede dejar de lado la lógica propia de un Estado unitario, donde lo no previsto, lo no transferido o aquello que no se infiera de lo que ha sido transferido se mantiene bajo la responsabilidad de entidades de Gobierno Central. Una demostración de que, sin recurrir a un hiperactivismo poco previsor, un Tribunal Constitucional puede resolver bajo parámetros jurídicos problemas de gran actualidad, así como establecer criterios que permitan absolver otro tipo de controversias en un futuro más bien cercano.

En un trabajo como éste, en donde por pedido expreso de quienes me lo solicitaron, cuenta con un enfoque más bien de tipo divulgatorio y de presentación lo más sencilla posible de las instituciones allí consignadas, poco es lo que adicionalmente creo se podría añadir sobre el comentado pronunciamiento. Sin embargo, lo dicho por el Tribunal Constitucional al respecto, independientemente de algunos eventuales y puntuales disensos, permite abrigar las esperanzas de que, por lo menos en el plano de la interpretación jurídico-constitucional, las situaciones vinculadas con una indispensable descentralización territorial en el Perú van siendo abordadas de manera adecuada, salvo mejor parecer.

UNA APROXIMACIÓN A LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR POLICIAL PERUANA: ¿DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS (O DEBIÉRAMOS IR)?

Christian Donayre Montesinos*

No hace mucho, el tema de la justicia militar estaba en boga debido a recientes resoluciones del Tribunal Constitucional que declaraban inconstitucional el Código de Justicia Militar, entre otras propuestas legislativas que siguieron el mismo camino. Este acontecimiento inició la discusión sobre cómo deberían estar configurados los tribunales militares en el Perú y cuál debería ser su relación con el Poder Judicial. ¿Consiste la justicia militar en una jurisdicción paralela a la jurisdicción ordinaria, tal como se podría interpretar de nuestra Constitución? ¿Cuál es la relación entre la justicia militar y los principios jurisdiccionales? ¿Estamos hablando de una doble jurisdicción o de una competencia especializada en lo militar? ¿Debe participar el Consejo Nacional de la Magistratura para la elección de los magistrados especializados en lo militar?

Éstas, entre otras interrogantes que surgen al estudiar este tema, son abordadas por el autor, que sobre la base de las sentencias del Tribunal Constitucional, desarrolla el tema, aclarando dichas dudas y señalando ciertas distinciones que hay que tomar en cuenta para establecer la competencia de los tribunales militares.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

I. DERROTOS DE UNA REFORMA ANUNCIADA

Si bien desde hace un tiempo, tanto la doctrina como algunas instituciones del Estado¹ se han pronunciado en torno a la discutible configuración de los tribunales militares en el Perú y algunas conductas recogidas en el Código de Justicia Militar, fue una demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por la Defensoría del Pueblo², declarada fundada en parte, la que dio inicio a la presente reforma de la justicia militar en nuestro país, en cuyo contexto se han emitido disposiciones, cuya inconstitucionalidad ha sido confirmada por el supremo intérprete de nuestra Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia de fecha 9 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo y exhortó al Congreso de la República a que, en un plazo no mayor a doce meses, contado a partir de la publicación de dicha sentencia (30 de octubre de 2004), dicte la legislación que corresponda de acuerdo con lo expresado en ella. El supremo intérprete de la Constitución estableció así lo que se conoce como una *vacatio sententiae*, vencida la cual, los efectos de la sentencia referida adquirirían plena vigencia.

Con posterioridad, el 4 de noviembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió una resolución aclaratoria, a propósito del pedido formulado por el Procurador encargado de los asuntos judiciales

de la Justicia Militar y su delegado, en torno a algunos alcances de su sentencia, de fecha 9 de agosto de 2004, resolución que fue publicada el 7 de enero de 2005.

Ante la inminencia del vencimiento del plazo inicialmente establecido por el Alto Tribunal y no teniendo –por lo menos– un avance significativo de la normativa que sustituiría la declarada inconstitucional, en una decisión a nuestro criterio opinable³, el Tribunal decidió considerar que el plazo no vencía el 30 de octubre de 2005, que fue lo que en un principio se dijo, sino el 7 de enero de 2006; esto es, que el cómputo del mismo se iniciaba a partir de la fecha en que se publicó la resolución aclaratoria⁴.

Es así como, luego, con fecha 7 de enero del 2006, se publicó la Ley 28665, denominada Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, y el 11 de enero del mismo año, el Decreto Legislativo 961 o también conocido como Código de Justicia Militar Policial⁵.

No obstante, y como adelantamos, no pasó mucho tiempo para que salten a la vista las inconstitucionalidades que presentaba la legislación recientemente emitida. Ello motivó sendas demandas de inconstitucionalidad, interpuestas por la Fiscalía de la Nación⁶ y el Colegio de Abogados de Lima, contra algunas disposiciones de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

¹ Sin lugar a dudas, un papel clave en este escenario fue el que asumió la Defensoría del Pueblo. Y es que tenemos un buen número de Informes Defensoriales al respecto, además de los Informes Anuales, en donde también encontramos algunas referencias a este tema. Puede verse así, entre los trabajos elaborados por dicho organismo constitucional sobre el particular: "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú". Serie Informes Defensoriales. Informe 6. Lima. Marzo de 1998; "Hacia una Reforma de la Justicia Militar en el Perú". Serie Informes Defensoriales 64. Lima. Marzo de 2002; "¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria". Serie Informes Defensoriales. Informe 66. Lima. Abril de 2003, e "Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961". Lima. Marzo de 2006.

Véase además al respecto: MINISTERIO DE JUSTICIA. "Restituyendo el Estado de Derecho". Informe Final de la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. Junio de 2001; por citar tan sólo algunos casos.

² Contra algunas disposiciones del Decreto Ley 23201, más conocido como Ley Orgánica de Justicia Militar, del Decreto Ley 23214 o Código de Justicia Militar y la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 27860, del Ministerio de Defensa en la parte referida al Consejo Supremo de Justicia Militar.

³ Véase sobre el particular: DONAYRE MONTESINOS, Christian. "¿Postergando la reforma de la justicia militar? ¿Cuáles son los alcances de una resolución aclaratoria?". En: Boletín Constitucional 6. Lima: Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octubre 2005. p. 1; así como: DONAYRE MONTESINOS, Christian. "Y seguimos postergando la reforma de la justicia militar... Algunos breves comentarios a raíz de una decisión del Tribunal Constitucional relativamente reciente que modifica el plazo establecido inicialmente para que el legislador dé el nuevo marco jurídico de la justicia militar peruana". En: Normas Legales. Análisis Jurídico Tomo 353. Trujillo: Editorial Normas Legales. Octubre 2005. pp. 177 y siguientes.

⁴ Esta decisión fue comunicada por medio del Oficio 125-2005-P/TC, de fecha 29 de agosto de 2005.

⁵ El Código de Justicia Militar Policial fue elaborado por el Gobierno por expresa delegación del Congreso de la República a través de la Ley 28636, publicada el 6 de diciembre de 2005. El 7 de diciembre del mismo año, mediante Resolución Suprema 701-2005-DE/SG, se designó la comisión que se encargó de dicha labor, la misma que estuvo conformada por un representante del Ministerio de Justicia, quien la presidió, dos representantes del Ministerio de Defensa, dos representantes del Ministerio del Interior y dos representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar. La Secretaría Técnica de dicha comisión estuvo a cargo de uno de los representantes del Consejo Supremo de Justicia Militar.

⁶ Un resumen del contenido de dicha demanda ha sido publicado en Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano. Año 20. Número 80. Lima. Martes 7 de febrero de 2006.

La demanda interpuesta por la Fiscalía de la Nación fue declarada fundada en parte en la sentencia de fecha 29 de marzo de 2006 (Expediente 0004-2006-PI/TC), la misma que fue publicada el 18 de abril de dicho año y estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis (6) meses contado desde su publicación, vencido el cual esta sentencia surtiría todos sus efectos. Luego, el apoderado del Congreso de la República presentó ante el Tribunal Constitucional el escrito de aclaración de fecha 25 de abril de 2006, que dio lugar a la Resolución Aclaratoria, de fecha 13 de junio de 2006, la misma que, entre otros aspectos, además de precisar que en rigor la fecha de la sentencia no era 29 de marzo de 2006, sino 17 de abril de 2006, estableció que el plazo de *vacatio sententiae* se computaba desde la fecha de notificación de esta resolución aclaratoria.

La demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima fue también declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 13 de junio de 2006 (Expediente 0006-2006-PI/TC), la misma que estableció un plazo de *vacatio sententiae*, el cual vencía indefectiblemente el 31 de diciembre de 2006.

Es así que, como consecuencia de estos últimos pronunciamientos, se abrió una nueva oportunidad para adecuar la configuración de la justicia militar a las pautas propias de una entidad con fisonomía jurisdiccional y un Estado Constitucional.

A lo expuesto debemos añadir la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el Decreto Legislativo 961, que aprobó el Código de Justicia Militar Policial. Esta demanda también fue declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional el 15 de diciembre de 2006 (Expediente 00012-2006-AI), dando así inicio, con todo lo anterior, a un nuevo proceso de reforma de la justicia militar tanto a nivel organizacional como en cuanto a su ámbito competencial.

El Gobierno expresó su interés en el tema al nombrar en agosto de 2006, mediante Resolución Suprema 362-2006-DE/SG, una Comisión *ad-hoc*, presidida por el profesor Domingo García Belaúnde, para que presenten sus planteamientos sobre el particular a más tardar el 31 de octubre de ese año.

Dicha Comisión culminó su labor e hizo entrega de su propuesta final; sin embargo, fue dejada de lado, aprobándose en diciembre de 2006 la Ley 28934, en virtud de la cual se prorrogó la vigencia del marco normativo existente y declarado inconstitucional –sin ninguna modificación– hasta que el Congreso apruebe una nueva ley de justicia militar policial. Con relación al Código de Justicia Militar Policial, dicha Ley estableció que su entrada en vigencia tendría lugar dieciocho (18) meses después de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generaron por la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional.

Como se puede apreciar, la reforma de la justicia militar no tenía visos de llevarse a cabo, por lo menos no en el mediano plazo; debiendo añadir que a la fecha, la citada Ley 28934 viene siendo sometida al control de constitucionalidad del Alto Tribunal⁷.

Muy a despecho de todo lo anterior, el 15 de noviembre de este año, el Congreso de la República aprobó, en primera votación, un esquema de justicia militar policial, que insiste en las inconstitucionalidades declaradas por el Tribunal Constitucional, tanto al momento de pronunciarse sobre los decretos leyes que regulaban la materia, desde la década de los ochenta, como al momento de evaluar la constitucionalidad de la legislación que sobre el particular emitió el Congreso a inicios del año pasado.

Se insiste en que los militares en actividad impartan justicia en materia castrense y que su nombramiento recaiga en el Presidente de la República; elementos que, como veremos, ponen en tela de juicio la independencia de estos jueces. Asimismo, busca mantener la denominada Fiscalía Penal Militar, a pesar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la excepción prevista en el primer inciso del artículo 139 de la Constitución se refiere tan sólo al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, mas no a las atribuciones que son propias al Ministerio Público. Por si lo expuesto no fuera suficiente y sin agotar aquí los problemas que presenta el esquema de justicia militar aludido, se confunden los conceptos de “delito de función” y “delito cometido en ejercicio de las funciones”, lo que se traduce en una ampliación

⁷ Como quiera que en los hechos supuso ampliar el plazo que él mismo había establecido en su sentencia. Dicho caso se viene tramitando bajo el Expediente 005-2007-PI/TC.

de la competencia de los tribunales castrenses que, como todo lo anterior, resulta, a todas luces, inconstitucional.

Si a lo señalado le sumamos el hecho que la justicia militar viene operando en forma precaria, sobre la base de la Ley 28934, comprenderemos la especial preocupación que nos genera la situación aquí descrita.

Hay quienes han cuestionado la aprobación de esta reciente ley de justicia militar policial, por haber tenido lugar con poco más de cincuenta votos y no con los sesenta y uno requeridos para aquellas materias que gozan de reserva de ley orgánica. Sin embargo, en este punto, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición discutible, llegando a sostener que la organización de la justicia militar policial no es materia reservada a una ley orgánica⁸, lo que podría significar, entre otras cosas, que inclusive es delegable al Presidente de la República. Sin perjuicio de esto último, creemos que el problema es más bien de fondo y pasa por asumir la reforma de la justicia militar policial como un asunto que atañe no sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino a todos los que nos preocupamos por promover un escenario de impartición de justicia acorde con un Estado Constitucional.

En ese orden de ideas, el presente trabajo tiene por objeto mostrar al lector un panorama, bastante general por cierto por cuestiones de tiempo y espacio, de la justicia militar peruana. Abordaremos entonces, algunos aspectos que consideramos son los más relevantes, si se pretende asumir la reforma de la justicia militar como una cuestión de primer orden. Para tal efecto, haremos una descripción bastante sucinta del escenario actual para luego evaluar las propuestas de reforma que se han venido esbozando sobre el particular y cuál es el rumbo (si lo hay) de los tribunales militares peruanos, y, en todo caso, cuál, en nuestra modesta opinión, debería ser el norte de esa reforma.

II. ALGUNOS ASPECTOS A SER REFORMADOS EN LA JUSTICIA MILITAR PERUANA

Es necesario tener presente que la fórmula peruana no constituye la única manera de abordar el tema de justicia militar. Por el contrario, la actual regulación en el derecho foráneo de lo que en rigor constituye una competencia (y no una "jurisdicción independiente", como algunos pretenden sostener) nos presenta una interesante variedad de modelos, los cuales pasamos a reseñar de inmediato.

Tenemos así, por ejemplo, el modelo denominado Europeo-Continental, que tiene como exponentes a países como Italia y España. En estos casos se admite la existencia de tribunales militares de forma permanente en tiempo de paz. En España, si bien existen juzgados especializados en lo militar, no se encuentran precisamente integrados, sistemáticamente, al aparato de la judicatura ordinaria la creación de una Sala Quinta de lo Militar al interior del Tribunal Supremo español (lo que sería la Corte Suprema en el caso peruano) permite que ambas organizaciones confluyan en el vértice del llamado Poder Judicial, esto es, en el máximo órgano del aparato de impartición de justicia de dicho país, lo cual contribuye, además, a la vigencia del principio de unidad jurisdiccional. Como veremos posteriormente, esta última fórmula fue acogida en la legislación peruana emitida a inicios del 2006, aunque con algunos matices. En Italia, por su parte, la denominada justicia militar también existe de forma permanente en tiempo de paz y sus resoluciones son susceptibles de ser revisadas por la judicatura ordinaria.

Por otro lado, tenemos el modelo anglosajón, con la variante del caso norteamericano. Este modelo se caracteriza, no por la permanencia de tribunales militares en tiempo de paz, sino por el hecho que éstos son expresamente convocados, cuando las circunstancias del caso en cuestión así lo ameriten. Las resoluciones que dictan son, además, revisables en sede ordinaria, bajo determinados supuestos y requisitos⁹.

⁸ En este sentido se encuentra el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 0022-2004-AI/TC, en donde al aludir al Decreto Ley 23201, señala que la regulación de la justicia militar constituye una materia que según la Constitución peruana vigente no goza de reserva de ley orgánica. Evidentemente, el supremo intérprete de la Constitución no ha ponderado los alcances de una afirmación de esa naturaleza justamente frente a las consecuencias que ella podría traer consigo si tomamos en consideración otros dispositivos constitucionales como son los artículos 101 y 104 del texto constitucional.

⁹ A mayor abundamiento: MAYERS, Lewis. "El Sistema Legal de los Estados Unidos". Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1969, pp. 473 y siguientes.

En países como Francia y Alemania, la presencia de la justicia militar se limita a tiempo de guerra, no existiendo entonces tribunales militares en tiempo de paz.

En el caso de América Latina, en líneas generales, se ha recogido el modelo Europeo-Continental que aquí, muy sucintamente, hemos descrito¹⁰. Así lo demuestra la Constitución de Brasil (véase en este sentido lo recogido en los artículos 92, 122 y 123), Colombia (específicamente en los artículos 116, 213 inciso cinco y 221), Ecuador (en el artículo 187), El Salvador (en el artículo 216), Guatemala (según lo establecido en el artículo 219), Honduras (de conformidad con el segundo párrafo del artículo 90), México (siguiendo lo señalado en el artículo 13), Nicaragua (conforme lo establece el artículo 93), Paraguay (de acuerdo con lo establecido en el artículo 174), Perú (como es de conocimiento general, según lo señala el artículo 173 y el primer inciso del artículo 139), Uruguay (en la línea de lo señalado en el artículo 253), Venezuela (en el artículo 261), entre otros.

Los expuestos son algunos de los modelos que encontramos en el Derecho Comparado en general y en América Latina en particular. Justamente en esta coyuntura en que se debate la justicia militar, qué duda cabe, es interesante y hasta útil evaluar otras experiencias, en busca de una fórmula que permita garantizar un escenario de impartición de justicia en materia castrense acorde con el Estado Constitucional, donde el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales constituyen en buena cuenta su fin último.

Uno de los temas que se aborda frecuentemente al tratar la llamada justicia militar es el de su relación con los principios jurisdiccionales de unidad, exclusividad e independencia. Y es que esta convivencia no ha sido siempre pacífica. Lo

ocurrido en el caso peruano y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el particular pueden dar fe de ello¹¹. En efecto, un escenario de impartición de justicia con jueces sometidos a principios como los de subordinación y obediencia jerárquica, o una configuración orgánica que pone en tela de juicio la vigencia del mismo principio de unidad, son tan sólo algunos de los problemas que aquejan, constantemente, a la justicia castrense y que ponen de relieve la, innecesariamente, difícil relación que ha existido en el Perú entre los tribunales militares y principios jurisdiccionales, como los mencionados.

Llama poderosamente la atención que, pese a la insistencia que ha hecho el Tribunal Constitucional y autorizados sectores doctrinarios sobre el particular, se persista con regulaciones que, como veremos, no hacen más que retrasar un cambio en el Perú tantas veces aclamado como postergado.

1. ¿Justicia Militar dentro o fuera del Poder Judicial?

Pasando a analizar la regulación constitucional de la justicia militar peruana, debemos decir que la confusa fórmula acogida por el constituyente de 1993 nos obliga a determinar si es correcto hacer referencia a una manifestación de la jurisdicción del Estado a título de excepción frente al principio de unidad jurisdiccional constitucionalmente reconocido, pues el artículo 139 de la Constitución vigente pareciera consagrar a los tribunales militares ésta connotación.

La jurisdicción viene a ser, en líneas generales, aquel poder-deber del Estado de resolver conflictos de intereses o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada generando un clima de paz social en justicia¹². Este poder es por definición único y es el Estado

¹⁰ Domingo García Belaúnde sistematiza de la siguiente manera las fórmulas existentes en Latinoamérica al respecto:

- a) Jurisdicción militar aparte, pero bien puede tratarse de una jurisdicción especial como es el caso de Venezuela, o de una jurisdicción distinta, como ocurrió en México hasta 1996, pero revisable en sede ordinaria.
- b) Jurisdicción militar no integrada en el Poder Judicial y tipificada como "tribunales esencialmente administrativos", cuyas decisiones son revisables en sede judicial. Es el caso de Argentina.
- c) Jurisdicción militar incorporada sistemáticamente al Poder Judicial, como ocurre en Brasil.
- d) Ausencia de jurisdicción militar, como en Panamá.

e) Jurisdicción militar paralela e independiente de la judicatura ordinaria, con escasas, por no decir casi nulas, posibilidades de que sus decisiones sean revisables por el fuero común, que es finalmente la situación del Perú. En su trabajo: "La jurisdicción militar en América Latina (la unidad de jurisdicción en algunos países del área)". En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVII. Número 13. Trujillo: Editora Normas Legales. Octubre-diciembre de 1997. pp. 121 y siguientes; también en: ETO CRUZ, Gerardo. "La Justicia Militar en el Perú". Trujillo: Empresa Editora Nuevo Norte S.A. Enero de 2000. pp. 49.

¹¹ El Tribunal Constitucional peruano, como hemos adelantado, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema al resolver las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la múltiple legislación que ha pretendido abordar, aunque de manera bastante insuficiente, la configuración orgánica y competencial de los tribunales militares peruanos.

¹² Aquí hemos hecho nuestra, en líneas generales, la definición de jurisdicción esbozada por MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al proceso civil". Tomo I. Bogotá: Themis. 1996. p. 213.

el legitimado para ejercerlo, precisamente de ahí deriva el principio de unidad jurisdiccional. Por consiguiente, no se admite la convivencia de otra potestad jurisdiccional, mas que la que corresponde al Estado mismo.

El principio de unidad suele escindirse en dos aspectos, uno orgánico y otro funcional¹³. El primero supone que, en tanto la jurisdicción del Estado es una y éste se encuentra al servicio de los individuos en igualdad de condiciones, todos serán sometidos a tribunales comunes. Así se busca fortalecer sobre todo el principio de igualdad¹⁴, pues en esta lógica los fueros privativos o personales se encuentran absolutamente proscritos¹⁵.

El segundo aspecto –el funcional– alude al hecho que en la medida en que se trata de tribunales comunes para todos, éstos deben estar sometidos a los mismos principios y respetar en igual medida los derechos del justiciable. Desde esta perspectiva, entonces, el aparato judicial del Estado funciona en las mismas condiciones para todos los ciudadanos, fortaleciendo, como adelantamos, el principio de igualdad.

Ahora bien, y como se indicó líneas atrás, la redacción del citado artículo 139 del texto constitucional no parece ser muy coherente con las pautas recientemente señaladas: y es que, consagrar, inclusive en el plano constitucional, una

excepción a este principio supone lógicamente que la jurisdicción no es exactamente una, que hay otra jurisdicción aunque a título excepcional, y que bien puede comportarse de manera autónoma, esto es, sin seguir necesariamente las pautas consignadas para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en los otros espacios.

En el Perú, la situación expuesta se agrava por el hecho que usualmente lo excepcional en la práctica se vuelve la regla, contraviniendo así, además, el alcance restrictivo que deberían tener los tribunales militares.

Por lo tanto, si el principio de unidad jurisdiccional buscar preservar –valga la redundancia– la unidad de la jurisdicción, cualquier excepción que se pueda invocar a este principio vulnera radicalmente su esencia, en tanto que ya no estaríamos ante una jurisdicción, sino que estaríamos hablando de hasta dos jurisdicciones (esto sin contar la arbitral, también consagrada en nuestro texto constitucional como una jurisdicción más)¹⁶.

Siendo así, podríamos estar admitiendo la existencia de un “fuero militar” que se comporte de manera autónoma y paralela a la judicatura ordinaria, alejado de principios jurisdiccionales, que es como se asimiló en la práctica esta fórmula en el Perú¹⁷. Consideramos, por lo tanto, y como lo hemos sostenido en anteriores ocasiones¹⁸, que

¹³ Distinción que por cierto manejan autores como: GIL GARCÍA, Olga. “La Jurisdicción Militar en la etapa constitucional”. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. 1999. pp. 38 y siguientes; AROZAMENA SIERRA, Jerónimo. “El Principio de unidad jurisdiccional”. En: AA. VV. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV: del Poder Judicial, Organización Territorial del Estado. Madrid: Civitas. 1991. pp. 3017 y siguientes, y en especial pp. 3039-3040; DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Los principios de unidad, exclusividad e independencia jurisdiccional ante la justicia militar, a partir de un análisis comparativo con el tratamiento dado a la materia en España: aproximaciones al proyecto de reforma constitucional”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LIII. Número 44. Trujillo: Editora Normas Legales. Marzo de 2003. pp. 163 y siguientes; así como DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada”. Lima: Jurista Editores. Mayo 2004. pp. 236 y siguientes; entre otros.

¹⁴ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso”. Lima: Ara Editores. 2003. pp. 375 y siguientes; HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. “Función Jurisdiccional”. Lima: Academia de la Magistratura. 2000. pp. 25 y siguientes.

¹⁵ En este sentido puede revisarse a mayor abundamiento lo previsto en el fundamento jurídico número tres de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

¹⁶ Básicamente, el hecho que los laudos no son susceptibles de ejecutarse sin el consentimiento de la otra parte, pues en dicho supuesto se tendría que recurrir al llamado Poder Judicial para que cumpla con tal pretensión, vendría a cuestionar la fórmula constitucional. Además, el árbitro carece de *coertio*, otro rasgo característico de lo que comprende el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. De ahí que pese a lo importante que ha sido la sentencia emitida por el supremo intérprete de nuestra Constitución en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, a nuestro juicio resultaría necesario precisar que el arbitraje en rigor no constituye manifestación de la función jurisdiccional del Estado, salvo mejor parecer.

¹⁷ Y es que si bien ese fue el entendimiento de aquellos preceptos constitucionales, cierto es que ello no necesariamente se desprende de su texto. En efecto, como ha puesto de relieve la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial 104, intitulado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961” (p. 33), de dichas disposiciones se infieren básicamente dos cosas: la necesaria configuración por el legislador de una especialidad jurisdiccional por la materia; es decir, sólo para conocer delitos de función militar y policial, y la libertad del legislador para radicar dicha especialidad jurisdiccional sea en una organización jurisdiccional independiente, pero sometidas a las exigencias derivadas del principio de unidad jurisdiccional, o al interior de la judicatura ordinaria.

¹⁸ En este sentido puede revisarse nuestro trabajo “La Reforma de la...”. Op. cit. pp. 236 y siguientes; así como “Algunos lineamientos para la reforma de la Justicia Militar en el Perú: Hacia juzgados especializados en la judicatura ordinaria con competencia en delitos militares propios”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 6. Número 43. Trujillo: Editora Normas Legales. Setiembre de 2004. pp. LXXVII y siguientes; “Un juzgado especializado en lo militar como una alternativa de solución ante el problema de la judicatura castrense en el Perú”. En: CARRUITERO LECCA, Francisco y Ricardo VELÁSQUEZ RAMÍREZ (Coordinadores). Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Trujillo: Ediciones BLG. Julio de 2005; entre otros. Aun cuando convendría precisar que si bien por motivos ajenos a nosotros este último trabajo ha sido publicado en el 2004, en rigor constituye la ponencia que presentamos en el año 2001 en la IV Convención Latinoamericana de Derecho, actividad que tuvo lugar en la ciudad de Lima en los días 23 al 26 de octubre. En todo caso, una versión más actualizada y creemos mejor explicada de nuestra posición sobre el particular bien se puede encontrar en los dos trabajos citados al inicio de esta nota.

es un error que tradicionalmente se haya reconocido a la llamada jurisdicción militar como una excepción al principio de unidad¹⁹, trayendo como consecuencia, la supuesta existencia de otra jurisdicción además de la ordinaria al interior de un solo Estado. Y no sólo eso, sino una organización paralela al “Poder Judicial”, que se ha gobernado con sus propias prerrogativas, inspiradas por cierto en los pilares de los institutos castrenses²⁰. Las repercusiones de esta equívoca fórmula constitucional resultan evidentemente contrarias a los principios constitucionales y a los parámetros de todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

Esta preocupación por precisar si, efectivamente, cuando hacemos referencia a la justicia militar en el Perú estamos aludiendo a una excepción no sólo al principio de unidad jurisdiccional, sino también al principio de exclusividad, ha sido atendida por el supremo intérprete de nuestra Constitución en las diversas sentencias que aquí hemos citado. Sobre el particular, es del mayor interés el fundamento jurídico número nueve del pronunciamiento recaído en el Expediente 0004-2006-PI/TC, donde el Tribunal Constitucional determina que:

“...la excepción hecha a favor de la jurisdicción especializada en lo militar puede ser entendida como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial, lo que no implica, (...) que la jurisdicción especializada en lo penal militar pierda su naturaleza “jurisdiccional” y, como tal, se encuentre desvinculada de todos aquellos principios que rigen la función jurisdiccional”.

De lo expuesto, se infiere que no es posible seguir sosteniendo que la justicia castrense constituye una excepción al principio de unidad jurisdic-

cional, en el entendido que quede desvinculada de él. Dicho carácter, en nuestra modesta opinión, resultaba quizá más bien predicable, respecto del principio de exclusividad jurisdiccional, y específicamente atendiendo a su vertiente positiva, la cual se entendía antes como que sólo la judicatura ordinaria o el mal llamado Poder Judicial era el único organismo que podía ejercer la función jurisdiccional del Estado.

No obstante, incluso actualmente mantener una concepción del principio de exclusividad jurisdiccional como la reseñada, con organismos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones que también imparten justicia con las prerrogativas de la jurisdicción del Estado, y por lo tanto deben sujetarse también a principios jurisdiccionales y respetar en igual medida los derechos de los justiciables, parece no ser la respuesta a las nuevas circunstancias.

Muy a despecho de lo recientemente afirmado, es importante destacar que de ese reconocimiento a título de excepción en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado frente a la judicatura ordinaria que le confiere la Constitución a los tribunales militares, tal como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, se deducen fundamentalmente dos consecuencias que es menester destacar. La primera de ellas es que por tratarse de una excepción en la Carta Magna, su interpretación debe realizarse siempre de modo restrictivo y no extensivo. Esto último puede constituir un buen punto de partida para apuntalar mejor y con mayor convicción la conocida *vis atractiva* que debe existir hacia la judicatura ordinaria en cuanto a la competencia de la justicia castrense. En otros términos, que en caso exista una duda razonable entre tramitar el caso ante los jueces comunes o

¹⁹ No obstante, hay quienes sí parecieran admitir la excepcionalidad de la justicia castrense frente a la unidad de la jurisdicción. En esta línea de pensamiento se encuentra: ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. “Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares: comentarios a la resolución del conflicto de competencia en el caso La Cantuta”. En: HURTADO POZO, José (Director) y Yolanda DOIG DÍAZ (Coordinadora). La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de derecho penal 2001-2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. 2002. p. 276. Asimismo, en España, a criterio de Verónica López Yagues, la justicia castrense correría esa misma suerte. Ello se desprende de su trabajo “Medidas cautelares de carácter personal en el marco de la jurisdicción militar española y la peruana. Un estudio comparado”. En: HURTADO POZO, José (Director) y Yolanda DOIG DÍAZ (Coordinadora). La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. 2002. pp. 140-141.

²⁰ Es más, la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, como se ha tenido oportunidad de denunciar (sobre el particular puede revisarse: “Nueva Ley de Organización de la Justicia Militar: Un maquillaje legislativo”. Justicia Viva Mail 221. 19 de enero de 2005; y DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier. “La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes”. Lima: Fundación Honrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado. Abril de 2006. pp. 104-105) y ha confirmado el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fecha 17 de abril de 2006 (Expediente 004-2006-PI/TC) y 13 de junio de 2006 (Expediente 0006-2006-PI/TC), mantenía aquella estructura y organización paralela a la judicatura ordinaria. En efecto, la normativa hoy declarada inconstitucional establecía una justicia castrense que se manejaba con su propio pliego presupuestal, un estatuto de personal diferenciado (contradictorio, por cierto, con el principio de independencia jurisdiccional), régimen y autoridad de control interno distinto al de los jueces comunes, así como una institución encargada de su particular capacitación.

los militares, la balanza debe inclinarse siempre a favor de los primeros.

En segundo término, de aquella excepción en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado se infiere que el legislador, al organizar los tribunales castrenses, no puede desconocer los principios constitucionales propios de los organismos que ejercen la función jurisdiccional del Estado²¹, lo cual, como además ha puesto de relieve el mismo supremo intérprete de nuestra Constitución, no debe suponer que deba estar necesariamente organizada al interior del Poder Judicial. En definitiva, el Tribunal Constitucional ha dejado en manos del Congreso de la República el decidir el nivel de relación entre los tribunales militares y el Poder Judicial.

Ahora bien, en relación con el principio que es materia de análisis, la legislación emitida en enero del 2006 adoptó una fórmula que no es innovación nuestra, sino una adaptación de la manera como se configura la organización de la justicia militar española. Nos referimos a la creación, incluso antes anunciada²², de la Sala Penal Militar Policial al interior de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en España, al interior del Tribunal Supremo se encuentra la denominada Sala Quinta de lo Militar²³, que constituye, según lo señalado por autorizada doctrina de ese país²⁴ y el mismo Tribunal Constitucional español²⁵, un elemento que busca fortalecer la vigencia de los principios jurisdiccionales ante los tribunales militares.

Y es que en dicho país, si bien los tribunales de grados inferiores no se encuentran integrados en

la organización del llamado Poder Judicial español, ello sí se ha buscado obtener, por lo menos, en su vértice; por lo que se optó por la creación de la llamada Sala Quinta de lo Militar al interior del Tribunal Supremo.

Como referimos líneas arriba, la Ley 28665 recogió una fórmula hasta cierto punto similar a la experiencia española. De acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la misma, la Corte Suprema de Justicia de la República contaría con una Sala Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y las disposiciones de dicha ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano, en el entendido que el principio de unidad jurisdiccional exige que los órganos que integran la judicatura ordinaria deben contar con un estatuto jurídico propio y único²⁶, declaró inconstitucionales aquellas disposiciones que, sea en su totalidad o en parte, permitían justamente la existencia de un estatuto jurídico especial a favor de esta última Sala Penal Militar Policial²⁷ sin una justificación razonable. De esta manera señaló en su sentencia de fecha 17 de abril de 2006 (Expediente 004-2006-PI/TC):

“...se vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional y, consecuentemente, el principio de independencia judicial cuando se crea un estatuto jurídico especial (Ley 28665) que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de un órgano jurisdiccional (la Sala Suprema Penal Militar Policial), que pese a pertenecer al Poder Judicial, no se encuentra vinculado a las

²¹ En este sentido véase el fundamento jurídico número nueve de la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

²² Véase sobre el particular nuestros trabajos “Apuntes sobre el actual escenario de la revisión de las decisiones de los tribunales militares por la judicatura ordinaria en el Perú. A propósito del proceso de reforma de la justicia militar que se viene llevando a cabo en nuestro país”. En: Revista Jurídica del Perú 63. Año LV. Trujillo: Editorial Normas Legales. Julio/agosto de 2005. pp. 83 y siguientes; “¿Sala Militar al interior de la Corte Suprema de Justicia peruana?”. En: Revista Española de Derecho Militar 85. Madrid: Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Ministerio de Defensa. Enero-junio 2005. pp. 253 y siguientes.

²³ Esta Sala fue incorporada al Tribunal Supremo español producto de una modificación efectuada por la sexta disposición final de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar española, al artículo 55 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial español.

²⁴ GIL GARCÍA, Olga. Op. cit. pp. 48-49; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Jurisdicción Militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”. En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde. Lima: Grijley. 1997. pp. 150-151.

²⁵ Para el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 113/1995, de 6 de julio:

“La adaptación de la jurisdicción militar a los principios constitucionales y a las garantías que éstos brindan a los justiciables se ha llevado a efecto por la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que (...) culmina con la creación en el Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar, en la cúspide del poder judicial. El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo”.

²⁶ Lo que no se cumplía al interior de la Sala Penal Militar Policial en la medida en que se establecían reglas distintas tanto para su organización como para los magistrados que la integrarían, y específicamente para los provenientes del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial.

²⁷ Nos referimos, entre otros, a los artículos 8, 12.3, 14 y la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley 28665.

reglas básicas de organización y funcionamiento establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial" (Fundamento Jurídico número 35).

En el mismo entendido se encuentra el pronunciamiento del supremo intérprete de nuestra Constitución recaído en el Expediente 006-2006-PI/TC, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima también contra la Ley 28665:

"...es inconstitucional el artículo 73º por vulnerar el principio de unidad de la función jurisdiccional, toda vez que en aspectos básicos como el régimen disciplinario, exenciones o excusas, entre otros, supeditan la actuación de los magistrados de la Sala Suprema Penal Militar Policial –en tanto que integrantes del denominado Cuerpo Judicial Penal Militar Policial–, a las disposiciones de la Ley 28665, y no a la Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a que orgánicamente pertenecen a este poder del Estado" (Fundamento Jurídico número 17).

Como se habrá podido percibir, existe una estrecha relación entre el principio de unidad y el de independencia, toda vez que:

"... la clave del principio de unidad se residencia en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de una "organización judicial ordinaria", entendiendo por tal aquella que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento"²⁸.

Somos de la opinión que, si bien el principio de unidad jurisdiccional no necesariamente obliga a tener que incorporar la justicia militar al aparato del Poder Judicial como una suerte de juzgados especializados con los correspondientes cambios que esto traería consigo a nivel de Corte Superior e inclusive Corte Suprema; ello sí constituye una alternativa que no debiera dejarse de lado. En definitiva, ello supondría no regular la justicia militar policial en una ley aparte y pasaría más bien a ser regulada al interior de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, los efectos prácticos de una propuesta de esta naturaleza se desprenden por sí solos, esto es, la impartición de justicia en materia castrense tendría que darse tal como se lleva a cabo para las otras especializaciones jurisdiccionales que integran el Poder Judicial.

En otras palabras, los jueces militares y los tribunales castrenses tendrían que respetar y garantizar la vigencia de principios jurisdiccionales, como los aquí citados, y respetar en igual medida los derechos de los justiciables. Estarían, asimismo, sometidos al mismo estatuto judicial que los demás jueces de la judicatura ordinaria, lo que supone no sólo exigencia de requisitos, hasta cierto punto similares, sino también su sometimiento al mismo régimen disciplinario y de ascenso. Las ventajas de una propuesta de esta naturaleza redundan no sólo en la vigencia del principio de unidad jurisdiccional, sino también de los principios de independencia y exclusividad, principios cuya eficacia a nivel de la justicia militar también viene siendo objeto de constantes cuestionamientos.

Otra opción interesante adoptada por la Ley 28665 y que en los hechos se aproxima a la fórmula española, es la de mantener los tribunales inferiores alejados del Poder Judicial, pero garantizar su vinculación con dicho organismo constitucional por medio de la creación de una Sala en su vértice. Sin embargo, el problema en el caso peruano radica en las dificultades y obstáculos que entraña el escenario constitucional de revisión de las decisiones de los tribunales castrenses por la Corte Suprema. Y es que, de una interpretación sistemática de los artículos 173 y 141 del texto constitucional, se desprendería que ello sólo sería posible cuando alguien fuera condenado con pena de muerte ante la justicia militar, lo que resultaría casi imposible si tomamos en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano al respecto, específicamente frente a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal Constitucional peruano ha visto la manera de interpretar dicho marco constitucional, de tal modo que abra la puerta a un escenario más amplio de revisión por parte de la Corte Suprema de las decisiones adoptadas por los jueces castrenses. En términos del Tribunal Constitucional peruano:

"...atendiendo a la mencionada potestad de libre configuración del Legislador, éste puede establecer, como competencia orgánica, una Sala Penal Militar de la Corte Suprema para el conocimiento, vía recurso de casación, de lo resuelto en la jurisdicción militar. Esto último requiere, evidentemente, de la diferenciación entre la "competencia

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit. pp. 146-147.

material" y la "competencia orgánica" de la Corte Suprema de Justicia de la República para conocer el recurso de casación respecto de la jurisdicción militar. En cuanto a la "competencia material", como ya se ha adelantado, esta se desprende de una interpretación conjunta de los extremos finales de los artículos 141 y 173 de la Constitución, que señalan que la Corte Suprema conocerá, en casación, aquellos casos en los que se haya impuesto la pena de muerte. De este modo, se impone una revisión por parte del poder jurisdiccional "civil", respecto de la pena de muerte aplicada por el poder jurisdiccional "militar". En cambio, en la "competencia orgánica", el Poder Legislativo, conforme a sus atribuciones constitucionales, al diseñar la organización de la jurisdicción "militar", le puede otorgar a la Corte Suprema, mediante una sala especializada, la competencia para conocer el recurso de casación contra las resoluciones que se expidan en la jurisdicción militar. En este caso, no se trata de la revisión "civil" de la pena de muerte aplicada por la jurisdicción "militar", sino de la organización de esta por parte del Legislador, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales²⁹.

A lo expuesto, habría que añadir que, de aceptarse lo planteado por la Ley 28665 y en la medida en que ello supondría una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el estatuto judicial al cual tendrían que someterse los integrantes de la Sala Penal Militar Policial creada al interior de la Corte Suprema, tendría que ser el mismo que rige para las demás salas de la Corte Suprema, exigencia que no resultaría predicable para las demás instancias de la justicia militar, pues éstas no estarían inmersas en la organización del Poder Judicial.

2. ¿Militares en actividad ejerciendo la función jurisdiccional del Estado en materia castrense?

Como habíamos dicho, otro de los principios jurisdiccionales, cuya vigencia se pone sobre todo en entredicho en la justicia castrense, por la tendencia manifiesta en cuanto a las personas llamadas a ejercer la función jurisdiccional del Estado en dicha materia, es indudablemente el de independencia. Es frecuente encontrar que los integrantes de los tribunales militares son nada

menos que los propios miembros de los institutos armados; es decir, militares en actividad, lo que se agrava por el hecho que en muchas ocasiones son nombrados por el gobierno de turno y no se les exige el conocimiento de Derecho, esto es que sean abogados, siendo suficiente con que ostenten el *saber* militar.

La independencia judicial podría ser definida como aquella institución jurídica que busca enmarcar la actuación del juzgador dentro de los mandatos del ordenamiento jurídico, evitando que otros órganos u organismos participen y distorsionen la interpretación y aplicación que él haga del Derecho³⁰.

El principio de independencia jurisdiccional es entendido por la doctrina bajo dos perspectivas: una externa que alude a la prohibición de la injerencia de los otros organismos u órganos estatales en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, prohibición que está dirigida sobre todo a los organismos políticos como es el caso del Congreso y el Gobierno; y otra interna, que hace referencia a la proscripción de eventuales intrusiones o presiones al interior del ente mismo que se encuentra investido de esta función. Tenemos, entonces, que el aspecto externo busca proteger a la organización jurisdiccional en su conjunto y es lo que denominamos propiamente "autonomía", y el aspecto interno, a una visión individualizada del juez, que llamamos "independencia".

Entrar a analizar con detalle cómo es que el principio de independencia jurisdiccional se ve lesionado cuando son militares en actividad los que se encargan de juzgar los delitos castrenses nos obligaría, sin lugar a dudas, a extendernos más allá de los límites establecidos para la elaboración de este trabajo, aunque la principal razón no es difícil de detectar. Básicamente, el hecho que los militares en actividad se encuentran sometidos a una subordinación jerárquica fundamentada en la disciplina es tal vez el principal motivo por el cual manifestamos nuestros serios reparos con una fórmula que parece ser la imperante. A lo dicho, podemos añadir que los militares en actividad están expuestos a constantes cambios de destino, lo que pone en entredicho la

²⁹ Fundamento jurídico 27 de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 29 de marzo de 2006, recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

³⁰ REQUEJO PAGÉS, Juan Luís. "Jurisdicción e Independencia Judicial". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 164.

inamovilidad en el cargo, pauta que busca justamente garantizar condiciones de independencia del juzgador, y, lo que es peor, dichos cambios no necesariamente suponen continuar en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, con los inconvenientes que ello trae consigo para la consolidación de una carrera judicial en materia castrense³¹.

A lo expuesto, podemos sumar el hecho que el militar en actividad que juzga no se aleja de las labores castrenses que le corresponden, lo cual pone en cuestión la perspectiva negativa del principio de exclusividad jurisdiccional, el cual exige que las personas a quienes se confía el ejercicio de la potestad de impartir justicia con las prerrogativas de la jurisdicción del Estado se dediquen exclusivamente a esta última tarea y no a otra, con excepción de la docencia, según establece el artículo 146 de nuestra Constitución.

Debemos confesar, pues, nuestra sorpresa cuando pese a pronunciamientos como el siguiente – recogido por cierto en la sentencia que dio lugar a la legislación cuya inconstitucionalidad venimos comentando– se haya insistido con una regulación que busca mantener a los militares en actividad en calidad de juzgadores:

“...el hecho de que los tribunales militares sean conformados en mayoría por “oficiales en actividad”, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, en principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones

jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales”³².

En efecto, muy a pesar de argumentos tan contundentes como el citado, la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial insistió, en su artículo 16, que regulaba la composición y organización del Consejo Superior Penal Militar Policial, que éste estaría conformado por diez (10) vocales superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente, en situación de actividad. El numeral 2 del artículo 24 de la misma Ley establecía que los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales estarían compuestos por tres (3) vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad.

No debe, entonces, llamarnos la atención que el Tribunal Constitucional peruano, a través de sus sentencias de fecha 17 de abril de 2006 (Expediente 0004-2006-PI/TC) y 13 de junio de 2006 (Expediente 0006-2006-PI/TC), haya optado por declarar inconstitucionales disposiciones como las citadas o el artículo 31, que establecía que los jueces penales militares policiales ostentarán el grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad.

A lo expuesto, como adelantamos, se suma el problema de la tecnificación del juez militar. Y es que si el principio de independencia jurisdiccional comprende, como es de conocimiento general, el sometimiento de los jueces a la ley –no debiendo entonces interferir en la aplicación que hagan de ella criterios o elementos ajenos a los contemplados en la norma jurídica³³ – ello supone, lógica-

³¹ A mayor abundamiento sobre el particular puede verse nuestros trabajos: “Noticia sobre la independencia de los jueces militares en América Latina: observaciones y propuestas con miras a consolidar un escenario de impartición de justicia acorde con el Estado de Derecho”. En: Revista Jurídica del Perú 57. Año LIV. Trujillo: Editorial Normas Legales. Julio/agosto de 2004. pp. 159 y siguientes; “Un breve análisis de las condiciones del juez militar actual frente a los presupuestos de independencia judicial y algunos alcances sobre la cuestionada “autonomía” de la justicia castrense: una mirada a las propuestas de reforma constitucional sobre el particular”. En: Revista de Derecho Foro Jurídico 1. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I. Lima. Diciembre de 2002. pp. 71 y siguientes; “La Reforma de la...”. Op. cit. pp. 69 y siguientes; entre otros. Las sentencias del Tribunal Constitucional al respecto también son de las más ilustrativas para comprender las incompatibilidades que se generan como consecuencia de que un militar en actividad desempeñe labor jurisdiccional. Véase las sentencias recaídas en los Expedientes 023-2003-AI/TC; 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC.

³² En su sentencia de fecha 9 de junio de 2004 recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC.

³³ MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y Alberto MONTON REDONDO. Derecho Jurisdiccional. Tomo I. Parte General. Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1994. pp. 108-112.

mente, que los jueces, y en este caso los militares, conozcan la ley.

Al respecto –y tratando de superar los problemas que presentaba la anterior legislación en ese aspecto³⁴– la Ley 28665 exigía como requisito para ser juez militar, contar con formación jurídico-militar, pero circunscribía el ámbito de postulantes a dicho cargo a aquellas personas que integraran el Cuerpo Jurídico Militar. En definitiva, teníamos a jueces conocedores de Derecho, pero que permanecían en la situación de actividad al interior de las Fuerzas Armadas.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia recaída en el Expediente 006-2006-PI/TC, declaró inconstitucionales los extremos relativos a aquella exigencia prevista en el artículo XI del Título Preliminar de la Ley 28665. Así, luego de aplicar el *test* de igualdad al requisito consistente en contar con *vivencia militar*, en la medida que excluía a aquellas personas que, “...teniendo un conocimiento óptimo de la especialidad penal militar, se ven imposibilitadas de ejercer las funciones judicial y fiscal...” (Fundamento Jurídico número 30), ha destacado que:

“...las medidas legislativas cuestionadas, que limitan los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y de trabajo de aquellas personas que teniendo una óptima especialización en materia militar no han tenido “vivencia militar” y no se encuentran formando parte de un cuerpo jurídico de las Fuerzas Armadas y Policiales, no resultan absolutamente necesarias para la consecución del fin que se pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, mediante un estricto sistema de evaluación de los conocimientos sobre la especialidad penal militar o a través de la implementación de mecanismos, tales como el establecido en los párrafos 16.3, 24.4 y 30.3 de la ley cuestionada en autos, según los cuales, cada sala, un vocal instructor, un juez y/o el procesado “pueden, para mejor resolver, contar, a su solicitud, con la opi-

nión de por lo menos un oficial de armas, de comando o policial de la institución a la que pertenece; para que informe en relación con los temas estrictamente castrenses y/o policiales materia del proceso”, entre otras, pero no limitando innecesariamente, en todos los casos, que personas que poseen conocimientos especializados en materia penal militar, pero que no han vivido en institutos castrenses, ni forman parte de un cuerpo jurídico-militar, ejerzan la función judicial o la función fiscal...” (Fundamento Jurídico número 28).

En síntesis, superado el problema de la exigencia de conocimientos de Derecho, la independencia del juez militar se pone en entredicho cuando son militares en actividad los que juzgan, los cuales, entre otras cosas, por consideraciones de grado y antigüedad, se encuentran expuestos a sufrir presiones o injerencias en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en materia castrense. Y es que, inclusive, el disponer que el juez militar ostente un grado mayor al del imputado no garantiza una impartición de justicia independiente, ya que la antigüedad es otro factor que influye especialmente en el ámbito militar.

En efecto, de nada sirve que el juez militar sea de mayor grado que la persona que va a ser juzgada si ésta es más antigua, pues el espíritu de cuerpo podría operar en perjuicio de dicho juez, toda vez que sus promocionales sí podrían ostentar un grado mayor al del juez y entonces podría encontrarse expuesto a sufrir presiones o injerencias por parte de aquellos al momento de resolver la situación del imputado. Es necesario tener presente que no es nuestra intención poner en tela de juicio la honestidad o probidad de las personas llamadas a impartir justicia en materia militar, sino que la independencia judicial es un derecho, un principio, pero también una garantía de un proceso justo, esto es, de un debido ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Es más, si precisamente los jueces militares son probos y honestos, debemos preocuparnos por impedir que esa honestidad y probidad sea puesta en cuestión, para lo cual no contribuye la condición de militar en actividad.

³⁴ Sin embargo, lo que consagraba la hoy derogada Ley Orgánica de Justicia Militar peruana (Decreto Ley 23201) en su artículo 6 distaba mucho de reflejar nuestra última afirmación. Dicho artículo establecía que el Consejo Supremo de Justicia Militar estaba compuesto por diez Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de ellos como vocales, uno en las veces de Auditor y el último en el cargo de Fiscal General. Ahora bien, dicho precepto señalaba expresamente que de los ocho vocales mencionados, tres debían ser del Cuerpo Jurídico Militar, lo mismo en los casos del Auditor General y el Fiscal General.

Por consiguiente, en la medida que la potestad de impartir justicia (de resolver los conflictos de intereses o las situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada) es confiada a los vocales, resultaba que la gran mayoría de ellos, esto es, cinco de los ocho, no necesariamente eran conocedores del Derecho, aspecto a ser considerado para el ejercicio de una instancia con atribuciones jurisdiccionales con carácter represivo.

Aquí, indudablemente, también cobra relevancia el tema del nombramiento de los jueces militares. Actualmente, de conformidad con el artículo 172 de la Constitución, es el Presidente de la República el que decide el ascenso de los altos mandos de las Fuerzas Armadas, nada menos que quienes impartirán justicia en el máximo nivel de la justicia militar. Es posible constatar, entonces, un espacio de injerencia en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, que es preciso eliminar. Sobre el particular, la Ley 28665 estableció un régimen transitorio que iba a estar vigente por un tiempo excesivo y que suponía una intervención bastante restringida del Consejo Nacional de la Magistratura, lo que, en nuestra modesta opinión, en modo alguno se ajustaba a los parámetros constitucionales que regulan la actuación de este último organismo constitucional.

Nosotros proponemos a este respecto y guardando coherencia con lo sostenido líneas arriba, con relación a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, que los militares en actividad no deberían impartir justicia, por lo menos no mientras sigan presentando las deficiencias que conllevan a poner en tela de juicio el ejercicio independiente de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es importante exigirles formación jurídica y conocimientos en materia penal militar, ello no debe llevarnos a pensar que la única alternativa posible son los militares en actividad. Los militares en situación de retiro y que sean abogados, así como los civiles con la debida formación jurídico-militar, constituyen, en nuestra modesta opinión, opciones que no debieran ser dejadas de lado. Incluso, de existir cuestiones demasiado técnicas y que sólo el oficial de armas conoce, consideramos, que para esos casos, es posible convocar a un peritaje, en el cual, dicho oficial ilustre al tribunal, para que éste adopte una mejor decisión.

Indudablemente, y siendo consecuentes con lo expresado hasta aquí, estimamos que el Consejo Nacional de la Magistratura viene a ser la entidad constitucionalmente habilitada para el nombramiento de los jueces militares. Además, ello permitiría garantizar la tecnicidad e idoneidad de sus miembros, alejando así cualquier injerencia por

parte de organismos de carácter político en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en materia militar.

3. ¿Qué debe conocer un Tribunal Militar?

Delimitar la competencia de nuestros tribunales militares es, quizá, una de las tareas que ha cobrado mayor importancia en la actualidad. Ello se debe, entre otras cosas, a las exigencias de contar con un escenario de impartición de justicia en materia militar respetuoso de los elementos que corresponden a un proceso justo.

La Constitución Política del Perú de 1979 reconocía a los jueces militares competencia para conocer los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, los delitos de traición a la patria cometidos por civiles en caso de guerra exterior, así como las infracciones a las normas del servicio militar obligatorio³⁵.

Posteriormente, la Constitución de 1993 amplió, discutiblemente, el abanico competencial de esta especialización jurisdiccional con carácter evidentemente restrictivo, para conocer, además de los ya citados delitos de función en que incurra el personal militar y policial, y de las contravenciones a la normatividad del servicio militar obligatorio³⁶, los delitos de terrorismo y de traición a la patria en caso de guerra –suprimiendo el término “exterior” consagrado en el texto constitucional de 1979– cometidos por civiles.

Era clara la intención de esta última medida en un contexto de lucha antisubversiva y quebrantamiento del Estado Constitucional. El hecho que la Constitución de 1979 estableciera como circunstancia que justificaba el juzgamiento de civiles por tribunales militares la comisión del delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, permitía delimitar un parámetro claro ante cualquier eventual intención de ampliar su competencia para supuestos de lucha interna y así trastocar su naturaleza para constituirse en un instrumento de opresión a disposición del gobernante de turno.

Es más, como se señala en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, de fecha 3 de enero de

³⁵ Puede revisarse respecto de los alcances de la justicia castrense durante la vigencia de la Constitución de 1979: PAREJA PAZ SOLDÁN, José. “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979”. Tercera edición. Lima: Ediciones Justo y Valenzuela. 1984. pp. 439-441; 605 y siguientes; así como: SÁENZ DÁVALOS, Luis. “Jurisdicción común vs. Jurisdicción militar (Reflexiones sobre la controversia funcional)”. En: Lectura sobre Temas Constitucionales 5. Lima: Comisión Andina de Juristas. 1990. pp. 51 y siguientes.

³⁶ Actualmente, en nuestro país ya se ha consagrado un régimen de servicio militar voluntario, lo cual también ha traído como consecuencia algunos cambios en lo que se refiere a la competencia de los jueces militares, situación que será comentada luego en el apartado que corresponda de este trabajo.

2003, recaída en el caso “Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos” (Expediente 010-2002-AI/TC) en su fundamento 96, en el debate constituyente:

“...muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173° de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria”³⁷.

El supremo intérprete de la Constitución ha señalado, tiempo después, que del artículo 173 del texto constitucional no necesariamente se debe deducir la ampliación de la competencia de los jueces castrenses para juzgar a civiles; así aduce:

“...el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional puede efectuarse.

En efecto, una interpretación del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino sólo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Tal interpretación de la norma constitucional, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos

seguidos contra civiles, aún en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación al derecho constitucional al juez natural”³⁸.

No obstante, así no se interpretó ni aplicó el citado precepto constitucional. Es más, a pesar que es la Constitución de 1993 la que incluye el delito de terrorismo dentro de la competencia de la justicia castrense al máximo nivel normativo, el traslado de las causas de civiles que supuestamente habían incurrido en este delito a este fuero, tuvo lugar antes de la entrada en vigencia de la misma.

Es importante tener presente que el protagonismo de los tribunales militares en nuestro país no se debe sólo a los, ya bastante cuestionados, procesos seguidos contra civiles, sino también a la existencia o utilización de ciertos preceptos legales para incluir dentro de su competencia a otros sujetos que presentan ciertas cualidades especiales que los vinculan de alguna manera a los institutos castrenses, como es el caso de los empleados civiles que laboran en institutos armados. Mención aparte merecen también los casos en los que se ha visto un afán por ampliar la competencia de la justicia militar para el conocimiento de delitos comunes, como es el caso de violaciones de derechos humanos, o incluso de procesos constitucionales. No podemos dejar de mencionar el juzgamiento de militares en situación de retiro y disponibilidad por tribunales castrenses, lo cual, también afortunadamente, hoy no admite mayor discusión.

El tema pasa, pues, por entender la real dimensión de lo que supone hacer referencia al “delito de función”, que es la materia a la que debieran abocarse los tribunales militares. El delito de función, como es de conocimiento general, es un delito especial propio, en tanto se trata de una conducta delictiva que sólo puede ser cometida por determinadas personas, en razón de las especiales cualidades que ostentan. Va a ser el ejercicio de funciones particulares orientadas a proteger, además, ciertos bienes jurídicos específicos, lo que va a circunscribir la comisión de estos delitos a

³⁷ En efecto, lo anotado por el Alto Tribunal guarda relación con lo señalado por la Congresista Flores Nano en la 76 (Matinal) sesión del miércoles 23 de junio de 1993:

“Por razones más prácticas que conceptuales o doctrinarias, nosotros le hemos dado a la justicia militar competencia en asuntos que conciernen a civiles. Yo avalo esta posición: creo que en las circunstancias actuales es importante.

Ayer participé en un evento en el que doctor Marcial Rubio decía –creo que con razón– que la mejor ubicación que había que darle a esta norma era la de disposición transitoria. Es decir, señalar con claridad que los peruanos no consideramos que los casos de terrorismo y de traición a la patria deben ser juzgados permanentemente por la justicia militar, sino que partimos de la realidad existente y frente a ella, decimos “Muy bien, el criterio práctico es este”.

³⁸ Sentencia de 3 de enero de 2003. Caso “Marcelino Tineo y Silva y más de 5,000 ciudadanos”. Párrafos 104 y 105 (Expediente 010-2002-AI/TC).

aquellos que se encuentran en posibilidades de ejercerlas, toda vez que solamente ellos, por las funciones que ejercen, se encuentran en condiciones de lesionar o poner en riesgo dichos bienes jurídicos. Ese es precisamente el caso del artículo 173 de la Constitución y la competencia de la justicia militar para juzgar los delitos de función que cometan militares y policías.

En efecto, los tribunales militares sólo deberán conocer aquellos delitos de función en los que incurran los militares o policías. De allí que, a nuestro juicio³⁹, las pautas para determinar un delito, como de competencia de la justicia castrense, debieran ser: que éste sea cometido por un militar o policía, en situación de actividad, en acto de servicio y que lesione un bien jurídico de corte militar o policial. De esa manera, circunscribimos la competencia de dicha instancia jurisdiccional a lo que vendría ser, en estricto, el delito de función militar o policial.

Sin embargo, es bastante frecuente confundir la noción de “delito de función” con “delito cometido en ejercicio de las funciones”, razón por la cual nos permitiremos aquí dejar clara esta distinción, como quiera que el objetivo sea circunscribir el ámbito de actuación de la justicia militar a las materias que, de conformidad con la Constitución, les corresponde.

Hacer referencia a “delito cometido en el ejercicio de las funciones” apunta no a lo que en rigor es un delito de función. Recuérdese que el delito de función suele ser definido como un delito especial propio; por ello mismo, el margen de comisión de dicha conducta delictiva se reduce a aquellas personas que ostentan ciertas funciones particulares, cuyo ejercicio indebido o irregular puede generar la puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos específicamente protegidos e involucrados por las funciones que ellas ostentan. Sin embargo, de la referencia al delito cometido en el ejercicio de las funciones, se infiere que se trata de todo delito, sea de función o común, que ha sido cometido a propósito de la puesta en práctica de las funciones que le han sido conferidas a determinado sujeto.

En efecto, no se trata de un delito de función, pues lo que interesa en relación con el delito

cometido en el ejercicio de las funciones es, como su nombre lo indica, que la conducta delictiva haya sido cometida cuando la persona ejercía las funciones que le fueron conferidas. De allí que, dentro de dicha acepción, por lo menos en nuestra modesta opinión, podamos considerar casos en donde los funcionarios cometan delitos comunes, en caso lesionen precisamente bienes jurídicos de carácter común o general, o de función, de acuerdo con los alcances antes descritos.

Como bien ha señalado la Corte Constitucional Colombiana:

“...no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar; pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policial. El concepto de servicio no puede, equívocamente, extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice”⁴⁰.

Por consiguiente, sólo estando en la situación de actividad, en acto de servicio y cuando se lesione un bien jurídico de corte militar o policial es que, en rigor, puede cometerse el denominado delito de función militar policial. De allí que en el artículo V del Título Preliminar de la Ley 28665 se señala que el margen de actuación de los tribunales castrenses se circunscribe al conocimiento de delitos de función imputables a:

“(...)

- a. Militares y policías en situación de actividad que, encontrándose comprendidos en un proceso ante la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, pasan a la situación de disponibilidad o retiro.
- b. Militares y policías que, encontrándose en situación de disponibilidad o de retiro, se les impute delito de función cometido durante su situación de actividad”.

En tal sentido, un militar en situación de retiro o en situación de disponibilidad no podría ser sometido a la justicia castrense, salvo que el delito haya sido cometido cuando se encontraba en situación de actividad, supuesto en el cual habría

³⁹ A mayor abundamiento sobre el particular puede revisarse DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Tribunales militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente”. Lima: Jurista Editores. Setiembre de 2006. pp. 125-190.

⁴⁰ Sentencia citada por: ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. Op. cit. p. 278.

que evaluar los otros elementos que aquí hemos señalado. Asimismo, en la medida que no todo delito que cometa un militar en ejercicio de sus funciones es considerado delito de función, las violaciones a derechos humanos que tengan lugar deben ser de competencia de la judicatura ordinaria, como quiera que los bienes jurídicos lesionados en modo alguno constituyen bienes jurídicos de carácter militar o policial.

Lo expuesto tiene, además, sustento normativo. La Ley 26926, publicada el 21 de febrero de 1998 en el Diario Oficial "El Peruano", modifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el Título XIV-A referido a los delitos contra la humanidad, que comprende los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas y tortura. Dicha ley se encargará, además, de establecer el artículo 5, en relación con el trámite de los procesos por delitos contra la humanidad, que éstos se llevarán a cabo por la vía ordinaria y ante el fuero común.

Sin embargo, no deja de sorprender que, pese a todo lo señalado hasta aquí, el Código de Justicia Militar Policial, aprobado a través del Decreto Legislativo 961, regulaba al interior del Título II, entre los llamados "Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario perpetrados por personal militar o policial", a los delitos de lesa humanidad como el genocidio (artículo 83 y siguientes)⁴¹.

Asimismo, un adecuado entendimiento de lo que supone un delito de función permite, también, dejar de lado cualquier planteamiento destinado a permitir que los jueces militares conozcan procesos constitucionales. De allí que una lectura de lo establecido en el inciso 7 del artículo 15 de la Ley 28665 generaba una especial preocupación. Y es que de dicho dispositivo se desprendería que también se encontraba dentro de la competencia de los tribunales militares peruanos el conocimiento de procesos constitucionales.

Estábamos, indudablemente, ante una previsión a todas luces cuestionable y que podíamos calificar a primera vista como inconstitucional⁴². Sucede que, no sólo el artículo 173 de la Constitución peruana vigente es muy claro en establecer que a los jueces militares sólo les corresponde conocer de los delitos de función en que incurra el personal militar y/o policial, sino que ya el Tribunal Constitucional con anterioridad y ante una disposición semejante, dejó claramente sentado que la justicia militar no es competente para entrar a pronunciarse sobre procesos constitucionales.

El Tribunal Constitucional peruano, en el caso "Rafael Eduardo Modenesi" (Expediente 757-99-HC/TC⁴³), señaló al respecto que:

"...la jurisdicción militar es competente para conocer asuntos de naturaleza castrense y del juzgamiento de civiles, cuando éstos son sujetos activos de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, mas no para conocer infracciones de naturaleza constitucional, materia que pertenece al ámbito de los órganos jurisdiccionales".

Es por ello que, con posterioridad y a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscalía de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional aquel dispositivo en su sentencia del 29 de marzo de 2006 (Expediente 0004-2006-PI/TC), señalando sobre el particular:

"...el artículo 15, inciso 7, de la Ley 28665 es inconstitucional por vulnerar el artículo 173 de la Constitución que, como ya se ha mencionado, establece el ámbito de competencia material de la jurisdicción especializada en lo militar. En efecto, la referida disposición constitucional ha estable-

⁴¹ Es más, como bien pone de relieve la Defensoría del Pueblo, en ningún momento la Ley 28636, que fue la que le delegó facultades al Gobierno para que elabore y apruebe el Código de Justicia Militar Policial, le autorizó a éste que incorporara el Derecho Internacional Humanitario en la legislación penal nacional.

Al respecto, mediante la Ley 27837, el Congreso de la República encargó a una Comisión Especial revisora del Código Penal la adecuación de dicho texto a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por el Perú y demás instrumentos internacionales, y finalmente elabore un "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal". En ese orden de ideas, muchas de las conductas delictivas recogidas en el Código de Justicia Militar Policial, aprobado por el Decreto Legislativo 961, bajo el título de "Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario" se encuentran en tales tratados, por lo que no correspondía que el Gobierno las contemple como delitos de función militar o policial y mucho menos que entre a tipificarlas en el ordenamiento jurídico nacional, pues era una materia que el Congreso no le había delegado.

⁴² Este tema lo denunciamos en su momento en nuestro trabajo: "La inconstitucionalidad de atribuir a los jueces militares la competencia para conocer procesos constitucionales. A propósito de lo previsto en la Ley 28665". En: Actualidad Jurídica. Tomo 147. Lima: Gaceta Jurídica. Febrero de 2006. p. 142 y siguientes.

⁴³ Sentencia de fecha 15 de octubre de 1999 y publicada el 15 de enero de 2000.

cido que la única materia que puede conocer la jurisdicción militar se encuentra limitada al conocimiento de los procesos penales en los que se verifique la comisión de delitos de la función militar; por lo que, el Legislador se encuentra prohibido de otorgar a esta jurisdicción la competencia para conocer cualquier otro tipo de materias, incluidos, claro está, los procesos constitucionales en los que se verifica la amenaza o vulneración de derechos fundamentales (procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data) y el control de las leyes o normas de rango legal (procesos de inconstitucionalidad de acción popular), o el conflicto entre poderes del Estado o entre órganos constitucionales (proceso competencial), cuya tramitación ha sido confiada a la jurisdicción constitucional⁴⁴.

Ahora bien, una de las materias que no deja de motivar alguna controversia en relación con el ámbito de actuación de la justicia militar, es el del juzgamiento de policías. Es bien sabido que las Fuerzas Policiales y las Fuerzas Armadas protegen y aseguran bienes jurídicos distintos: los policías se encargan, fundamentalmente, de garantizar el orden interno y los miembros de los institutos armados velan por la defensa de la soberanía y la integridad territorial. Esta situación, como veremos, trae como consecuencia serias dificultades

cuando se busca tipificar los delitos que pasarían a ser de conocimiento de la justicia castrense, la cual por definición, como adelantamos, debiera ostentar más bien una vocación restrictiva. Desarrollemos con más detalle nuestra última afirmación.

De conformidad con el artículo 173 del texto constitucional vigente, los tribunales castrenses conocen de los delitos de función cometidos por militares y policías. La definición de un “delito militar” no constituye una labor fácil; no obstante ello, la doctrina primero, y luego la jurisprudencia peruana⁴⁵ –entre ella la constitucional⁴⁶– y extranjera, han venido fijando algunos criterios que pueden ayudar a esclarecer este tema. En ese orden de ideas, como hemos indicado, se identifican fundamentalmente tres elementos como aquellos que contribuirían a determinar, en cierto grado, cuándo nos encontramos frente a una conducta delictiva calificable como “castrense” y cuando, más bien, ante una común⁴⁷.

Así, un delito sería considerado como “militar” si el sujeto activo es un militar en situación de actividad, si comete dicha conducta delictiva cuando se encontraba en acto de servicio⁴⁸ y siempre que lesione un bien jurídico de corte castrense⁴⁹. Parece ser que los dos primeros elementos aquí

⁴⁴ Fundamento Jurídico 60 de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 29 de marzo de 2006, recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC.

⁴⁵ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República en el caso “Indalecio Pomatanta” (Competencia 18-2004), en resolución publicada el 23 de noviembre de 2004 en el Diario Oficial “El Peruano”, ha establecido con carácter de precedente vinculante las características del delito de función castrense. En general, precisó que éste consiste en la infracción de un deber, toda vez que solamente puede ser cometido por un determinado sujeto activo, que en el Perú puede ser un militar o policía; cuya fuente es el Derecho Administrativo y que trae como consecuencia la lesión de las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial.

⁴⁶ El Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de agosto del mismo año, referida a la Ley 24150, disposición que regula el comportamiento de las Fuerzas Armadas durante un estado de excepción, estableció algunos criterios que buscan contribuir a la determinación de un delito como castrense. Dicha resolución fue aclarada posteriormente mediante una Resolución emitida el 31 de agosto de 2004.

⁴⁷ La Defensoría del Pueblo, por su parte, en su Informe Defensorial 104, intitulado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961” (pp. 51-52), ha desarrollado con más detalle los elementos que debiera comprender un delito para ser considerado como parte de la competencia de los tribunales militares en el Perú. En esa línea de pensamiento, dicho delito de función consistiría:

- a) En la infracción de un deber militar o policial.
- b) El autor por ende debe ser necesariamente un militar o policía en actividad. Se trata de un delito especial propio, ya que la calidad de militar o policía fundamenta la pena.
- c) El deber infringido no proviene del Derecho Penal, sino del Derecho Administrativo castrense o policial, se trata de un deber extra penal.
- d) Con la infracción del deber se debe poner en riesgo o afectar bienes jurídicos esenciales para la existencia, organización y/o funcionamiento de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, de manera tal que se dificulte o impida el cumplimiento de los fines que la Constitución les impone.
- e) Los bienes jurídicos por lo tanto deben ser institucionales, exclusivos, inherentes o propios de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, ya que en todo caso son los sujetos pasivos del delito de función.

⁴⁸ Aquí nos permitimos discrepar de aquel planteamiento del Tribunal Constitucional esbozado en su sentencia recaída en el Expediente 017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de agosto del mismo año. Y es que, según el supremo intérprete de nuestra Constitución, el delito de función será aquel cometido tanto en acto de servicio como con ocasión de él. Este último es el elemento que, a nuestro juicio, permitiría ampliar discutiblemente el margen de acción de los tribunales militares en nuestro país. No es pues lo mismo que el militar cometa el delito cuando estaba en ejercicio de funciones castrenses, que con ocasión de ellas. El criterio de ocasionalidad, utilizado frecuentemente para la tipificación de los delitos militares, ha sido precisamente uno de los elementos que mayores críticas ha generado por sus peligrosas implicancias.

⁴⁹ A partir de esta definición, se puede inferir que no constituyen delitos castrenses aquellas conductas que, por ejemplo, lesionan bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad personal, la salud, el patrimonio, entre otros. Tampoco lo serán los que

señalados no producen mayor dificultad en su precisión frente a un caso concreto (nos referimos al hecho que debe ser cometido por militar en actividad y en acto de servicio), pero los problemas se presentan cuando se intenta definir el tercer elemento que hemos mencionado (la lesión a un bien jurídico militar).

Nuestra preocupación gira en torno al hecho que, si en nuestro país, los tribunales castrenses juzgan los delitos de función cometidos tanto por militares como por policías, la correspondiente tipificación del delito de función debiera comprender, en principio, a ambos sujetos activos. Por consiguiente, siguiendo lo expuesto líneas arriba, si la justicia militar conoce los delitos de función de los policías, el bien jurídico protegido que debiera inspirar aquella tipificación del delito de función no será, solamente, la vinculada con la defensa de la soberanía e integridad territorial, lo cual es propio de las Fuerzas Armadas, sino también con el orden interno.

En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC⁵⁰ en cuanto a las características básicas del delito de función que sería de competencia de los tribunales peruanos:

“...se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines correspondientes y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines

de las instituciones castrenses” (Fundamento Jurídico 134-A).

Como bien se puede deducir, lo recientemente señalado amplía, de forma discutible, las conductas delictivas que puede eventualmente cometer un militar (a quien los tribunales militares están, fundamentalmente, llamados a juzgar) y que serían de conocimiento de la justicia castrense.

Una alternativa frente al escenario brevemente descrito aquí es que se tipifique de modo diferente el delito de función militar y el delito de función policial⁵¹. Otra opción que se ha esbozado al respecto es que, pese a lo expuesto, se adopte una tipificación del delito de función restrictiva, tomando para el caso de los policías sólo como referencia el orden interno como bien jurídico que los vincula, y así, incluso, en el caso de estos últimos, la justicia castrense contaría con un alcance limitado⁵². Éstas constituyen tan sólo dos fórmulas que buscarían dejar de lado los problemas a los que conlleva la actual regulación prevista en el artículo 173 de la Constitución peruana.

En esa línea de pensamiento, lo que hace militar o policial un delito no es su consagración en el Código de Justicia Militar Policial, lo que se denomina delitos militares impropios. Como se infiere de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00012-2006-AI, ello dependerá de que la regulación correspondiente cumpla con los requisitos para ser considerado, en sentido estricto, un delito de función militar o policial, lo que depende de criterios como los que aquí hemos esbozado (también conocidos, estos últimos, como delitos militares propios)⁵³.

vulneran bienes jurídicos de carácter institucional, pero que no resultan propios ni exclusivos de los institutos armados, aquí tenemos el caso de los denominados delitos contra la Administración de Justicia, delitos contra la fe pública, contra el patrimonio del Estado, entre otros. Y, por último, las conductas delictivas en que incurran los civiles y los militares en situación de retiro o disponibilidad, claro está en estos dos últimos casos salvo en el supuesto de que el delito haya sido cometido en el tiempo en que estaban en actividad y de conformidad con los criterios antes aquí reseñados. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”. Serie Informes Defensoriales. Informe Defensorial 104. pp. 14-15.

⁵⁰ Sentencia de fecha 16 de marzo de 2004 y publicada el 24 de agosto del mismo año.

⁵¹ Esta alternativa la planteamos en nuestro trabajo intitulado: “Algunos límites constitucionales a la reforma de la justicia militar peruana”. En: AA. VV. Ponencias Desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Arequipa: Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa. Setiembre de 2005. p. 423 y siguientes; también publicado en: Humanitas et Militaris 2. Florianópolis: Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Noviembre de 2005. p. 95 y siguientes. La Defensoría del Pueblo luego planteó una fórmula similar en su: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Inconstitucionalidad de la legislación...”. Op. cit. p. 52.

⁵² Esta última es una de las alternativas que Iván Meini nos comentó en su momento, y que no deja de ser interesante, toda vez que fortalece el alcance restrictivo que debiera revestir a la justicia militar.

⁵³ En efecto, algunos autores han elaborado diversas clasificaciones acerca de los denominados delitos militares. Podría decirse que la más utilizada es aquella que efectúa la distinción entre delitos propiamente militares y delitos impropriamente militares. Los primeros, también llamados delitos militares propios, hacen referencia a los delitos de función en que incurre el personal militar por la condición de ser tal, mientras que con los segundos se alude a los delitos militarmente calificados, ya que, en sentido estricto, son delitos comunes, pero los encontramos consagrados en el Código Penal Militar. Se indica que incluso una personal civil, en este último caso, puede terminar siendo sujeto activo directo de una lesión a un bien jurídico de corte militar. Y es que no falta razón para sostener ello, pues por su propio carácter pluriofensivo podrían eventualmente dañarse tanto bienes jurídicos tutelados por la legislación ordinaria o común (Código Penal común), como bienes jurídicos que por ley se les otorgaría el carácter de castrense (Código Penal Militar). Ya en el derecho romano se consideraba delito militar propio aquel que alguien comete en su calidad de militar, es decir, como miembro de las Fuerzas Armadas (*ut miles*). Véase sobre el particular: PINTO FERREIRA, Luiz. “La Jurisdicción Militar y la Constitución

En síntesis, en nuestra modesta opinión, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución peruana, los tribunales militares deben conocer sólo lo que, en sentido estricto, viene a ser un delito de función militar o policial. Así, aquellas conductas delictivas que supongan la lesión de bienes jurídicos distintos a los propiamente militares o policiales, debieran pasar a ser de conocimiento de los jueces comunes. Es más, sería recomendable establecer una jurisprudencia que consolide una *vis atractiva* hacia la judicatura ordinaria, de tal modo que en caso de duda razonable en cuanto a tramitar un caso ante los tribunales militares o los comunes, debiera inclinarse la balanza siempre en favor de estos últimos. Creemos que esa sería una buena manera de fortalecer el alcance restrictivo que debe inspirar el funcionamiento de la justicia militar a nivel competencial.

Por otro lado, lo antes expuesto supone evidentemente reformar el Código de Justicia Militar Policial y contemplar en él sólo aquellas conductas que sean delitos militares propios, dejando para una ley de régimen disciplinario aquellas infracciones que suponen en rigor faltas administrativas y para el Código Penal los comportamientos delictivos de carácter común. De hecho, si somos rigurosos en la aplicación del concepto de delito de función en este caso, muy probablemente entraremos a discutir la pertinencia o no de contar con un Código de Justicia Militar Policial, pues pareciera ser suficiente con un título especial al interior del Código Penal ordinario.

III. CONCLUSIONES

1. En el Derecho Comparado existen diversas fórmulas sobre la configuración orgánica y competencial de la justicia militar. En el Perú se ha optado por el modelo Europeo-Continental, que es, además, el imperante en América Latina y que supone la presencia permanente de tribunales militares en tiempo de paz.
2. La Constitución peruana, en el primer inciso del artículo 139 reconoce a la justicia militar como una excepción al principio de unidad jurisdiccional. Sin embargo, por las

implicancias que ello supone, que se traduce en la convivencia de hasta dos jurisdicciones al interior de un Estado (e inclusive pudiendo una de ellas manejarse en forma autónoma, alejada de principios jurisdiccionales), el Tribunal Constitucional ha considerado que dicho precepto constitucional debe ser interpretado en el sentido que la justicia militar es una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, que en principio corresponde al Poder Judicial y que su configuración debe necesariamente ajustarse a las exigencias de los principios de unidad, exclusividad e independencia jurisdiccional.

3. Si bien el principio de unidad no obliga a que la justicia militar tenga que estar integrada en la organización del Poder Judicial, y en definitiva el Tribunal Constitucional ha dejado dicha definición al Congreso de la República, proponemos dos alternativas frente a la manera como, tradicionalmente, se ha venido manejando este asunto en el Perú. La primera es que la justicia militar se integre al aparato de la judicatura ordinaria mediante juzgados especializados, con los cambios que esto traiga consigo a nivel de Corte Superior y Corte Suprema. Esto último supondría uniformidad en el establecimiento de requisitos para el ingreso a la carrera judicial, régimen disciplinario y de ascenso para los jueces castrenses. La segunda alternativa es la adoptada por la Ley 28665, esto es, crear al interior de la Corte Suprema una Sala Penal Militar Policial, manteniendo a los tribunales militares inferiores fuera del Poder Judicial. Esto último supondría que, por lo menos, las personas que integran la referida Sala Penal Militar Policial tengan que someterse al régimen del Poder Judicial, lo que no resultaría vinculante para los demás jueces militares inferiores.
4. Otro de los grandes problemas que aqueja a la justicia militar es el de las condiciones en las cuales ejercen la función jurisdiccional del Estado los jueces militares, sobre todo por tratarse de militares en actividad y que, en

de la República Federativa del Brasil". En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Lima: Editora Jurídica Grijley. 1997. p. 113. Véase a este respecto: DA SILVA, José Alfonso. "Noticia sobre la jurisdicción militar en el Brasil". En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). "Jurisdicción Militar...". Op. cit. p. 104; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Jurisdicción Militar...". Op. cit. En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO (Coordinadores). "Jurisdicción Militar...". Op. cit. p. 193. Asimismo, DOIG DÍAZ, Yolanda. "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción". En: HURTADO POZO, José (Director) y Yolanda y DOIG DÍAZ (Coordinadora). Op. cit. p. 61, quien es de similar parecer.

cuanto tales, están sometidos a principios de jerarquía y obediencia, y otras circunstancias, como su nombramiento, que ponen en tela de juicio su independencia, tecnificación, inamovilidad y la vigencia de aquellos elementos que permitan asegurar una carrera judicial en la materia. Para tal efecto, lo recomendable sería que los militares en actividad, por lo menos, mientras presenten las deficiencias a las cuales hemos hecho referencia, no sean considerados para el ejercicio de dicha función, resultando los abogados civiles y los militares en situación de retiro que cuenten con la debida formación jurídico-militar, dos opciones interesantes frente a esta problemática. Asimismo, somos de la opinión que, de conformidad con la Constitución Política del Estado, su nombramiento debe recaer en el Consejo Nacional de la Magistratura.

5. Otro punto a no dejar de lado en una reforma de la justicia militar es el de la determinación de su ámbito de actuación. Si nos ceñimos a una lectura estricta del artículo 173 de la Constitución, que es lo que corresponde en este caso, y si tomamos en cuenta la vocación restrictiva de la justicia militar, se hace necesario circunscribir la actuación de los tribunales militares a los delitos de función que cometan los militares y policías. En ese orden de ideas, la justicia castrense sólo debiera conocer de aquellos delitos cometidos por militares o policías en situación de actividad, en acto de servicio y que lesionen un bien jurídico de carácter militar o policial. Estas pautas permitirían alejar de la justicia militar peruana el juzgamiento de civiles, militares en situación de retiro o disponibilidad, violaciones de derechos humanos y procesos constitucionales.
6. Es pertinente comenzar a evaluar y debatir si corresponde o no que los policías continúen siendo sometidos a la justicia militar, sobre todo por las dificultades que ello puede generar a efectos de definir el ámbito competencial de la justicia militar peruana. Entre tanto y mientras no se reforme la Constitución en este punto, se recomienda una tipificación distinta del delito de función militar frente al policial o, en todo caso, tomar sólo a modo de referencia el orden interno como bien jurídico que debe ser protegido por las fuerzas policiales.
7. Finalmente, si somos rigurosos en la determinación de lo que se entiende por delito de función y no lo confundimos con todo delito, que los militares o policías cometan en ejercicio de las funciones, así como si nos ajustamos a los parámetros que aquí hemos señalado, es bastante probable que entremos a discutir acerca de la pertinencia de un Código Penal Militar Policial. Y es que múltiples conductas allí previstas corresponden más bien a una ley de régimen disciplinario y otras más bien constituyen delitos comunes y deberían, por ello, encontrarse tipificadas en el Código Penal común.



MAESTRÍA EN DESARROLLO AMBIENTAL

FORMANDO PROFESIONALES PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La Maestría en Desarrollo Ambiental de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú forma profesionales capaces de contribuir al logro de un progreso sostenible y armónico, al vincular el potencial humano con el desarrollo ecológico.

Dirigido a profesionales en ciencias puras, humanas, naturales, sociales, jurídicas, económicas o ingenierías, interesados en ampliar sus estudios en temas de medio ambiente e invertir sus conocimientos en ámbitos de la realidad enfocados al desarrollo ambiental.

Perfil del egresado al finalizar esta maestría los profesionales estarán preparados para aplicar sus conocimientos en campos como el desarrollo y la planificación de proyectos ambientales.

Fechas importantes: Charla informativa y recepción de documentos: 30 de enero del 2008.
Examen de admisión: Febrero del 2008.
Para mayores detalles:
www.pucp.edu.pe/escgrad/
E-mail: escgrad@pucp.edu.pe
Teléfono: 626-2000 anexos 3060 3061

Informes: Escuela de Graduados
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel
(511) 626-2000 anexos 3060 y 3061
escgrad@pucp.edu.pe

<http://www.pucp.edu.pe/escgrad/>



ESCUELA DE
GRADUADOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Grimaldo & Lazo

ABOGADOS

Av. Pardo y Aliaga 699, piso 7, San Isidro

☎ (51 1) 612.1700 📠 (51 1) 612.1701

BARREDA
MOLLER

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN OTRAS ÁREAS DEL DERECHO*

Entrevista a **Alessandro Pizzorusso**** y **Roberto Romboli*****

El Derecho constitucional ha retomado la importancia que se merece. Tan es así, que ninguna decisión, sea cual fuera el área del Derecho dentro de la cual se tome, puede obviar que debe darse acorde a las premisas de nuestra Carta Magna.

Aunque esta tendencia recién se asoma en nuestro país, lo cierto es que en Europa se ha tornado una cuestión vital, al punto que las discusiones doctrinales giran en torno a la Constitucionalidad del Derecho.

Concientes de ello, Alessandro Pizzorusso y Roberto Romboli nos ilustran sobre la expansión del Derecho Constitucional y su evidente importancia.

* Las entrevistas fueron traducidas por Bruno Zanolo, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Las preguntas fueron elaboradas por la Comisión de Contenido de THEMIS, con la colaboración de Óscar Súmar, ex Director de la Comisión de Contenido de THEMIS.

** Doctor en Derecho y catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

*** Doctor en Derecho y catedrático de Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

- 1. En las últimas décadas, el Derecho Constitucional ha venido recobrando la importancia que lo caracterizó al inicio de la Edad Moderna. Ello se ha visto reflejado en la creación de Tribunales Constitucionales en casi todos los países de tradición civilista, así como en la aceptación general de que cualquier situación jurídica es susceptible de ser sometida a un análisis constitucional, al punto que actualmente se ha internalizado de manera casi unánime la visión piramidal del Derecho (según los fundamentos establecidos por Kelsen). ¿A qué se le puede atribuir este fenómeno, tomando en consideración que años atrás era poco probable discutir situaciones jurídicas a niveles supralegales?**

PIZZORUSSO: Algunas corrientes de pensamiento desarrolladas en el ámbito de la Ilustración y traducidas en proposiciones jurídicas concretas –sobre todo en la Francia revolucionaria de alrededor de 1789, y con preeminencia en los países pertenecientes a lo que luego se denominó “Civil Law”, en contraposición al “Common Law”; es decir, los países anglosajones– tienen la opinión según la cual, en base a los principios del constitucionalismo, el Derecho debe constituirse esencialmente del producto de la actividad política de los órganos constitucionales del Estado, activos en base a los principios democráticos, excluyendo por lo tanto que esta función pueda derivar de fuentes como la costumbre, los precedentes jurisdiccionales, la doctrina u otras, salvo en los casos de expresa autorización legislativa. La dificultad de actuar concretamente las reglas de la democracia (principio de mayoría, principio de igualdad, etcétera) ha concluido por determinar la aplicación de esta indicación de máxima también a situaciones en las que el poder político ha sido ejercido por monarcas, dictadores de varios géneros o por otras autoridades no alineadas con los principios democráticos. Este planteamiento fue reforzado con posterioridad al desarrollo del iuspositivismo, que ejerció un rol dominante en las facultades universitarias de Derecho durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Los inconvenientes que se derivaron de ello indujeron a buscar instrumentos mediante los que se pudiera salvaguardar el conjunto intangible de principios considerados también por el legislador; algunos porque los asociaban a la voluntad divina, otros porque derivaban racionalmente de la naturaleza humana y porque son reconocidos en normas “constitucionales”.

Partiendo de bases teóricas diversas, esta exigencia ha sido la base tanto del planteamiento acogido

en la sentencia *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos –que en 1803 introdujo el control de constitucionalidad de las leyes configurado como un control difuso, incidental y dotado de efectos *inter partes* (extensible además *erga omnes* en virtud del principio *stare decisis*)– como del planteamiento de Kelsen y de otros juristas europeos que imaginaron, en cambio, un control concentrado, concebido como el objeto principal del recurso y directamente dotado de efectos *erga omnes*. El resultado consistió en volver a equilibrar la relación entre el derecho como producto de la labor de una autoridad política (ley deliberada en el Parlamento o eventualmente por órganos del poder ejecutivo) y el derecho como producto de la labor de los intérpretes (jueces y otros juristas), reproduciendo así, en cierta medida, un orden en la producción normativa que había existido desde la época romana, cuando se contraponían las *leges* (deliberadas por los comicios o emanadas por un *princeps*) a los *iura* individualizados por los *doctores*.

- 2. ¿Hasta qué punto puede decirse que el Derecho Constitucional ha influido en otras áreas del Derecho? ¿Cómo se manifiesta dicha influencia?**

PIZZORUSSO: La consecuencia principal de este tipo de influencia del Derecho Constitucional, hoy difundida en gran parte del mundo, consistió en considerar la “Constitución” del Estado no sólo como un documento político, sino como un acto jurídico (*higher law*) utilizable también mediante un recurso propuesto a un juez independiente, según las reglas procesales que se habían venido elaborando en el curso de los siglos. Inglaterra, sin embargo, a pesar de ser el país en el que se realizaron muchas de las premisas de esta evolución (comenzando por la consagración de la independencia del juez como principio fundamental de la convivencia humana), ha sido probablemente la que menos ha sentido la necesidad de recurrir a este tipo de instrumentos, los cuales fueron desarrollados sobre todo en países que, por un motivo u otro, sintieron su utilidad en mayor medida.

La concepción de la Constitución como un texto normativo dotado de valor jurídico y no solamente político se afirmó en los Estados Unidos al final del siglo XVIII y en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. En muchos países (también de continentes “extraeuropeos”), esta concepción se afirmó con alguna dificultad y de manera relativamente eficaz; sin embargo, actualmente ésta puede considerarse aceptada, al menos en teoría, casi en cualquier parte del mundo.

3. ¿Cuál es el rol del juez constitucional en la producción y consolidación de la norma? ¿Cómo puede un juez especialista en Derecho Constitucional decidir sobre otras áreas del derecho que no conoce a cabalidad y su aplicación a la realidad?

PIZZORUSSO: El control de constitucionalidad de las leyes importa inevitablemente el poder de inaplicar, en todo o en parte, una *disposición*; es decir, un texto dotado de valor legislativo o una interpretación elaborada en base a dicho texto. Es inevitable, entonces, que las decisiones del juez constitucional implicarán, directa o indirectamente, una modificación del derecho vigente, a través de varias y distintas modalidades. La labor del juez constitucional, sin embargo, no puede ser limitada a la solución de los problemas del Derecho constitucional. Aunque el Derecho constitucional busca el estudio de la "justicia constitucional" (mediante el "Derecho Procesal Constitucional"), ello no debe implicar que dicha disciplina sea un limitante de la materia sobre la cual una eventual declaración de inconstitucionalidad pueda influir. Así, es lógico que también incida en otros sectores del ordenamiento jurídico.

4. El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución y son sus sentencias las que establecen los alcances de las normas contenidas en la Carta Magna, a la vez que la interpretan en los casos concretos. Es en este escenario que se corre el riesgo de que el Alto Tribunal emita sentencias de carácter aditivas o manipulativas, de forma tal que pueda terminar arrogándose, de manera encubierta, una facultad legislativa que no le corresponde. En este caso, ¿cómo evitar este posible exceso de facultades?

ROMBOLI: Las sentencias aditivas o manipulativas son un tipo de decisiones cuya originalidad es completamente italiana, es decir, la realidad italiana es la que ha creado este tipo de decisiones. Permítanme, entonces, un par de palabras para explicar mejor qué cosa son y por qué se han creado y, por ende, luego responder a su pregunta.

Las sentencias aditivas son las decisiones a través de las cuales la Corte Constitucional no se limita a decir si una ley es inconstitucional o si, en cambio, es conforme con la Constitución, sino que, en caso

de declararla inconstitucional, la declara así en la parte donde se prevé algo o no se prevé algo. Por ejemplo, si no está previsto que para una prueba penal la parte sea asistida por el defensor, la Corte Constitucional declara ilegítima aquella ley en la parte que no prevé que en la actuación de la prueba esté presente el abogado defensor de la parte. Desde aquel día, la disposición cambia de manera integrada por la sentencia de la Corte Constitucional. En Italia, esta intervención ha sido muy útil de cara a un Parlamento que no intervenía y reformas que no hacía. Así, las adecuaciones de la legislación a la Constitución que no hacía el Parlamento, las llevaba a cabo la Corte Constitucional.

La justificación sobre el problema que formula la pregunta, es que aquel contenido que la Corte Constitucional explicita en su sentencia aditiva o manipulativa es un contenido que deriva directamente de la Constitución; es decir, no es creado discrecionalmente por la propia Corte Constitucional. En Italia, es aquella que se denomina una "*scelta arrime obligatte*"; es decir, que tiene un verso que no puede ser aquél, o que tiene un contenido que no puede ser aquél, porque es derivado directamente de la Constitución. Por ello, no es una elección libre de nuestra Corte Constitucional y, por lo tanto, trae ciertas consecuencias de la aplicación directa de la Constitución. Entonces, es verdad que la Corte Constitucional no es ciertamente un legislador; no es, ciertamente, el Parlamento, o el Congreso, quien hace las leyes.

La Corte Constitucional emite sentencias de este tipo de manera libre, como lo hace el Parlamento con las normas. Las sentencias aditivas y manipulativas cubren sólo una situación de inercia del Parlamento, cubriéndola y dándole un contenido que deriva directamente de la Constitución; por ende, no es una cosa creada. La Corte se comporta como juez, no como legislador.

5. En tanto ahora se recurre a fundamentos constitucionales por sobre los fundamentos comúnmente utilizados en juicios ordinarios ¿Es la Constitucionalización del Derecho un paso previo para declarar inútiles los preceptos sustantivos de las demás áreas del Derecho?

PIZZORUSSO: Indudablemente, si bien es cierta la célebre afirmación de Pellegrino Rossi (constitucionalista italiano del siglo XIX que trabajó mucho tiempo en Francia) según la cual el Derecho

constitucional contiene las *têtes de chapitre*¹ de todas las otras disciplinas jurídicas, esto no significa que todas las disposiciones y normas que constituyen el objeto de estudio de tales disciplinas sean (o deban ser) “constitucionalizadas”. El legislador ordinario conservará siempre los espacios de discrecionalidad en los que puede operar, aunque siempre respetando los principios y reglas constitucionales.

6. **Siendo el Tribunal Constitucional el supervisor del cumplimiento de la constitucionalidad de las normas y ante la posibilidad de que los jueces ordinarios no se basen en los preceptos constitucionales, ¿Cómo hacer que la relación entre el Tribunal Constitucional y las Cortes ordinarias no sea tensa? ¿Cómo debería ser la relación entre ambas instituciones a fin de lograr que la influencia del Derecho constitucional en otras áreas del derecho sea efectiva?**

PIZZORUSSO: En los ordenamientos donde el control de constitucionalidad se desarrolla de forma “concentrada” (en una “corte constitucional”, antes que “difusa” entre todos los jueces), los conflictos entre el juez constitucional y los otros jueces no deberían existir, ya que las decisiones del juez constitucional que declaran la inconstitucional de las leyes modifican el derecho al cual el juez está sujeto.

Naturalmente, no obstante, los problemas pueden darse siempre sobre la interpretación de las leyes y de las sentencias constitucionales que eventualmente las modifican. Con referencia a estos casos, fueron estudiadas soluciones dotadas de mayor o menor eficacia, pero no creo que ninguna de ellas ofrezca una buena solución para cada caso, debido a que el poder de interpretación del juez nunca es completamente controlable y las diversas posiciones interpretativas deben poder confrontarse hasta que sea encontrada una solución aceptada. Sin embargo, es normal que las interpretaciones sostenidas por el juez constitucional en materia constitucional, terminen por asumir una mayor autoridad frente a las de los otros jueces.

7. **Zagrebelky sostiene que la función que tiene el Juez en el Estado constitucional es extremadamente especial y complicada pues actúa cómo un mediador entre**

el Estado y la sociedad, lo que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionario público. Para desarrollar esta función, en nuestro país se establece que los jueces están facultados a aplicar el control difuso a la hora de dictar sentencias. Hace un tiempo, nuestro Tribunal Constitucional ha extendido esta facultad a la Administración. ¿Qué consecuencias cree que dicha decisión conlleva? ¿Considera que la administración debería aplicar el control difuso?

ROMBOLI: El control difuso es un poder reconocido al juez en consideración de la posición que éste asume en el ordenamiento, es decir, porque es un sujeto autónomo, independiente e imparcial con respecto al poder político. Aquí, la función delicada que la pregunta se atribuye con respecto a Zagrebelsky está dada por el hecho que el juez es uno de los poderes del Estado, distinto del poder Legislativo y Ejecutivo. Entonces, en el momento que da cuenta de una ley pueda, o efectivamente contraviene la Constitución, resuelve inaplicando la ley que sostiene es inconstitucional. En esto consiste el sistema de control difuso, que es un método importado por el sistema norteamericano.

En el momento en que este poder se va a extender a otros sujetos, es necesario referirse a sujetos que se encuentren en la misma situación de autonomía y de independencia. Por esto, la referencia a la administración pública, en cuanto tal, es una extensión que no encuentra justificación. Esto se da porque la administración pública –por definición– es parcial, y un principio base de la actividad de la administración pública es que ésta debe seguir, en cada caso, los principios de legalidad, de subordinación y de aplicación de la ley.

El caso de jueces administrativos, es decir, aquellos jueces que, de manera amplia, son competentes para resolver las cuestiones que ocurren entre un ciudadano y la Administración Pública, tiene una mayor sensibilidad –por esto son jueces especiales– pero son en todo y por todo jueces. Jueces en todo y por todo porque se accede por concurso, y porque no existe una verdadera y propia influencia sobre los mismos y porque, consecuentemente, operan de forma independiente.

Si en el Perú los tribunales administrativos fueran nominados discrecionalmente por el gobierno y

no gozaran del estado del juez y de la independencia propia del juez, entonces la extensión a estos sujetos podría ser impropia y peligrosa. Esto, porque se realizaría un juicio sobre la ley que lleva a no aplicar la misma en el caso concreto por parte de un sujeto de parte, y no de un sujeto que está sobre las partes –como el juez–; es decir, que no desarrolla aquel rol delicado, del cual habla Zagrebelsky, que viene atribuido al juez.

PIZZORUSSO: La configuración del juez como órgano de la sociedad, antes que como órgano del Estado, fue sostenida por Hegel e indubitablemente refleja algunos caracteres del rol del juez, sobre todo aquellos que derivan de su necesaria independencia. Sin embargo, ello no excluye que la función jurisdiccional pueda ser ejercida por funcionarios públicos dotados de la necesaria profesionalidad.

Por otro lado, hay también otros tipos de funcionarios que tienen protegida su independencia, como por ejemplo los profesores, a quienes se aplica la libertad de cátedra. Estos últimos, a diferencia de los jueces, no ejercitan poderes tan trascendentes como para influir en las confrontaciones entre ciudadanos, a tal punto de poder limitar la libertad personal o incidir sobre el patrimonio de éstos. El sistema peruano de justicia constitucional es uno de aquellos que buscan combinar el control difuso y el control concentrado, diferenciándolos principalmente en base a sus efectos, que son diversos. Eso presenta algún aspecto de semejanza con el sistema portugués. No conozco suficiente sobre el funcionamiento práctico para expresar comparaciones valorativas. La extensión del control difuso a la jurisdicción administrativa me parece lógica.

Más complicada es la respuesta a la pregunta acerca del comportamiento que deben tener los órganos administrativos. Ciertamente, también éstos deben aplicar e interpretar las leyes como lo hacen los jueces, aunque ellos no gozan de una independencia análoga, ni sus decisiones tienen tales efectos. Los órganos del Poder Legislativo y los órganos superiores del Poder Ejecutivo, por otra parte, tienen el poder de cambiar las leyes y, respectivamente, de promulgar tales cambios mediante la iniciativa legislativa.

8. Si partimos de la premisa de que la institución judicial ha ido politizándose con el tiempo, desvirtuando su independencia, y que los Tribunales Constitucionales fueron concebidos como una alternativa libre de esta carga, ¿cuáles cree que son las consecuencias de poli-

tizar las elecciones de los magistrados constitucionales? ¿Cómo cree que podría prevenirse esta situación?

PIZZORUSSO: Que el poder del juez sea en alguna medida “político” es inevitable; por ello, todavía es importante tener fijo que el objeto de la actividad legislativa consiste en valorar la oportunidad de completar o cambiar la ley existente (como bien expresa el término alemán *Rechtsetzen*), mientras que el objeto de la actividad jurisdiccional es establecer cuál es la ley aplicable a una *fattispecie* o a una categoría de *fattispecie* (*Rechtfinden*). Buscar cuál sea la ley por aplicar a un caso concreto puede conllevar también a la eventualidad de toparse con conflictos entre leyes, cuya solución puede requerir la modificación o la eliminación de algunas leyes o parte de éstas, lo que puede realizarse también mediante el control de constitucionalidad (en tal caso el juez cumple una tarea que, en realidad, sería propia del legislador y, por consiguiente, igualmente política a la de este último, pero –a diferencia del legislador– está vinculado por el derecho existente, y antes de todo por los principios constitucionales). Es obvio que las elecciones de los jueces constitucionales deben darse en base a criterios de profesionalidad, pero no es ciertamente posible separar totalmente tales criterios de aquellos influenciados por las orientaciones políticas.

9. En un país pluricultural como el Perú, donde la identidad cultural se va perdiendo por falta de “prestigio” y pérdida de valor de las costumbres nativas, ¿de qué manera pueden la Constitución y las leyes incentivar el respeto y la preservación de las manifestaciones culturales como el pluralingüismo?

PIZZORUSSO: A esta pregunta no creo que pueda responderse en abstracto, sin conocer muy bien la situación de hecho (también porque cada situación de pluralismo cultural es distinta de las otras). No creo estar en condición de expresar valoraciones sobre las situaciones de los pueblos de América, que son ciertamente bastante distintos a los pueblos europeos. Los modelos de soluciones jurídicas adoptadas para resolver los problemas de este género en respeto a los principios del constitucionalismo en muchos países del mundo son numerosos y pueden ofrecer hipótesis interesantes.

Con referencia a la pregunta específica, me parece que para la preservación de una lengua es decisivo el uso de ésta en las transmisiones radiofónicas y

Alessandro Pizzorusso
Roberto Romboli

televisivas públicas. Pero, en razón de ésta y otras cuestiones similares, está el problema de valorar si, frente a una determinada situación que presente ciertas características, es justo y oportuno (además de realmente posible) proponerse como objetivo la completa equiparación de dos o más lenguas (es decir, crear el modo en que éstas puedan o deban ser utilizadas sobre un plano de perfecta paridad en cada género de relaciones). Tal objetivo, en ciertos casos, puede ser realmente planteable. En otros, parece más lógico imaginar roles diversos para las distintas lenguas (por ejemplo, distinguir una lengua destinada a las relaciones oficiales y otra usada sobre todo en el ámbito familiar o local, o establecer una particular tutela para una lengua hablada en lugares singulares del territorio nacional), como normalmente sucede en Italia para las relaciones entre lengua y dialecto (en el primer caso), o para las lenguas de las "minorías lingüísticas" (en el segundo).

- 10. Con la firma de la Constitución europea se pretende, entre otras cosas, darle más importancia a la comunidad dentro de los países miembros, de forma tal que se guíen por parámetros comunes reconocidos como esenciales en todos los países suscritos. ¿Considera que la importancia de independencia en el poder de decisión de cada Estado se verá disminuida? Y, ¿considera que la influencia que tendrán los ciudadanos en la vida política y económica de su país será mucho menor en caso se llegue a concretar esta Constitución?**

ROMBOLI: La creación de una Unión Europea tiene un presupuesto obvio y lógico: que debe prevalecer el Derecho comunitario, lo que es inevitable en la medida en que se crea un ordena-

miento supranacional. Es impensable que cada Estado pueda actuar de acuerdo a su convicción y que no obstante se quiera tener una Unión Europea. Por ello, es evidente que deben existir limitaciones a la soberanía del Estado, porque sólo esto legitima la realización de un ordenamiento supraestatal. Sin embargo, que quiera decir que los ciudadanos no tendrán más una influencia o que los estados no tendrán más sus competencias, o sus posibilidades de decidir, sería excesivo por dos razones. La primera razón es que la Unión Europea es la unión de todos los estados. La segunda es que, sobre todo en la parte política, que es aquella donde todavía falta mucho por construir, es una parte que en el fondo es determinada a través de la participación de los propios estados. Un modo de ejercitar la propia soberanía es la participación en las decisiones, organización e instituciones y órganos que guían a la Unión Europea.

Por otro lado, la Unión Europea tiene un ámbito de competencias que ha ido siempre ampliándose más, pero actualmente deja un notable ámbito de competencias a los estados. Por ejemplo, el ordenamiento judicial no es determinado por la Unión Europea. Las elecciones sobre el proceso civil, penal o administrativo ciertamente no son definidas a nivel comunitario o al nivel de la Unión Europea. En cada caso, se debe tener presente aquello que se llama el Principio de Subsidiariedad; es decir, es siempre posible al interior del ordenamiento realizar situaciones más favorables.

Es innegable que existe una reducción de soberanía por parte de los ciudadanos, y es así porque si se crea un ordenamiento superior, los estados que son parte deberán aceptar limitar su propia soberanía. Por otro lado, no se puede decir que con esto se haya anulado la función, el rol y la participación de los ciudadanos al interior del Estado.



Un enfoque
de derechos en
los **temas** que importan
con los mejores **reportajes**
y entrevistas



sinrodeos

DOMINGOS 9 PM

Programa del

en vivo por

cañal



INSTITUTO DE
DEFENSA LEGAL

No sólo coyuntura. También temas de fondo

Glatzer Tuesta

NO HAY DERECHO

Independiente de verdad

Radio
San Borja

91.1 FM

Lunes a viernes de 7:00 a 9:00 am

**“NO TIENE COLOR Y TAMPOCO ES ROJO”:
ACIERTOS Y DESACIERTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN
TORNO AL CONCEPTO DE TRIBUTO**

Fernando Zuzunaga del Pino*
Sergio Vega León Cabrera**

¿Cuál es el concepto de tributo que ha adoptado el Tribunal Constitucional Peruano? ¿Existe un tratamiento uniforme de este concepto en sus sentencias?

Los autores, concientes de la influencia del Derecho constitucional en el Derecho tributario, delimitan el concepto de tributo y analizan exhaustivamente la pertinencia de las decisiones sobre el tema a las que ha llegado el máximo intérprete de la Constitución.

* Socio de la firma Zuzunaga & Assereto Abogados. Profesor de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

** Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, 2006. Asociado de la firma Zuzunaga & Assereto Abogados. Asistente de Docencia del curso de Seminario de Integración en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP.

INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente una década, el Tribunal Constitucional se ha convertido, en forma progresiva, en actor fundamental del quehacer tributario peruano, regulando límites a la potestad tributaria, fijando pautas para el establecimiento de una definición de tributo, determinando obligaciones que corresponden a los administrados y facultades que competen a la Administración, procurando una relación de equilibrio en los procedimientos tributarios y planteando derroteros para la imposición de sanciones tributarias.

La importancia que ha adquirido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es un hecho privativo de la materia tributaria; muy por el contrario, el Tribunal Constitucional está presente en todas las áreas del derecho, siendo para muchos una expresión más de un mundo globalizado en donde el Derecho Civilista adquiere cada vez más características que corresponden al Derecho Anglosajón y viceversa.

El presente artículo no pretende agotar toda la injerencia que hasta la fecha ha ejercido el Tribunal Constitucional en el Derecho tributario peruano; pero sí busca detenernos a meditar un aspecto importante de esa participación, específicamente en la elaboración del concepto de tributo y, más concretamente, en el análisis de cada uno de los elementos que conforman dicho concepto y que en conjunto le dan vida; con el propósito de plantear, a partir de tal análisis, una apreciación crítica del concepto vertido y su impacto en las decisiones del Tribunal Fiscal.

1. EL TRIBUTO: UNA APROXIMACIÓN DOCTRINARIA DEL CONCEPTO

Es obvio que el tributo es el concepto fundamental en torno al cual gira la materia tributaria y, dentro

de ésta, el Derecho tributario, disciplina fundamental del Derecho financiero. La definición tradicional de tributo, sus elementos y características han permanecido incólumes en el tiempo pese a los cambios experimentados en el mundo y, dentro de éste, en nuestro país, en cuanto al rol que cumple el Estado y los particulares en las actividades económicas, políticas y sociales. Así, la institución del "tributo" no ha sido alterada, como no podría ser de otra manera, por la aparición de determinadas exacciones a favor del Estado como los "autofinanciamientos" de actividades que el propio Estado impulsa y cuya implementación es solventada por los propios particulares¹ o por la realización de determinadas actividades que antes eran privativas del Estado y que ahora pueden ser desarrolladas por los particulares, tales como las que motivan el cobro de peajes por concepto de infraestructura.

Con el propósito de crear el marco doctrinario idóneo a fin de contrastarlo con la posición adoptada por el Tribunal Constitucional, en muy breves líneas vamos a plantear algunas aproximaciones al concepto.

El tributo es una obligación *ex lege* cuyo objeto es una prestación, comúnmente dinero, exigida por el Estado en ejercicio de su *ius imperium*, que atiende al principio de capacidad contributiva y que se destina al cumplimiento de sus fines, distinta a una sanción por acto ilícito².

Para el profesor brasileño Geraldo Ataliba, "jurídicamente, se define al tributo como una obligación jurídica pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por la voluntad de la ley"³.

¹ En nuestro país es el caso de la "GRP", Garantía por Red Principal creada por el Estado en uso de su potestad reguladora (no Tributaria) mediante Ley 27133.

² Diversos autores se han manifestado en sentido similar al postulado. Así, para Dino Jarach el tributo "es uno de los recursos que se ofrecen al Estado para lograr los medios pecuniarios necesarios al desarrollo de sus actividades", y agrega que "es una prestación pecuniaria, objeto de una relación cuya fuente es la ley, entre dos sujetos: de un lado el que tiene derecho a exigir la prestación, el acreedor del tributo, es decir, el Estado o la otra entidad pública que efectivamente, por virtud de una ley positiva, posee ese derecho, y de otro lado el deudor, o los deudores, quienes están obligados a cumplir la prestación pecuniaria". JARACH, Dino. "El hecho imponible. Teoría general del Derecho Tributario sustantivo". Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1982. p. 9.

El argentino Giuliani Fonrouge expone que el tributo es una "prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público". GIULIANI FONROUGE, Carlos. "Derecho Financiero". Volumen I. Quinta edición. Buenos Aires: Ediciones Palma. 1993. p. 283.

Para Valdés Costa, "los tributos se caracterizan por ser los recursos que el Estado requiere para la satisfacción de los gastos inherentes a toda organización social y que aquel distribuye entre sus súbditos con criterios políticos, **con base en los principios de capacidad contributiva**, el beneficio, o la contraprestación (...)" (el subrayado es nuestro). VALDÉS COSTA, Ramón. "Curso de Derecho Tributario". Nueva Versión. Buenos Aires. Depalma - Santa Fé de Bogotá: Temis - Madrid: Marcial Pons. 1996. pp. 76-77. Finalmente, Héctor Villegas califica como tributos a "las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines." VILLEGAS, Héctor. "Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario". Tomo Único. Sexta edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Desalma. 1997. p. 67.

³ ATALIBA, Geraldo. "Hipótesis de Incidencia Tributaria". Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario. 1987. p. 37.

Por su parte, Sergio De La Garza⁴, en México, ha descrito como elementos esenciales del tributo, los siguientes:

- (i) "Carácter público": Considera que los tributos son ingresos que el Estado percibe en virtud de su soberanía, es decir, en virtud de su potestad de imperio.
- (ii) "Es una prestación en dinero o en especie": De la Garza, al referirse a la realización de prestaciones al Estado por parte de los contribuyentes, señala que las mismas "son comúnmente de carácter pecuniario, por ser las que con mayor facilidad pueda utilizar el Estado, dada la naturaleza monetaria de la economía soberana. Sin embargo, es posible, aunque menos frecuente, que los tributos consistan en prestaciones en especie".
- (iii) "Es una obligación *ex lege*": El citado autor señala que todos los tributos constituyen obligaciones *ex lege*, es decir, "la fuente de ellas está representada por la conjunción de un presupuesto establecido en la ley (presupuesto, hecho imponible, hipótesis de incidencia) y un hecho de la vida real que se ajusta perfectamente a la hipótesis".
- (iv) "Es una relación personal, de derecho obligatoria": No es una relación de poder, sino personal y no es una relación de carácter real, sino obligatoria.
- (v) "Tiene por objeto o finalidad proporcionar recursos al Estado para que éste realice sus funciones".
- (vi) "Deben ser justos": Deben ser proporcionales y equitativos. El autor considera que los tributos que no tienen tales características son inconstitucionales y el contribuyente puede combatirlos mediante juicios de amparo.

(vii) "En principio, los recursos que producen los tributos no deben afectarse a gastos determinados".

Por último, Ferreiro Lapatza, en España, al delimitar jurídicamente al tributo sostiene que es una "obligación de dar suma de dinero establecida por Ley, conforme al principio de capacidad, a favor de un ente público para sostener sus gastos"⁵.

En adición a la aproximación doctrinaria del concepto, es pertinente mencionar que el derecho positivo peruano no contempla una definición del término tributo, limitándose a acoger su clasificación tripartita en el artículo 74 de la Constitución y en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 135-99-EF. De esta manera, en nuestro derecho positivo, si bien no existe definición de tributo, sí la hay de impuesto, contribución y tasa^{6/7}. Situación distinta se presenta en los precedentes administrativos que emanan del Tribunal Fiscal que sí comprenden una definición de tributo⁸, conceptualizándolo como:

"(...) toda prestación en dinero que el Estado exige en ejercicio de la potestad tributaria, para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines, de lo que se advierte que constituye un elemento esencial del tributo la coacción, es decir, la facultad de compeler al pago de la prestación requerida en ejercicio de la facultad de imperio, la que se manifiesta especialmente en la prescindencia de la voluntad del obligado en cuanto a la creación del tributo que le será exigible".

2. EL TRIBUTO PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho positivo peruano

⁴ DE LA GARZA, Sergio. "Derecho Financiero Mexicano". México: Editorial Porrúa, S.A. 1979. pp. 311-314.

⁵ FERREIRO LAPATZA, José Juan. "Curso de Derecho Financiero Español – Instituciones". Vígésima quinta edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006. p. 323.

⁶ "NORMA II : ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.

b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual (...)."

⁷ Es importante señalar que la segunda versión de 2006 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, describe a los tributos en su artículo 2, señalando que son "prestaciones en dinero que el Estado exige, mediante el ejercicio de su poder imperio, con el objeto de obtener recursos para financiar el gasto público y, en su caso, para el cumplimiento de otros fines de interés general".

Dicho Modelo de Código Tributario es el producto del Grupo de Trabajo que auspiciaron la Agencia Tributaria de España (AEAT) y el CIAT, y estuvo integrado por los siguientes países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España y México.

⁸ Destacan las Resoluciones 8728-5-2001, 05754-3-2002; y 267-4-2002, sobre aportaciones a ESSALUD por parte de asegurados facultativos.

adolesce de una definición de tributo, lo cual es correcto, desde que la fórmula utilizada por el legislador, empezando por la Constitución Política, es partir de un concepto no explícito de tributo, adoptar en forma explícita la clasificación tripartita que divide a los tributos en impuestos, contribuciones y tasas⁹ y definir tales especies. Así las cosas, para nuestro ordenamiento positivo la definición de tributo se determina en función de los elementos comunes a las tres especies del género tributo.

A diferencia de nuestro derecho positivo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no sólo se ha encargado de definir el concepto de tributo tomando a la doctrina como su fuente, sino también de dar contenido a varios de los elementos consustanciales del mismo. Veamos.

2.1 Concepto: definición general

El Tribunal Constitucional ha hecho suyo el concepto doctrinario planteado por el maestro Gerardo Ataliba, al establecer que el tributo es:

“... la obligación jurídicamente pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley¹⁰.

A partir de esa noción podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y, c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito¹¹.

⁹ El actual artículo 74 de la Constitución Política del Perú de 1993, señala lo siguiente:

“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

Asimismo, como se ha señalado anteriormente, la Norma II del Código Tributario establece que:

“NORMA II : ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Las Tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación.
(...)”.

De otro lado, la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, dada mediante Decreto Legislativo 771, también consagra la clasificación tripartita del tributo, señalando en su artículo 2 que el Sistema Tributario Nacional se encuentra comprendido por:

I. El Código Tributario.

II. Los Tributos siguientes:

1. Para el Gobierno Central;

a) Impuesto a la Renta;
b) Impuesto General a las Ventas;
c) Impuesto Selectivo al Consumo;
d) Derechos Arancelarios;
e) Tasas por la prestación de servicios públicos, entre las cuales se consideran los derechos por tramitación de procedimientos administrativos; y,
f) El Nuevo Régimen Único Simplificado.

2. Para los Gobiernos Locales: los establecidos de acuerdo a la Ley de Tributación Municipal; y

3. Para otros fines:

a) Contribuciones de Seguridad Social, de ser el caso;
b) Contribución al Fondo Nacional de Vivienda - FONAVI;
c) Contribución al Servicio Nacional de Adiestramiento Técnico Industrial - SENATI.
d) Contribución al Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO).

¹⁰ ATALIBA, Gerardo. Op. cit. Loc. cit.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 28 de junio de 2004, en el Expediente 3303-2003-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por Dura Gas S.A. contra el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión de Energía (OSINERG).

En adición a los elementos mencionados, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional incorpora la capacidad contributiva como elemento que debe estar presente en la configuración de todo tributo. Sobre el asunto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición, es decir siempre que se establezca un tributo, éste deberá guardar íntima relación con la capacidad económica de los sujetos obligados”¹².

De un análisis global de las sentencias emanadas por el Tribunal se concluye que para éste y, por tanto, para nuestro ordenamiento jurídico¹³, los elementos concurrentes necesarios para que se configure un tributo son:

- (i) Que se trate de una obligación de dar, generalmente dinero, derivada de una relación jurídico tributaria entre un acreedor sujeto de derecho público y un deudor sujeto pasivo señalado por ley;
- (ii) Que sea una obligación *ex lege*;
- (iii) Que la establezca el Estado en ejercicio de su *ius imperium* y que su cumplimiento pueda exigirse coactivamente;
- (iv) Que la obligación no surja de la comisión de una infracción o de un acto ilícito, y;
- (v) Que se atienda a la capacidad contributiva.

2.2 Criterios jurisprudenciales en torno a los elementos que conforman el concepto de tributo

Diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance y características de algunos de los elementos del tributo, dando así las pautas necesarias para determinar cuándo estamos ante una exacción de naturaleza tributaria y cuándo no; o para establecer si esa exacción calificada como tributo es constitucional o no –aún cuando ello corresponde más estrictamente a un examen de cumplimiento de principios

constitucionales y límites al ejercicio de la potestad tributaria, que a un examen de si la exacción comparte o no naturaleza tributaria–¹⁴. En los párrafos siguientes pasaremos a analizar cada uno de los elementos que nuestro Tribunal desarrolla.

2.2.1 Obligación pecuniaria:

Como hemos visto, en forma unánime la doctrina califica al tributo como una obligación de dar que tiene por objeto una prestación consistente en el comportamiento humano de entrega de (básicamente) dinero a las arcas públicas. La obligación surge del vínculo jurídico o relación jurídica obligatoria que se entabla entre el deudor tributario y el acreedor tributario, entidad estatal de derecho público^{15 16}.

La obligación de dar que motiva ese comportamiento de entrega, comúnmente en dinero, implica una traslación de dominio pecuniario del particular a favor del Estado, esto es, se trata de una transferencia de propiedad legítima que el citado particular realiza a favor del Estado. La prestación es satisfecha o extinguida mediante la citada entrega (pago), no debiendo el Estado restituir dicho ingreso. El tratamiento del ingreso público así recibido seguirá el principio de caja única y ya no será materia del derecho tributario sino del derecho presupuestario.

Las sentencias del Tribunal no han abordado este elemento obligacional de manera frontal, sino que más bien lo han enfocado a través de un análisis de la fuente de la obligación, esto es, de su carácter *ex lege*, según se explica en el numeral siguiente.

2.2.2 *Ex lege*:

En líneas anteriores recordamos que, acorde con la doctrina, la obligación tributaria es una que surge de la ley –y no de la voluntad de las partes–, mediante la realización de la hipótesis prevista en la norma (hipótesis de incidencia). Tal hipótesis se crea en función de la potestad tributaria del

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 28 de setiembre de 2004, en el Expediente 3303-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos a fin de que se declare inconstitucional el artículo 125 del Texto Único Ordenado del impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo 054-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 945, y contra la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley 27804, que crean y regulan el Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta.

¹³ Como sabemos, los criterios que emanan de las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes para el Tribunal Fiscal, entidad que por razones obvias es la involucrada en materia tributaria.

¹⁴ Nótese que es difusa la línea que establece los límites entre uno y otro examen.

¹⁵ Nótese que la relación jurídica tributaria obligacional vincula al sujeto pasivo como deudor tributario y al activo, representado por el órgano administrador del tributo que se trate, no pudiendo hacerse extensiva dicha relación a un tercero por más que ese tercero tenga alguna expectativa sobre el ingreso público, como ciudadano que es. Así lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el amparo interpuesto por el congresista Luis Heysen Zegarra contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Tribunal Fiscal con el propósito de lograr la declaración de nulidad de una Resolución del Tribunal Fiscal de un contribuyente ajeno al congresista demandante (Expediente 1000-2006-PA/TC).

¹⁶ El artículo 1 del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 135-99-EF, establece que es obligación tributaria “... el vínculo entre el acreedor y deudor tributario, establecido por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente”.

Estado y debe tener como presupuestos la realización de un hecho económico del administrado (riqueza, consumo o tenencia de patrimonio) o el desarrollo de una actividad estatal a favor del mismo.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional reconoce que esa obligación *ex lege* significa que el supuesto planteado en el instrumento normativo idóneo (que de ocurrir en la realidad detona la obligación tributaria) debe comprender todos los aspectos del hecho generador, no pudiendo ser alguno de ellos objeto de delegación a una norma de rango inferior a través de un "cheque en blanco", pues hacerlo sería incurrir en "deslegalización", salvo, claro está, que la Constitución lo admita. Así, el Tribunal define al principio de reserva de ley¹⁷ como uno relativo, al señalar que el instrumento normativo idóneo para la creación del tributo debe regular los elementos esenciales y determinantes para reconocer al tributo como tal, de modo que todo lo adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, pero no de modo independiente.

Al referirse a los elementos esenciales el Tribunal, concluye que éstos son los aspectos del hecho generador del tributo; a saber: (i) el aspecto material; (ii) el aspecto mensurable; (iii) el aspecto personal; (iv) el aspecto temporal, y; (v) el aspecto espacial. Asimismo, además de tales aspectos que conforman la hipótesis de incidencia o supuesto de hecho de la norma tributaria, comprende como elemento esencial al término del mandato de la misma norma tributaria, esto es, a la alícuota o tasa del tributo. El espectro de lo que constituyen elementos esenciales para el Tribunal Constitucional aparece en la jurisprudencia que señala que:

"... son aquellos que mínimamente deben estar contenidos en la creación de un tributo; es decir

"... los hechos imponibles, los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer, así como el objeto y la cantidad de la prestación; por lo que todos esos elementos no deben quedar al arbitrio o discreción de la autoridad administrativa"^{18 19}.

Ya en otras sentencias es más específico en detallar el contenido del hecho imponible, aun cuando al hacerlo olvida nombrar el aspecto mensurable o cuantitativo, lo cual no implica considerar que tal aspecto no integre la reserva legal, máxime cuando se trata de la dimensión económica del aspecto material:

"La regulación del hecho imponible en abstracto (...) comprende la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal) y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial)"²⁰.

Por último, sobre la característica "relativa" del principio de reserva de ley menciona que es justificable que:

"... se flexibilice la reserva de ley permitiendo la remisión de aspectos esenciales del tributo a ser regulados por el reglamento, siempre y cuando sea la ley la que establezca los límites al Ejecutivo; caso contrario estaríamos frente a una habilitación en blanco o remisión genérica de la materia tributaria, claramente proscrita por la Constitución.

Así pues, en cualquier caso, nuestro texto constitucional habilitará remisiones de elementos esenciales del tributo a normas reglamentarias, única y excepcionalmente, cuando la ley misma establezca parámetros y límites de actuación a dicha norma, la razonabilidad así lo justifique, y se haya superado el análisis de proporcionalidad; es decir cuando la referida remisión quede sustentada como una medida necesaria e ineludible. Sin em-

¹⁷ La reserva de ley difiere del principio de legalidad en el hecho que mientras el primero constituye una determinación constitucional que impone la regulación sólo por ley de determinadas materias, el segundo se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a las leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se haya sometida a un control de legitimidad por jueces independientes, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida el 13 de abril de 2003, en el Expediente 2302-2003-AA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por Inversiones Dream S.A.

¹⁸ DE LA GARZA, Sergio. Op. cit. p. 314.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 30 de enero de 2003, en el Expediente 2762-2002-AA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por British American Tobacco South America Ltd. contra el Ministerio de Economía y Finanzas y otros.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de abril de 2003, en el Expediente 2302-2003-AA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por Inversiones Dream S.A.

bargo, en ninguno de estos casos podrá aceptarse la deslegalización de la materia tributaria, lo que significa la entrega abierta al Ejecutivo de facultades para determinarla”²¹.

Es justamente al amparo de esta reserva relativa que reconoce la posibilidad de que un Decreto Supremo pueda complementar la ley que haya establecido topes máximos y mínimos y determinar dentro de tales rangos la alícuota del tributo²². Por tal razón, el Tribunal no ampara al contribuyente AMI OIL S.A.²³ en la demanda interpuesta contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) a fin de que se deje sin efecto el Decreto Supremo 114-2001-PCM, que establece una alícuota de 0.63% sobre la facturación mensual por concepto de aporte de las empresas del subsector de hidrocarburos que realizan actividades de importación, refinación o distribución mayorista de hidrocarburos, habiendo alegado el contribuyente que no se observaba el principio de “legalidad”. Ante esto, el Tribunal adujo que sí se respetaba el principio de reserva de ley relativa, al haber establecido la propia ley el tope máximo de 1%; por tanto, la remisión legal era perfectamente admitida pues no se trataba de una habilitación en blanco al reglamento, sino que se le permite regular la alícuota originalmente creada por ley únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere.

Variando completamente de arista, es importante destacar que así como obligación *ex lege* significa que la generación de la obligación dependa de que el hecho jurígeno (hipótesis de incidencia o hecho generador) establecido en la norma se produzca en la realidad (hecho imponible), también abarca el hecho que los aspectos del propio hecho jurígeno –básicamente tratados a través de los elementos del hecho generador– deban estar regulados conforme al principio de reserva de ley y vinculado con ello al tipo de actividades o abstracciones de la realidad que pueden estar recogidas en tal hecho y que consisten en actividades económicas del particular (generación de

patrimonio, tenencia de patrimonio o circulación de patrimonio, supuestos de impuestos), o actividades desplegadas por el Estado (ejecutando obras públicas, supuesto de contribuciones o prestando servicios inherentes a la soberanía del Estado, supuesto de tasas).

De ahí que la naturaleza *ex lege* del tributo, entendida como actividad económica del particular o actividad del Estado cuya ocurrencia determina el nacimiento de la obligación, descarte de plano que pueda pensarse si quiera que compartan naturaleza tributaria otros ingresos públicos tales como los derivados de la explotación del patrimonio estatal –donde la causalidad del ingreso público está dada justamente por el patrimonio del Estado–, las sanciones que provienen de conductas antijurídicas y el crédito público²⁴.

2.2.3 Capacidad contributiva:

Todo tributo debe atender la capacidad contributiva, señala el Tribunal Constitucional, distinguiendo el concepto en función a si se aplica a la especie impuesto o a las especies tasa y contribución.

Justamente la capacidad contributiva, como elemento de configuración del tributo, fue uno de los primeros temas que en materia tributaria abordó el Tribunal Constitucional, estableciendo que el impuesto no podía tener como elemento base de imposición una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva²⁵. Ya jurisprudencia posterior utiliza conceptos mucho más pulidos acotando que el derecho de igualdad, o lo que es lo mismo el principio de capacidad contributiva, garantiza que:

“... el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente

²¹ Op. cit. Nota 19, *supra*.

²² A la que erróneamente califica como parte esencial del hecho imponible en la página 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2003 recaída en el Expediente 2302-2003-AA/TC, aun cuando, como sabemos, la alícuota, si bien conforma la reserva tributaria, se trata más bien, como bien lo confirma el maestro Ataliba, de un término del mandato de la norma y no del supuesto de hecho de la misma. ATALIBA, Gerardo. Op. cit. p. 132.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 19 de abril de 2004, en el Expediente 2058-2003-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por AMI OIL S.A. contra OSINERG.

²⁴ Sobre pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a otros ingresos públicos se recomienda leer la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica y constitucionalidad de la Ley 28258 que creó la regalía minera, Expediente 0048-2004-AI/TC.

²⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 28 y 29 de octubre de 1992 recaídas en los Expedientes 646-96-AA/TC y 680-96-AA/TC sobre acciones de amparo interpuestas por Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara S.A. y Consorcio Textil del Pacífico S.A., respectivamente, a fin de que se declare que el Impuesto Mínimo a la Renta agrava derechos constitucionales.

implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes.

Ciertamente, el principio de capacidad contributiva se alimenta del principio de igualdad en materia tributaria, de ahí que se le reconozca como un principio implícito en el artículo 74 de la Constitución, constituyendo el reparto equitativo de los tributos sólo uno de los aspectos que se encuentran ligados a la concepción del principio de capacidad contributiva (...) puesto que, a pesar de que los principios constitucionales tributarios tienen una estructura de lo que se denomina "concepto jurídico indeterminado", ello no impide que se intente delinearlos constitucionalmente, precisando su significado y su contenido, no para recortar las facultades a los órganos que ejercen la potestad tributaria, sino para que éstos se sirvan del marco referencial previsto constitucionalmente en la actividad legislativa que le es inherente"²⁶.

La más reciente jurisprudencia deslinda la aplicación de la capacidad contributiva en el caso de los impuestos, de la aplicación del mismo principio respecto de las tasas y contribuciones²⁷. Se infiere que para estas dos últimas especies, si bien debe atenderse también a dicho principio, su carácter de sustento primordial de imposición no es tan pleno como en los impuestos ya que contribuciones y tasas están vinculados a una actividad estatal a favor del administrado, siendo su motivación de pago consecuencia del beneficio derivado de la actividad sectorial del estado (caso de las contribuciones) o de un servicio público inherente a la soberanía estatal (caso de las tasas). En otras palabras, en el caso de los impuestos, el principio de capacidad contributiva le es inherente por ser el sustento de la imposición que es medido

en el propio hecho generador, a diferencia de las contribuciones y tasas, en donde la medición de tal principio es imposible de efectuar en el hecho generador ya que éste se trata de una actividad del Estado y no de una actividad económica del individuo; empero, no deja de atenderse la capacidad contributiva con fundamento en el "principio de solidaridad", siendo un criterio secundario de evaluación para el establecimiento de tasas y contribuciones, por cuanto el primario busca medir el costo de la actividad del Estado²⁸.

Si bien advertimos que el Tribunal Constitucional ha experimentado una progresiva y sostenida evolución del concepto de capacidad contributiva, expresión del principio de igualdad en su vertiente vertical, también advertimos que no ha sido capaz de ensayar una diferenciación de tal concepto con el de confiscatoriedad, limitándose a señalar que se encuentran directamente conectados²⁹.

Pese a que no ha hecho un distingo explícito, sino que más bien ha planteado una directa conexión de conceptos, el mismo Tribunal ha postulado un concepto específico de confiscación, estableciendo que se transgrede el principio de no confiscatoriedad:

"... cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, se considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica"³⁰.

Además de ello, distingue dos aproximaciones al concepto que deben quedar claramente diferen-

²⁶ Op. cit. Nota 12, *supra*.

²⁷ Nótese que el Tribunal Constitucional aborda la aplicación del principio de capacidad contributiva sólo en el caso de las tasas y no en el de las contribuciones, sin perjuicio de lo cual los fundamentos son plenamente aplicables a ambos conceptos, por lo que hemos hecho la referencia a las dos especies.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 16 de mayo de 2005 en el Expediente 0053-2004-PI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra diversas ordenanzas emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores mediante las cuales se creaban arbitrios.

²⁹ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de diciembre de 2003, recaída en el Expediente 2727-2002-AA/TC, sobre acción de amparo interpuesta por Compañía Minera la Caudalosa, ha señalado en su Fundamento 4 que: "Uno de los principios constitucionales a los cuales está sujeta la potestad tributaria del Estado es el de no confiscatoriedad de los tributos. Este principio informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal y, como tal, constituye un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, empezando, desde luego, por el derecho de propiedad, ya que evita que la ley tributaria pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas. Asimismo, se encuentra directamente conectado con el derecho de igualdad en materia tributaria o, lo que es lo mismo, con el principio de capacidad contributiva, según el cual, el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes".

³⁰ *Ibid.*

ciadas. La primera aproximación es la de confiscación en función a las circunstancias particulares del obligado en quien recae el tributo. La segunda, es la confiscación en función a las características de la ley misma, caso en el cual la afectación tendría que producirse en los elementos sustanciales del tributo y particularmente en cuanto a la materia imponible y la alícuota.

De otro lado, al igual que en el caso de la capacidad contributiva, define la confiscatoriedad como un concepto jurídico indeterminado aduciendo que su contenido protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser observado y analizado en cada caso teniendo en consideración la clase de tributo y el sujeto obligado a su pago. Así las cosas, tenemos que si bien hay un matiz conceptual entre lo que es capacidad contributiva (que apunta a una distribución equitativa de cargas) y lo que significa confiscatoriedad (enfocada a una tributación que excede el límite de lo razonable), dicho matiz es sólo eso, pues luego el Tribunal postula la estrecha conexión entre ambos conceptos sin distinguirlos claramente.

Finalmente, es interesante notar cómo, aún frente a principios constitucionales parecidos, la jurisprudencia Argentina³¹ se aparta enormemente de la peruana, pues ella, partiendo de casos puntuales, sí llega a criterios objetivos que le permiten determinar cuándo un tributo es confiscatorio o no, para lo cual, dependiendo del tributo que se trate, fija tal confiscatoriedad en función de la alícuota del mismo. En Argentina entonces está plenamente diferenciado lo que puede ser confiscatorio (por ejemplo, por exceder la alícuota establecida –33% en caso de impuestos que gravan capital–) de lo que puede calificar de inequitativo o desigual, afectando la capacidad contributiva, que es una afectación a la adecuada distribución de cargas entre sujetos desiguales.

2.3 Desaciertos en criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en torno al concepto de tributo

Lo expuesto hasta ahora exhibe, en términos generales, un Tribunal Constitucional ejemplar, que instruye al legislador y al aplicador del derecho tributario peruano con derroteros adecuados y consistentes con la doctrina internacional que le permiten calificar al tributo y a los elementos que lo conforman, logrando así consolidar seguridad jurídica a favor de todos los actores. Sin embargo, no siguen la misma línea todas las sentencias del Tribunal Constitucional, sobre todo dos importantísimos pronunciamientos en los que inexplicablemente se aparta no sólo de sus posiciones anteriores, sino de toda la doctrina internacional, creando desconcierto e inseguridad para las calificaciones posteriores en materia tributaria. La primera sentencia analiza el Impuesto a las Transacciones Financieras, mientras que la segunda hace lo propio respecto de la Contribución a favor del Fondo Nacional de Vivienda.

2.3.1 La sentencia del Impuesto a las Transacciones Financieras

El 21 de setiembre de 2004, el Tribunal Constitucional declara improcedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 939, e infundada la interpuesta contra la Ley 28194 por los que se crea y sustituye, respectivamente, el Impuesto a las Transacciones Financieras³² (en adelante, "ITF").

Los demandantes invocan, entre otros argumentos, dos que nos conciernen: **(i) que el ITF es un impuesto confiscatorio y que afecta el derecho de propiedad, y; (ii) que el legislador no ha evaluado "...la real capacidad económica del contribuyente..." y por tanto se trata de un impuesto que atenta contra la capacidad contributiva.**

Sobre la confiscatoriedad, el Tribunal reitera su jurisprudencia anterior. La define como un concepto jurídico indeterminado y afirma que habrá confiscatoriedad cada vez que el tributo exceda el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado el derecho de propiedad.

³¹ Para Jarach, las cortes argentinas han ido objetivizando el principio de no confiscatoriedad. Así, en el caso del impuesto a la transmisión gratuita de bienes de Argentina, éste resultaba confiscatorio cuando absorbía más del 33% del haber hereditario. En el mismo sentido, respecto del impuesto inmobiliario, la Corte Suprema de Argentina estableció que dicho tributo, aplicable anualmente sobre la valuación fiscal de la propiedad, era confiscatorio cuando llegaba a absorber reiteradamente un porcentaje importante de la renta anual del inmueble, es decir, más del 33%. Desde luego, cabe anotar que dicha tendencia también ha sido materia de crítica. Siguiendo a Jarach, "Evidentemente estamos en un terreno difícil, porque todos los impuestos, en definitiva, se pagan con la renta o el capital, cualquiera que fuese la base técnica imponible. De modo que, al final, todos los impuestos se acumulan y pueden representar porcentajes superiores al 33% de la renta, como ocurría por la acumulación de los impuestos a las ventas, a los réditos y a los beneficios extraordinarios(...)". JARACH, Dino. Op. cit. p. 326 y siguientes.

³² La sentencia acumula los siguientes expedientes: 004-2004-AI/TC; 001-2004-AI/TC; 001-2004-AI/TC; 0013-2004-AI/TC; 0014-2004-AI-TC; 0015-2004-AI/TC; 0016-2004-AI/TC, y 0027-2004-AI/TC.

Asimismo, enfatiza en el hecho que la confiscatoriedad limita la potestad tributaria, al garantizar que no se puede afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas, y garantiza la no alteración de una faceta institucional, al no permitir que determinadas instituciones (como el pluralismo económico, propiedad, empresa) resulten vaciadas de contenido³³.

Al examinar si la ley misma incurre en **confiscatoriedad**, desde un punto de vista abstracto, establece que en el caso del ITF, no se advierte que haya afectación de los elementos sustanciales de materia imponible y de tasa. En efecto, en cuanto a la materia imponible, afirma que hay un amplio margen de acción en el legislador para determinarla, pudiendo ser un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital. Luego de un examen, califica al ITF como un impuesto que grava el capital, olvidándose que el hecho que causa el tributo es la mera "transferencia financiera", la misma que no denota ni la tenencia, ni la generación, ni la circulación de capital, únicos supuestos de impuestos. En realidad lo que ocurre en el ITF es que la base imponible no es el capital del sujeto, pues éste se mide en función a la suma de activos que tiene y nunca podría ser medido en función a las transferencias de fondos que realice. Así, partiendo del error, el Tribunal Constitucional afirma que si bien el supuesto de hecho (transferencia) se repite reiteradas veces, ello tampoco es un elemento que haga confiscatorio al tributo porque la tasa del impuesto es muy reducida³⁴, lo que desvirtúa la posibilidad de que el impuesto en abstracto incurra en confiscatoriedad.

En resumen, el Tribunal Constitucional parte de un supuesto errado al afirmar que el ITF es un tributo que grava el capital (y no la mera transferencia), y sustentándose en lo reducido de la tasa concluye que no hay confiscatoriedad. ¿Por qué decimos que no estamos de acuerdo con el Tribunal Constitucional cuando afirma que el ITF es un impuesto sobre el capital? Para graficar el tema, simplemente sustituycamos el bien mueble utilizado por el legislador y cambiemos al dinero por vehículos y al sistema financiero por la carretera panamericana, hechos que llevarían al absurdo

de considerar que cada vez que los vehículos transiten por la panamericana, su titular quede afecto con un impuesto al capital que, para el Tribunal Constitucional, no sería confiscatorio si cuenta con un "*monto ínfimo de la alícuota aplicable*"³⁵. En efecto, en el ejemplo planteado, para el Tribunal Constitucional se estaría gravando el capital (que imaginamos son los vehículos) y el hecho que su circulación por la panamericana sea el supuesto gravado no lo convierte en confiscatorio, en la medida que la tasa que lo grave sea mínima.

En nuestra opinión, la confiscación de este tributo en abstracto es evidente y el fundamento es que el aspecto material del tributo (transferencia de fondos) no es uno susceptible de ser contenido por la materia tributaria. Esto es, no es pasible de ejercer poder tributario sobre "la circulación", lo que convierte a la exacción en una apropiación ilegítima y por tanto confiscatoria por parte del Estado.

Por último, también en cuanto a confiscación, el Tribunal Constitucional deja constancia de que no se puede pronunciar, porque no corresponde, sobre casos concretos en los que podría apreciarse la confiscatoriedad en función a las circunstancias particulares del obligado en quien recae el tributo.

En cuanto a la **capacidad contributiva**, debemos afirmar que si bien el Tribunal Constitucional logró construir un argumento, débil pero argumento al fin, en materia de confiscatoriedad, ya no fue posible hacer lo propio respecto de la capacidad contributiva demandada. Nada fue mencionado sobre el tema, como si no hubiese sido planteado en la demanda. Dos alternativas, o la sentencia consideró que al pronunciarse sobre confiscatoriedad ya no era necesario hacerlo respecto de igualdad, al ser –utilizando sus palabras– "conceptos vinculados, o simplemente incurrió en nulidad omitiendo pronunciarse de un punto controvertido.

Demás está afirmar que confiscatoriedad y capacidad contributiva son distintos. Y, si ya fundamentamos el hecho que el ITF atenta contra la confiscatoriedad, lo propio ocurre con la

³³ Dicho argumento también fue utilizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente 2727-2002-AA/TC, anteriormente citada.

³⁴ Las tasas del ITF que se discuten en la sentencia materia de análisis son: (i) para el 2004, 0.10%; (ii) para el 2005, 0.08%; y, (iii) para el 2006, 0.06%. No obstante, sabemos que la tasa del año 2006 fue de 0.08% y que el ITF se prorrogó, y en el 2007 se mantuvo con dicha tasa. Actualmente, las alícuotas del ITF son las siguientes: (i) para el 2008, 0.07%; (ii) para el 2009, 0.06%; y, (iii) para el 2010, 0.05%.

³⁵ Ver: Fundamento 21 de la sentencia.

capacidad contributiva, en la medida que, siguiendo la misma línea de pensamiento del Tribunal Constitucional, que considera al impuesto como uno que grava capital, la técnica legislativa utilizada no diferencia ni distingue en razón a los distintos capitales de los sujetos, lo que trae como consecuencia que quien tenga enormes capitales tribute exactamente igual de aquéllos que no los tienen.

Sólo para recordar y aclarar conceptos, queremos insistir en que cuando hablamos de capacidad contributiva estamos aludiendo a igualdad vertical y, por tanto, a que tributen igual los iguales y desigual los desiguales, en función a criterios de proporcionalidad, uniformidad y progresividad; mientras que cuando hablamos de confiscatoriedad, estamos centrándonos en tributos que por su magnitud de afectación (cuantitativa) o porque no existe derecho a gravar (ausencia de poder tributario) constituyen una apropiación ilegítima de la propiedad del sujeto. Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que mientras un tributo que atenta contra la capacidad contributiva podría no ser confiscatorio, necesariamente uno que afecte la confiscatoriedad vulnerará capacidad contributiva.

Por su parte, la doctrina es unánime al diferenciar la capacidad contributiva de la confiscatoriedad en términos similares a los expuestos en el párrafo anterior³⁶. En efecto, Casás, con relación al significado del principio de capacidad contributiva, ha señalado lo siguiente:

“Consiste en la aptitud económica de los obligados tributarios para afrontar prestaciones patrimoniales coactivas con las cuales brindar cobertura a los gastos públicos y satisfacer otras necesidades del Estado. Así entonces, por lo menos puede ser contemplado desde tres perspectivas: a) como fundamento ético-jurídico del deber de contribuir, deber indispensable para la existencia del Estado y la efectiva garantía de la libertad del ciudadano; b) como base de medida, a partir de la cual habrá de fijarse la carga fiscal concreta que deberá soportar cada contribuyente,

y c) como límite infranqueable de la potestad tributaria normativa, ya que no podrá haber gravamen donde no exista capacidad contributiva – razón y fundamento de los mínimos de sustento exentos en el impuesto a la renta–, o por encima de la misma –lo que nos aproxima a la noción de confiscatoriedad–, pues, de lo contrario se atendería contra la propiedad privada, vaciándola de contenido”³⁷ (el subrayado es nuestro).

Sobre no confiscatoriedad, Casás expone que el Tribunal Nacional Argentino “ha entendido que la confiscatoriedad se configura cuando los tributos absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta que esta produce o que tiene aptitud de generar”³⁸.

2.3.2 La sentencia del FONAVI

El 03 de setiembre de 2007, el Tribunal Constitucional declara **fundadas las demandas de amparo** contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que deniegan la solicitud de referéndum vinculada con el proyecto de ley que dio origen a la Ley 27677, Ley de Uso de los Recursos de Liquidación del FONAVI, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 41 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (expedientes 01078-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC).

Las demandas de amparo se interponen contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que denegaron la convocatoria a referéndum por considerar, amparándose en el artículo 32 de la Constitución, que en ningún caso procede referéndum sobre materia tributaria, y que dado que el FONAVI es materia tributaria, el pedido resultaba improcedente.

Al margen de otras consideraciones que no son materia de este trabajo, el Tribunal Constitucional analiza la naturaleza jurídica de la contribución al FONAVI por el período comprendido entre el 01 de julio de 1979 y el 31 de agosto de 1998 para llegar a la conclusión de que por el referido período, la denominada contribución al FONAVI

³⁶ Para Gualiani Fonrouge, el principio de igualdad se refiere a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas situaciones, de modo que no constituye regla férrea porque permite la formación de distingos o categorías, siempre que éstas sean razonables, con exclusión de toda discriminación arbitraria, injusta u hostil contra determinadas personas o categorías de personas. (p. 338) De otro lado, al referirse a la no confiscación, Gualiani Fonrouge cita a la Corte Suprema de Justicia argentina, la cual establece que los tributos no pueden absorber una parte sustancial de la propiedad o de la renta. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Op. cit. p. 338 y siguientes.

³⁷ CASÁS, José Osvaldo. “Principios Jurídicos de la Tributación”. En: García Belsunce, Horacio (Director). “Tratado de Tributación”. Tomo I. Derecho Tributario. Volumen I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. 2003. pp. 314 y siguientes.

³⁸ Ibidem.

no tuvo naturaleza tributaria y, en tal virtud, el destino de los fondos puede ser materia de referéndum.

Sobre la naturaleza jurídica de la denominada contribución al FONAVI, el Tribunal Constitucional concluye que se trata de un fondo creado para los trabajadores en el Banco de la Vivienda del Perú, para que en forma progresiva accedan a su vivienda; que se trata de un fondo administrado por el aludido Banco; y que el destino de los fondos no es la realización de una actividad estatal sino más bien la realización de obras de carácter privado. Por último, descarta la naturaleza tributaria en el hecho que no se cumple con el principio de reserva de ley por cuanto la ley no ha dicho expresamente que se trata de un tributo y, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución, esa mención debe ser expresa.

Antes de entrar al análisis crítico de la posición del Tribunal Constitucional, vamos a procurar entenderla, y para ello dividiremos en dos sus argumentos. Primero nos enfocaremos en los argumentos que tienen incidencia en la sustancia del FONAVI, esto es, los vinculados con la naturaleza misma del ingreso, para luego tratar los argumentos vinculados con la forma del FONAVI, es decir, con la fórmula legislativa adoptada para la creación de la denominada contribución, según si ésta ha cumplido o no con el principio de reserva de ley.

En cuanto a la sustancia se refiere, el primer tema a dilucidar es si para el Tribunal Constitucional estamos ante un ingreso de carácter público o privado, lo que no queda claro puesto que si bien afirma que el ingreso constituye un fondo o intangible nutrido con las entregas de dinero forzosa (de trabajadores y empleadores) para que sea administrado por el Banco de la Vivienda, señala que dicha entidad es "...diferente al Estado...", con lo cual deja entrever que estamos

ante un ingreso parafiscal³⁹, esto es, un ingreso forzoso a favor de una entidad no estatal. Bajo esta consideración tendríamos que el ingreso no califica como público y que su destino tampoco lo sería, en razón a que se destina a obras privadas de vivienda. Para completar su argumento, siguiendo la línea de pensamiento planteada, como el ingreso lo administra el Banco de la Vivienda a título de gestor, en términos financieros el intangible constituido por el fondo se registraría como una cuenta sujeta a rendición de cuentas, a favor de los acreedores que son los fonavistas. Así, el fondo sería un crédito a favor de los fonavistas manejado por el Banco, respecto del cual existe expectativa (derecho a su favor) que sería satisfecha a través de la construcción y posterior entrega de viviendas.

Detengámonos un momento en esa posición del Tribunal Constitucional y limitemos nuestro análisis primero a la naturaleza pública o privada del desembolso a cargo de los trabajadores⁴⁰ demandantes, respecto del período en cuestión, esto es, entre 1979 y 1998. Coincidimos en que esta exacción constituye una entrega forzosa de dinero por parte de los trabajadores, pero de ninguna manera en el hecho que se trate de un ingreso privado. Muy por el contrario, se trata de un ingreso público por lo siguiente:

- (i) La entrega de dinero al Banco de Vivienda para que sea manejado como un fondo, no es una entrega a favor de una entidad **no** Estatal; muy por el contrario, es en favor de una entidad estatal⁴¹ adscrita al sector Economía y Finanzas y sometida a Derecho Público⁴². Adicionalmente, el manejo del fondo a cargo de dicho Banco fue temporal (entre el 1 de julio de 1979 y el 28 de mayo de 1992) puesto que a partir del 30 de mayo de 1992 se confirió dicha función al Ministerio de la Presidencia, evidentemente parte del Estado;

³⁹ Ataliba define a la parafiscalidad como la atribución por la ley, de capacidad para ser sujetos activos de tributos, que recaudan en beneficio de sus propias finalidades, personas diversas del Estado. En palabras del autor "son tributos parafiscales aquellos creados (evidentemente por ley) para ciertas personas distintas del Estado y recaudados por ellas mismas. Estas personas pueden ser públicas, autárquicas (...) o aun privadas, desde que tengan finalidades de utilidad pública. Son tributos parafiscales la tasa del peaje del DNER, la tasa de desagüe de los Departamentos de Aguas y Desagües, las tasas cobradas por las autarquías, los tributos destinados al Instituto Nacional de Provisión Social, Servicio Social de Comercio, Servicio Nacional de Aprendizaje Comercial, etc.". ATALIBA, *Op. cit.* pp. 215-216.

⁴⁰ Noté que no nos estamos pronunciando respecto de la contribución al FONAVI de los empleadores.

⁴¹ La Ley Orgánica del Banco de la Vivienda del Perú, Decreto Legislativo 203, establece en su artículo 1 que el Banco de la Vivienda del Perú es una "Empresa de Derecho Público dependiente del Sector Economía y Finanzas y Comercio que se crea como tal, con autonomía, económica y financiera".

⁴² El carácter de entidad estatal del Banco también se ve confirmado por el hecho que las leyes de Presupuesto de la República contenían disposiciones relativas a transferencias corrientes y de capital del Gobierno Central a Empresas Públicas entre las que se encuentra el Banco de la Vivienda del Perú, tal es el caso por ejemplo de la Ley de Presupuesto de la República para 1977, dada mediante Decreto Ley 21765, que en su artículo 9 contenía una disposición expresa en dicho sentido.

- (ii) El destino del fondo tuvo tres momentos claramente diferenciados⁴³: (a) construcción por parte del Estado de obras de infraestructura de vivienda que inicialmente serían de propiedad del Estado para luego ser transferidas a trabajadores, y otorgamiento de créditos para vivienda a favor de trabajadores⁴⁴; (b) obras de infraestructura sanitaria, electrificación de asentamientos, construcción de centros comunales, proyectos de destugurización, pavimentación y acondicionamiento de vías locales e interdistritales, y; (c) obras de infraestructura sanitaria, electrificación, construcción, ampliación y refacción de centros educativos, de salud, comunales y recreativos, proyectos de destugurización, pavimentación y acondicionamiento de vías nacionales y locales. De lo expuesto se concluye que en ningún momento ese destino fue la realización de una actividad privada, sino la realización de actividades estatales de diversa índole;
- (iii) No hay obligación de que el ingreso entregado por los trabajadores sea devuelto por el Estado, con lo cual no nos encontraríamos ante un empréstito forzoso, y;
- (iv) Aun cuando no constituye un elemento determinante de la naturaleza jurídica del ingreso a favor del Estado, debe indicarse que

si bien la administración de los fondos de la cuenta (su destino, por ejemplo) la efectúa dicho Banco y luego el Ministerio de la Presidencia, la administración del ingreso (esto es el control de cumplimiento de la obligación de cargo de los trabajadores: los cuales son la fiscalización, la determinación, la recaudación y la sanción) correspondió inicialmente al Fondo Nacional de Salud y Bienestar Social, a la Dirección General de Contribuciones y luego a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; todas ellas entidades administradoras de tributos del Gobierno Central.

Basta lo dicho para demostrar que el ingreso de la contribución al FONAVI es uno público y no uno privado. Pero calificado de público, ¿qué tipo de ingreso es? Siempre dentro del mismo espectro de la clase trabajadora como sujeto obligado⁴⁵ debemos indicar que los ingresos públicos⁴⁶ se clasifican en los tributarios, las sanciones, los derivados de la explotación del patrimonio estatal y los empréstitos⁴⁷. A primera vista quedan descartados varios pues esta entrega obligada de dinero:

- (i) no responde a la explotación de patrimonio alguno del Estado⁴⁸;
- (ii) no se trata sanción alguna, pues no proviene de acto ilícito⁴⁹;

⁴³ El destino referido en el acápite (a) estuvo vigente desde el 01 de julio de 1979 hasta el 29 de mayo de 1992; el destino señalado en el punto (b) del 30 de mayo de 1992 al 27 de abril de 1993 y del 01 de noviembre de 1993 al 31 de agosto de 1998, y; finalmente, el punto (c) estuvo vigente del 28 de abril de 1993 al 31 de octubre del mismo año.

⁴⁴ Destinos adicionales a los planteados para este primer momento fueron: (i) dedicar el 15% de la recaudación del FONAVI a la construcción, mantenimiento y reparación de obras de saneamiento, agua y desagüe y alcantarillado (vigente del 16 de diciembre de 1981 al 14 de diciembre de 1982), y; (ii) dedicar el 2% de su recaudación al financiamiento del Banco de Materiales (vigente del 16 de diciembre de 1981 al 29 de mayo de 1992).

⁴⁵ Cabe señalar que a partir del 01 de agosto de 1995, mediante la Ley 26504, el trabajador dejó de ser contribuyente del FONAVI para gravar únicamente al empleador, con lo cual el carácter de tributo —en su calidad de impuesto— de la contribución al FONAVI se vio reafirmado.

⁴⁶ Los ingresos públicos son los recursos que el Estado percibe y puede emplear en el logro de sus fines. Pueden dividirse en ingresos originarios e ingresos derivados. Para De la Garza, son ingresos originarios aquellos que tienen su origen en el propio patrimonio del Estado, como consecuencia de su explotación directa o indirecta, diferenciándose de los ingresos derivados, que son aquellos que el Estado recibe de los particulares; es decir, que no provienen de su propio patrimonio. DE LA GARZA, Sergio. Op. cit. pp. 102-103. Dicha clasificación puede complementarse con lo sostenido por Ferreiro Lapatza, quien afirma que los ingresos derivados son los que derivan del poder de coacción del Estado, en consecuencia, de Derecho Público, y son ingresos originarios, los que proceden del patrimonio territorial, industrial y comercial del Estado y que, perteneciendo desde su origen al Estado, éste obtiene en forma similar a como podría hacerlo un particular, consecuentemente, ingresos de Derecho Privado. FERREIRO LAPATZA, José Juan. Op. cit. pp. 102-103.

⁴⁷ Descartamos los ingresos públicos percibidos por el Estado a título gratuito.

⁴⁸ Los ingresos derivados de la explotación del patrimonio del Estado son los que, siguiendo a Villegas, “no se afectan al uso de todos los habitantes sino al de determinadas personas vinculadas a ellos por su adquisición, locación, administración, concesión u otra contratación. Se trata de bienes, por tanto, que son generalmente enajenables y prescriptibles”. VILLEGAS, Héctor. Op. cit. p. 55.

⁴⁹ La diferencia primordial entre uno y otro es que mientras las sanciones constituyen obligaciones legales consecuencia de acciones ilícitas, los tributos son obligaciones *ex lege* que tienen por supuesto de hecho actividades estatales y de particulares de otro carácter. Así, para Villegas las sanciones “son prestaciones pecuniarias coactivamente exigidas a los particulares para reprimir acciones ilícitas, para resarcir el daño a la colectividad que significa el impedimento o la turbación en la acción estatal destinada a satisfacer las necesidades públicas y para intimidar a los trasgresores a los fines de que no cometan nuevas infracciones sancionables”. VILLEGAS, Héctor. Op. cit. p. 62.

Dichos ingresos se diferencian de los tributos debido a que tienen carácter retributivo y contraprestativo, cuya causa es la explotación del patrimonio estatal asignado al particular. Muy por el contrario, los tributos constituyen apropiaciones legítimas del patrimonio de los particulares cuya exclusiva causa es la potestad tributaria impuesta por ley.

(iii) no califica como empréstito desde que no existe la obligación que sea devuelto⁵⁰.

Dicho lo anterior, resta por definir si por el citado período entre 1979 y 1998, la denominada contribución al FONAVI reviste o no naturaleza tributaria, para lo cual previamente definiremos sus características. Empero, en forma previa a ese análisis cabe resaltar que paradójicamente el Tribunal Constitucional, con anterioridad a la emisión de la sentencia materia de comentario, ya haya emitido pronunciamiento a favor del carácter tributario de la contribución al FONAVI, al establecer en la sentencia recaída en el Expediente 001-1999-AI/TC de 11 de mayo de 2001 lo siguiente:

“Siendo el FONAVI un tributo destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los montos pendientes de pago del mismo, constituirán recursos del Fondo MI VIVIENDA o del banco de Materiales, sino, además, debió establecer que el fondo del referido tributo, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo MI VIVIENDA o del Banco de Materiales (...)”.

En nuestra opinión, la llamada contribución al FONAVI de cargo de los trabajadores: (i) es una obligación cuya prestación consiste en la entrega de dinero –en propiedad– a favor de las arcas públicas; (ii) es de cargo de la clase trabajadora; (iii) inicialmente el Estado estaba en la obligación de realizar actividades consistentes en la ejecución de programas de vivienda que beneficien al sector aportante y a otorgarles créditos, para posteriormente estar destinada a otras actividades com-

pletamente desvinculadas y que no beneficiaban directamente a la clase trabajadora; (iv) es creada por ley, y; (v) se calcula sobre la remuneración del trabajador.

De hecho, las características antes señaladas confirman que la denominada contribución reviste las características de un tributo⁵¹, puesto que:

- (i) se trata de una obligación *ex lege*, en la medida que surge como consecuencia de la ocurrencia de un supuesto de hecho previsto en la norma, cual es la realización de una actividad estatal consistente en cubrir las necesidades de vivienda y créditos para ese fin a favor de la clase trabajadora (supuesto de contribución), o, la realización de una actividad económica del trabajador, cual es la generación de renta (supuesto de impuesto) ahí en el período donde la actividad estatal se desvincula del sector trabajador;
- (ii) la referida obligación tiene por objeto una prestación en dinero, calculada sobre un porcentaje de la remuneración del trabajador, y;
- (iii) que atiende al principio de capacidad contributiva, en la medida que tiene sus límites en el beneficio que eventualmente confiera la actividad estatal a la clase trabajadora o en un porcentaje que guarda relación con la renta del trabajador.

Por último, completando los otros elementos esenciales que corroboran su naturaleza tributaria, debemos señalar que su creación por ley se produce en ejercicio del *ius imperium* del Estado, siendo pasible de ejecución coactiva⁵² y que su destino sirve para la satisfacción de necesidades públicas.

⁵⁰ Para De Juano, el empréstito forzoso constituye una requisición de dinero fijada unilateralmente por los Estados con la obligación de reembolsar y pagar un interés, lo que no debe confundirse con los ingresos tributarios, “donde la entrega se hace con carácter definitivo y sin obligación de reintegrar o reembolsar”. Para establecer la diferencia con el tributo, el citado autor agrega que “en el empréstito forzoso el Estado no confisca sino que aprovecha el préstamo que el mismo dispone sea realizado, pero sobre el cual debe devolver el capital, pagar el servicio y satisfacer el interés”. DE JUANO, Manuel. “Curso de Finanzas y Derecho Tributario”. Segunda Edición. Tomo III. Política Fiscal – Crédito – Moneda – Finanzas Locales y de Guerra Presupuesto. Rosario: Ediciones Molachino. 1972. pp. 125-126.

En consecuencia, la diferencia fundamental radica en el hecho que en los empréstitos forzosos no hay una entrega definitiva de recursos a favor del Estado (traslativa de dominio), mientras que en los tributos sí la hay.

⁵¹ En concordancia con lo expuesto, el Tribunal Fiscal, a través de su jurisprudencia, ha reconocido la naturaleza tributaria de la contribución al FONAVI, señalando en la Resolución 7243-2 del 08 de mayo de 1995, correspondiente al FONAVI cuenta propia de los meses de enero a abril de 1994 que “(...) el distinto efecto económico financiero que puede tener para el empleador o para el trabajador, la contribución en referencia, no conlleva a que el Tribunal Fiscal pueda declarar que la naturaleza jurídica de un tributo cambie según de quien se trate, esto es, que sea impuesto para el empleador y contribución para el trabajador (...)” (el subrayado es nuestro).

Del mismo modo, nuestro derecho positivo reconoce su naturaleza tributaria cuando el propio Decreto Legislativo 771, Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, del 31 de diciembre de 1993, señala en su artículo 2 (en el rubro denominado “para otros fines”) que dicho Sistema se encuentra conformado, entre otros, por la contribución al FONAVI.

⁵² Desde su creación, es un ingreso que está investido con todas las atribuciones que tiene la administración de un ingreso de naturaleza tributaria, conforme surge del artículo 15 del Decreto Ley 22591.

Definida la naturaleza tributaria de la denominada contribución al FONAVI, debemos distinguir dos escenarios claramente diferenciados: (i) cuando la contribución de cargo de los trabajadores obligaba al Estado a procurarles un beneficio consistente en la ejecución de programas de vivienda y otorgamiento de préstamos, esto es, por el período comprendido entre el 01 de julio de 1979 y el 29 de mayo de 1992, y; (ii) cuando ya no había obligación del Estado, esto es, por el período que va del 30 de mayo de 1992 al 31 de agosto de 1998.

En el primer caso, estaríamos ante un tributo en su especie contribución por servicio; mientras que en el segundo, estaríamos ante un impuesto⁵³.

Los autores clásicos nos recuerdan que contribución es la especie del género tributo cuyo hecho generador está dado por una actividad estatal que beneficia de manera mediata e indirecta al sector que lo sufraga, considerándose como límite de gravamen el beneficio o ventaja que reciben como consecuencia de la actividad Estatal, la que podría ser un servicio público⁵⁴. En el caso de la contribución al FONAVI en su primer escenario tenemos

que se trata de una obligación de entrega de dinero a favor del Estado cuya fuente es la Ley, que el Estado impone en uso de su Poder de Imperio con el propósito de procurar una ventaja o beneficio a favor de la clase trabajadora consistente en la satisfacción de vivienda. Sin embargo, es importante advertir que la calificación del FONAVI como contribución se dificulta en la medición del beneficio que procura al contribuyente, en razón al esquema utilizado por el Estado, según el cual, se le brinda al citado contribuyente un beneficio "potencial" que le permite un posible acceso a vivienda, pero que no lo garantiza.

Se perjudica la naturaleza de contribución y se convierte en impuesto desde que la actividad que despliega el Estado se desconecta del sector que lo sufraga. En otras palabras, el nexo causal de la obligación, cual es la actividad estatal que de modo mediato beneficia al sector trabajador, no puede ser apreciado. Por ejemplo, cuando ese Estado construye centros educativos con la denominada contribución, máxime si en nuestro ordenamiento el monto total a recaudar por concepto de dicho tributo no puede exceder del costo de la actividad desplegada por el Estado⁵⁵. Si el nexo

⁵³ No perjudica su naturaleza de contribución, los destinos adicionales a que se contrae la Nota al pie 45 referidos a actividades de saneamiento y financiamiento del Banco de Materiales, en razón a que los mismos se dieron dentro del marco del artículo 17, el cual establecía como fin primordial que el aporte al FONAVI se destinara a la construcción de viviendas para ser alquiladas o vendidas a los trabajadores aportantes o para financiarlos con dicho propósito. Por ello, los destinos adicionales debían vincularse con el citado fin primordial.

⁵⁴ Sobre el presupuesto de hecho y el destino de la contribución, Valdés Costa sostiene que el primero "está constituido por la actividad del Estado realizada con fines generales, que simultáneamente proporciona una ventaja particular al contribuyente; el destino es necesaria y exclusivamente el financiamiento de esa actividad. Estos elementos adicionales a los propios del tributo como género, significan indirectamente una doble limitación de la cuantía del tributo; este no puede superar ni la ventaja obtenida por el contribuyente, ni el costo de la actividad estatal cuyo funcionamiento constituye el presupuesto de la obligación." Agrega que "(L)as notas particulares de este tributo se dan con características variables en los dos tipos de presupuestos de hecho más frecuentes: la construcción de obras públicas y el funcionamiento de servicios públicos". Finalmente, señala que "es esencial que el producto de las contribuciones especiales esté destinado exclusivamente al financiamiento de la actividad estatal cuyo financiamiento constituye el presupuesto de hecho de la obligación. Al igual que en la tasa no se concibe una "contribución" con un destino ajeno a esa actividad. La única razón de ser de esta categoría tributaria es la vinculación jurídicamente necesaria, entre actividad estatal que produce una ventaja y la prestación correlativa del particular beneficiado. Es por eso y para eso por lo que se le exige un tributo especial: si no fuera así, es decir, si se le reclamara solamente por la existencia de una ventaja, el tributo no constituiría una categoría autónoma ya que quedaría subsumido en la categoría de los impuestos al mayor valor". VALDÉS COSTA, Ramón. Op. cit. pp. 179-186.

Para Villegas, "(L)as contribuciones especiales son los tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado. (...) el beneficio opera como realidad verificada jurídicamente pero no tácticamente. En otras palabras: es irrelevante que el obligado obtenga o no, en el caso concreto, el beneficio, en el sentido de ver efectivamente acrecentado su patrimonio y en consecuencia su capacidad de pago". VILLEGAS, Héctor. Op. cit. pp. 104 y 105.

Por su parte, De la Garza sostiene que "la contribución especial es la prestación en dinero, legalmente obligatoria, a cargo de aquellas personas que reciben un beneficio particular producido por la ejecución de una obra pública, o que provocan un gasto público especial con motivo de la realización de una actividad determinada, generalmente económica". DE LA GARZA. Op. cit. p. 328.

Ferreiro Lapatza expone que "En ciertos casos, la Administración Pública realiza una actividad dirigida directa e indirectamente a satisfacer una necesidad pública, colectiva, de comunidad considerada como un todo, pero por un efecto reflejo, indirectamente, sin que sea un objetivo buscado, la actuación favorece más, en forma que puede ser, al menos aproximadamente, medido y valorado el beneficio, a determinados sujetos. A estos sujetos puede exigírseles una contribución especial". FERREIRO LAPATZA. Op. cit. p. 345.

Dino Jarach señala que "Con este nombre y otros equivalentes en distintos países e idiomas, se reconocen tributos que la ley establece sobre los dueños de inmuebles que experimentan un incremento de su valor como consecuencia de una obra pública construida por el Estado u otras entidades públicas territoriales.

Algunos autores comprenden bajo el mismo rótulo tributos pagados por determinados grupos de población que están o estarán beneficiados por servicios estatales, como los de la seguridad o previsión social. JARACH, Dino. Op. cit. p. 241.

Finalmente, para Giuliani Fonrouge la contribución es una "prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado." GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Op. cit. pp. 295 y 296

⁵⁵ A partir del 01 de abril de 1992, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario restringe el uso de lo recaudado por contribuciones a sufragar la actividad estatal para la que fue creada.

causal deja de ser una actividad del Estado directa o indirectamente vinculada con el contribuyente, el único otro nexo causal habilitante lo sería una actividad desplegada por el propio particular, hecho susceptible de la creación de impuestos –lo que en este caso sería la generación de renta del trabajador: la remuneración–⁵⁶.

De otro lado, en cuanto a la forma de creación de la contribución al FONAVI, causa suma extrañeza que el Tribunal Constitucional afirme que desde una perspectiva formal de cumplimiento de requisitos constitucionales no se haya cumplido con el principio de reserva de ley, debido a que su ley de creación no manifestó la voluntad de crear un tributo, ya que en dicha ley se manifiesta la voluntad de crear una contribución. Por tanto, a criterio del Tribunal Constitucional, debe entenderse entonces que cuando el Decreto Ley 22591 crea la **contribución** al FONAVI no está expresando la voluntad de crear un tributo, entonces esa referencia al término “contribución” ¿no corresponde a una especie del género tributo? Es extraño también que el Tribunal Constitucional señale que el aporte al FONAVI, no siendo tributo, “(...) tampoco puede considerarse como una contribución (...)”.

El Tribunal Constitucional expone que el aporte de los trabajadores al FONAVI “(...) tampoco puede considerarse como una contribución (...)” y en otra parte de la sentencia afirma que los aportes “(...) no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos (...)”. Si no entendemos erróneamente el dicho del Tribunal, éste considera por un lado que los aportes no constituyen tributo y, de otro, que tampoco se tratan de contribuciones o de impuestos. ¿Ello significaría acaso que la calificación de contribución o de impuesto siendo especies del género tributo, no suponen la previa categorización dentro de ese género?

De hecho, el *nomen iuris* no determina la naturaleza de las figuras jurídicas y ésta se encuentra dilucidada en los párrafos precedentes, demostrando que en el caso del aporte al FONAVI el término contribución sí coincide, en una primera etapa, con la esencia de la exacción para luego, en una segunda etapa, convertirse en un impuesto. Pero ¿qué quiere decir el Tribunal

Constitucional cuando afirma que no se cumple con el principio de reserva de ley al no haberse hecho expresa mención a la palabra “tributo”? ¿O es que para el Tribunal sí podríamos encontrar ante una contribución o impuesto pero no ante un tributo y, por tanto, ante la ausencia del ejercicio de poder tributario? Ello sería algo así como afirmar que la sangre siendo roja podría no tener color, lo que evidentemente se presta a confusión. En el caso concreto, el género “color” sería la naturaleza tributaria, y el color específico, el “rojo”, la especie de tributo (impuesto, tasa o contribución). Si el Tribunal afirma que la contribución al FONAVI no tiene naturaleza tributaria, siguiendo nuestro ejemplo, “que la sangre es incolora”, se presta a confusión al señalar que tampoco es un impuesto o una contribución, es decir, que la sangre “siendo incolora, no es roja”, lo que constituye un desacierto más en las recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional relativas al FONAVI.

CONCLUSIONES

- (i) En líneas generales, el Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, ha instruido al legislador y al aplicador del Derecho Tributario Peruano con un marco que permite calificar al tributo y a los elementos que lo conforman, que concuerdan con lo establecido por la doctrina internacional y el ordenamiento jurídico nacional, logrando así consolidar la seguridad jurídica.
- (ii) En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho positivo peruano adolece de una definición de tributo, lo cual es correcto, desde que la fórmula utilizada por el legislador, empezando por la Constitución Política, es partir de un concepto no explícito de tributo, adoptar en forma explícita la clasificación tripartita que divide a los tributos en impuestos, contribuciones y tasas y definir tales especies. Así las cosas, para nuestro ordenamiento positivo la definición de tributo se determina en función de los elementos comunes a las tres especies del género tributo.
- (iii) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que el tributo es una obligación ex

⁵⁶ El Tribunal, en su Resolución 523-4-97, de observancia obligatoria, emitida el 16 de mayo de 1997, ratifica, en cuanto al empleador se refiere, que la esencia de la llamada “contribución” al FONAVI corresponde a la naturaleza de un impuesto y no de una contribución, pronunciamiento referido a los periodos de enero a diciembre de 1994 y de enero a mayo de 1995 de dicho tributo.

lege cuyo objeto es una prestación, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en ejercicio de su *ius imperium*, que atiende al principio de capacidad contributiva y que se destina al cumplimiento de sus fines, distinta a una sanción por acto ilícito.

- (iv) El Tribunal Constitucional define al principio de reserva de ley como uno relativo, al señalar que el instrumento normativo idóneo para la creación del tributo debe regular los elementos esenciales y determinantes para reconocer al tributo como tal, de modo que todo aquello adicional puede ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad pero no de modo independiente.
- (v) El Tribunal Constitucional califica a la capacidad contributiva y al principio de no confiscatoriedad como “conceptos jurídicos indeterminados”, sin perjuicio de lo cual establece que su contenido puede ser delineado constitucionalmente.

En cuanto a la capacidad contributiva, establece que el derecho de igualdad o, lo que es lo mismo, el principio de capacidad contributiva, garantiza que el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada.

En cuanto a la confiscatoriedad, distingue dos aproximaciones al concepto. La primera aproximación es la de confiscación en función a las circunstancias particulares del obligado en quien recae el tributo. La segunda es la confiscación en función a las características de la ley misma, caso en el cual la afectación tendría que producirse en los elementos sustanciales del tributo y particularmente en cuanto a la materia imponible y la alícuota. Sobre estas dos aproximaciones concluye que habrá confiscatoriedad cuando se exceda el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad.

- (vi) El Tribunal Constitucional no ha ensayado una diferenciación de los conceptos de capacidad contributiva y no confiscatoriedad, limitándose a señalar la estrecha conexión entre ambos conceptos. En nuestra opinión, la capacidad contributiva atiende a la igualdad

vertical y, por tanto, a que tributen igual los iguales y desigual los desiguales, en función a criterios de proporcionalidad, uniformidad y progresividad; mientras que la confiscatoriedad se manifiesta en tributos que por su magnitud de afectación (cuantitativa) o ante la ausencia de la potestad de gravar (inexistencia de poder tributario) constituyen una apropiación ilegítima de la propiedad del sujeto. En consecuencia, mientras un tributo que atenta contra la capacidad contributiva podría no ser confiscatorio, necesariamente uno que afecte confiscatoriedad vulnerará capacidad contributiva.

- (vii) La sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra las leyes que crean el ITF establece que se trata de un tributo que grava el capital (y no la mera transferencia de fondos) y, sustentándose en lo reducido de la tasa del referido impuesto, concluye que no hay confiscatoriedad.
- (viii) En nuestra opinión, la confiscación del ITF en abstracto es evidente, por cuanto el aspecto material del tributo, cual es la transferencia de fondos, no puede estar comprendida en la materia tributaria, esto es, no es posible ejercerse poder tributario sobre la “circulación de capital”, lo que convierte a la exacción en una apropiación estatal ilegítima.

Adicionalmente, consideramos que el ITF también atenta contra la capacidad contributiva en la medida que, aún cuando se trate de un impuesto que grava el capital –siguiendo la misma línea de pensamiento del Tribunal–, la técnica legislativa utilizada no diferencia ni distingue en razón a los distintos capitales de los sujetos, lo que trae como consecuencia que quien tenga enormes capitales tribute exactamente igual de aquéllos que no los tienen.

- (ix) Las sentencias recaídas en las demandas de amparo contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que deniegan la solicitud de referéndum vinculada con el proyecto de ley que dio origen a la Ley 27677, Ley de Uso de los recursos de liquidación del FONAVI, concluyen que el aporte al FONAVI no comparte naturaleza tributaria al tratarse de un fondo creado para los trabajadores en el Banco de la Vivienda del Perú para que en forma progresiva accedan a vivienda; ser administrado por una entidad no estatal, el Banco; y tener por destino la realización de

Fernando Zuzunaga del Pino
Sergio Vega León Cabrera

obras de carácter privado y no la realización de una actividad estatal. Por último, descarta la naturaleza tributaria en el hecho que no se cumple con el principio de reserva de ley, por cuanto la ley no ha dicho expresamente que se trata de un tributo y, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución, esa mención debe ser expresa.

- (x) En nuestra opinión, consideramos que la contribución al FONAVI de cargo de los trabajadores, por el período comprendido entre el 01 de julio de 1979 y el 31 de agosto de 1998 constituye un ingreso público del tipo tributo por lo siguiente:
- Se trata de una obligación *ex lege*, en la medida que surge como consecuencia de la ocurrencia de un supuesto de hecho previsto en la norma, cual es la realización de una actividad estatal consistente en satisfacer de vivienda a la clase trabajadora (supuesto de contribución, entre el 01 de julio de 1979 y el 29 de mayo de 1992), o la realización de una actividad económica del trabajador, cual es la generación de renta (supuesto de impuesto, entre el 30 de mayo de 1992 y el 31 de agosto de 1998), donde la actividad estatal se desvincula del sector trabajador.
 - La referida obligación tiene por objeto una prestación en dinero, calculada sobre un

porcentaje de la remuneración del trabajador.

- Atiende al principio de capacidad contributiva, en la medida que tiene sus límites en el beneficio que eventualmente confiera la actividad estatal a la clase trabajadora o en un porcentaje que guarda relación con la renta del trabajador.
- Su creación por ley se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado, siendo pasible de ejecución coactiva.
- Su destino sirve para la satisfacción de necesidades públicas.

Confirmada su naturaleza tributaria, es importante distinguir dos escenarios claramente diferenciados: (i) el primero entre el 01 de julio de 1979 y el 29 de mayo de 1992, período en el cual la contribución de cargo de los trabajadores obligaba al Estado a procurarles un beneficio consistente en la ejecución de programas de vivienda y otorgamiento de préstamos, lo que confirmaba su carácter de contribución, y; (ii) uno segundo entre el 30 de mayo de 1992 y el 31 de agosto de 1998, durante el cual no había obligación del Estado a la realización de una actividad estatal que en forma mediata benefició a la clase trabajadora, período en el cual la denominada contribución califica como de impuesto.

LA CONEXIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO LABORAL EN ALEMANIA*

Manfred Weiss**

En el presente artículo, el profesor Weiss hace un recorrido por los principales derechos laborales en Alemania, siempre partiendo desde un análisis constitucional de las normas, y tomando en consideración la aplicación vertical y horizontal de los derechos.

Lo invitamos a leer un artículo que refleja también la realidad constitucional de los derechos laborales en nuestra región.

* El presente artículo fue publicado anteriormente en el volumen 26 de Comparative Labor Law & Political Journal, en 2005, bajo el título "The interface between Constitution and Labor Law in Germany". La traducción estuvo a cargo de Mario Drago Alfaro, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, y María José Higuera Chicot, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a Óscar Súmar, ex-Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, por hacernos llegar el artículo, y al autor por autorizarnos a traducirlo y publicarlo.

** Profesor de Derecho en la Universidad de Frankfurt, Alemania.

I. INTRODUCCIÓN

La “Ley Básica”¹, aprobada en 1949 como la Constitución de Alemania del Oeste, se tornó también en la Constitución que unificó a Alemania en 1990. El primer y más importante capítulo de ésta contiene un catálogo de derechos fundamentales que es de crucial importancia. Estos derechos fundamentales son, básicamente, la columna más fuerte dentro de los cimientos de la República Federal Alemana. Si, explícitamente, un artículo específico referido a un derecho fundamental, permite hacer algo, éste puede ser restringido hasta cierto punto por la legislación futura; pero, “de ninguna manera se puede afectar la esencia de un derecho fundamental” (artículo 19, parágrafo 2). La Constitución puede ser reformada con la aprobación de una mayoría de dos tercios de los cuerpos legislativos; no obstante, las reformas mediante las cuales se tratara de afectar los principios garantizados por los artículos sobre derechos fundamentales, serían nulas (artículo 79, parágrafo 3). Esta defensa contra la abolición de los derechos fundamentales (y otros pilares de la Constitución) es una reacción a la experiencia vivida durante el período Nazi, cuando quedó claro que el voto de la mayoría no previene necesariamente la perversión de los preceptos del Derecho.

De acuerdo al artículo 1, parágrafo 3, de la Constitución, los tres poderes del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– están vinculados a los derechos fundamentales. El mencionado artículo, no obstante, no pinta un escenario completo del espectro de aplicación de los derechos fundamentales. Es muy estrecho y por consiguiente engañoso. Sólo se refiere a la aplicación vertical en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Esto refleja la comprensión tradicional de los derechos fundamentales como una defensa contra el poder del Estado, que les garantiza a los ciudadanos un área de libertad donde el Estado no puede intervenir. Sin embargo, esta interpretación tradicional sólo se considera el punto de partida. Los derechos fundamentales, hoy en día, son considerados como una expresión de valores que le dan la base al ordenamiento legal entero. Por consiguiente, ya no se puede ignorar su aplicación a las relaciones entre actores privados. Las diferencias de poder no son sólo características de la relación entre el Estado y los ciudadanos,

sino también un fenómeno creciente entre los actores privados, como por ejemplo entre empleadores y empleados. Esta realización ha llevado a Alemania al concepto de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales. Es una manera leve de introducir a los derechos fundamentales a las relaciones entre los privados. Estos derechos no son aplicados estrictamente de la misma manera que en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, pero la normativa general que rigen las relaciones entre los privados debe ser interpretada a la luz de los valores expresados por los derechos fundamentales. Esto, por supuesto, le da al Poder Judicial una amplia libertad de interpretación para adaptar los derechos fundamentales a una situación específica.

Entre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sólo existe uno que podría ser denominado un derecho fundamental social en sentido estricto. De acuerdo al artículo 9, parágrafo 3, el derecho a formar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales y económicas está garantizado a cada individuo, ocupación y profesión. Es cierto que no estaría inclinado a incluir al artículo 12 en esta categoría, que garantiza la libertad de profesión, dado que es claro que el impacto social es evidente. Pero, después de todo, la libertad de profesión pertenece al grupo de los derechos clásicos de una sociedad cívica, incluso si su significado ha cambiado durante la historia. Los otros derechos fundamentales pertenecen, evidentemente, a la caja de los derechos clásicos: dignidad humana (artículo 1); libertad personal (artículo 2); igualdad ante la ley (artículo 3); libertad de religión, conciencia y credo (artículo 4); libertad de expresión y de prensa (artículo 5); protección del matrimonio y la familia (artículo 6); libertad de cátedra (artículo 7); libertad de reunión (artículo 8); protección de la privacidad en la correspondencia, correo y telecomunicaciones (artículo 10); libertad de tránsito (artículo 11); inviolabilidad de domicilio (artículo 13); protección de la propiedad privada (artículo 14); protección contra la privación de la nacionalidad (artículo 16); derecho al asilo (artículo 16,a); y derecho a la petición (artículo 17).

El propósito principal de esta contribución es mostrar que sería una concepción totalmente engañosa ignorar el impacto social de estos llamados “derechos fundamentales clásicos”. La

separación estricta entre éstos y los derechos fundamentales sociales ya ha perdido el sentido. Después de todo, son dos lados de la misma moneda. Las libertades fundamentales y los derechos de igualdad no sirven de nada si falta la base social. Por otro lado, si los derechos fundamentales sociales no están expresamente garantizados, los derechos fundamentales clásicos deben ser interpretados desde una perspectiva social sino quieren perder su función. Alemania es un muy buen ejemplo de esa reinterpretación de los derechos fundamentales. Éstos ya no son sólo considerados como una garantía de la libertad e igualdad en un sentido formal, sino en uno más substancial. Es decir que la base social debe estar incluida. Por consiguiente, no debe ser sorprendente que el Derecho Laboral en Alemania no esté compuesto de mucho más que normas derivadas de los derechos fundamentales. Se le debe reconocer a La Corte Constitucional Federal, como guardiana de la Constitución, el desarrollo y fortalecimiento del concepto de los derechos fundamentales. Sin embargo, su intervención sólo cubre la cumbre: las situaciones donde el impacto de los derechos fundamentales es altamente controversial. Lo que es mucho más importante es la interpretación de la ley ordinaria por las cortes ordinarias a la luz de la Constitución. En el área del Derecho Laboral, esta importante tarea se cumple por las cortes laborales, en particular por la Corte Federal Laboral. De acuerdo a la Ley de Convenios Colectivos, las partes de dichos convenios colectivos en Alemania están habilitadas para actuar como si fueran legisladores, es decir, hacer normas que deben ser respetadas por ambas partes de un contrato de trabajo individual, como si fuera un estatuto. Así, al crear normas se vinculan a los convenios colectivos como si fueran legisladores, es decir, de manera directa. El concepto de la aplicación horizontal indirecta no se necesita aquí, incluso si las partes de los convenios colectivos son organizaciones privadas.

Los derechos fundamentales garantizados por la Constitución no sólo juegan un rol en el derecho estatutario, sino también cuando no existen textos legales aplicables. En ese momento, es tarea del Poder Judicial el llenar los vacíos al interpretar a la Constitución y derivar de ella estructuras legales.

En Alemania, los derechos fundamentales tienen una doble cara: son, antes que todo, derechos subjetivos de los individuos, pero en buena medida también son garantías institucionales. Si, por ejemplo, la libertad de prensa está garantizada, esto no significa solamente la libertad de aquellos que producen prensa de expresar libremente su opinión y el derecho de los individuos

de usar libremente esta prensa para obtener información, sino también implica la garantía de la existencia de la prensa libre como una institución. O si la familia está garantizada, no implica solamente que los individuos tienen garantizados el derecho a casarse y tener una familia, sino también que el matrimonio y la familia son instituciones que se deben proteger. Este enfoque en la necesidad de una base institucional ha llevado al mayor desarrollo de la función de los derechos fundamentales: el Estado no sólo tiene que proveer instituciones como garantía de los derechos fundamentales, sino que tiene el deber de hacer todo lo necesario para proveer un marco que asegure que éstos se tornen relevantes en la práctica: ir mucho más allá de la interpretación original de los derechos fundamentales como una mera defensa contra el Estado.

II. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN COMO UN EJEMPLO IMPORTANTE DE CÓMO LLENAR LOS VACÍOS

En Alemania, no hay un estatuto suprallegal sobre la huelga y/o los paros. No obstante, hay una ley muy elaborada sobre éstos, desarrollada exclusivamente por el Poder Judicial, la Corte Laboral Federal y, hasta cierto punto, la Corte Federal Constitucional. Las Cortes basaron el sistema entero de estas detalladas y complicadas reglas sobre el conflicto industrial en una sola frase de la Constitución: “el derecho a formar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales y económicas está garantizado a cada individuo, ocupación y profesión” (artículo 9, parágrafo 3, primera línea). Evidentemente, este precepto no menciona nada sobre la huelga y los paros. Meramente garantiza el derecho fundamental de cada individuo a la asociación, el derecho del empleado a formar o unirse a un sindicato, y el derecho de cada empleador a formar o unirse a una asociación de empleadores; nada más.

Aplicando la filosofía explicada anteriormente, las Cortes dejaron en claro que la libertad individual de asociación sería inútil si la organización misma no estuviera protegida constitucionalmente también. Siguiendo este pensamiento, la llamada “libertad colectiva de asociación” es entendida como parte de la libertad individual de asociación. Es decir, está implícita la protección constitucional de la existencia de las organizaciones, tanto como de sus actividades. Así, dado que una de las actividades más importantes de los sindicatos y las asociaciones de empleadores es, por supuesto, la negociación colectiva, se acepta que el artículo 9, parágrafo 3 de la Constitución –a pesar de su

fraseo— también garantiza un sistema de negociación colectiva libre como una institución en la cual la libertad de asociación individual puede jugar un papel relevante en la práctica actual. Este primer paso implica necesariamente el segundo: una vez que se acuerda que un sistema de negociación colectiva libre está garantizado por la Constitución, la filosofía anteriormente expresada requiere que el sistema se forme de manera que garantice que se pueda cumplir con la función de proveer condiciones laborales adecuadas. A su vez, esto sólo es posible si un lado no puede dictarle las condiciones al otro: el sistema necesita un balance de poder justo para darle a cada lado una oportunidad igual de llegar a un compromiso adecuado. Esto implica el derecho de huelga: sin este derecho, la negociación colectiva no sería nada más que un pedir limosnas de manera grupal. Y de acuerdo a la Corte Federal Laboral, en gran medida y bajo condiciones muy específicas, se necesita un derecho de paros defensivos con el fin de garantizar la balanza de poder en todas las circunstancias de acciones industriales. Sin ir más allá en la descripción de los detalles de las leyes de huelga o paros¹, debe ser enfatizado que el solo recurso a la provisión constitucional del derecho fundamental a la asociación es la única fuente para éstas. Por consiguiente, el derecho a la huelga y —al menos, en principio— el derecho al paro se han tornado parte de la garantía constitucional.

III. LA APLICACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL

Como ya ha sido mencionado, los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial están vinculados a los derechos fundamentales. Para estar seguros de que las violaciones a éstos no son toleradas, todas las personas (ya sean naturales o jurídicas) tienen acceso a la Corte Federal Constitucional. Los requerimientos procesales son ignorados aquí; lo que es importante es que al final sea posible que todas las medidas tomadas por el poder Estatal sean examinadas por la Corte.

El poder de reexaminación también se aplica a estatutos, sin importar que tan grande sea la mayoría en el Congreso. Si estos no se ajustan a la

Constitución, pueden ser declarados nulos. Sólo para dar un ejemplo claro en el área del Derecho Laboral, cuando en 1976 la Ley de la Co-Determinación (referente a la representación de los empleados en la junta supervisora de las grandes compañías) fue aprobada con una mayoría impresionante en el Congreso, los empleadores y las asociaciones de empleadores retaron la constitucionalidad de este estatuto, alegando que violaría el derecho fundamental de los empleadores a la libertad de profesión (artículo 12) y el derecho de los accionistas a la propiedad (artículo 14). En una decisión espectacular, la Corte Federal Constitucional confirmó la constitucionalidad del estatuto, y al mismo tiempo, le puso fronteras a una extensión del concepto de co-determinación². Estas fronteras podrían jugar un rol importante en la discusión actual de una reforma a la Ley del Trabajo, que contiene las provisiones de las participaciones de los trabajadores mediante los concejos laborales³.

Si una decisión de la Corte Laboral Federal respeta la Constitución, podría también tornarse en una cuestión controvertida que involucre a la Corte Federal Constitucional. Esto pasaba con frecuencia en el pasado, incluyendo también la ya mencionada época del derecho a la huelga y al paro⁴.

Sólo existe un derecho fundamental en el cual no es necesario recurrir al concepto de la aplicación horizontal indirecta en las relaciones entre los actores privados; éste es el ya mencionado artículo 9, parágrafo 3, que trata la libertad de asociación. Así, establece que: “los acuerdos que restrinjan o busquen impedir este derecho serán nulos; cualquier medida que busque esta restricción será ilegal”. Esto implica que los actores privados, como potenciales violadores del derecho, están en la misma posición que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial del Estado. Cualquier medida tomada por un empleador o cualquier persona que viole la libertad de asociación del empleado sería nula y carecería de valor, e incluso podría acarrear diversas sanciones.

En este contexto, es importante al menos comentar la complicada estructura de este derecho fundamental. No sólo protege a los empleados y em-

¹ Para obtener detalles de este desarrollo, ver: WEISS, Manfred. “Alemania”. En: *Strikes and Lockouts in Industrialized Market Economies*. BLANPAIN, Roger y otros (Editores). *Bulletin of Comparative Labour Relations Series*. 1994.

² Resolución del 1 de Marzo de 1979 de la Bundesverfassungsgericht BVerfGE 50, (290) (F.R.G.).

³ Ver: WEISS, Manfred. “Zur aktuellen Bedeutung des Mitbestimmungsrecht”. En: *Kritische Vierteljahresschrift fuer Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft*. 2000.

⁴ Ver, como ejemplos actuales: BVerfG, EzA Nr. 97 and Nr. 107 zu GG y el artículo 9 de la Constitución Federal *Arbeitskampf*.

pleadores organizados, sino también a los que no lo han hecho, a pesar del fraseo del artículo 9, parágrafo 3 de la Constitución que sólo se refiere a la mal llamada “libertad de asociación positiva”, garantizando el derecho del individuo a formar una asociación, unirse a una y participar activamente en ésta. La Corte Federal Laboral y la Corte Federal Constitucional interpretan esta garantía constitucional de manera que también cubre la llamada “libertad de asociación negativa”. La idea básica es que la libertad positiva no sería libertad si no hubiese, al mismo tiempo, una garantía de no-irrupción, de poder disfrutar de la libertad de no unirse a ninguna asociación o dejar una.

Esta línea fronteriza entre el derecho colectivo de las asociaciones y el derecho negativo de los individuos no es fácil de trazar. Hay un volumen significativo de jurisprudencia donde el poder judicial ha buscado encontrar un balance justo entre los dos derechos en conflicto. Se puede incluso observar una tendencia a sobre-estimar la relevancia del “derecho negativo de asociación” y, por consiguiente, limitar significativamente el derecho de asociación colectivo de las organizaciones, lo que es bien ilustrado por el caso citado. Al usar el instrumento del convenio colectivo, los sindicatos trataron de establecer cláusulas que conllevarían a que algunas ventajas financieras estén reservadas sólo para miembros del sindicato, pues siempre debería haber un espacio (el área de beneficios extras) entre los miembros del sindicato y los trabajadores no sindicalizados. Estas cláusulas desiguales llevaron a un conflicto entre la libertad de asociación positiva que apoyaban los sindicatos pues aumentaba su atracción, y la negativa, que era apoyada por empleados no sindicalizados que no deseaban ser tentados a unirse a un sindicato. Finalmente, este conflicto fue ganado por la libertad negativa, y las cláusulas fueron declaradas nulas e ineficaces. Esta decisión de la Corte Federal Laboral⁵ provocó muchas críticas, pues para muchos autores la actitud de la Corte implicó sobreestimar a la libertad negativa. La Corte Federal Laboral, sin embargo, ha mantenido esta posición hasta el día de hoy, rechazando cualquier crítica⁶.

IV. DERECHOS Y PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN

En Alemania, el Derecho civil protege a ciertos derechos específicos y ofrece remedios en caso se

viole alguno de éstos. Este grupo de derechos ha sido modificado no por ley estatutaria, sino por el poder judicial, al referirse a los valores expresados por los derechos fundamentales de la Constitución. La fuente más importante para esta estrategia de desarrollo de derechos fue tomar la dignidad humana como valor nuclear al igual que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad; así, ahora estos derechos forman parte integral de los derechos que ya eran garantizados por ley estatutaria.

A) Protección de la privacidad

Antes que nada, existe el derecho general de respetar la personalidad de cada uno. Es decir, que cualquier intrusión en la esfera privada de un individuo está prohibida, al igual que el tratamiento irrespetuoso hacia cualquier sujeto que pudiera dañar su posición en la estima de otros. Partiendo de esta premisa general y yendo hacia una más específica, adicionalmente se señaló que existe el derecho de autodeterminación en referencia a la información personal de cada sujeto. La existencia de estos derechos, claro está, no excluyó el potencial conflicto entre ellos y otros valores protegidos por la Constitución. En esa situación es posible que la labor del Poder Judicial sea desarrollar un balance justo entre las posiciones en conflicto, cada una respaldada por el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución.

El ejercicio del derecho general de respetar la personalidad de cada uno, y del derecho específico de autodeterminación, puede ser ilustrada en la manera que las Cortes restringen la posibilidad de que el empleador consiga información de los aplicantes al trabajo. Antes, los empleadores podían preguntarle a éstos todo tipo de preguntas y hacerlos pasar por diferentes tipos de exámenes, lo que ha cambiado significativamente, pues los derechos mencionados han sido aplicados como una importante restricción a esas prácticas. Sin embargo, el derecho del empleador de obtener información sobre el aplicante, en principio, tiene respaldo constitucional en el derecho de libertad de profesión del empleador, el derecho de propiedad privada y, finalmente, el derecho de libre desenvolvimiento de la personalidad, derecho considerado una base constitucional para la libertad de contratar. En resumen, se debe encontrar una solución justa y balanceada entre las posiciones antagonistas. Con el fin de encontrar esta

⁵ BAG (Corte Federal Laboral), EzA Nr. 3 zu GG y artículo 9 de la Constitución Federal.

⁶ Ver, por ejemplo: BAG, EzA Nr. 42 zu GG y artículo 9 de la Constitución Federal.

solución, las Cortes sólo permiten la realización de preguntas justificadas por el interés del empleador debido a la relación laboral a establecerse. Este interés es tan fuerte que proteger la inviolabilidad de la protección del aplicante es considerado menos importante.

Asimismo, el aplicante no está obligado a responder preguntas inadmisibles y –incluso más importante por razones prácticas– está permitido a responder preguntas inadmisibles con mentiras. Sólo una respuesta falsa a una pregunta válida puede ser considerada como fraudulenta con consecuencias legales, incluyendo el cuestionamiento del mismo contrato laboral. Debido al hecho que Alemania cuenta con una protección muy eficiente contra despidos injustos, una respuesta equivocada a una pregunta inadmisibles podría no sólo llevar al aplicante a obtener el puesto laboral, sino que garantizaría su permanencia. Esta tendencia, a la luz de los derechos que protegen la privacidad del aplicante, restringirá cada vez más el derecho del empleador a formular preguntas que invadan la vida privada del aplicante. Para dar un ejemplo, el empleado podrá sólo preguntar acerca de condenas pasadas si el trabajo ofrecido lo requiere. Así, por ejemplo, a un contador o a un cajero se les podría preguntar solamente sobre condenas previas en asuntos de propiedad, o a un conductor de caminos se le puede hacer preguntas sobre infracciones de tráfico; sin embargo, incluso en este caso el aplicante no tendría que declarar sus condenas previas o dar información de los hechos que llevaron a éstas condenas si ya no están registradas en Registro Federal Central de Condenas o si ya no aparecieran en sus antecedentes policiales. Es decir, los casos en los que no hubieran infracciones significativas cometidas en los últimos cinco años. El ejemplo demuestra que el poder discrecional de la Corte en trazar esta línea fronteriza es enorme, pero es quizá la única manera de encontrar un balance justo entre los valores en conflicto como están expresados en la Constitución⁷.

B) El derecho a trabajar

En Alemania no existe un derecho a trabajar, en el sentido que todo individuo tiene derecho a conseguir un trabajo. El derecho al trabajo, no obstante, si juega un rol cuando ya existe un trabajo, y esto sólo se debe a los primeros dos artículos de la Constitución.

De acuerdo a la cláusula estatutaria (sección 611 del Código Civil), que define los derechos y obligaciones mutuas en una relación laboral, el empleado se obliga a trabajar y el empleador se obliga a pagar un salario. No existe un deber del empleador de permitir que el empleado trabaje; por lo tanto, el empleador está cumpliendo con sus deberes contractuales simplemente pagando el salario. Esto ha llevado a situaciones (particularmente en los casos donde el tiempo de aviso para el despido se extendía por contrato y era por lo tanto muy largo) donde el empleador estuvo dispuesto a pagar el salario hasta el fin de la relación laboral pero no dejó al empleado presentarse a trabajar como estaba establecido en el contrato. Este acercamiento se tornó mas incompatible con los principios de los primeros dos artículos de la Constitución, es decir la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El desenvolvimiento de la personalidad de cada uno mediante el trabajo, al menos en el contexto alemán, es considerado como un elemento esencial de este derecho. Es por esto que la Corte Federal Laboral ha establecido los derechos del empleado a trabajar y no simplemente su derecho a recibir una remuneración. Al comienzo, este derecho se le otorgó solamente a algunas profesiones; no obstante, ahora es una regla general e imposible de rebatir. Sólo bajo condiciones muy restringidas (por ejemplo, si se sospecha que el empleado ha incurrido en una falta grave), es que el empleador puede unilateralmente declarar la suspensión y por lo tanto, se libera del deber de permitir al empleado trabajar de acuerdo con el contrato⁸.

Este derecho a trabajar ha sido extendido por la Corte Federal Laboral al contexto de la demanda sobre la legalidad del despido. Esta ley alemana que protege contra los despidos injustos se enfoca en la restitución en caso de despido ilegal; no obstante, incluso si el despido es ilegal, el empleador siempre puede buscar la disolución del contrato laboral y prevenir de esta manera la restitución. Esta disolución, sin embargo, es aprobada por la Corte si concurren dos condiciones: primero, el empleador debe pagar una compensación financiera y, segundo, debe demostrar que no se puede esperar ninguna cooperación fructífera en el futuro. La última condición es fácil de lograr si el empleado ya no es parte de la compañía. Si, no obstante, el empleado aún está trabajando, es mucho más difícil para el empleador convencer a la Corte de que no se podría dar más

⁷ Ver: WEISS, Manfred y Marlene SCHMIDT. "Labour law and industrial relations in Germany". 2000.

⁸ Ibid. p. 80.

cooperación. Así, la cuestión de si un empleado continúa trabajando durante el período del proceso se torna crucial, pues puede durar varios años si todos los niveles del sistema judicial llegan a involucrarse. La Corte Federal Laboral, en una decisión espectacular⁹, elaboró un lineamiento, en vista de la incertidumbre de si un despido había o no sido ilegal y por lo tanto había terminado con la relación laboral; el empleado despedido no tenía derecho a permanecer en la compañía y a seguir trabajando ahí. Sin embargo –y esta es una innovación importante–, si de acuerdo a la decisión de la Corte Laboral de primera instancia el despido es ilegal, el empleado despedido puede continuar trabajando por lo que resta del proceso en todos los niveles de apelación hasta la decisión final. En otras palabras, una vez que existen indicios fuertes de ilegalidad, el interés del empleado prevalece sobre el del empleador. Este nuevo acercamiento al problema ha mejorado significativamente la posibilidad de ser restituido en caso de un despido ilegal.

C) El principio de tratamiento igualitario

De acuerdo al artículo 3, parágrafo 1 de la Constitución, “todas las personas son iguales frente a la ley”. Este derecho fundamental se ha vuelto una base legítima para el principio de tratamiento igualitario que fue desarrollado por el Poder judicial y que juega un rol muy importante en las relaciones laborales.

El principio de tratamiento igualitario sólo se aplica a las regulaciones de las condiciones laborales orientadas a grupos. Así, este principio, por un lado, exige que cada miembro dentro del grupo sea tratado de la misma manera y, por otro lado, limita la libertad del empleador de dividir el trabajo en diferentes condiciones laborales. No se excluye el tratamiento diferente; lo que prohíbe es la distinción arbitraria, no las diferencias justificadas. Los requisitos para esta justificación se tornan más onerosos, por ejemplo, si un empleador le otorga una gratificación a los ejecutivos pero no a los obreros; esto evidentemente sería una regulación dirigida a grupos, por lo que el principio de tratamiento igualitario sí se aplicaría. La pregunta relevante sería si la distinción hecha entre los ejecutivos y los obreros está justificada por el propósito de la gratificación¹⁰. Esto evi-

dentamente depende de la naturaleza de ésta. Si la justificación fuera denegada, la consecuencia sería que aquellos excluidos (en el ejemplo, los obreros) obtendrían lo mismo que el grupo privilegiados (en el ejemplo, los ejecutivos). Podría ser que el grupo excluido consista en muchos más miembros que el grupo privilegiado: en ese caso el principio de tratamiento igualitario podría costarle mucho al empleador. Esto, por supuesto, es algo ambiguo, pues para no quedar atrapado en el principio de tratamiento igualitario, el empleador podría preferir abolir todas las gratificaciones y condiciones favorables similares. Pero el ejemplo demuestra que este principio, como parte de la garantía constitucional de tratamiento igualitario, no sólo se entiende como una prohibición formal de discriminar, sino también como un vehículo de distribución igualitaria de los servicios dados por el empleador. El impacto práctico no debe ser subestimado.

V. APLICACIÓN HORIZONTAL INDIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se mencionó, la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales es, por lejos, el método más importante para influenciar en todo el sistema legal, incluyendo la legislación laboral, a partir de los valores expresados en el catálogo constitucional de los derechos fundamentales. Por tanto, es simplemente imposible hacer un estudio exhaustivo de la gran cantidad de casos donde el método es aplicado. Más bien, sería más útil solamente indicar la constelación típica en donde éste juega un rol importante.

A) Control del contenido del contrato de trabajo

De acuerdo a la filosofía tradicional del Derecho civil, las partes pueden acordar lo que quieran en un contrato, siempre que se respeten las normas. Esta filosofía tradicional se aplica también al Derecho laboral. Por supuesto, se entiende también que no sólo debemos respetar las normas, sino también los acuerdos colectivos y acuerdos laborales como los pactados entre la autoridad y los empleadores¹¹, que estrechan los límites de la libertad contractual. Aún así, existe un gran espacio para dicha libertad contractual en la actualidad.

⁹ BAGE. Op. cit. pp. 48, 122.

¹⁰ Para ejemplos ver: BAG. (Corte Federal Laboral) EzA Nr. 38 - 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

¹¹ Para esta categoría, ver: WEISS y SCHMIDT. *Supra* 7. p. 205.

Los contratos laborales toman en consideración la desigualdad de poder entre las partes. Sin embargo, la igualdad de poder entre las partes, una de las presunciones básicas de la libertad contractual: en tanto no exista la posibilidad para una de las partes de dictar, en mayor o menor medida, las condiciones contractuales del contrato a la otra parte, no existe ninguna necesidad de intervención; cada parte tiene la posibilidad de alcanzar un acuerdo justo. Las cortes laborales alemanas consideran que el empleador, por lo general, se encuentra en una posición más fuerte que el empleado. Por ende, el balance de poderes debe ser reestablecido por las cortes, claro está, sólo si una de las partes así lo solicita. De acuerdo a la cláusula general establecida en el Código Civil, todos los contratos, incluidos los laborales, deben pactarse conforme a los principios de equidad y buena fe (sección 242). Esta fórmula, tal como está, parece no tener mucho significado, pero abre las puertas al sistema de valores expresado como los derechos fundamentales de la Constitución. Y estos valores, a fin de cuentas, se convierten en el criterio decisivo para controlar el contenido del contrato laboral. El proceso de control es más severo con los contratos estandarizados que con los contratos negociados individualmente. Pero, incluso en estos últimos, el contrato es sujeto de control por parte de las cortes.

Existen casos donde es evidente que el contrato viola el espíritu de los derechos fundamentales. Por ejemplo: hay contratos laborales de aeromozas y aeromozos que indican la terminación del contrato en caso que estos contraigan matrimonio. Esto, por supuesto, fue juzgado por las cortes como una evidente y fuerte violación del espíritu de los derechos fundamentales que garantizan el matrimonio y la formación de una familia, tal como se expresa en el artículo 6 de la Constitución¹².

La mayor parte del tiempo, la violación no es tan evidente. Por ende, el control es mucho más complicado. Por dar un ejemplo: si un empleador paga por un entrenamiento especial o por un programa educativo con el fin de mejorar su calidad como trabajador, es natural que el empleador quiera mantener a dicho empleado, altamente calificado, pagándole más de acuerdo a sus nuevas habilidades. Por eso, es común ver que el empleador acuerda con su empleado para

pagarle su educación, con la condición de que el empleado deba devolverle el dinero si renuncia a su puesto antes de una fecha pactada.

Antes, dichas cláusulas contractuales no se consideraban problemáticas. El derecho fundamental a la libertad de elección de la profesión, no obstante, no sólo garantiza la libertad de elección de la profesión, sino también a libertad de ejercer dicha profesión (artículo 12 de la Constitución). Esta libertad de ejercicio de la profesión puede ser violentada si al empleado se le imposibilita realizar un mejor uso de sus habilidades, al no permitírsele cambiar de empleo debido a la cláusula contractual. La obligación contractual de devolver el pago en caso renuncie a su trabajo se convierte entonces en una especie de "cadena de oro": por un lado, la oportunidad de mejorar su calidad como profesional; por otro, la necesidad de permanecer en su actual relación laboral. En principio, la Corte Federal Laboral, al examinar dicha cláusula a la luz del derecho fundamental que garantiza la libertad de profesión, todavía concluye en que son permitidas. Sin embargo, todavía hay límites significativos. El periodo que el empleado debe permanecer en su trabajo es limitado. El marco temporal depende del monto pagado y de la pregunta sobre si la calificación laboral que se le dio al empleado es una a ser utilizada internamente en la empresa o si es atractiva en el mercado laboral en general. Además, el periodo también depende de las modalidades de devolución: si, por ejemplo, no importa el momento en que el empleado renuncie, igual debe devolver todo el monto, o si dicha devolución se reduce paso a paso (monto completo si renuncia el primer año, menos si lo hace el segundo, aún menos el tercero, etcétera). En resumen y yendo al punto, el recurso al derecho fundamental de la libertad de profesión ha guiado a un patrón flexible en la limitación de dichas cláusulas, que le entrega a las cortes un significativo margen discrecional en cada caso concreto¹³.

Pueden darse numerosos ejemplos de este tipo de intervención. Uno prominente es la jurisdicción de la Corte Federal Laboral sobre las cláusulas en las cuales al empleado se le prohíbe competir contra el empleador de la relación laboral. Existe una regulación estatutaria específica sobre dicha cláusula en el Código de Comercio para empleados

¹² BAG (Corte Federal Laboral). AP 1 zu Artículo 6 Ehe u. Familie.

¹³ Como ejemplo de esta jurisprudencia, ver: BAG (Corte Federal Laboral). EZA 13 y 21 zu GG (Constitución Federal). Artículo 12.

de oficina que realizan tareas comerciales. Para el resto del grupo de empleados, sin embargo, no existe una norma específica.

Volviendo a la visión del derecho fundamental a la profesión, la Corte Federal Laboral¹⁴ ha limitado la posibilidad de dichas cláusulas de no-competencia y han transferido el régimen legal de los empleados de oficina que realizan tareas comerciales a todos los otros empleados. Esto significa que la cláusula de no-competencia debe establecerse por escrito, la limitación no debe extenderse por más de dos años luego de la resolución del contrato y, por el periodo en el cual se prohíbe competir, el empleador debe entregar un monto de dinero que corresponda por lo menos a la mitad del sueldo anual que el empleado recibía antes de la resolución del contrato. Adicionalmente, se entiende que la cláusula es válida si el empleador tiene un interés comercial justificado en que el empleado no compita y si, de acuerdo a la región, tiempo y el motivo de la no-competencia, ello no causa desventajas razonables al empleado, tomando en consideración cada caso concreto. Nuevamente, este patrón muestra que las cortes gozan de un nivel de discreción significativo en la aplicación del derecho fundamental al caso concreto y en la determinación de sus límites.

B) Control de las especificaciones del contrato

De acuerdo a las normas laborales alemanas, el empleado está obligado a trabajar bajo las órdenes, control y autoridad del empleador. En otras palabras, el empleador tiene el derecho de, unilateralmente, especificar las obligaciones contractuales del empleado. Este poder, por supuesto, puede ser delegado a un supervisor personal dentro de la organización del establecimiento. El empleado debe obedecer las órdenes, sino corre el riesgo de incumplir con el contrato, lo que puede conllevar una sanción. El derecho de especificar las labores del empleado está limitado por el texto del contrato, el cual es usualmente vago. El problema, sin embargo, es si existen límites a dicho derecho. El Código Civil contiene una norma relevante sobre el tema. La persona que tiene la capacidad de especificar las órdenes unilateralmente debe usar dicho poder de tal forma que se respete el principio de equidad

(sección 315). Nuevamente, esta cláusula general es muy vaga y carece de sentido por sí sola, pero abre la puerta a los valores expresados como derechos fundamentales de la Constitución.

Un ejemplo puede ilustrar cómo funciona este mecanismo. Un investigador en una compañía de químicos se niega a seguir las órdenes de su empleador de participar en un proyecto que, supuestamente, desarrollaría dispositivos farmacéuticos que reducirán los daños causados por armas nucleares. Esto, a primera vista, parece un evidente caso de incumplimiento contractual. No obstante, el empleado alega que su participación en dicho proyecto es incompatible con sus convicciones. La Corte Federal Laboral¹⁵ examinó este caso sobre la base del derecho de libertad de conciencia (artículo 4, parágrafo 4 de la Constitución), haciendo referencia al contenido de este derecho fundamental tal como fue desarrollado por la Corte Federal Constitucional. Esta última desarrolló un amplio alcance de protección de la conciencia del individuo al establecer que corresponde a la persona la decisión sobre sus convicciones y que no existe, por lo menos en principio, criterio alguno que pueda ser aplicado desde afuera. Por supuesto, esto no excluye el denegar la protección en los casos donde, evidentemente, no existe ninguna objeción de conciencia. Sin embargo, las posibilidades de los individuos para recurrir a esta categoría sólo están limitadas por un marco. En el caso señalado, ello significa que el recurso de la objeción de conciencia por parte del empleado estuvo justificado y que no era el trabajo de la Corte el examinar si lo que aquél entiende por conciencia corresponde a lo que la Corte piensa. Por tanto, el impacto de este derecho fundamental en tales casos es de largo alcance: la negativa a cumplir con la orden está justificada, por lo que no puede calificarse como incumplimiento contractual. Aún así, debe mencionarse, por lo menos, que tal negativa no implica que el trabajador se encuentre fuera de todo riesgo. La negativa justificada implicará que el empleado no pueda cumplir con el trabajo que se le asignó contractualmente si no existe posibilidad alguna de darle a éste otro trabajo cubierto por el marco de obligaciones contractuales. Ello dependerá en gran medida del puesto del empleado y del tamaño de la empresa. Sin embargo, en el contexto discutido líneas arriba, sólo es importante demostrar la limitación que tiene el empleador al ejercicio de

¹⁴ BAG (Corte Federal Laboral), EzA 10 zu § 74 HGB.

¹⁵ BAGE 62, 59.

su derecho de especificar el contenido del contrato laboral unilateralmente. Y, otra vez, los derechos fundamentales resultan ser la categoría crucial.

C) Control de la justificación del despido

De acuerdo a la Ley Laboral alemana, un despido sin notificación (denominado "despido extraordinario") está justificado si "existen causas que, en razón de todas las circunstancias del caso y de acuerdo a la evaluación de los intereses de ambas partes, se vuelve inaceptable para ambas el respetar el contrato hasta el final del periodo notificado" (sección 626 del Código Civil). Y bajo el régimen de la norma de protección contra despidos injustos, un despido con notificación de término (denominado "despido ordinario") es sólo aceptado socialmente y, por ende, lícito si hay razones concernientes a la personalidad del empleado, su comportamiento o urgencias económicas (sección 1). Resulta evidente que la fórmula para justificar un despido extraordinario y la amplitud de situaciones para la justificación de un despido ordinario bajo la norma de protección contra despidos injustos son poco específicas y, por ende, la Corte tiene un gran margen discrecional para demarcar la línea entre lo justificado y lo injustificado. En la interpretación de la fórmula referida al despido extraordinario y en la interpretación concerniente a las nociones del despido ordinario, las cortes están obligadas a desarrollar este tema a la luz de los valores expresados por el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución.

La función de los derechos fundamentales sobre la libertad de expresión puede ser usada como ejemplo para ilustrar el rol que juega la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales en el tema de los despidos. La Constitución garantiza a todos "el derecho a la libre expresión y a la diseminación de sus opiniones habladas, escritas o graficadas" (artículo 5, parágrafo 1). Ello, claro está, sólo juega dicho rol si la opinión busca expresarse. De acuerdo a la doctrina de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales, no hay duda de que esta garantía también se aplica a las relaciones laborales.

La libertad de expresión es uno de los pilares básicos de una sociedad democrática y plural; por tanto, es evidente que no puede excluirse del ámbito del empleo, que determina la vida de la

amplia mayoría de ciudadanos. No obstante, debe mencionarse que la garantía constitucional de libre expresión está limitada "por lo previsto por normas de carácter general" (artículo 5, parágrafo 2). De acuerdo a la interpretación mayoritaria, estas "previsiones" incluyen también principios del derecho no cuestionados. En el derecho laboral, estos serían el deber de lealtad y el deber de no perturbar la "paz" en el establecimiento de trabajo. Para encontrar si la expresión de una opinión específica de un empleado puede constituir una justificación para un despido ordinario o extraordinario, las cortes deben ponderar el derecho fundamental de libertad de expresión con las labores del empleado. Para realizar este análisis, las cortes poseen un significativo poder de discreción. Así, es difícil predecir el resultado de un caso en concreto.

Debe decirse, sin embargo, que el recurso al derecho a la libertad de expresión nos ha llevado por un camino interesante. La gran cantidad de casos de este tipo muestra claramente que, comparado a la década del 50, se le da más peso a la libertad de expresión, a la vez que el deber de lealtad y el deber de no perturbar la "paz" en el centro laboral pierden relevancia¹⁶. Esto es verdad especialmente en aquellos casos donde los temas públicos intervienen, lo que demuestra que el recurso a los derechos fundamentales por la vía de la aplicación horizontal indirecta no es estático, sino, por el contrario, dinámico. En este contexto, el debate académico que influye en la percepción de los jueces sobre los derechos fundamentales juega un rol importante.

VI. CONCLUSIÓN

La descripción general bosquejada sobre la conexión entre los derechos fundamentales como garantías constitucionales y las normas laborales ha demostrado que el derecho laboral se encuentra influenciado por dichos derechos fundamentales. Emancipados de la percepción tradicional como medios de defensa de los ciudadanos frente al poder estatal, los derechos fundamentales se han tornado en un sistema de valores que define en gran medida el contenido del sistema legal en su conjunto. En tanto todas las normas deben interpretarse a la luz de la Constitución, el Poder Judicial ha tenido un crecimiento sustancial. El método de la aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales abre la puerta para una

¹⁶ Para un panorama general, ver: SHAUB, G. "Die Freiheit der Meinungsäußerung im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht". *Rect. Der Arbeit* 137. 1979.

aproximación flexible y dúctil que integre los valores básicos dentro de diferentes áreas del Derecho.

En el Derecho laboral, el recurso a los derechos fundamentales es de singular importancia debido a la desigualdad entre el empleador y el empleado. Sobre el tema, las cortes han tenido éxito en desarrollar un balance justo en los conflictos entre valores fundamentales, así como en los conflictos entre valores fundamentales y necesidades económicas. La importancia de los derechos fundamentales en el Derecho laboral, antes que reducirse, se ha incrementado en las últimas décadas. Las cortes, como guardianes de los derechos fundamentales, han demostrado su independencia, manteniéndose relativamente inafectas por las a veces agitadas acciones políticas y por grupos de interés que han pretendido cambiar la perspectiva del Derecho laboral. Esta actitud no es una característica única de la Corte Federal Constitucional y de la Corte Federal Laboral, sino de todas las cortes en general.

La posición asumida por las cortes tiene también un efecto preventivo. El enfoque judicial de los derechos fundamentales hace que el legislador sea cauto. La amenaza sobre la inconstitucionalidad de un proyecto de ley trabaja como un limitador eficiente en el proceso legislativo. La presente discusión sobre la enmienda planeada a la Ley sobre autoridades laborales es un buen ejemplo de este fenómeno.

El balance de todo lo anterior es claro: los derechos fundamentales como garantías constitucionales juegan un rol importante en la creación y aplicación de las normas laborales. Por último, pero no por ello menos importante, ellos son los salvavidas frente a cualquier intento por destruir la función protectora del Derecho laboral, protegiéndolo frente al camino modernizador. En la búsqueda de un Derecho laboral que provea un balance justo entre flexibilidad y seguridad, los derechos fundamentales, tal como se encuentran en la Constitución alemana, son buenos puntos de referencia.

EE|A | Estudio Echecopar
Abogados

Experiencia e Innovación a su Servicio

Derecho Laboral y Seguridad Social | Derecho Tributario | Planeamiento Tributario | Derecho Civil |
Derecho Constitucional | Derecho Administrativo | Litigios | Prevención y Solución de Conflictos |
Arbitrajes Nacionales e Internacionales | Derecho Bancario | Mercado de Valores | Derivados Financieros |
Titulizaciones | Finanzas Estructuradas | Financiamiento | Project Finance | Finanzas Corporativas |
Derecho Comercial | Derecho Societario | Derecho Concursal | Fusiones y Adquisiciones | Gobierno Corporativo |
Agricultura y Agroindustria | Minería | Medio Ambiente | Pesca | Petróleo y Gas | Electricidad | Saneamiento |
Telecomunicaciones | Privatizaciones y Concesiones | Bienes Raíces y Urbanismo | Construcción |
Infraestructura de Transportes | Contratación con el Estado | Derecho Internacional | Inversión Extranjera |
Comercio Exterior | Propiedad Intelectual | Derecho de la Competencia | Aeronáutica | Seguros y Reaseguros

Av. De la Floresta 497, Piso 5 San Borja, Lima 41 - Perú | T +51 (1) 618 8500 | F +51 (1) 372 7171 / 372 7374
www.echecopar.com.pe

EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Jorge Danós Ordóñez*

La importancia de la noción de servicio público en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, es innegable. El servicio público como presupuesto para la calidad de vida y el ejercicio de los derechos fundamentales son dos de las bases de esta premisa. No obstante, si bien el Tribunal Constitucional ha tratado de delimitar las pautas para considerar a una actividad como servicio público, lo cierto es que nuestro ordenamiento no alberga un concepto uniforme de dicha noción.

En el presente artículo, el autor analiza el concepto de servicio público presentando las principales características de las actividades calificadas como tales, así como las consecuencias que genera dicha calificación en el régimen de prestación del servicio, atendiendo a la calidad de servicios esenciales que éstos ostentan.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Socio del Estudio Ehecopar abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es analizar los fundamentos constitucionales del régimen de los servicios públicos en nuestro país; con tal objeto, pasaremos revista a la jurisprudencia en la que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de los principales aspectos relacionados con los servicios públicos.

II. AUSENCIA DE UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL UNIFORME DE SERVICIO PÚBLICO

Es importante tener presente que la Constitución peruana no consagra un concepto unívoco de servicio público. Es evidente que varios de los preceptos que utilizan la noción de servicio público están comprendiendo, bajo la misma denominación, la referencia simultánea a dos conceptos de servicios públicos: (i) algunos de los preceptos se refieren a los servicios públicos como sinónimo de funciones estatales, es decir como una denominación que los identifica genéricamente con el poder público, o la realización de actividades necesarias y con un contenido prevalentemente jurídico que implica el ejercicio o autoridad por parte de las entidades estatales; en cambio, (ii) otros preceptos constitucionales sí utilizan un concepto más moderno de servicio público para referirse a actividades económicas de carácter prestacional, calificadas como esenciales por el legislador y que pueden ser gestionadas por los particulares.

En tal sentido, el artículo 119 de la Constitución, al establecer que la dirección y gestión de los “servicios públicos” están confiadas al Consejo de Ministros y a cada uno de los Ministros en los asuntos que competen a la cartera a su cargo, está utilizando el referido concepto para designar a toda la actividad administrativa o a los servicios administrativos en sentido orgánico, partiendo de una concepción del Estado como un Estado prestador de servicios, de manera similar a la noción de servicio público que se utilizaba en Francia a

comienzos del siglo pasado, pero con la finalidad de justificar el ejercicio del poder por los gobernantes y de discernir la jurisdicción competente para conocer de las controversias contra la administración pública.

Responde al concepto de servicio público de contenido económico que nosotros suscribimos, el artículo 58, ubicado al inicio del Título que regula el régimen económico en la Constitución, que consagra la economía social de mercado y que asigna al Estado el deber de actuar principalmente en determinadas áreas entre las que se encuentra expresamente los “servicios públicos”. Consideramos que es también el caso del artículo 92, cuando establece la incompatibilidad de la función de congresista con la de formar parte de empresas que “prestan servicios públicos”, y del artículo 162, cuando dispone que corresponde a la Defensoría del Pueblo supervisar “la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”¹.

En nuestra opinión, los otros preceptos constitucionales que contienen la noción de servicios públicos la utilizan para referirse simultáneamente a los dos conceptos antes explicados. Tal es el caso del artículo 192, cuando establece que corresponde a los gobiernos regionales fomentar los “servicios públicos de su responsabilidad”, y el numeral 5) del artículo 195, que le otorga competencia a los gobiernos locales para “organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”; preceptos que, conforme se puede comprobar de la lectura de las normas de desarrollo constitucional que regulan el régimen de las citadas instancias de gobierno territorial, emplean la noción de servicio público para referirse a las funciones públicas en general que les compete gestionar (algunas de las cuales tienen carácter prestacional, como es el caso de los servicios de limpieza pública y de saneamiento, entre otros, que reciben el nombre de servicios públicos locales)², pero también a las actividades económicas de servicio público que desarrollan operadores privados en el ámbito estricto de la circunscripción local³.

¹ Precepto constitucional desarrollado por el artículo 30 de la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, conforme al cual: “El Defensor del Pueblo tiene competencia para supervisar la actuación de las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas o la prestación de servicios públicos por particulares”.

² La relación de los denominados “servicios públicos locales” obra en el artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; asimismo, el inciso c) de la Ley 27783, Ley de Bases de Regionalización, establece que es competencia exclusiva de las municipalidades “(a) administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local”.

³ Es importante recordar que los incisos j) y h) del artículo 26.1 de la Ley 27783, Ley de Bases de Regionalización establece que la regulación de los servicios públicos y la gestión de la infraestructura pública de carácter nacional son de exclusiva competencia del Gobierno Nacional. También lo establecen los incisos h) e i) del numeral 2) del artículo 4 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

En el presente trabajo, utilizaremos el concepto de servicio público que hemos dado en llamar “de contenido económico”, para referirnos a determinadas actividades económicas, radicado principalmente en el artículo 58 de la Constitución, de manera concordante con el que viene siendo utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que será materia de análisis.

III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Dos aspectos enmarcan el concepto de servicios públicos en la Constitución peruana de 1993. El primero, a título de antecedente, lo constituye la importante transformación del rol del Estado en la economía que se produjo desde comienzos de la pasada década de los 90, caracterizado por la liberalización de actividades económicas para permitir su desarrollo en condiciones de competencia y la transferencia al sector privado de empresas y servicios públicos mediante los procesos de promoción de la inversión privada, reservándose para la administración pública un rol básicamente regulador y supervisor⁴. El texto de la Constitución vigente fue elaborado precisamente cuando se encontraban en pleno desarrollo procesos que tenían por finalidad modificar la gestión de los servicios públicos que se prestaban tradicionalmente a través de empresas estatales, la mayor parte de las veces en régimen de monopolio.

El segundo aspecto importante para entender el contexto en el que se enmarca el concepto constitucional de servicio público en la actualidad, lo constituyen las construcciones que ha elaborado en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho y los postulados del régimen de economía social de mercado que le sirve de soporte⁵, “en el que imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”⁶, en el que se “busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social” y en el que “el Es-

tado emerge como garante final del interés general”, reservándosele respecto del mercado “una función supervisora y correctiva o reguladora”⁷. El valor interpretativo de estas construcciones jurisprudenciales para configurar el concepto constitucional de servicio público se aprecia en mayor medida teniendo en cuenta la escueta redacción de los preceptos que en nuestra Constitución hacen referencia a la noción de servicio público⁸ y lo que, en nuestra opinión, podríamos denominar “reinterpretación” que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre régimen económico consagrado en la Constitución, potenciando los aspectos “sociales” del mismo.

En resumen, para entender plenamente los alcances del concepto de servicio público de contenido económico en la Constitución peruana, debe tenerse presente los citados antecedentes que explican la mutación del rol del Estado en la economía durante la década pasada, cuando pasó de cumplir un rol protagónico mediante la gestión directa de actividades económicas a través de empresas estatales, a desempeñar el papel de regulador de las actividades económicas a título de garante de los intereses de la colectividad, así como también los desarrollos de la jurisprudencia constitucional sobre la forma de Estado y el régimen económico constitucional, que asignan al servicio público un rol instrumental importante para la satisfacción de necesidades públicas esenciales con el objeto de que los particulares obtengan las condiciones materiales indispensables para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SERVICIO PÚBLICO

A pesar de la deficiencia anteriormente anotada de la carencia de un concepto uniforme de servicio público en la Constitución peruana, consideramos que es posible en este punto intentar aproximarnos a la determinación de un concepto constitucional de servicio público de carácter eco-

⁴ Opina de manera similar: PÉREZ HUALDE, Alejandro. “La raíz constitucional de la protección del usuario de los servicios públicos”. En: AAVV. Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra. 2007. p. 480.

⁵ La jurisprudencia más importante sobre el régimen económico en la Constitución es la STC 0008-2003-AI/TC, de fecha 11 de noviembre del 2003. Caso Roberto Nesta Brero contra franja tarifaria.

⁶ STC 10063-2006- PA/TC, de fecha 8 de noviembre del 2007. Fundamento jurídico 37.

⁷ STC 00019-2006- PI/TC, de fecha 14 de marzo del 2007. Fundamentos jurídicos 23, 17 y 19.

⁸ A diferencia de otros países de nuestro entorno, cuyas Constituciones consagran preceptos más ricos en su contenido al regular a los servicios públicos. Tal es el caso del artículo 42 de la Constitución Argentina a partir de la reforma aprobada en 1994 y los artículos 365 (“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...)”) al 370 de la Constitución Colombiana de 1990.

nómico que sirva de punto de partida para los análisis posteriores de sus principales elementos configuradores.

La doctrina del Derecho administrativo ha sido pródiga en aportar realmente numerosas definiciones no necesariamente con un significado unánime que, sin embargo, deben interpretarse teniendo en cuenta el momento histórico y el contexto jurídico-legislativo propio de los países en los que escriben los distintos autores.

No obstante la parquedad de los preceptos constitucionales nacionales que se refieren a los servicios públicos, su consagración en el artículo 58 tiene un significado muy importante porque le asigna los siguientes caracteres: (i) se trata de actividades diferentes a las de promoción del empleo, salud, educación, seguridad e infraestructura, que constituyen cometidos estatales también contemplados en el citado precepto; (ii) son actividades que, por su trascendencia para la vida social, justifican que se le encargue al Estado "actuar" preferentemente en materia de servicios públicos, precisamente por mandato del mismo precepto que consagra la economía social de mercado, en un régimen que reconoce la primacía de la libre iniciativa privada en la economía y que señala como rol del Estado orientar el desarrollo del país, con la finalidad de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de las personas; (iii) en principio, deberían ser prestados por empresas privadas, por aplicación del artículo 60, que consagra la regla de la subsidiariedad del Estado en la actividad económica, de modo que éste sólo puede desarrollar actividad empresarial en los sectores en los que no haya oferta privada o, aún existiendo dicha oferta, ella resulte insuficiente (lo que indica que el rol del Estado no consiste necesariamente en prestar directamente los servicios públicos, sino en la obligación de crear las condiciones para asegurar su efectiva prestación a todos los ciudadanos).

De lo expuesto se concluye preliminarmente que en la Constitución los servicios públicos refieren a actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad, o que se expresan únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador

de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente.

Ya en el plano legal, conforme lo ha constatado el propio Tribunal Constitucional⁹, nuestro ordenamiento jurídico-administrativo no contiene una definición general del concepto de servicio público, porque el desarrollo del régimen legal del mismo se ha realizado mediante diversas leyes que atienden las especificidades de cada tipo de servicio público en función a las características de cada industria, como sucede en el caso de las telecomunicaciones, energía y saneamiento, entre otros servicios públicos. Sin embargo, como veremos más adelante, la revisión del régimen legal de los diferentes servicios públicos permite encontrar postulados comunes que se derivan del marco constitucional y de la naturaleza misma de tales actividades que responden a fines de interés general y que ayudan a configurar una definición más precisa del concepto de servicio público.

V. REQUISITOS PARA CALIFICAR UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

La Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) uno de carácter material, que consideramos se encuentra tácitamente en el artículo 58 y que consiste en que debe tratarse de actividades de carácter esencial para satisfacer las necesidades primordiales colectivas, de modo que generen las condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos, y (ii) en segundo lugar, un requisito de carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El carácter esencial es consustancial a la naturaleza de los servicios públicos. Sólo pueden recibir esta calificación aquellas actividades económicas necesarias para la comunidad, que son indispensables para la satisfacción de las necesidades materiales colectivas en orden a alcanzar el bienestar general y progreso social, contribuyendo a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes del país.

⁹ Dice el Tribunal: "(...) nuestro ordenamiento no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público (...)". STC 00034-2004-PI/TC, de fecha 15 de febrero de 2005. Caso medio pasaje. Fundamento jurídico 37.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en su jurisprudencia que los servicios públicos constituyen “actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país”, de “especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas” y que tienen una “naturaleza esencial para la comunidad”¹⁰.

La determinación de las actividades económicas que merecen ser calificadas como servicios públicos depende de la valoración de su carácter esencial, vital o básico en cada época; puede comprender a toda la actividad o a sólo una modalidad o parte de ella (determinadas fases de la industria eléctrica y no toda); en tal sentido, es importante tener en claro que si bien el carácter esencial o indispensable para la colectividad constituye requisito constitucional para que una actividad pueda ser calificada como servicio público, nuestro régimen constitucional no exige imperativamente que todas las actividades que participen de las características anotadas tengan que ser necesariamente caracterizadas por el legislador como servicios públicos, porque en función del contexto político-económico, los poderes públicos pueden optar por otras soluciones que permitan que las actividades en cuestión puedan ser realizadas en el mercado por agentes económicos privados en condiciones de competencia. En igual medida, los poderes públicos pueden disponer la despublificación de una actividad o parte de ella, cuando ya no consideren necesario mantener la caracterización de una actividad como servicio público porque se estima que los intereses públicos en juego pueden ser atendidos sin necesidad de recurrir a la técnica de los servicios públicos.

En cuanto al segundo requisito, referido a la formalidad que debe adoptarse para la calificación de una actividad económica como servicio público, existe consenso en nuestro país de que se requiere una declaración por norma legal, condición que viene tácitamente impuesta por la necesidad de que sea el legislador quien determine el carácter esencial o no para la colectividad de una actividad, a la vez que establezca el régimen jurídico específico para cada tipo de servicio público.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que si bien nuestro ordenamiento jurídico “no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales” (servicios pú-

blicos), la determinación de qué actividades económicas califican dentro del mismo “resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular”, generando para el Estado una tarea especial de promoción y aseguramiento, lo que a su vez permite apreciar “la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto”¹¹.

La necesidad de que la calificación de servicio público sea declarada por vía legal y la condición se trate de prestaciones esenciales para la colectividad, constituyen requisitos indispensables para que una actividad económica pueda ser caracterizada como servicio público. La carencia de cualquiera de estas notas tipificantes establecidas por la Constitución podría ser cuestionada mediante los mecanismos de control jurisdiccional de la supremacía constitucional (proceso de inconstitucionalidad, etcétera).

VI. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

Calificada una determinada actividad económica como servicio público por el legislador, se generan dos consecuencias importantes que pasaremos a analizar:

A. Titularidad estatal

De un lado, el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, ya que la asunción de titularidad sólo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público. De ahí que aunque la titularidad del servicio público sea estatal, la ejecución de la actividad (la prestación del servicio público) tenga que estar a cargo de empresas particulares y que, por aplicación del precepto constitucional que consagra el principio de subsidiariedad, la intervención estatal en el plano de la gestión se restrinja a los supuestos de ausencia o insuficiencia de las prestaciones gestionadas por los privados, cediendo el Estado el protagonismo en la prestación a favor de los operadores particulares.

¹⁰ Ibid. Fundamentos jurídicos 40 y 41.

¹¹ Ibid. Fundamento Jurídico 37.

En la doctrina del Derecho administrativo, existe debate acerca de la titularidad estatal de los servicios públicos, también conocida como la *publicatio* de la actividad, porque constituye la nota distintiva para la concepción tradicional de los servicios públicos, que enfatiza el criterio orgánico o subjetivo a la hora de definirlos como actividades de carácter esencialmente estatal y en consecuencia sujetas a un régimen exorbitante de derecho público con fuerte intervención por parte del Estado.

Los que postulan un concepto opuesto, se afilian a una concepción que denominan material o sustantiva de los servicios públicos, conforme a la cual lo característico de estas actividades no reside tanto en la titularidad estatal de las mismas, sino en su carácter esencial o necesario para satisfacer las necesidades primordiales de la colectividad. En la doctrina administrativa de los servicios públicos, se tiende a reconocer que esta concepción material o sustantiva de los servicios públicos es superadora de la concepción tradicional de carácter subjetivo, porque se adecua en mayor medida a los parámetros de una economía social de mercado en la que la gestión de las actividades por mandato del principio de subsidiariedad debe fundamentalmente estar a cargo de empresas privadas, que actúen en un régimen de competencia para brindar mejores prestaciones a los usuarios.

En nuestra opinión, asumir que nuestro régimen constitucional se adhiere a la tesis de la titularidad estatal de los servicios, no resulta reñido con la concepción material o sustantiva de los mismos, porque aun cuando el artículo 58 de la Constitución señala que el Estado está obligado a actuar principalmente en las actividades de servicios públicos, no se deriva de dicho precepto que la consecuencia necesaria de la *publicatio* de una actividad implique reserva alguna a la gestión pública directa o monopólica de la misma.

Baldo Kresalja señala respecto del régimen constitucional de los servicios públicos en el Perú que: "(...) debe tenerse presente que no se suprime la *publicatio* como nota central, porque ello no implica nada más la incorporación una actividad estatal al sistema del Derecho Público,

la que por decisión estatal se sujeta a potestades administrativas especiales y que se encuentra limitada por los principios de subsidiariedad y libertad de empresa constitucionalmente incorporados. La incorporación de la competencia económica en la gestión de la mayoría de los servicios públicos económicos no hace en lo absoluto necesario abandonar la *publicatio*, pues resulta indispensable seguir distinguiendo entre los servicios públicos y las actividades de interés público (...)"¹².

Una primera consecuencia de que una actividad económica sea calificada como servicio público es que el Estado asume la responsabilidad de garantizar la prestación de la misma mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo, preferentemente a cargo de operadores privados. En un régimen constitucional propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, que consagra la economía social de mercado, la responsabilidad del Estado respecto a los servicios públicos de contenido económico y de carácter prestacional se justifica en la obligación asignada al Estado de generar las condiciones materiales indispensables que permitan a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, los servicios públicos refuerzan la legitimidad del Estado respecto de sus ciudadanos.

En tal medida, la responsabilidad del Estado peruano en los servicios públicos no consiste necesariamente en prestar directamente la actividad, sino en generar las condiciones; es decir, establecer el marco institucional, para asegurar que los servicios públicos sean proporcionados a los ciudadanos y que puedan ser desarrollados por operadores privados que accedan a la actividad en virtud de títulos habilitantes como los contratos de concesión.

Como bien señala Alejandro Uslenghi: "la consecuencia inmediata de la *publicatio* es la responsabilidad del Estado por la prestación de la actividad que ha calificado como servicio público. Si la actividad calificada como tal es de aquellas *necesitadas* para toda la comunidad, que hacen a la calidad de vida indispensable que es necesario atribuir a todos o gran parte de los

¹² KRESALJA, Baldo. "El rol del Estado y la gestión de los servicios público". En: THEMIS-Revista de Derecho 39. Lima. 1999. p. 96. Participa de la misma opinión Diego Zegarra Valdivia, para quien "(...) la noción de servicio público en el Perú tiene como soporte principal el elemento de la titularidad estatal del servicio, de manera que es el Estado –a través del legislador– el que tiene la capacidad de determinar si se establece una reserva a su favor para la gestión de una determinada actividad". ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "El Servicio Público. Fundamentos". Lima: Palestra. 2005. p. 350.

individuos que integran la nación, al asumir la titularidad el Estado se hace *responsable* de su cumplimiento. Gestionará esta actividad a través de medios propios o la pondrá a cargo de particulares por “delegación” pero nunca podrá prescindir de su obligación de asegurar la prestación a la comunidad”¹³.

Sobre el tema, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado con claridad que: “(...) **hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio**, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”¹⁴ (el resaltado es nuestro).

Para el referido alto Tribunal, el rol fundamental del Estado en el régimen constitucional de los servicios públicos no es realizar directamente la actividad, porque su gestión puede ser delegada a los particulares mediante las vías previstas legalmente (concesión); corresponde más bien al Estado asumir la responsabilidad de facilitar su prestación con el objeto de asegurar la satisfacción de las necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común, de tal manera que la prestación por empresas particulares no afecta la obligación del Estado, ya que según el Tribunal Constitucional, “(...) ello no le resta capacidad de intervención, pues **la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población**”¹⁵ (el resaltado es nuestro).

B. Sujeción a un determinado régimen de carácter público

La segunda consecuencia importante de la declaración formal de una actividad como servicio

público, ya no en función del Estado, sino respecto de la actividad misma, lo constituye la aplicación de un régimen jurídico especial de carácter público que determina las potestades del Estado y los derechos de los prestadores del servicio, con la finalidad de asegurar el suministro de las citadas prestaciones esenciales que satisfacen necesidades primordiales de la sociedad.

La especificidad del servicio público respecto de cualquier otra actividad económica reside no sólo en su carácter esencial para asegurar la satisfacción de necesidades colectivas, sino también en su sujeción a una disciplina normativa especial, que como dice la profesora Elisenda Malaret, “impone unas reglas distintas del derecho propio de las actividades de los particulares”¹⁶, sin obviar, claro está, los principios esenciales y las libertades económicas consagradas en la Constitución.

Desde esta perspectiva, el servicio público puede ser concebido como una modalidad o técnica de intervención del Estado en la economía, con la finalidad de asegurar la realización de prestaciones esenciales para la comunidad, mediante la aplicación de un régimen jurídico especial a determinadas actividades económicas, que está en gran parte resumido en un conjunto de principios que disciplinan la gestión del servicio por los operadores y que correlativamente implica otorgar potestad al Estado para que ejerza las funciones públicas de regulación, control y supervisión de su cumplimiento.

Conforme señala el profesor Juan Carlos Cassagne, la declaración por ley de una actividad económica como servicio público, también denominada *publicatio*: “(...) no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema de derecho público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad estatal se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial”¹⁷.

En nuestra opinión, el servicio público también puede ser entendido como un régimen normativo especial, aplicado a determinadas actividades

¹³ USLENGHI, Alejandro. “El servicio público como categoría constitucional”. En: CASSAGNE, Juan Carlos (director). Servicio Público y Policía. Universidad Católica Argentina El Derecho. Argentina: Editorial Universitas. 2006. p. 30.

¹⁴ STC 00034-2004-PI/TC. Op. cit. Fundamento jurídico 41.

¹⁵ Ibid. Fundamento jurídico 42.

¹⁶ MALARET, Elisenda. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”. En: Revista de Administración Pública 145. Madrid. 1998. p. 64.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Servicio Público en el campo de la contratación administrativa” En: CASSAGNE, Juan Carlos y Gaspar ARIÑO ORTIZ. “Servicios Públicos, Regulación y Renegociación”. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexos Abeledo-Perrot. 2005. p. 61.

expresamente calificadas por el legislador por su carácter esencial para la satisfacción de las necesidades públicas indispensables para la colectividad, que se resume en un conjunto de principios que constituyen fuentes de obligaciones jurídicas para los prestadores o gestores de los servicios y simultáneamente potestades para las entidades estatales encargadas de velar por su cumplimiento. Señala al respecto Luis Miguez Macho: "El servicio público aparece así como una técnica jurídica dirigida a garantizar a los individuos prestaciones de carácter económico y social que son consideradas esenciales por el Poder Público en un momento histórico dado"¹⁸.

VII. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Existe consenso en la doctrina de Derecho administrativo en la identificación precisa de los principios que determinan las características fundamentales del régimen jurídico especial aplicable a los servicios públicos, sin perjuicio de los desarrollos concretos que se pongan de manifiesto en la normativa legal que regula cada uno de los mencionados servicios: (i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se le puede negar a ninguna persona el acceso a los servicios; (ii) continuidad en la prestación debido al carácter indispensable de los mismos; (iii) regularidad que comprende la sujeción del prestador a las reglas del servicio y a los estándares de cantidad y cantidad exigidos, y (iv) adaptabilidad a las evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios.

Los referidos principios que se derivan de la propia naturaleza esencial de los servicios públicos han sido recogidos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

"(...) existen una serie **de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público** y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria **continuidad** de su prestación en el tiempo.

- c) Su naturaleza **regular**; es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de **igualdad**"¹⁹ (el resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, aunque el Tribunal Constitucional refiere a los citados principios como elementos caracterizadores de una actividad como el servicio público, que justifican el tratamiento constitucional de dicho tipo de actividades, no resulta claro si para el Tribunal los principios antes mencionados derivan directamente de la propia norma constitucional. Es indudable que algunos de los citados, como es el caso del principio de igualdad o generalidad, tiene fundamento en la consagración de la igualdad como derecho constitucional, los otros, como es el caso de los principios de continuidad y de regularidad, encuentran sustento en la propia naturaleza esencial de los servicios públicos como actividades prestacionales de contenido económico indispensables para satisfacer las necesidades primordiales de las personas consagradas por la Constitución, y en el precepto constitucional que garantiza los derechos de los usuarios, conforme a los desarrollos realizados por la jurisprudencia constitucional. Resulta menos nítido el fundamento constitucional del principio de mutabilidad o adaptabilidad a las condiciones técnicas que no ha sido referido en la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

Los principios de los servicios públicos son caracterizados por la profesora Elisenda Malaret²⁰ como "fuentes de obligaciones jurídicas", susceptibles "(...) a la vez, de derechos y obligaciones tanto en relación a los usuarios como al organismo encargado de la gestión del servicio público de que se trate (...). Las obligaciones que gravan a la Administración y al gestor del servicio público son la contrapartida directa de los derechos de los que los usuarios se pueden prevalecer".

Señala también la citada autora que si bien los principios de los servicios públicos "(...) le imponen en el marco de todos los servicios públicos, también lo es que la intensidad de su aplicación no es necesariamente uniforme".

La concreción de estos principios, que caracterizan el régimen jurídico especial al que están sometidas

¹⁸ MIGUEZ MACHO, Luis. "Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios". Barcelona: Cedecs. 1999. p. 106.

¹⁹ STC 00034-2004-PI/TC. Op. cit. Fundamento jurídico 40.

²⁰ MALARET, Elisenda. Op. cit. p. 67.

las actividades calificadas como servicios públicos, está desarrollada en las normas sectoriales de los servicios públicos, atendiendo a sus especiales características técnicas y económicas. También son recogidos de manera expresa o con carácter implícito en los contratos de concesión en calidad de reglas que disciplinan la gestión de los operadores privados, para garantizar su cumplimiento. Por tanto, se puede afirmar que tanto las regulaciones de los servicios públicos, como los contratos de concesión contienen los mecanismos y reglas que garantizan la efectividad de los citados principios.

Como ya se ha dicho, estos principios: (i) generan obligaciones para las empresas prestadoras; (ii) le confieren potestades al Estado para regular y supervisar la correcta prestación de los servicios públicos con la finalidad de garantizar su acceso a los ciudadanos en atención al carácter esencial de los mismos, y (iii) correlativamente les otorga derechos a los usuarios para el disfrute de tales prestaciones, pero también para exigir de las entidades estatales el correcto y oportuno ejercicio de los poderes conferidos para garantizar las prestaciones.

Aunque no es el propósito de este trabajo realizar un desarrollo exhaustivo de los alcances de los citados principios, consideramos necesario efectuar una síntesis que permita explicar el rol que cumplen en la configuración del régimen constitucional de los servicios públicos:

A. El principio de igualdad o generalidad

Tiene dos manifestaciones: (i) se expresa en la obligación de las empresas operadoras de contratar con toda persona que requiera la prestación de la actividad sin distinción alguna, siempre que esté dispuesta a aceptar las condiciones generales establecidas para el disfrute del servicio, tarea que constituye una obligación para las empresas operadoras y correlativamente la consagración de un "derecho de acceso al servicio" por parte de los interesados, y (ii) que el contenido de la relación contractual sea idéntico para cada una de las categorías de usuarios establecidas; es decir, que a los particulares se les

dispense igual tratamiento, sin discriminación, salvo que se funden en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario.

Dice Francisco José Villar Rojas²¹ que el referido "derecho de acceso al servicio" constituye un derecho subjetivo y por tanto, exigible mediante las vías previstas legalmente, en los términos que establezcan las normas que regulan la actividad de las empresas operadoras, o los respectivos contratos de concesión y siempre que el particular cumpla las condiciones que para ser usuario se establezcan legalmente.

B. El principio de continuidad

Implica la obligación de proporcionar el servicio sin interrupciones en atención al carácter esencial de las prestaciones involucradas que tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades colectivas primordiales y la generación de las condiciones materiales mínimas que hacen posible el desarrollo de cada persona individualmente considerada, lo que determina que el servicio deba prestarse en forma perenne.

Dice José Luis Villar Ecurra²² que el principio de continuidad puede admitir concreciones diferentes según el tipo de servicios públicos de los que se trate, porque existen servicios en los que la prestación debe ser constante y perenne, sin paros ni cortes de ningún tipo, tales como la prohibición de agua potable, electricidad, etcétera; pero también existen prestaciones de imposible prestación continúa, como sucede con el transporte público aéreo o terrestre, en los países que caracterizan a dichas actividades como servicios públicos.

Al respecto, Diego Zegarra²³ confirma que el principio de continuidad "no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una escala de la continuidad, según la naturaleza de los servicios y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos".

Las técnicas de protección de la continuidad son variadas y están consagradas en marcos legales incluso ajenos al específico de los servicios

²¹ VILLAR ROJAS, Francisco José. "Privatización de servicios públicos". Madrid: Tecnos. 1993. p. 255. Señala también que el derecho de acceso se pregona respecto de un servicio organizado y en funcionamiento porque en el derecho español se entiende que "ningún particular pueda reclamar la ampliación del mismo, en vía jurisdiccional, por ser ésta una decisión discrecional de la Administración".

²² VILLAR ESCURRA, José Luis. "Servicio Público y Técnicas de Conexión". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1980. p. 211.

²³ ZEGARRA, Diego. "El Servicio Público. Fundamentos". Lima: Palestra. 2005. p. 59.

públicos: tal es el caso de las normas laborales, que prohíben la huelga en los servicios públicos²⁴, y de las penales²⁵; normas que tienen en común la garantía del principio de continuidad, que en términos de Sala Arquer²⁶, caracteriza a una actividad que por ser de vital y objetiva esencialidad no debe interrumpirse.

C. El principio de regularidad

Este principio significa que los operadores deben realizar las prestaciones a su cargo con sujeción a los modelos o estándares de calidad del servicio que hayan sido establecidos para su funcionamiento, ya sea en los respectivos marcos regulatorios o en los contratos de concesión, con la finalidad de garantizar la calidad de las prestaciones.

El objetivo del principio de regularidad es que los usuarios no deben perjudicarse, ni las necesidades colectivas verse insatisfechas, por circunstancias anómalas o disfuncionales imputables al operador que determinen deficiencias o el mal funcionamiento de las prestaciones que forman parte del servicio público.

D. El principio de mutabilidad o adaptabilidad a las condiciones técnicas

Implica la obligación para los gestores de prestar los servicios en las mejores condiciones técnicas posibles, incorporando las innovaciones tecnológicas propias del progreso del servicio para que las prestaciones suministradas a los usuarios respondan a un nivel óptimo de satisfacción de los intereses de la colectividad.

²⁴ Artículos 82 a 84 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, conforme al cual cuando una huelga afecte los "servicios públicos esenciales", corresponde a los trabajadores en conflicto "garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan".

²⁵ El artículo 283 del Código Penal tipifica las conductas de quienes entorpezcan el normal funcionamiento de los servicios públicos.

²⁶ ARQUER, Sala. "El principio de continuidad de los servicios públicos. Sus orígenes en el derecho español". Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1977. p. 79.

calidad



Grifería **VAINSA**®

Elección para siempre

www.vainsa.com

Desde 1990, la primera maestría especializada en Derecho Constitucional en América Latina

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Mayores informes

Maestría en Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Teléfono: 626-2000 anexos 2526 y 2517
Web: www.pucp.edu.pe

Próxima convocatoria:
Enero 2009



ESCUELA DE GRADUADOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



MUÑIZ • RAMÍREZ
PÉREZ-TAIMAN & LUNA-VICTORIA
A B O G A D O S

DERECHO EMPRESARIAL Y CONSTITUCIÓN: LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y A SU REGULACIÓN (UN ANÁLISIS DE CASOS)

Oscar Súmar Albújar* **
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿Cuáles son los costos que debemos asumir para lograr los ideales de la sociedad? ¿De qué manera debe entenderse –y ponerse en práctica– la regulación y redistribución de los recursos necesarios para alcanzarlos?

En resumen, ¿cuál es la relación entre el mercado, su regulación y los límites de ésta? ¿Qué los vincula con las disposiciones constitucionales? El presente artículo nos ofrece factores, distintos de la ya acostumbrada eficiencia económica, que no deben dejarse de lado al momento de diseñar e implementar políticas públicas.

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 2006), Adjunto de Docencia del curso Sociología del Derecho. Ex asistente de la comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Prácticas profesionales en el Tribunal Constitucional.

** Las partes de este artículo referidas a regulación están inspiradas, recogen discusiones y aprovechan bibliografía de la tesis acerca de regulación de la publicidad que está elaborando conjuntamente con Julio Avellaneda, con la asesoría de Carlos A. Patrón.

*Decisiones, cada día, alguien pierde, alguien gana, ¡ave María!
Decisiones, todo cuesta.
Salgan y hagan sus apuestas, ¡ciudadanía!*

Rubén Blades. "Decisiones".

INTRODUCCIÓN

Imagine que el gobierno expide una ley para un determinado sector del mercado, limitando el actuar de las empresas al fijar el precio para la venta de un producto. Ante ello tenemos (disculpando la caricaturización) a los profesores de Economía diciendo que la ley está mal porque afectará la productividad y disminuirá la eficiencia del sector regulado, a los políticos diciendo que el pueblo reclamaba dicha ley porque nos beneficiará a todos, a los abogados diciendo que dicha norma limita excesivamente derechos constitucionales, a las ONG promoviendo dicha regulación justiciera y a los empresarios sin protestar demasiado (ya verán por qué y en qué casos). Las posibles combinaciones de políticas son infinitas, al igual que lo son las probables reacciones de los actores involucrados en su implementación.

Un rasgo que sí es común a todos los casos es que cada quién, habitualmente, sólo ve el problema desde una de las perspectivas posibles. En el ejemplo hipotético propuesto, los profesores de Economía sólo toman en cuenta la eficiencia económica; los políticos y los empresarios, la manera de maximizar sus utilidades (a través de mayores votos o ingresos); los abogados, una perspectiva dogmática, y los miembros de las ONG lo abordan desde una perspectiva ideológica. Lo que ninguno, en el ejemplo, toma en cuenta, es que todos estos factores –y otros– están igualmente involucrados en la expedición de dicha norma.

En el presente trabajo, sostendremos que sólo entendemos el proceso por el cual se limita o permite el actuar de las empresas si lo entendemos como una combinación entre todos estos factores. Por otro lado, sostendremos que sólo desarrollaremos políticas exitosas si somos capaces de identificar todos los factores involucrados en un determinado caso. Como veremos, al final del día

todos estos factores representan costos o beneficios. Las políticas serán exitosas en cuanto logren la mayor cantidad de beneficios al menor costo.

Al igual que sucede en una empresa, al diseñar políticas públicas también estamos expuestos a lo que llamamos "costos ocultos"¹. Uno sólo podría dirigir exitosamente una empresa si identifica dichos costos. Del mismo modo, uno sólo puede diseñar políticas públicas exitosas si identifica los costos asociados a su implementación. Por ejemplo, si uno expide una ley con tendencia a lograr una mayor equidad social, más allá de que esa política nos guste o no, se debe tomar en cuenta que dicha norma podría ocasionar pérdidas de eficiencia social; y, en el extremo, ser promovida por intereses particulares, entre otros posibles costos asociados.

A fin de lograr ilustrar estas ideas, daremos un breve recuento acerca de lo que nosotros entendemos por relación entre el libre mercado, la regulación y sus restricciones. Así, veremos que el mercado no siempre funciona bien, por lo que habitualmente requiere de regulación. Inmediatamente, sostendremos que dicha regulación –en muchos casos– tampoco funciona bien, por lo que requiere de una justificación. En el siguiente apartado, desarrollaremos qué fuerzas sociales son las que promueven dichos procesos regulatorios o desregulatorios. En el mismo, nos referiremos a la Constitución (y a los valores que la inspiran: eficiencia, redistribución y protección de derechos fundamentales) como un *ancla* que dirige y limita los tipos de acción (sean permisivos o restrictivos) en relación con las empresas. Enseguida daremos una serie de ejemplos basados en casos reales resueltos por el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC"), el Poder Judicial o el INDECOPI, en los que los valores que inspiran la Constitución son aplicados (o dejados de lado) al analizar políticas vinculadas con el actuar empresarial. Con dicho análisis pondremos en evidencia, además, que las resoluciones de estos tribunales habitualmente acogen perspectivas meramente dogmáticas (en relación al "significado" de los derechos fundamentales), sin tomar en cuenta otros factores, aun los constitucionales, que también están involucrados en los casos. Por tanto, llegaremos a la conclusión de que nuestro

¹ Por ejemplo, en una empresa de café no sólo debemos tomar en cuenta el costo de las tasas y los granos de café, sino también el mal trato a un cliente. Eso también es un costo que puede, de hecho, ser mucho mayor que todos los sacos de café en el largo plazo. Se le llama "oculto" porque habitualmente no está en los registros contables, lo que no quiere decir que no exista.

proceso regulatorio (y desregulatorio) carece de un necesario análisis de costos involucrados en la delimitación de políticas públicas relacionadas con el desempeño de las empresas.

I. MERCADO Y REGULACIÓN

“Es preciso, por supuesto, reconocer que existe un límite para el ejercicio válido del poder legislativo por parte del Estado. No existe controversia alguna relativa a esta proposición general; por lo contrario, la Decimocuarta Enmienda (relativa a la libertad contractual) no tendría eficacia, y las legislaturas de los Estados adquirirían un poder sin límites, siendo suficiente para ellas decir que cualquier norma fue promulgada para la conservación de la moral, la salud o la seguridad de las personas; dicha legislación sería válida sin importar cuan absolutamente carente de fundamento fuera su pretensión. La afirmación del poder para legislar sería un mero pretexto —y se convertiría en otro engañoso nombre— de la suprema soberanía del Estado para ejercerlo sin restricciones constitucionales. Esto no tiene fundamento. En todos los casos que se presenten ante esta corte, por lo tanto, donde este tipo de legislación sea cuestionada sobre la base de la protección de la Cuarta Enmienda, se plantea necesariamente la cuestión de si ésta es una expresión justa, razonable y adecuada del ejercicio del poder del Estado; o si, por lo contrario, es una irrazonable, innecesaria y arbitraria injerencia en el derecho del individuo a su libertad personal o libertad contractual (...)” (lo agregado es nuestro)².

De esta cita de la Corte Suprema de los Estados Unidos se desprende una idea esencial para el constitucionalismo y las políticas regulatorias de los estados (desarrollados) contemporáneos: toda limitación a un derecho constitucional (incluidos los de contenido económico), debe estar justi-

ficada en la protección de otros valores constitucionales. Esta decisión, de hecho, ha marcado la actuación de la Corte Suprema en dicho país, donde ésta ha participado activamente de la delimitación de las políticas regulatorias y del ejercicio de las libertades económicas. Por otro lado, de manera opuesta a lo señalado por el *Justice Holmes* en su voto disidente sobre este mismo caso, esta decisión no se basa en la defensa ciega de un modelo liberal de economía, sino en la idea de que, en un Estado Constitucional, todas las decisiones, aun las que tienen que ver con la política económica, deben estar justificadas. De esta manera se admite, por un lado, que el mercado no es perfecto, por lo que la regulación puede ser requerida; por el otro, debe admitirse que el bienestar económico —si bien es un valor pasible de protección constitucional— no es el único valor querido ni perseguido por la sociedad. Estas pretensiones (tanto la existencia de fallas como la persecución de otros valores), sin embargo, deben estar ampliamente sustentadas en la realidad, no bastando su mera invocación.

Ahora profundizaremos el tema de las “fallas de mercado”. Tal como sostuvo, hace ya mucho, Adam Smith, “el interés de los negociantes (...) en cualquier rama de comercio o manufactura, siempre es diferente en alguna forma, e incluso opuesto, al del público. Ensanchar el mercado y estrechar la competencia es siempre el interés de los negociantes. Ensanchar el mercado puede, frecuentemente, estar suficientemente alineado con el interés del público; pero restringir la competencia necesariamente está siempre en contra (...)”³.

De aquí se desprende que dejar las cosas a la *mano invisible del mercado* no es siempre la mejor alternativa⁴, ya que existen varios problemas asociados a la existencia de un mercado sin reglas.

² Traducción libre de: “It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power by the State. There is no dispute concerning this general proposition. Otherwise the Fourteenth Amendment would have no efficacy, and the legislatures of the States would have unbounded power, and it would be enough to say that any piece of legislation was enacted to conserve the morals, the health or the safety of the people; such legislation would be valid no matter how absolutely without foundation the claim might be. The claim of the police power would be a mere pretext —become another and delusive name for the supreme sovereignty of the State to be exercised free from constitutional restraint. This is not contended for. In every case that comes before this court, therefore, where legislation of this character is concerned and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts (...)” En: *Lochner vs. New York*. 198 US. 45. 1905.

³ Traducción libre de: “The interest of dealers (...) in any particular branch of trade of manufacturers, is always in some respects different from, and even opposite to, that of the public. To widen the market and to narrow the competition is always interest of the dealers. To widen the market may frequently be agreeable enough to the interest of the public; but narrow the competition is always against it (...). SMITH, Adam. “An inquiry into de Nature and Causes of the Welth of Nation”. En: “The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith”. Volumen 1. Oxford. 1976. p. 267.

⁴ En este sentido, puede verse: STC 0008-2003-AI/TC. Fojas 35 y siguientes.

El mercado tiene costos asociados a su *uso*, que son los llamados *costos de transacción*⁵, concepto que será desarrollado más adelante. Lo cierto es que tales costos siempre existen. Es decir, cuando dejamos actuar a los agentes libremente en el mercado, éstos van a realizar actos que producen costos a la sociedad, como actuar de manera desinformada, irracional, generando externalidades, restringiendo la competencia, etcétera. Además, el actuar de agentes en el mercado para producir riqueza no siempre será compatible con otros valores⁶ de la sociedad como la protección de derechos fundamentales o la búsqueda de una mayor equidad social. Desde este punto de vista, la regulación no es un sustituto del mercado, sino una condición para la preservación de valores de la sociedad, que no pueden ser alcanzados y hasta pueden ser contradichos por el mercado.

Ante esto, podemos hacer por lo menos tres cosas: podemos cruzarnos de brazos, prohibir la actividad o establecer un marco general que reduzca sus costos, aunque sin impedir la actividad misma. Lo primero es lo que llamamos *laissez faire, laissez passer*. Lo segundo es lo que habitualmente conocemos como *regulación*, típicamente la regulación

sectorial que, por ejemplo, fija las tarifas o prohíbe una determinada actividad. En el tercer nivel encontramos las normas generales, como las de responsabilidad civil, contratos, propiedad e incluso las normas laborales⁷. Tomemos el siguiente ejemplo: si imaginamos que el mercado es como el parque automotor, la primera solución nos llevaría a que no hayan semáforos, la segunda a que no hayan autos o su circulación sea restringida (por horarios, etcétera) y la tercera a que hayan semáforos y otras reglas de tránsito. El segundo tipo de medida, dado que restringe la competencia, es habitualmente preferida por las empresas ya establecidas⁸. Por otro lado, las decisiones nunca están en un sólo de los ámbitos propuestos, sino que son una combinación de ellos. Pero sí pertenecen a uno u otro en menor o mayor grado⁹. En ese sentido, todas las sociedades son reguladas y dejadas al mercado hasta cierto punto pero hay diferentes grados entre ellas¹⁰.

Cabe señalar que ninguna de estas soluciones es buena *per se*, sino que su adopción dependerá de los costos asociados con cada una de ellas. Cualquier medida, entonces, deberá ser *proporcional*¹¹ a los fines que pretenda alcanzar. Este

⁵ COASE, Ronald. "The Firm, the Market and the Law". Chicago/Londres: University of Chicago Press. 1990. COASE, Ronald. "The problem of social cost". En: *Journal of Law and Economics*. Octubre 1960. pp. 1-44.

⁶ Autores como Dworkin niegan que el bienestar económico sea un fin en sí mismo, aunque quizá ningún *economista político* estaría dispuesto a sostenerlo. Ver, respecto a esta discusión: HIERRO, Liborio L. "La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)". En: DOXA 15-16. 1994.

⁷ Esto es consistente con la distinción de Calabresi entre *general deterrence* y *specific deterrence approach*. La *specific deterrence approach* implica una *decisión colectiva*, en el sentido en que es la sociedad como un *todo*, a través de sus procedimientos legislativos, es decir mediante decisiones políticas, la que decide cuánto quiere de una determinada actividad. La *general deterrence approach*, por su parte, implica que sean los propios agentes privados los que decidan, a través del mercado, mediante *decisiones individuales*, cuánto quieren de una determinada actividad. CALABRESI, Guido. "The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis". New Haven, London: Yale University Press. p. 95.

⁸ "Y al igual que cualquier buen comerciante, (Vito Corleone) empezó a soñar con formar un monopolio y a forzar a sus rivales a retirarse del negocio o forzarles a unirse a él". PUZO, Mario. "El Padrino". Barcelona-México: Grijalbo. 1972. Quincuagésima edición en castellano. p. 256 (lo agregado es nuestro).

⁹ CALABRESI, Guido. Op. cit. p. 113. VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. "Economics of regulation and antitrust". Cambridge: The MIT Press. 2005.

¹⁰ Tómese por ejemplo, el control de precios. Una sociedad comunista podría regular el precio de un producto, pero al cabo de un plazo existiría escasez, mercados negros y "colas"; donde el precio del producto ya no sería el fijado por el gobierno, sino el resultado de la suma de éste sumado al costo de la espera (más específicamente, el costo de oportunidad y daño producto de ésta). Por tanto, aun en una sociedad fuertemente regulada, el mercado no dejaría de actuar.

¹¹ La ponderación, tal como la entendemos aquí, consiste en la evaluación de si una política cumple con los siguientes parámetros: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ideas acerca de esta institución pueden ser consultadas en: STEIN, Ekkehart. "Derecho Político". Madrid: Aguilar. 1973 (ver especialmente el primer apéndice, referido a las reglas para la resolución de casos). Acerca de la ponderación en el ámbito nacional, aunque la bibliografía es extensa, recomendamos ver la tesis para obtener el título de abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú sustentada por Úrsula Indacochea, que se encuentra en los archivos de la Biblioteca Central de la universidad, titulada "Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano entre los años 1996-2006"; así como el texto de MENDOZA, Mijahil. "Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor". Lima: Palestra. 2007. Para una visión bastante esquemática y ordenada de conceptos referentes a la ponderación, recomendamos ver: GUASTINI, Riccardo. "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales". Una versión de este trabajo ha sido presentada a la jornada de estudio "conflits de normes et conflits de valeurs"; Centre de Théorie et analyse du droit, Université de Paris X, Nanterre, 2005, que reproduce tesis ya expuestas en el volumen *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004. Traducción de Pedro Grández. Una crítica al concepto de ponderación y su aplicación por los tribunales puede ser encontrada en: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007". Adicionalmente, cabe destacar que son ilustrativos respecto de la importancia de la ponderación en la resolución de casos los tests utilizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre los que se encuentran el *Central Hudson test* y el *strict test*, que es utilizado, con algunas atingencias, especialmente para proteger el discurso político, no comercial. Ambos tests, sin embargo, al igual que el propuesto, se refieren a la proporcionalidad de la medida, en cuanto sirva para alcanzar un bien de interés público y afecte a la libertad sólo en la medida necesaria para alcanzar su fin. En el caso alemán, una reciente sentencia de la Corte Constitucional Federal de 28 de marzo de 2006 (1 BvR 1054/01), que considera inconstitucional una norma que prohibía la publicidad de apuestas supuestamente dirigida a reducir la adicción a las apuestas, por cuanto dicha regulación no sería adecuada, tal como ha sido planteada, para lograr ese fin.

análisis, desde luego, deberá incluir una evaluación de los costos implicados en la realización de la política, en el sentido expresado en la introducción de este trabajo¹².

Hasta aquí es válido que el lector se pregunte: “está bien, el mercado tiene costos o es incompatible con valores de la sociedad, y eso implica que cierto nivel de intervención estatal pueda estar justificado, pero ¿cómo se llega a establecer, en la práctica, el tipo adecuado de regulación (o desregulación)?”. Averiguar esto ha ocupado el trabajo de los economistas durante décadas (o siglos) y últimamente, a partir de la incursión del *análisis económico* (al Derecho), también el de los abogados. En las páginas siguientes intentaremos proporcionar algunas ideas que puedan ayudar a entender este proceso regulatorio. No obstante, por obvias razones, no pretendemos dar una respuesta puntual y, menos aún, concluyente.

II. EXPLICANDO EL PROCESO REGULATORIO: JUSTIFICACIONES A LA REGULACIÓN

Siguiendo un clásico trabajo de Max Weber¹³, se puede identificar la acción de los tribunales o los poderes legislativos como parte de su tipología de las *acciones sociales*. Dentro de ésta, se encuentra la *acción social de acuerdo a fines* (relativa a los medios para maximizar beneficios), la *acción social de acuerdo a valores* (relativa a la actuación, no sobre la base de una evaluación de beneficios, sino de ideología); la *acción social afectiva* (relativa a los sentimientos y sensaciones; en esa medida, irracional) y las basadas en la *tradición* (que es cercano al concepto de *inercia legislativa* de Calabresi¹⁴), a las que habría que agregar el propio

azar que algunas veces impulsa nuestras vidas.

El primero de los tipos de acción social (de acuerdo a fines), se identifica, creemos, con el hecho de que las reglas (o interpretaciones de éstas), muchas veces, no serán puestas ahí para perseguir fines de interés público, sino que éstas pueden servir al propio interés de las empresas u otros grupos de interés, nacionales o internacionales regulados¹⁵ y de los mismos reguladores. En este sentido, más temprano que tarde, Stigler¹⁶ y Becker¹⁷, desarrollando la *teoría de la captura* en su versión original, formularon la *teoría económica de la regulación*. De acuerdo a ésta, al igual que cuando actúan en el mercado, los políticos y las industrias actúan de manera racional, maximizando sus propios beneficios, cuando están en la *arena política*. En la medida en que los políticos, que tienen el monopolio de la legislación¹⁸, buscan votos y mayores recursos; así como los empresarios, u otros grupos de interés, buscan legislación a su favor; ellos pueden cooperar entre sí. Típicamente, entonces, los grupos de interés se convertirán en demandantes de legislación a su favor y los reguladores ofrecerán dicha regulación al mejor postor. En parte, esto lo que se conoce como *lobbies* y explica la mayor parte de regulación económica que tenemos. Pero esto no sólo responde a *lobbies*; existen también grupos menos organizados que por su fuerza de votos, por ejemplo, pueden inclinar la balanza regulatoria a su favor. Por ejemplo, si hay muchos consumidores de un producto, no sería inteligente para un político promover una norma que eleve su precio, ya que perdería los votos de dichos consumidores. De esta manera, al igual que en el mercado, también hay competencia entre los

¹² Cabe destacar que el propio Congreso peruano tiene a su disposición una “Guía para el Análisis Costo-Beneficio Legislativo ACBL” (Guía de Orientación 006-2005-DCP-DGP/CR) que constituye una bastante completa (son 17 páginas) herramienta para el análisis costo-beneficio. Dicha guía se encuentra disponible en: www.congreso.gob.pe

¹³ WEBER, Max. “Economía y sociedad”. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica. 1974 (1922). pp. 20-21.

¹⁴ CALABRESI, Guido. “A Common Law for the age of statutes”. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press. 1977.

¹⁵ En relación con esto, tómesese en cuenta el Consenso de Washington. Ver al respecto: WILLIANSO, John. “What should the World Bank think about the Washington consensus?”. En: *The World Bank Observer* 2. 2000. pp. 251-264.

¹⁶ STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. Op. cit. También habría que incluir en esta tesis a PELTZMAN, Sam. “Toward a more general Theory of Regulation”. En: *Journal of Law and Economics* 19. 1976.

¹⁷ BECKER, Gary. Op. cit.

¹⁸ “Los monopolios proveen a sus detentores de ganancias excepcionales a expensas de otras personas. Al acompañar este poder con su dominio (el del proceso legislativo), el Estado es potencialmente el monopolio más rentable para cualquiera que lo pueda controlar y el más peligroso para cualquier otro”. Traducción libre de: “*Monopolies provide their owners with exceptional profits at the expense of other people. As the most encompassing power within its domain, the state is potentially the most profitable monopoly for anyone who can control it and the most dangerous for everyone else. Monopolies provide their owners with exceptional profits at the expense of other people. As the most encompassing power within its domain, the state is potentially the most profitable monopoly for anyone who can control it and the most dangerous for everyone else.*” COOTER, Robert D. “The strategic Constitution”. New Jersey: Princeton University Press. 2000. p. 23. Lo agregado es nuestro.

buscadores de rentas para comprar la legislación, o entre los poderes del estado para tener el monopolio de la regulación^{19 20 21}. Otro ámbito donde este tipo de acción social (de acuerdo a fines) se manifiesta es en el establecimiento de autorregulación o carteles para restringir la competencia.

Más adelante, Viscusi²² puso sobre relieve que el proceso de captura no es uno perfecto, y esto es fácil de probar, tanto con el proceso desregulatorio de industrias que aparecían como reguladas por su propio interés en los Estados Unidos (v. gr. las vías férreas fueron reguladas en 1987 y desreguladas en 1980; comunicaciones de larga distancia: reguladas en 1910, comienzo de la desregulación parcial en 1971; camiones: regulados en 1935, desregulados en 1980; líneas aéreas: reguladas en 1938, desreguladas en 1978; gas natural: precio regulado en 1954, desregulado en 1989, y petróleo: regulado en 1971 y desregulado en 1981)²³, como con el hecho de que mucha de la regulación sí se puede considerar exitosa desde una perspectiva de costos y beneficios para la sociedad. En ese sentido, Sunstein ha afirmado que "(...) estudios acerca

de los costos y beneficios de las iniciativas regulatorias han mostrado que un número importante de otras medidas ha producido salud y otros beneficios a un costo especialmente bajo"²⁴.

Esto explica la acción social de acuerdo a fines, pero, en la medida en que la "captura" muchas veces no es perfecta, los tribunales o los reguladores actúan promoviendo valores o principios queridos *per se*, sin importar los réditos que les reporten. Siguiendo un clásico trabajo de Calabresi, las normas se justifican en tres tipos de razones: las de eficiencia, las *redistributivas* y las otras razones de justicia, como la moral y la compatibilidad de las normas con el respecto de derechos fundamentales, por ejemplo²⁵. Los tres tipos de justificaciones actúan de manera paralela e interrelacionada, limitando o ensanchando el campo de acción de cada uno²⁶. Por ejemplo, una política que desaparezca los derechos de propiedad podría ser querida desde un punto de vista redistributivo, pero sería ampliamente incompatible con la eficiencia. Estos tres tipos de justificación tienen en común el descansar sobre la base de valores. En efecto, la eficiencia económica (relacionada a la competencia)

¹⁹ Lo que hace el TC (al dictar normas con carácter general, al llamarse a sí mismo "supremo intérprete" para justificar interpretaciones caprichosas, al utilizar conceptos sin significado para extender sus atribuciones, al exhortar al Congreso para que legisle de acuerdo a sus propias ideas, etcétera) y el Congreso (al aprobar leyes o hacer proyectos de ley limitando las atribuciones "interpretativas" del TC, al realizar "interpretaciones auténticas" de la ley para limitar el actuar de los tribunales, al nombrar personas "políticamente cercanas" para ocupar cargos en las cortes, o al destituir arbitrariamente a los magistrados del TC; o ambos poderes al movilizar a la opinión pública de acuerdo a sus intereses), sólo se puede entender en la medida en que se le relacione con la competencia en la que están inmersos a fin de tomar para sí mayores atribuciones en el proceso normativo o regulatorio dentro del Estado. En palabras simples, el TC y el Congreso compiten por ocupar un lugar privilegiado en el proceso regulatorio. Esa competencia, desde nuestro punto de vista, se debería resolver en términos de conveniencia, no de corrección. Acerca de la distribución dispersa de competencias regulatorias, puede consultarse a: QUINTANA, Eduardo. "¿Captura o administración de recursos dispersos?". En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. POSNER, Richard A. "Theories of economics regulation". En: Bell Journal of Economics and Management Science 5". 1974.

²⁰ Ahora, ¿cómo funciona esto? Los grupos más pequeños y mejor organizados, en la medida en que conocen mejor sus intereses, se pueden organizar para conseguir recursos y reciben mayores beneficios *per capita*, son candidatos ideales para demandar y recibir legislación a su favor. Estos grupos pequeños y bien organizados habitualmente son los monopolios o los oligopolios (o una propia agencia del Gobierno). Esto explica en gran medida por qué las industrias oligopólicas habitualmente cuentan con mayor regulación, sin que interese a este efecto la existencia o no de "fallas de mercado". Los grupos más grandes y menos organizados, como los sindicatos, tienen sus propios mecanismos de organización. La manera en que estos grupos se organizan, así como las dificultades y características de sus tamaños y capacidad de organización respectivos y las implicancias de estos factores en el proceso de asignación de legislación, ha sido estudiada por Marcur Olson, por lo que nos exoneramos aquí de mayores detalles. OLSON, Mancur. "The logic of collective action: Public goods and the Theory of Groups". Massachusetts: Harvard University Press. 1965; VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. Op. cit. pp. 390-392.

²¹ Estos avances tienen una obvia relación, por lo demás, con la escuela de la *public choice*, representada entre otros por Buchanan. Ésta ya había destacado que el juego político podría ser imaginado "(...) como si fuera una lucha entre buscadores de rentas, que tratan de obtener rentas o beneficios privados merced a los poderes públicos, y constitucionalistas, que intentan limitar esos poderes (...) y sigue, señalando que "es importante admitir que todos nosotros, o casi todos, nos movemos simultáneamente en ambos lados de este súperjuego. Nos comportamos como buscadores de rentas cuando apoyamos mayores programas de gasto o cambios tributarios que benefician a nuestra propia industria, profesión, región, administración local o, más simplemente, a nuestra propia versión favorita del "interés público". Actuamos como constitucionalistas cuando reconocemos que, en general, el sector público ha ido demasiado lejos". BUCHANAN, James M. Op. cit. p. 49.

²² VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. Op. cit. pp. 390-392. El mismo tema en sede nacional puede ser consultado en: QUINTANA, Eduardo. Op. cit.

²³ Tomado de: VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. Op. cit. p. 381.

²⁴ Traducción libre de: "(...) studies of the costs and benefits of regulatory initiatives show that a number of other measures have produced health and other benefits at especially low costs". SUNSTEIN, Cass. Op. cit. p. 273.

²⁵ CALABRESI, Guido. Op. cit.

²⁶ Esto contrasta con lo sostenido por autores como Owen Fiss y Richard A. Posner. Para el primero, la justicia es el único fin del Derecho; para el segundo, todas las normas tienden a la eficiencia económica. FISS, Owen. "La autonomía del Derecho". Panel 1: *Rule of Law* ¿aspiración u obstáculo? En: islandia.law.yale.edu/sela/sfiss.pdf y el clásico libro de POSNER, Richard A. "An economic analysis of law".

descansa en los valores de la libertad y la igualdad, en la medida en que sólo es admisible dejar a las personas competir entre ellas en la medida en que se les considere propietarios que en la misma situación concurren al mercado para contratar libremente. La redistribución, por su parte, está relacionada a un concepto más sustancial (material) de justicia, como es la equidad. Los derechos fundamentales descansan en la *dignidad* de la persona, que es un valor por excelencia.

Ahora, ¿qué tiene que ver esto con el Derecho Constitucional? Estos valores –la eficiencia, la equidad y los derechos fundamentales– tienen en común, además, el haber sido recogidos por nuestro texto y práctica constitucionales como inspiradores del sistema²⁷; ello podrá ser comprobado al ver los casos que analizaremos. Es importante que dichos valores se encuentren en la propia Constitución, ya que ésta es más difícil de modificar que las normas legales, por lo que constituye una traba para el actuar de los grupos privados interesados. Hacer una constitución es como fijar las reglas de juego antes de “repartir las barajas”; por ello, las reglas constitucionales dificultan la persecución de intereses privados a través del Estado. Por otro lado, las propias constituciones contienen una regla –la división de poderes– que es una garantía de la imparcialidad del proceso regulatorio, haciendo más difícil, nuevamente, la captura del regulador. Entonces, de acuerdo a nuestro esquema, la garantía de la Constitución consiste en que la *acción social de acuerdo a valores* limite a la *acción social de acuerdo a fines* (u otros tipos de acción cuando sean incompatibles con estos valores). Por otro lado, en algunos casos, los propios valores constitucionales pueden estar en conflicto entre

sí, por lo que se tiene que evaluar cuál debe primar dependiendo de las circunstancias del caso.

Lo que queremos resaltar es que la acción social de acuerdo a valores, en un estado democrático, debería tender a ser la principal fuente de acción (o inacción) en las políticas públicas relacionadas a las empresas, en la medida en que son las que representan con mayor nitidez la cláusula según el pueblo debe autogobernarse, a través de su Constitución. En relación a esto, autores como Buchanan han sostenido que, más allá de sostener la conveniencia política de defender un sistema dado de valores (en su teoría el libre mercado), no se debe dejar a la discrecionalidad de los políticos, sino que se deben crear reglas de juego a partir de la Constitución misma que, interpretadas por los Jueces, sean percibidas como justas y que no sean fácilmente modificables, sobre todo por el Poder Legislativo. La limitación de la Constitución sería, en esa medida, una garantía de que la regulación no responda a los intereses particulares de grupos organizados en torno al poder. En efecto señala que “explícita e intencionalmente, defendimos límites constitucionales a las votaciones mayoritarias. En un cierto sentido fundamental, defendimos la existencia de restricciones constitucionales *per se*, justificamos limitaciones al ejercicio de la democracia mayoritaria (...)”²⁸. En similar sentido, el TC ha establecido que “(...) el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, (es) el sometimiento al valor justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda

²⁷ En relación con la interrelación entre las políticas económicas y la persecución de valores, Kanh ha sostenido que “Las políticas de economía pública no son, no pueden y no deben ser construidas solamente sobre la base de consideraciones “puramente económicas”. Las políticas e instituciones de la economía son en el último análisis sólo maneras de conseguir otros fines no económicos –tales como una buena vida, la justicia, el desarrollo completo de las potencialidades de los individuos, el fortalecimiento nacional o la gloria de Dios–. Ellas, entonces, sólo pueden ser formuladas y evaluadas en los términos de alguna concepción relacionada a la adecuada definición y al peso que se le asigne a varios de estos fines no-económicos. Trataremos de mostrar, a través de nuestras discusiones, la manera en que diferentes consideraciones sociales, políticas y éticas deben influenciar e influencian apropiadamente el proceso político del cual la economía pública emerge”. KANH, Alfred. “Economics of Regulation: principles and institutions”. Cambridge: The MIT Press. Volumen I. 1993. Aunque, de manera inversa, Ariño ha sostenido que “Conviene precisar bien cuáles son los objetivos de la regulación. No se trata en absoluto de hacer de ella un instrumento político al servicio de toda clase de fines, por muy loables y deseables que estos sean. La regulación económico-sectorial de la que aquí hablamos no está al servicio del empleo, ni de la lucha contra la inflación, ni del desarrollo regional, ni de la redistribución de rentas. A ello sirven la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial de un Estado o la política fiscal. La política regulatoria tiene como objetivo único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones posibles de seguridad, calidad y precios, con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy cuanto para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables. (...)”. ARIÑO, Gaspar. “Logros y fracasos de la regulación”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. p. 49. Aunque, en otro trabajo, el propio Ariño se contradice al señalar que “(La regulación) (también se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra mercado”. ARIÑO, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Madrid. p. 607.

²⁸ BUCHANAN, James M. Op. cit. p. 100.

economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia^{29 30}.

Sin embargo, nosotros consideramos que la Constitución escrita puede, al mismo tiempo, ser la expresión de intereses creados, si es concebida como un documento estático³¹. En relación a esto, su interpretación por parte de los tribunales y de la sociedad en general es importante para la preservación del interés común³². De esta manera, no podemos dejar de considerar que, sin una *societad civil* fuerte –que es (o debería ser), al final de cuentas, la que gobierna el proceso político en una sociedad democrática³³– e *institucionalidad*³⁴, cualquier limitación constitucional puede ser sobrepasada por intereses creados, por lo que ni siquiera la Constitución aplicada por un tribunal u otras autoridades (como el Congreso) formalmente independientes constituye una garantía suficiente para la preservación del interés público³⁵.

A continuación, veremos algunos ejemplos del papel que la aplicación de los límites constitucionales podría jugar en la delimitación de instituciones relacionadas con el derecho empresarial en nuestro país.

III. LA DEFENSA CONSTITUCIONAL DE VALORES DEL SISTEMA

Límites basados en razones de eficiencia económica

Dentro de las razones de eficiencia, relacionadas a las *fallas del mercado*, podemos incluir, a su vez, la protección contra externalidades, los monopolios naturales³⁶, el riesgo moral, la racionalización, la excesiva competencia, el control de rentas, la escasez, el poder de negociación desigual, la falta de información o información inadecuada, las dificultades de coordinación³⁷ y el paternalismo³⁸. Todas estas justificaciones tienden a concentrarse en la búsqueda del *Óptimo de Pareto*, entendida como la situación en que el bienestar de un individuo no puede ser mejorado sin disminuir el de otros; o el concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks*, según el cual la situación es óptima sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero.

Como ya se dijo, el mercado nunca es perfecto y, en esa medida, puede ser sujeto de normas que

²⁹ STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 8. En los siguientes fundamentos se desarrollan los principios que inspiran nuestra Constitución.

³⁰ Más específicamente, el mismo TC ha sostenido que "(...) la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario". STC 0048-2004-AI/TC. Lo que no advierte el TC en esta cita es que muchas veces el Estado y las empresas alinean sus intereses en contra de los consumidores.

³¹ El hecho de que los ciudadanos deban participar activamente en el proceso constituyente se opone a la idea de una constitución escrita, estática, sin una interpretación dinámica de los tribunales. Esto fue destacado tempranamente por Jefferson y Paine, ideólogos del Estado norteamericano, al oponerse a la redacción de la constitución de ese país. En efecto, ambos "(...) consideran las constitucionales como "esencialmente antidemocráticas". Las constituciones eran vistas como herramientas de la aristocracia para consolidar sus privilegios, como un medio para que los muertos reglamenten a los que están vivos mediante tradiciones que Paine consideraba un "pestilente canal de abusos". La democracia, por el contrario, significaba que los vivos establecían las normas, la "rutina de la impiedad" y el "progreso de la mente humana". SCHMITT, Annette. "¿Necesita la democracia una constitución protegida?". En: La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa. 2002. p. 252.

³² Para una revisión del concepto de "living constitution", ver: REHNQUIST, William H. "The notion of a living constitution". En: Harvard Journal of Law and Public Policy 29. 2006, y ACKERMAN, Bruce. "The living constitution". En: Harvard Law Review 120. 2007. En castellano se puede consultar a SAGÜES, Néstor Pedro. "Reflexiones sobre la constitución viviente (living constitution)". En: Dikaion 12. 2003. pp. 107-124.

³³ Para una referencia acerca de la corriente del *constitutional populism* ver: GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer". En: www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/gargarel.pdf

³⁴ NORTH, Douglass C. "Institutions, Institutional Change and Economic Performance". Cambridge: Cambridge University Press. 1990.

³⁵ Sentencia 005-2003-AI/TC, en el que el Tribunal Constitucional, pese a reconocer que el contrato celebrado entre el Gobierno y la empresa Telefónica le concedía a ésta un monopolio legal, rechaza la demanda por cuestiones formales.

³⁶ Aunque la existencia de monopolios naturales ha sido cuestionada por DILORENZO, Thomas J. "The myth of natural monopoly". En: The Review of Austrian Economics 2. 1996. Esta teoría ha sido seguida en Perú por HARO, José Juan. "Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas". En: THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005. p. 151.

³⁷ OGUS, Anthony. Op. cit.

³⁸ Tomadas de BREYER, Stephen. "Analizing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives and reform". En: Harvard Law Review 92. 1979. p. 10. Cuya versión traducida al castellano se puede encontrar en THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. Las ideas expresadas en dichos artículos, además, provienen de un más extenso trabajo contenido en el libro: "Regulation and its reform". Cambridge, Massachusetts y Londres: Harvard University Press. 1982. 472 pp.

contribuyan a solucionar esas fallas o reemplazar el mismo mercado³⁹. Esto ha sido explicado satisfactoriamente por autores como Coase, utilizando el concepto de *costos de transacción*, según el cual cuando las personas pueden negociar entre ellas a costos bajos, siempre llegarán a soluciones que sean compatibles con sus propios intereses y los de la sociedad, sin importar la asignación inicial de titularidades⁴⁰.

- A. Casos relacionados a la eficiencia económica
 - 1. Restricciones a la competencia
 - a. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26285 y el Contrato-Ley de Concesión⁴¹ celebrado entre el Estado peruano y Telefónica, que establecía un monopolio temporal a favor de Telefónica basado en que sería un monopolio natural

En el proceso contenido en el expediente 005-2003-AI, una minoría del Congreso cuestionó la instauración legal y contractual, durante el plazo de cinco años, de un monopolio a favor de la empresa Telefónica.

Dicha norma, según ellos, se oponía a la norma constitucional que dice: "Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios" (artículo 61, final del primer párrafo). Por otro lado, según el inciso segundo de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que: "Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional. Tienen prioridad: (...) 2. Las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos".

El Tribunal Constitucional, en este caso, dijo que la ley que autorizaba el monopolio no transgredía el artículo 61 puesto que el monopolio de la telefonía era "natural" y venía desde antes de la ley, por lo que se debía entender como un mecanismo para erradicar el monopolio de acuerdo con lo previsto en la Octava Disposición. Así, en la sentencia bajo comentario, señala que:

"(...). Es conocido, y sobre ello poco importa incidir más, que sólo dichas empresas estatales prestaban el servicio público de telefonía en el país, de manera que no existiendo propiamente un monopolio legal, sí existía un monopolio "natural", que además era estatal, en la prestación de dichos servicios públicos (Foja 27).

(...) tal circunstancia era por sí misma suficiente para que este Tribunal considerase que la regulación de la prestación de estos servicios públicos se encontraba dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; esto es, que sobre tal servicio público existía la obligación constitucional de dictarse leyes, con carácter prioritario, que regulasen los mecanismos y el proceso tendientes a su eliminación progresiva " (Foja 28).

El Tribunal Constitucional, entonces, nos quiso convencer de que la ley creó un monopolio para desaparecerlo. O, peor aun, que creó mediante una ley un monopolio que de todos modos existiría, dado que era "natural". Esta argumentación, como no es necesario recalcar, no resistiría el más elemental análisis. Resulta claro, entonces, que el TC no buscó, en este caso, preservar la competencia ni defender los derechos de los consumidores⁴², sino que actuó sobre la base de réditos en relación a la presión pública, política y hasta de la propia empresa involucrada. No descartamos que, además, haya actuado ideo-

³⁹ Respecto a los presupuestos para la existencia del mercado, ver la nota 20, *supra*.

⁴⁰ En este escenario, es posible arribar a la conclusión de que es mejor regular; pero hay que tener en cuenta que la regulación en sí misma es costosa, debido a que es posible que no se evalúen de manera adecuada los costos involucrados, es decir, existe un costo relacionado a los errores de los burócratas y el propio costo de la administración de las reglas que deben ser tomadas en cuenta. Por tanto, no toda situación de costos de transacción elevados nos lleva necesariamente a la regulación. En resumen, esto es lo que se ha venido a llamar *Teorema de Coase*. COASE, Ronald. Op. cit. (Especialmente el capítulo 1, con el mismo título).

⁴¹ La regulación se puede manifestar de distintas formas, cambiando de herramientas, métodos y sujetos. Así, distintos métodos son el control previo o la fijación de estándares, siendo que ambos puedan tener la misma finalidad: controlar la calidad. Ejemplos de distintos instrumentos son las normas de competencia, la regulación directa de precios y calidad o la concesión mediante procesos de licitación competitivos. OGUS, Anthony. "Estructuras e instituciones regulatorias". En: THEMIS-Revista de Derecho 54. 2007. pp. 273-285.

⁴² Contrariamente a su propia doctrina: "Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario. El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

lógicamente, cavilando que su actuación serviría para que se mantenga la estabilidad económica del país, preservando otros valores del sistema como la seguridad jurídica. Desde este punto de vista, mantener una mala regulación puede ser preferible a cambiarla por una mejor o suprimirla. No creemos, sin embargo, que éste sea el caso, por cuanto esta regulación no sólo era errónea, sino que servía para la eliminación de la competencia y la preservación de un monopolio producto de procesos de privatización presumiblemente plagados de corrupción⁴³.

No debemos dejar de mencionar que, sin perjuicio de lo anterior, al momento en que el TC resolvió el caso, el monopolio legal había expirado, por lo que formalmente no cabía un pronunciamiento acerca de la inconstitucionalidad de la ley. Sin perjuicio de esto, el TC se pudo pronunciar respecto de las sanciones administrativas correspondientes y acerca de la legislación complementaria restrictiva de la competencia que aun subsiste en el sector de telecomunicaciones.

- b. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 27633 que establece un trato diferenciado a favor de los proveedores de bienes y servicios que se produzcan en nuestro territorio

Esta norma es modificatoria de la Ley 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional, que establece que en los procesos de adquisición de bienes y servicios y que, para efectos del otorgamiento de la *buena pro*, se agregará un 20% adicional a la sumatoria de la calificación técnica obtenida por las posturas de bienes y servicios elaborados dentro del territorio nacional.

En este caso (STC 018-2003-AI/TC), se alegó que la norma es violatoria del derecho a la igualdad de las empresas extranjeras, además de contraria a la libre competencia, en la medida en que restringe la participación de empresas extranjeras, que podrían tener precios más bajos o mejores servicios que las nacionales.

En relación a la afectación a la libre competencia o acceso al mercado, el TC no dice nada, salvo que éstos no se encuentran comprometidos en la norma. El TC, sin embargo, destaca el carácter social de la norma (sentido redistributivo), en la medida en que serviría para fomentar el empleo y promover la industria nacional. En esa medida, el Tribunal Constitucional no hace el necesario análisis entre lo que gana el estado con la medida y lo que pierde. El TC limita su análisis de *proporcionalidad* a la intervención al derecho a la igualdad, cuando, sin embargo, debió hacerlo también respecto a la competencia.

En efecto, como ya vimos (ver nota a pie de página 10), además del análisis de adecuación y necesidad, la proporcionalidad incluye un análisis de costos, llamado proporcionalidad en sentido estricto. Al efectuar dicho análisis, el TC debió considerar el costo social de restringir la entrada al mercado de empresas que operen en el extranjero, siendo que éstas, probablemente, ofrecían precios más baratos, significando un ahorro para el mercado. Además existe un costo relacionado a restringir nuestras futuras posibilidades de inserción a mercados externos vía políticas intervencionistas (y es que, como todo en la vida, las restricciones al comercio suelen ser recíprocas: también conocido como “pagar con la misma moneda”). Dicho ahorro podría haber sido utilizado para programas de subsidio directo a favor de las personas más pobres. Sin embargo, el TC pasa esto por alto, antes que hacer un análisis acerca de si este subsidio a los productores nacionales es lo más conveniente para el país, sin perjuicio de que a todos nos pueda parecer medianamente razonable una política interna de promoción del trabajo. A mayor abundamiento, nada en la argumentación del gobierno, o el TC, garantizan que los mayores ingresos obtenidos por empresarios nacionales sean utilizados para mejorar la situación de los trabajadores.

Como un comentario aparte, cabe señalar que este tipo de norma no subsistiría si tuviéramos un sistema de control internacional a las restricciones al comercio. Dicho sistema sería una condición

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia”. (STC 0008-2003-AI/TC. Foja 37). Aunque ese precedente también es preocupante si se toma en sus términos literales, ya que parece sugerir que la Constitución prohíbe los monopolios *per se*, cuando, en realidad, lo que prohíbe es la creación “artificial” (vía ley o pacto) de monopolios y el abuso de la posición de dominio, pero no la creación espontánea de monopolios, como producto de las relaciones de mercado y la competencia como ha dejado establecido en otro caso involucrando a la British American Tobacco (STC 01311-2000-AA/TC. Foja 4).

⁴³ PATRÓN, Carlos. “El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del estado en Latinoamérica”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. pp. 87-88.

sine qua non para la integración comercial de la región. De manera ilustrativa, tómesese el caso de la Corte Europea de Justicia; el 23 de octubre de 2007, por ejemplo, ha resuelto el caso conocido como la *Ley Volkswagen*, relacionada a una ley alemana que restringía la entrada de capitales extranjeros a la empresa automotriz Volkswagen, a través de limitaciones a las transferencias de acciones. Dicha ley fue declarada inaplicable por dicho tribunal por significar una restricción al libre flujo de capitales en la unión Europea⁴⁴.

2. Eliminación de la asimetría informativa: de Telmex a Metro⁴⁵

Tal como el *deber de veracidad* fue interpretado a partir del precedente *Telmex*, no es posible distinguir entre la intensidad de las exigencias respecto a productos riesgosos o con alguna característica especial y otros tipos de productos, que no fueran especialmente riesgosos. Por otro lado, dicho precedente impuso el deber de consignar toda la información en todos los medios donde sea anunciado el producto. Por ejemplo, si un producto se anunciaba en televisión, tenía el deber de poner la advertencia suficiente tiempo (alrededor de un minuto) como para que pudiera ser leída.

Lo que cabía –entonces– objetar era: la extensión de la obligación, y la imposición de costos excesivos a los anunciantes.

Respecto a la extensión de la obligación, efectivamente, en general los productos riesgosos deben contener advertencias, pues involucran de manera directa la salud de los consumidores. Pero esto podría perder de vista que hay productos que pueden contener el riesgo de causar dolores de cabeza o tos y otros que pueden producir cáncer o problemas reproductivos en las personas que los consumen. En un escenario así, poner todos los riesgos “en el mismo saco” podría aparecer como desproporcionado. En efecto, si tomamos la *California’s Proposition 65* como referencia, se puede advertir que ésta regula sólo advertencias para los productos capaces de producir afectaciones de la mayor gravedad, para lo cual se indican una serie de productos químicos capaces de causar cáncer, problemas reproductivos

o daños al medio ambiente. Dicho problema no ha recibido una respuesta por parte del nuevo precedente obligatorio, *Metro*.

No obstante, a partir de la derogación del precedente *Telmex*, por el precedente *Metro*, el deber de información ha sido interpretado en el sentido en que es satisfecho si se consignan medios para acceder a la información, aun cuando no esté incluida expresamente en todos los anuncios publicitarios, siempre que no desvirtúe el mensaje principal. Por ejemplo, entonces, el deber de revelar información se puede satisfacer utilizando pequeñas advertencias que deriven a los consumidores a páginas de *internet* que presenten información más completa o números telefónicos contratados por las propias empresas (los conocidos como “800 numbers”). Contrariamente al precedente *Telmex*, entonces, se establece que no existe un deber de exhaustividad, sino de no infringir el principio de veracidad.

Dicha decisión se basa en que los anuncios publicitarios no son una oferta completa, sino que habitualmente hay un lapso entre la percepción del anuncio y el acto de compra. Por otro lado, existen otros medios de información a disposición de los consumidores y, en definitiva, es el mercado el que determina la cantidad de información necesaria y la manera en la que ésta se muestra.

Sobre la base del nuevo precedente, entonces, el costo de la publicidad se mantendría en un nivel relativamente bajo, no constituyéndose como una limitación desproporcionada para la difusión de anuncios publicitarios.

Como puede apreciarse, en este caso, tenemos dos precedentes contrarios entre sí, pero que se basan en el mismo derecho: el derecho de información de los consumidores. La diferencia entre ambos es que el precedente *Metro* no se queda en la apreciación meramente dogmática, sino que hace una apreciación de los costos asociados a los deberes impuestos. Y fue, precisamente, esta falta de apreciación de los costos llevó al INDECOPI a expedir una regulación paradójica en el precedente *Telmex*⁴⁶. Sin perjuicio de lo anterior, es por sí mismo cuestionable que el INDECOPI varíe sus propios precedentes tan

⁴⁴ Case C-112/05.

⁴⁵ Resolución 901-2004/TDC-INDECOPI (precedente “Telmex”) y resolución 1602-2007-TDC-INDECOPI (precedente “Metro”).

⁴⁶ Ya nos hemos referido antes al concepto de “regulación paradójica” propuesto por SUNSTEIN, Cass. Op. cit. en: SÚMAR, Óscar. “Salario mínimo legal en debate”. En: “El Peruano” de 7 de septiembre de 2007. p. 18.

rápida­mente (en menos de tres años), ya que esto trae aparejada incertidumbre en los destinatarios de las normas, que también resulta costosa. En este caso, sin embargo, el precedente *Telmex* contenía una decisión tan absurda que daba la impresión de que la única salida era derogar­lo.

3. Poder de negociación desigual: inconstitucionalidad de *cláusulas generales de contratación* y obligación de la administración de celebrar, ejecutar e interpretar los contratos con *buena fe*
- a. Cláusulas generales de contratación: STC 0858-2003-AA (caso Eyler Torres del Águila vs. Telefónica del Perú S.A.)

En este caso, contrariamente a lo que han señalado autores como Bullard⁴⁷ acerca de la validez de las cláusulas generales de contratación, el TC reivindica el derecho de los consumidores a ser protegidos por los organismos reguladores cuando se encuentren atados por una cláusulas generales de contratación inequitativas, aun cuando esto supuestamente atente contra la libertad contractual.

Es el caso de una señora, Eyler Torres, que no habían podido utilizar su teléfono. Sin embargo, Telefónica le cobró un cargo fijo que estaba estipulado en un contrato por adhesión (esos que ya vienen hechos y uno sólo los firma). OSIPTEL, por tanto, consideró infundado el reclamo de la señora.

“Queda, por lo tanto, analizar si el pago de esa deuda reducida podía justificarse con el hecho de que la recurrente había suscrito, entre las cláusulas de contratación, un convenio por el cual ella debía permanecer, durante un lapso determinado, vinculada contractualmente a Telefónica Móviles S.A.C., plazo en el que, a su vez, debía abonarse el pago de un, por llamarlo así, “cargo fijo”, “renta básica” o “renta mínima”.

Al Tribunal no le es ajeno, en efecto, que tal vez la deuda “reducida” de la recurrente no sólo se deba a la intención de que haya querido ser beneficiaria de la prestación de un servicio público, sino al hecho de existir un vínculo contractual entre ella y Telefónica Móviles S.A.C.

(...)

En tal interpretación de las reglas del derecho privado, el órgano competente no puede perder

de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada, particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada. (...)

Ante este tipo de situaciones (en las que resulta más que evidente que determinados contenidos insertos en ese tipo de convenios, no podrían ser aceptados en términos normales de un sujeto libre e igual, a no ser que la imposición por uno de ellos sea aceptada por razones de necesidad por el sujeto social más débil), la cuestión a plantear es: o se hace abstracción de aquella situación que presenta la realidad, so pretexto de garantizarse el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, con el resultado de aceptar que los derechos fundamentales pueden ser (y de hecho son) vulnerados por los grupos sociales con dominium, o se afirma que ni siquiera garantizándose el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, es posible consentir que, en esas relaciones, los derechos fundamentales se desconozcan. (...)

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las codemandadas por un lapso determinado, y al pago de un “cargo fijo”, dadas las circunstancias específicas del caso de autos, resulta palmaria­mente inconstitucional, por violar la dimensión negativa de la libertad contractual. Este Tribunal estima que, en la medida en que OSIPTEL no ejerció debidamente su deber especial de protección de la dimensión negativa de la libertad contractual de la recurrente, violó nuevamente el derecho reconocido en el artículo 65 de la Constitución (...)” (fundamentos 18 a 23).

Como se ha podido apreciar, en este caso, el Tribunal fundamenta su decisión en el desequilibrio de poder entre las partes, un fundamento económico (ampliamente cuestionable en este caso por cierto); aunque reviste esta funda-

mentación de contenido constitucional, como el deber de protección al consumidor y la libertad contractual en su sentido negativo. Y esto es natural, dado que, como lo hemos explicado en la primera parte, los principios económicos tienen relevancia constitucional y se entremezclan con la protección de valores más sustanciales del sistema, como la dignidad de los consumidores. Esta decisión, por lo demás, ha tenido eco en decisiones posteriores de otras autoridades como el INDECOPI⁴⁸.

b. Deber de la administración de actuar con buena fe en sus contratos con los privados

El Tribunal Constitucional ha sostenido la doctrina según la cual los contratos celebrados por el estado (aun los contratos de concesión) tienen la misma naturaleza que un contrato entre *privados*⁴⁹. Sin embargo, esto no significa que defienda la tesis según la cual el Estado tiene el mismo poder de negociación que los privados. En efecto, el Estado cuenta con *poderes exorbitantes* que le dan una posición de primacía en las relaciones contractuales. Esto se expresa, por ejemplo, en que éste mantiene su poder regulatorio, pudiendo influir en las relaciones ya establecidas, aun cuando haya celebrado un contrato, siempre dentro de los márgenes permitidos por el artículo 62 de la Constitución (referente a la inmutabilidad de los contratos) o en su poder sancionatorio.

De esto, precisamente, se deriva un deber constitucional *especial* de actuar con buena fe para la administración (“especial” en la medida en que, genéricamente, todos tenemos ese deber, y la administración tiene el mismo deber pero *cualificado*). Dicho deber se traduce en la obligación de: actuar de acuerdo a un estándar de *administrador-razonable*, no actuar contradictoriamente o contra sus propios actos, no extender vía reglamento o decisiones individuales obligaciones generales del contratista, tener en cuenta la situación concreta de la persona obligada, no dilatar abusivamente la toma de decisiones, responder de manera proporcional –con los medios adecuados o idóneos–

para restablecer un derecho; en relación a esto, no abusar del poder de reglamentación y sanción, así como no diferenciar injustificadamente entre postores (como en el caso analizado en el punto 1.b.)^{50 51}.

Nuestro país, como se podrá adivinar, no es uno que se caracterice por el actuar ético o respetuoso de las autoridades, por lo que los inversionistas habitualmente requieren garantías *extra* para la preservación de sus derechos, como contratos de estabilidad jurídica o tributaria⁵². Sin embargo, cuando no existe la voluntad de actuar conforme a los dictados de la buena fe y los tribunales no están comprometidos con su defensa, estas garantías no sirven de mucho, como veremos al estudiar el caso de la Ley de Regalías Mineras.

4. Protección contra externalidades: caso Nextel (antenas de telecomunicaciones en zonas urbanas)

El TC ha resuelto varios casos involucrando instalaciones de antenas de telecomunicaciones de la empresa Nextel, la que suele poner antenas en lugares urbanos sin contar con las debidas autorizaciones municipales. En un primer momento, su jurisprudencia consideró que dicha práctica constituía una violación al derecho a un medio ambiente equilibrado de los pobladores (STC 0964-2002-AA). Luego, misteriosamente, su jurisprudencia varió y consideró que no había tal afectación (STC 4223-2006-AA).

En ambos casos es palpante que el TC no analiza el caso desde una perspectiva económica, pese a que el caso involucra un ejemplo típico de *externalidades negativas*. En ese sentido, hubiese sido acertado que se tome en cuenta consideraciones como el costo de instalación de las antenas, el perjuicio de los vecinos, etcétera.

En este punto, cobra relevancia el hecho de que el TC, habitualmente, niegue su capacidad para otorgar compensaciones económicas (aunque lo ha hecho en el caso reseñado en el punto c.1. por

⁴⁸ Ver, por ejemplo: Resolución 1115-2007/TDC-INDECOPI de 2 de Julio de 2007.

⁴⁹ Ver, por ejemplo: STC 1268-2004-AI, 003-2004-AI y 0514-2004-AI. Aunque, el mismo TC ha contradicho esta doctrina en 0048-2004-AI.

⁵⁰ MORÓN, Juan Carlos. “Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. p. 191.

⁵¹ La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado dicho principio en varios casos. Los ejemplos de reseñados han sido recogidos por el autor principalmente de estos. Por ejemplo, véanse las sentencias: T-422 de 1992, T-427 de 1992, T-475 de 1992, T-426 de 1992, T-457 de 1992 y T-469 de 1992.

⁵² Los contratos de estabilidad jurídica o tributaria sirven para “congelar” el ordenamiento en relación a un contrato. Es decir, que las normas posteriores, aunque sean aplicables, no tengan efectos sobre los contratos ya celebrados.

ejemplo). En efecto, al asumir una posición meramente basada en la protección de derechos fundamentales (inalienables), su postura se tornó en minimalista (“todo o nada”) cuando, quizá, una postura basada en la eficiencia económica de su decisión lo hubiese llegado a un resultado más conveniente para la sociedad que cualesquiera de las dos posturas asumidas en su incoherente jurisprudencia.

Esta constatación despierta una inquietud en torno a la conveniencia de tener un tribunal que sólo advierta violaciones a derechos fundamentales, cuando la Constitución está plagada de otros valores igualmente (redundantemente) constitucionales-valiosos, como la eficiencia económica.

Límites basados en la protección de derechos fundamentales

Como resulta obvio hasta aquí, la Constitución impone límites a las actuaciones de los privados o el estado que no están basados en la preservación de la eficiencia económica, sino otros valores del sistema, como lo son los derechos fundamentales.

En estos casos existen valores que, en muchas situaciones, se oponen a la eficiencia económica y que, sin embargo, en una sociedad democrática, pueden justificar la limitación al actuar libre de las personas y empresas. En otros casos, sin embargo, la preservación de dichos valores puede estar alineada con un funcionamiento más eficiente de la sociedad, ya sea en la arena política o el mercado.

B. Casos relacionados a la protección de derechos fundamentales

1. Discriminación en las transacciones comerciales: el caso de las discotecas

Tómese el caso de discotecas limeñas como The Piano, The Edge y, más cercanos en fecha, Café del Mar o Aura; sancionadas por el INDECOPI por no dejar entrar a sus instalaciones a personas morenas.

Analizando un caso similar, el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, en decisión de 23 de enero de 2002, ha sostenido que “(...) es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres (...)”.

Esta argumentación aparece como circular⁵³. En efecto, dice que no se puede contratar cuando no se puede contratar, pero no advierte los valores que están involucrados en el caso; esto es, por un lado la eficiencia económica y, por otro, el respeto de derechos fundamentales.

Hay que advertir que los empresarios dueños de esta discoteca no sólo discriminan porque tengan taras mentales que los lleven a esto; discriminan porque es rentable hacerlo. Basta conversar sinceramente con cualquier visitante habitual de discotecas: ellos consideran mejores las discotecas donde hay más “gente bien” (es decir, blanca). Entonces, si una discoteca quiere ser *in*, debe dejar *out* a todos lo que no sean “gente bien”; sólo de esta manera ese negocio será “exitoso”⁵⁴.

De esta manera, cuando la jurisprudencia o las normas aplican una cláusula anti-discriminación, le están produciendo un costo a la sociedad, medible en términos de menores ingresos de dichas discotecas. Como en todo, sólo estaremos dispuestos a pagar dicho costo hasta cierto punto, por lo que no consideraremos discriminaciones inadmisibles a todas las muestras de preferencias que se realizan en la sociedad⁵⁵. De hecho, sin ir muy lejos, hay autores que controvierten el hecho de que sea necesario prohibir la discriminación en estos casos⁵⁶.

Nuevamente, no se trata de evaluar las decisiones *per se*, que en estos casos nos parecen correctas, sino el hecho de que no se hayan identificados los costos asociados a ellas, a fin de evaluarlas objetivamente.

⁵³ Para un análisis de cómo la argumentación meramente dogmática tiende a ser circular y, en definitiva, uno de los textos base del análisis económico del Derecho, ver: COHEN, Felix. “El método funcional en el Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1962.

⁵⁴ Esto es consistente con la postura de SUNSTEIN, Cass. Op. cit.

⁵⁵ Por ejemplo, a nadie se le ha ocurrido sancionar a una persona por no casarse con alguien de otra raza. En ese caso, hay derechos de mayor valor involucrados, por lo que no estamos dispuestos a reivindicar el derecho a no ser discriminados.

⁵⁶ En efecto, autores como Epstein sostienen que no es necesario impedir la discriminación, dado que la propia competencia en el mercado tendería a eliminarla o, en todo caso, al haber muchos proveedores del mismo servicio, un acto discriminatorio no afectaría en nada a los consumidores. EPSTEIN, Richard A. “Free Association: The incoherence of antidiscrimination laws”. En: National Review. 9 de octubre de 2000. pp. 38-40.

2. Derecho al honor: cobro de deudas y deber de protección al consumidor (STC5637-2006-PA/TC)

En el presente caso, el recurrente afirmó ante el TC que "(...) ha sido víctima de maltrato e intimidación por la firma comercial Tiendas Ripley, a través de la empresa de cobranza TX'S Consultores Legales Asociados S.A. (COAXSA), pues se le ha enviado dos cartas requiriéndole el pago de una deuda, bajo la amenaza de embargar y secuestrar sus bienes y de proceder a la ejecución forzada en caso incumpla con el pago; y que, sin embargo, no ha realizado los consumos consignados y la notificación no fue dirigida a su domicilio. Sostiene, asimismo, que ante tales hechos interpuso una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, la cual fue declarada infundada bajo el argumento de que dichas cartas no tenían un contenido intimidatorio, hecho por el cual presentó recurso de apelación ante la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, la cual confirmó la Resolución de primera instancia, lesionando sus derechos mencionados".

El TC sanciona el hecho de que, con dicha actuación, las empresas denunciadas se irrogaron competencias de los órganos jurisdiccionales, afectando el derecho al honor del recurrente. En este caso, nuevamente, se advierte que, por un lado, tenemos la posibilidad de que las empresas de cobranza actúen de manera más eficiente, pero, por el otro, existen otros valores del sistema involucrados, que también deben ser protegidos. La decisión, sin embargo, carece de un análisis de dichos costos.

Límites basados en razones de justicia redistributiva

En el campo redistributivo, tenemos los casos en los que la regulación sirve para asignar recursos a un determinado grupo en detrimento de otro; esto es medido en términos de resultados em-

píricos, a pesar de que no sea el objetivo explícito de la regulación⁵⁷. Respecto de esta justificación, entonces, fuera de analizar las consideraciones *subjetivas* de los reguladores, se miden los resultados de la regulación para determinar si la mera redistribución fue su objetivo implícito. Es decir, se establece de manera *ex post* que la regulación tuvo un efecto redistributivo, beneficiando a un determinado grupo, sin perseguir paralelamente otro tipo de interés.

En términos generales, todas las reglas generan una distribución de recursos; sin embargo, no toda regulación tiende a la *equidad* o igualdad social⁵⁸. Según autores como Ogus, la redistribución está basada en la idea de justicia como una "justa" asignación de recursos; pero aquello que fuera entendido como una "justa" distribución dependería de la particular teoría económica que abracemos, siendo que ésta puede variar de liberal a comunista⁵⁹. Por nuestra parte, sólo se considerará que el objetivo es redistributivo cuando no coincida con el objetivo de eficiencia o, de manera muy clara, no sea compatible con el resto del ordenamiento.

¿Por qué la regulación debe tender a una redistribución equitativa de los recursos? Un fundamento podría ser que el mercado competitivo parte de la premisa de que los hombres son libres e iguales. Así, "el Mercado, como un proceso de descubrimiento, abraza y representa el estatus de competidores como seres iguales e independientes. Los competidores van al mercado con un derecho de propiedad, como propietarios que celebran contratos voluntarios. Entonces, el mercado persigue y, aun puede ser visto como la casual consecuencia de las particulares, independientes y voluntarias acciones de individuos iguales"⁶⁰. De manera inversa, entonces, cuando no estamos frente a individuos libres e iguales (en la medida en que no son propietarios), no tiene mayor sentido referirnos a la competencia en un libre mercado. En relación a lo anterior, la redistribución –debemos anotar–, tal como ha sido

⁵⁷ CALABRESI, Guido. Op. cit.

⁵⁸ Imaginen una norma prohibiendo el servicio de jardinería. Ésta volvería más pobres a los propietarios de jardines -ya que tendrían que reemplazar su césped por gras artificial-; volvería más pobres a los jardineros -ya que estos se quedarían sin trabajo-, pero volvería más ricos a los que tuvieran fábricas de césped artificial. Una norma así, sin embargo, no sería equitativa, dado que los jardineros son habitualmente más pobres que los dueños de fábricas de césped. SÚMAR, Oscar. Op. cit.

⁵⁹ OGUS, Anthony. "Regulation. Legal form and Economic Theory". Oxford: Oxford University Press. 1994.

⁶⁰ Traducción libre de: "The market, as a discovery procedure, embodies and expresses the status of competitors as equally individual and independent selves. Competitors come to the market with a right to property, as property owners who engage in voluntary contracts. Thus, the market allows the expression of, and yet may also be seen as the unintended consequence of, the particular, independent, and voluntary actions of free and equal individuals". BLANEY, David L. y Naeem INAYATULLAH. "Undressing the Wound of Wealth: The Cultural Constitution of Political Economy". Prepared for the panel "Geocultural Epistemologies and IR: The Significance of Space, Time and Culture". International Studies Association. San Diego, CA. 24 de Marzo de 2006; en una interpretación de HAYEK, Friedrich. "The Mirage of Social Justice". p. 74.

destacado por últimas investigaciones, no siempre se opone a la eficiencia; por el contrario, en algunos casos una más equitativa redistribución de la riqueza puede ser un presupuesto para un mayor crecimiento⁶¹, en la medida en que la igualdad es un presupuesto para la competencia.

Otro argumento, quizá el determinante, a favor de la redistribución se puede hacer desde el ordenamiento mismo: tal como lo destaca Soledad Torrecuadrada: “la pobreza es un fenómeno que vulnera los derechos humanos de forma evidente. Se trata de una condición generadora de discriminación y que priva a quienes la padecen del disfrute de los derechos fundamentales”⁶². Por otro lado, se ha dicho también que contar con un patrimonio puede ser una condición para ejercer derechos de naturaleza política⁶³. En ese sentido, Sunstein ha destacado la importancia de la propiedad para la preservación de la democracia. Además, se impone un deber ético de ser solidarios y no impasibles ante la violencia que supone la pobreza.

En un país con muchas personas extremadamente pobres, como el nuestro, por lo demás, la redistribución, como equidad, cobra mayor relevancia y debería estar en el primer lugar de la agenda del gobierno. Éste, sin embargo, no es el tema de este trabajo, por lo que nos exoneramos de profundizar la idea.

C. Caso relacionado a la redistribución: Impuestos⁶⁴ a las sobre ganancias: el caso de las regalías mineras (STC 0048-2004-AI)

En este caso se cuestionó la aplicación de un pago producto de las ganancias de las mineras durante una época de inusitada bonanza económica de

dicho sector. Los empresarios mineros demandaron la inconstitucionalidad de dicho pago forzado, alegando que afectaba el derecho a la libertad contractual (dado que no había sido previsto en los contratos de concesión), a la propiedad (en la medida en que les quitaba sus ganancias sin justificación), a la igualdad ante la ley (dado que otras industrias que utilizaban recursos naturales no eran gravadas), etcétera.

La norma impugnada era la “Ley que crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Se establece su cálculo sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional, debiendo ser determinada mensualmente, según los rangos establecidos en la ley.

Su recaudación será distribuida según porcentajes establecidos por ley, a los gobiernos locales, regionales y a las universidades nacionales de la región donde está ubicada la mina”.

El TC fundamenta su decisión de declarar infundada la demanda en que: “La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redonde

⁶¹ Ver, por ejemplo: ATURUPANE, Harsha; GLEWWE, Paul y ISENMAN, Paul. “Poverty, Human Development, and Growth: An Emerging Consensus?”. En: The American Economic Review 84. 1994. Por otro lado, la lista de trabajos de autores como Amartya Sen relacionados a la medición de índices de pobreza basados en la desigualdad de capacidades, puede ser bastante representativo de esta corriente.

⁶² TORRECUADRADA, Soledad. “La consideración internacional de las poblaciones indígenas en los últimos años: evolución y asignaturas pendientes”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2007. pp. 273-274. En el mismo sentido, pero con mayor desarrollo del punto específico: RUIZ-TAGLE, Pablo. “Pobreza y creación de derechos fundamentales”. En: SELA 2005. Panel 2: Las estrategias institucionales para erradicar la pobreza.

⁶³ Así, los derechos económicos, como la propiedad, serían una condición necesaria para que los ciudadanos no “(...) se vuelvan dependientes, casi cotidianamente, de la buena voluntad de los funcionarios del gobierno. Todo lo que puedan tener es un privilegio y no un derecho. Por esto, su posición ante el Estado es la del que suplica o mendiga, y no la del titular legítimo de un derecho. Cualquier desafío al Estado puede ser sofocado o desalentado, dado que cualquier cuestionamiento serio podría causar el retiro de los bienes que dan seguridad básica a las personas. El derecho a la propiedad privada libre de interferencias estatales es, en este sentido una base indispensable para la democracia”. SUNSTEIN. Cass R. “Propiedad y Constitucionalismo”. En: THEMIS-Revista de Derecho 48. 2004. p. 28. Sunstein destaca la importancia de la protección de la propiedad (ya adquirida) para la preservación de la democracia. Nosotros no encontramos ningún argumento para limitar dicha “protección” a la propiedad ya adquirida, debiéndose también asegurar, vía redistribución, el acceso a la propiedad. De hecho, como se podrá advertir, ambos valores aparecen en conflicto, ya que si se protege a rajatabla la propiedad ya existente, no sería posible redistribuir, pero en la medida en que ambos son fines valiosos para la sociedad, no se puede desear, creemos, *a priori* ninguno de ellos.

⁶⁴ Aunque el TC negó que fuese un impuesto.

en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.

En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones” (Fojas 12 y 13).

Y más adelante, sostiene que “El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del patrimonio nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de equidad en la distribución de la riqueza” (Fojas 85).

En este caso, tenemos que la consecución de una mayor equidad social se opone a la eficiencia económica dado que esta medida, claramente, sería una que tienda a desincentivar la inversión. No decimos que esto esté mal, sino que, para tomar una buena decisión, hay que tomar en cuenta los costos involucrados. En este caso, por lo menos, el Tribunal Constitucional identificó que su decisión implicaba una dicotomía entre valores como un libre mercado por un lado, y la mayor equidad social por otro.

No obstante, dado el estrecho margen de acción de esta norma, en la medida en que la mayoría de empresas mineras tenían, a la fecha, contratos de estabilidad jurídica, nos asaltan dudas acerca de

si el TC realmente tomó en cuenta sólo la equidad social o si también dio una decisión “para la tribuna”...

CONCLUSIÓN

Hemos visto varios ejemplos de casos que han sido resueltos apelando más a concepciones dogmáticas que tomando en cuenta los costos involucrados en la su resolución. Contrariamente a lo que se suele creer en nuestro país, una evaluación de “costos” no es una meramente monetaria, sino que involucra los medios que estamos dispuestos a utilizar para alcanzar determinados fines que consideramos valiosos. Esta visión pragmática de la política no debería identificarse -ni siquiera- con el análisis económico del Derecho (ligado a la eficiencia económica), sino que presupone una mirada mucho más amplia al proceso regulatorio, que incluye también el actuar de los tribunales en la protección de los derechos fundamentales o en el impulso de políticas redistributivas⁶⁵.

Otra cosa que hemos querido poner en evidencia es que nuestra Constitución está inspirada en múltiples valores que tendrán mayor o menor influencia dependiendo del caso. Dichos valores interactúan con otras fuerzas sociales como la maximización de beneficios, los sentimientos, la tradición y hasta el azar. Lo importante al resolver un caso es identificar cuáles son los valores o fuerzas sociales involucradas en una determinada política. Sólo así, regresando al párrafo anterior, podremos analizar adecuadamente los costos involucrados para tomar una mejor decisión.

Para finalizar, también es importante destacar que, si nuestros tribunales advierten lo anterior, probablemente tomarán un papel mucho más activo en la delimitación de las políticas públicas, lo que podría ser beneficioso para el país; no porque los tribunales sean mejores legisladores que los congresistas, sino porque la división del poder (no “poderes” ya que eso es una mera ilusión)⁶⁶, entre muchos órganos, puede tender a limitarlos, de tal modo que el verdadero poder regrese a toda la sociedad.

⁶⁵ Ya hemos hecho referencia en otro lugar a la importancia de una mirada más amplia a los casos, que no tome en cuenta sólo lo económico, pero que tampoco lo excluya. SÚMAR, Óscar. “Acerca del control estatal de las asociaciones privadas y la jurisprudencia del TC: un enfoque económico”. En: Palestra del Tribunal Constitucional 6. pp. 909-918.

⁶⁶ Nosotros creemos que, si bien la Constitución establece competencias, no lo hace basándose en lo que *materialmente* significa legislar, ya que “(...) no puede percibirse alguna diferencia entre administración y jurisdicción ni tampoco entre ejecución y legislación”, sino en relación a la naturaleza del proceso que sigue cada órgano del Estado para su expedición. A saber, tanto el Congreso, como el Ejecutivo y los tribunales expiden normas. KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). México: UNAM. 2001. p. 12.



AJUSTES AL VALOR EN ADUANA POR CONCEPTO DE SERVICIOS DE INGENIERÍA

Julio Guadalupe Báscones*

El monto del arancel que se debe pagar cuando se lleva a cabo la importación de productos, debe responder al valor de transacción que los contratantes acordaron; sin embargo, existe la posibilidad que se declare un valor menor o mayor al valor real del producto, por lo cual es necesario ajustar el valor del bien, según los costos reales incurridos.

El autor explica los criterios para efectuar dicho ajuste de valor que recoge el Acuerdo referente a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial de Comercio (OMC) así como las imperfecciones que puede tener esta orientación interpretativa.

* Abogado por la Universidad de Lima. Asociado del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Especialista en Comercio Exterior.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde el año 2000, se encuentra vigente en el Perú el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio¹ (en adelante, "el Acuerdo"), el cual regula la metodología a seguir para la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas.

De la revisión de las disposiciones del Acuerdo, se aprecia que lo que éste pretende es el establecimiento de un sistema de valoración en aduana que, de un lado, resulte equitativo (sustentado en criterios sencillos y que resulten conformes con los usos comerciales) y no distorsionante (no debe incentivar o desincentivar operaciones o pactos contractuales) y, de otro, excluya, prohíba y no fomente la utilización de valores ficticios y/o arbitrarios.

Partiendo de estos principios, el Acuerdo dispone que, en la medida de lo posible, el valor en aduana sea el valor real de la transacción. De esta manera, la base de cálculo de los impuestos y tributos a la importación será determinada en función a las características particulares de la operación comercial que originó el acto de valoración ante la autoridad aduanera y que es, en definitiva, aquella operación en la que el importador ha participado.

Por ello, las autoridades aduaneras de los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (en adelante, "OMC") deben tener en cuenta que la valoración en aduana debe partir, primordialmente, del análisis de las particularidades de la operación comercial (venta) que sirve de sustento a la importación (que origina el acto de valoración) y que, sobre dicha base, cualquier ajuste al precio realmente pagado o por pagar, por el comprador al vendedor, sólo podría ser efectuado si es que se cumplen las condiciones establecidas de modo expreso por el propio Acuerdo.

Así, en la medida que las reglas de valoración aduanera resulten claras y de aplicación uniforme en

todos los países miembros de la OMC, el inversionista nacional o extranjero podrá realizar el análisis económico de sus proyectos con la tranquilidad requerida y, sobre todo, con la sensación de que las "sorpresas" podrían presentarse por excepción (ajustes al valor aduanero luego de años de culminado un proyecto, por ejemplo), pero no como regla general. Como se aprecia, lo que se requiere es que las operaciones de comercio internacional cuenten con una buena dosis de predictibilidad, la misma que resulta indispensable especialmente en proyectos de gran envergadura que requieren de periodos largos para su diseño, construcción y puesta en marcha.

En lo que se refiere a los servicios de ingeniería^{2 3} asociados a la producción de mercancías importadas, es de mencionar que la autoridad aduanera podría considerar el valor de dichos servicios como parte del valor en aduana de dichas mercancías (es decir, efectuar un ajuste de valor) sólo en caso que se cumplan los requisitos que, para tales efectos, han sido previstos por el Acuerdo.

En tal sentido, con sujeción a lo dispuesto por el Acuerdo y tal como desarrollaremos en detalle más adelante, la autoridad aduanera sólo podría adicionar al valor de las mercancías importadas aquel valor de la ingeniería asociada a la producción de dichas mercancías si es que se cumplieran los presupuestos legales para incrementar el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías (consideraciones en torno a la "condición de la venta" relativa al concepto de valor de transacción previsto en el artículo 1 del Acuerdo) o para ajustar dicho valor (ajustes previstos en el ítem iv) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo).

II. ANÁLISIS DEL TÉRMINO "CONDICIÓN DE LA VENTA" A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO REALMENTE PAGADO O POR PAGAR POR LAS MERCANCIAS IMPORTADAS (INCREMENTO DE DICHO PRECIO) CONFORME A LAS REGLAS DEL ACUERDO

¹ Este Acuerdo fue aprobado por Resolución Legislativa 26407 e incorporado a la legislación peruana mediante el Decreto Supremo 186-99-EF (norma que aprobó el Reglamento de Valoración en Aduana de la OMC). Mediante el Decreto Supremo 186-99-EF también fueron incorporados a la legislación peruana las Decisiones del Comité de Valoración Aduanera de la OMC y los Instrumentos expedidos por el Comité Técnico de Valoración en Aduanas, entre ellos, las Opiniones Consultivas, Comentarios, Notas Explicativas, Estudio de Casos y Estudios.

² Es de precisar que si bien el único supuesto que resulta imponible en materia aduanera es la importación de mercancías, entendidas éstas como bienes físicos; los servicios, eventualmente, sí podrían tener implicancia en materia aduanera a los efectos de determinar el valor en aduana de mercancías importadas, en la medida que se cumplan requisitos expresos previstos en el Acuerdo.

³ Téngase presente que, en lo sucesivo, cuando se haga mención a "servicios de ingeniería", nos estaremos refiriendo en general a los conceptos mencionados en el ítem iv) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo; es decir, a: servicios de ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños, planos y croquis; ya que las consideraciones y desarrollo de temas del presente artículo aplican por igual a todos estos servicios.

El artículo 1 del Acuerdo señala que el valor en aduana de las mercancías importadas será su valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar⁴ por las mercancías, cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Acuerdo.

Por su lado, el numeral 7 del Anexo III del Acuerdo dispone que el precio realmente pagado o por pagar comprende todos los pagos, realmente efectuados o por efectuarse, como condición de la venta de las mercancías importadas, por el comprador al vendedor o por el comprador a un tercero para satisfacer una obligación del vendedor.

Como se aprecia, las regulaciones del Acuerdo, en torno a la condición de la venta como sustento del incremento del precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, operan de modo general y en forma independiente al elemento en el que recaiga tal condición. Es decir, en la medida que la condición de venta sea verificada, el precio realmente pagado o por pagar debería ser incrementado sobre la base del pago, directo o indirecto, realizado por el comprador, sin importar el concepto por el que dicho pago sea efectuado (la condición podría recaer, en general, en cualquier tipo de servicio).

Sobre la base de lo expuesto, y en relación a este “incremento”, la razón de incluir el valor de los servicios de ingeniería (y, en realidad, como ya se ha dicho, el de cualquier servicio), como parte del valor en aduana de los bienes importados, estriba en que la adquisición de la ingeniería opera como “condicionante” de la venta de dichas mercancías.

En tal sentido, deberá analizarse si el contrato de compraventa de las mercancías importadas señala, como causal de resolución del contrato, el hecho que el comprador no cumpla con adquirir determinada ingeniería (servicios de ingeniería) o que no haya pagado por ella.

En otras palabras, lo que debería quedar claro en el contrato es que el vendedor accede a vender las mercancías debido a que el comprador, además de comprar dichas mercancías, también adquirirá un determinado servicio (condición determinante) efectuando un pago adicional por tal concepto.

Precisamente, este pacto condicionante (respecto de la venta) constituye el *punte conector o de enlace* entre el valor del bien físico (mercancía) y el valor del servicio (relacionado directa o indirectamente con el bien importado). Este puente conector o de enlace es “tendido” (impuesto) por el vendedor (y aceptado por el comprador), actuando como elemento justificante para proceder al incremento, ya que, en definitiva, nos encontraríamos ante un valor de conjunto, conformado por los valores individuales del bien físico y del servicio (de ingeniería). Lo que queda claro es que ante la ausencia del referido puente conector o de enlace, el valor de conjunto no existiría y, en tal razón, tampoco el elemento justificante para incrementar el valor de la mercancía (precio realmente pagado o por pagar por ella).

III. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE “AJUSTE” AL VALOR EN ADUANA EN LO RELATIVO AL PAGO POR SERVICIOS DE INGENIERÍA

Atendiendo a la lógica que sustenta y legitima la aplicación de “ajustes” conforme a las disposiciones del Acuerdo, cabe indicar que sólo cabría “ajustar” el valor de aquellos servicios de ingeniería que no hayan sido incluidos en el precio realmente pagado o por pagar declarado ante la autoridad aduanera por el comprador de la mercancía importada ya sea porque: (i) fueron pagados (directa o indirectamente) en forma independiente del precio (facturado), pactado con ocasión de la adquisición de las mercancías importadas, o; (ii) porque debiendo haber sido valorados dichos servicios, tal valorización no se llevó a cabo (suministro gratuito) o, habiéndose llevado a cabo, ésta se efectuó a un precio reducido (precio vil).

En síntesis, de lo que se trata es de “retornar” un valor X a su “ubicación original” dentro de la estructura de costos del vendedor; situación que, de haberse producido inicialmente, hubiera determinado que dicho valor hubiera sido “costeado” e incorporado en el precio de venta pactado entre vendedor y comprador y, consecuentemente, declarado en aduanas en el país de importación.

No obstante, para que esta lógica opere, es decir, para que idealmente dicho valor X deba haber sido considerado por el vendedor en su estructura

⁴ La Nota Interpretativa al referido artículo 1 del Acuerdo dispone que el precio realmente pagado o por pagar es el pago total que por las mercancías importadas haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor (pago directo) o a un tercero en beneficio del vendedor (pago indirecto).

de costos, se requiere que sea indispensable incurrir en este gasto (el del servicio de ingeniería) a efectos de que el bien objeto de venta cobre existencia física, ya que sólo de esta forma dicho bien podría, a su turno, cobrar existencia jurídico aduanera (constituir una mercancía) y, en tal sentido, ser exportado y luego importado (valorado en aduana).

Es decir, la mercancía existe porque fue producida o construida sobre la base de un diseño previo de ingeniería cuyo valor alguien tuvo que asumir.

Si el vendedor hubiese sido quien asumió dicho gasto, resultaría razonable que el valor respectivo sea incorporado en la factura de venta. Si el comprador hubiese sido quien asumió el gasto, resultaría razonable que le entregue los planos al vendedor de modo gratuito o por un valor simbólico (precio reducido). Empero, en este último supuesto, se tendría que la mercancía no podría haber sido elaborada o producida por el vendedor (o por el tercero contratado por éste para dichos efectos) sin haber contado previamente con el respectivo diseño de ingeniería, el mismo que contaría con un valor comercial (precisamente aquel que fue asumido por el comprador y que no fue objeto de cobro o, por lo menos, de cobro completo). Este valor comercial no cobrado (o no cobrado en su integridad) es el "valor X" al que hemos hecho referencia en los párrafos precedentes y es precisamente aquel que: (i) no se encontraría presente en la factura de venta (al no haber sido asumido por el vendedor), y; (ii) se encuentra asociado a la elaboración de un diseño de ingeniería indispensable para la existencia física de la mercancía objeto de venta.

En otras palabras, si partimos de la premisa que resulta indispensable contar con un diseño de ingeniería para que una mercancía pueda ser elaborada o construida y el vendedor no recibe dicho diseño del comprador, tendríamos que dicho vendedor se vería en la obligación de gestionar, por su propia cuenta, las acciones necesarias para que dicha ingeniería sea desarrollada, incurriendo en gastos que debería trasladar al comprador vía precio de venta.

En esta explicación encontramos no sólo la lógica de los ajustes por servicios de ingeniería, sino de

los ajustes al precio realmente pagado o por pagar por la mercancía importada que, en general, se puedan aplicar sobre la base de las disposiciones del Acuerdo.

III.1 Requisitos para que el "ajuste" por servicios de ingeniería resulte procedente

De una lectura minuciosa del ítem iv) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo, se desprende que se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, el valor debidamente repartido de los servicios de ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños, planos y croquis⁵, siempre que:

- (i) Sean realizados fuera del país de importación;
- (ii) Sean necesarios para la producción de las mercancías importadas;
- (iii) El comprador, de manera directa o indirecta, los haya suministrado gratuitamente o a precios reducidos;
- (iv) El valor de los servicios no haya sido incluido en el precio realmente pagado o por pagar.

Los requisitos antes mencionados⁶ serán separados seguidamente, a efectos didácticos, en dos grupos: los relativos al suministro e importancia de los servicios y los relativos al valor de los servicios.

III.1.1. Requisitos relativos al suministro e importancia de los servicios

- Los servicios deben ser realizados fuera del país de importación

En nuestra opinión, este requisito resultaría un tanto incomprensible si partimos de la lógica que sustentaría la aplicación de ajustes de conformidad con el Acuerdo, a la que hemos hecho referencia precedentemente.

En efecto, el ajuste resultaría procedente en la medida que, debiendo el valor X haber formado parte de la estructura de costos del vendedor, éste no se haya encontrado presente en dicha estructura de costos y que, por tal razón, no se encuentre reflejado en el precio de venta (facturado). Así, el valor X deberá formar parte (vía ajuste aduanero)

⁵ Como se ha mencionado en el presente artículo, el término genérico "servicios de ingeniería" comprende todos los servicios enunciados.

⁶ A efectos que resulte procedente realizar el respectivo ajuste, estos requisitos deberán cumplirse uno a uno, todos y cada uno de ellos. En la medida que uno de estos requisitos no sea cumplido, el ajuste al valor en aduana por servicios de ingeniería no resultaría procedente.

del valor declarado en la aduana en el país de importación, ya que dicho valor deberá tributar en aduanas en forma independiente a cualquier pacto contractual estipulado por las partes⁷.

Si esto es así, el valor de los servicios de ingeniería debería resultar ajustable en aduana sin importar el lugar en que estos sean realizados.

En nuestra opinión, ante tal aparente contradictorio y ante la ausencia de argumentos lógicos que amparen tal razonamiento (el del lugar de la realización del servicio), saltaría a la palestra una hipótesis estrictamente personal pero que haría algún sentido. La razón de fondo de haber estipulado el requisito tal como está esdríbaría en el peso específico que, en la negociación a nivel de la OMC, habrían tenido los países que desarrollan y suministran tecnología (países denominados “desarrollados”) *versus* los países que no desarrollan tecnología y que, por tanto, la tienen que adquirir (países denominados “en vías de desarrollo”).

Si analizamos el contexto de los grandes proyectos industriales que han sido o vienen siendo desarrollados en el país en los últimos años, observaremos que prácticamente en la mayoría de ellos (por no decir en todos), los proveedores de la ingeniería son empresas extranjeras (de países desarrollados). Más aún, éstas u otras empresas (procedentes de este mismo grupo de países) han sido o son las encargadas de fabricar los equipos o maquinaria que, sobre la base del diseño de ingeniería desarrollado, deban ser fabricados y enviados a los países que requieren contar con estos equipos o maquinaria⁸.

En la hipótesis planteada, la ingeniería sería realizada en los países desarrollados (proveedores de tecnología), mientras que los equipos y maquinarias construidos sobre la base de esta ingeniería serían importados en los países en vías de desarrollo (que requieren de tecnología). El resultado es que, en estos casos, el valor de la ingeniería podría resultar ajustable en la aduana del país de importación.

El caso inverso podría operar de dos maneras: a) que la empresa del país desarrollado, por sí misma o por terceros⁹, genere la ingeniería respectiva en su país (que denominaremos “país A”) y envíe el diseño correspondiente al país B para que los equipos y maquinarias sean fabricados ahí y luego enviados al país A donde serán importados, o; b) que la empresa del país desarrollado, por sí misma o por terceros, genere la ingeniería y/o construya los equipos o maquinarias en su propio país.

En el supuesto a) precedente, no podría haber ajuste por servicios de ingeniería, toda vez que la ingeniería se habría realizado en el mismo país de importación, siendo irrelevante para dichos efectos que los equipos o maquinarias hayan podido ser construidos en el exterior. En el supuesto b), no se presenta un tema de valoración aduanera, ya que tanto la ingeniería cuanto la fabricación se realizan en el mismo país.

En función a lo expuesto, se tendría que la regla que hemos denominado “la del lugar de realización del servicio” tendría por finalidad orientar a las empresas a adquirir la ingeniería realizada en el propio país (tecnología nacional), ya que, de lo contrario (si es que la ingeniería es realizada en el extranjero), el valor de dicha ingeniería podría resultar ajustable en aduana. Es evidente que una lógica de esta naturaleza favorecería directamente a las empresas ubicadas en los países proveedores de tecnología en desmedro de aquellas ubicadas en países que no lo son.

- *Ingeniería desarrollada en diversos países.*-

Al margen de las disquisiciones efectuadas anteriormente a título personal, lo cierto es que el requisito en mención está previsto tal cual está en el Acuerdo y sólo resta acatarlo. Por ello, resulta pertinente enriquecer el análisis desarrollando el caso de aquella ingeniería que pueda ser realizada en varios países a la vez. Para explicarnos mejor, conviene analizar el siguiente ejemplo:

La empresa A necesita ampliar su planta industrial, para lo cual requiere contar con un diseño de

⁷ De cumplirse los requisitos para ello, el ajuste al valor aduanero debería resultar procedente aunque el pacto contractual de exclusión de dicho valor del precio de venta pueda resultar perfectamente válido y legítimo en términos comerciales. Como se aprecia, nos encontramos en dos planos diferentes, el del interés público (velar por los intereses del fisco) y el del interés privado (autorregulación interpartes).

⁸ Ejemplo de lo expuesto son los contratos denominados, por sus siglas en inglés, EPC (Engineering, Procurement and Construction), en los cuales normalmente son empresas extranjeras (provenientes de países desarrollados) las que se encargan de prestar los servicios de ingeniería, logística y construcción de grandes complejos e instalaciones.

⁹ En este supuesto, los terceros también estarían domiciliados en el país que será denominado “A”.

ingeniería, el mismo que es realizado en conjunto por un *pool* de ingenieros. Parte de estos ingenieros labora para la empresa A, ubicada en el país X (país de importación), el resto labora para la empresa B, ubicada en el país Y. El diseño respectivo es llevado a cabo por estos ingenieros, de manera virtual y mediante comunicación e intercambio de información en tiempo real gracias a sistemas de cómputo integrados. Sobre la base de este diseño, la empresa A encargará la fabricación de los equipos y maquinaria requeridos a la empresa C, ubicada en el país Z. En este caso, cabría preguntarnos ¿en qué país fue realizada la ingeniería?, pregunta que resulta del todo relevante a efectos de determinar si dicha ingeniería podría resultar o no ajustable en aduana.

Con la finalidad de encontrar una respuesta con base en el Acuerdo, podríamos recurrir a modo de referencia a la Nota Interpretativa al párrafo 1b), inciso iv) del artículo 8 del Acuerdo, la misma que señala que “en los casos en que la producción del elemento de que se trate suponga la participación de diversos países durante cierto tiempo, el ajuste deberá limitarse al valor efectivamente añadido a dicho elemento fuera del país de importación”.

Como se aprecia, en el Acuerdo se ha establecido una solución razonable al problema planteado, consistente en determinar el porcentaje de valor (del diseño de ingeniería) que se hubiese añadido fuera del país de importación. Para ello, y siguiendo las pautas establecidas por el Comité Técnico de Valoración Aduanera de la OMC¹⁰, se podría partir de un cálculo del coste de la hora hombre (horas totales incurridas entre el valor total de la ingeniería), para luego multiplicar dicho importe por la cantidad de horas efectivamente incurridas por el *pool* de ingenieros de la empresa ubicada en el país B (fuera del país de importación).

No obstante, la situación descrita podría tornarse más complicada en caso que, partiendo del ejemplo anterior, los ingenieros que laboran para la empresa A, ubicada en el país X (país de importación), se encontrasen todos ellos trabajando físicamente en países distintos al país X, y que parte de los ingenieros que laboran para la empresa B, ubicada en el país Y (fuera del país de importación), se encontrasen trabajando físicamente en

dicho país Y y, la otra parte de ellos, se encontrasen trabajando físicamente en el país X (país de importación).

El caso presentado (al igual que el caso anterior) es un caso típico que surge como consecuencia del avance tecnológico que permite que personas ubicadas físicamente en países distintos y muy distantes entre sí puedan trabajar vía internet y en tiempo real. No estamos hablando de ciencia ficción, sino de un caso perfectamente real.

En esta situación, ¿cómo podría determinarse la “ingeniería realizada en el país de importación”? Si nos quedamos sólo con el criterio “del valor añadido fuera del país de importación”, podríamos concluir que se reputaría como ingeniería realizada fuera del país aquella atribuible (en función al criterio de la cantidad de horas / costo horario) a cada persona en particular, ubicada físicamente fuera del país, en forma independiente a aquel país en que domicilie la empresa para la cual cada quien labore. En este caso, cabría preguntarnos: ¿Debemos privilegiar la ubicación física de la persona natural o el domicilio de la persona jurídica?

En el caso planteado, quizás una pauta razonable para efectuar una distinción entre “ingeniería realizada en el país de importación” e “ingeniería realizada fuera del país de importación”, sea recurrir al domicilio de la persona jurídica, ya que será ésta quien celebre el respectivo contrato (para el desarrollo de ingeniería), comprometiéndose a realizar y entregar determinados diseños de ingeniería; será quien contrate a la terna de ingenieros encargados de efectuar dichos diseños y, finalmente, será quien facture por el precio total de la ingeniería desarrollada por ella (en la parte que le corresponda) en forma independiente al país en que físicamente se encuentren cada uno de sus ingenieros al momento en que prestan sus servicios.

- Los servicios deben ser necesarios para la producción de las mercancías importadas
- *Consideraciones en torno a la producción de las mercancías importadas.*

La ingeniería que podría resultar ajustable al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías

¹⁰ Estudio del Caso 1.1 – Informe sobre el estudio de un caso con especial referencia al artículo 8.1 b), ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, etcétera.

importadas tiene que ser aquella que sea necesaria e indispensable para que dichas mercancías puedan cobrar existencia física, es decir, sean efectivamente producidas. En otras palabras, si el diseño de ingeniería no existiese, resultaría imposible producir la mercancía que requiere el comprador.

La relación íntima entre servicios de ingeniería y producción de la mercancía nace de la necesidad que tiene el comprador de obtener un producto con características determinadas para satisfacer necesidades puntuales y particulares. Así, el proceso productivo deberá ser desarrollado específicamente para tal fin o reestructurado en función a requerimientos técnicos específicos sobre la base del diseño de ingeniería que sea desarrollado. Como se aprecia, nos encontraríamos ante un proceso productivo *ad-hoc* que no se ajustaría a parámetros preestablecidos, ya que el diseño de ingeniería, en el cual se sustenta, resultaría único y habría sido realizado también en forma *ad-hoc*.

En base a lo expuesto, podríamos efectuar la siguiente distinción:

- a. Diseños de ingeniería asociados a mercancías estándar

La producción en serie de mercancías normalmente es llevada a cabo en base a diseños previos de ingeniería, los mismos que, en definitiva, resultan necesarios para que dichas mercancías sean fabricadas, es decir, cobren existencia física y puedan ser objeto de comercio. Este proceso de producción en serie (el mismo que sirve para cubrir las necesidades cada vez más crecientes de la demanda industrial) origina, a su vez, el denominado "proceso de estandarización".

En estos casos, el costo de los diseños de ingeniería requeridos para la fabricación de las mercancías es asumido por el propio fabricante (ya sea directamente a través de tecnología propia o mediante la contratación de terceros que le provean dicha ingeniería). Por esta razón, el costo de producción de dichas mercancías tendrá incorporado el coste del diseño de ingeniería previo, el mismo que, por lo general, será incluido en el precio unitario de cada mercancía (será "costeado"), no resultando, por ende, un concepto ajustable aduaneramente.

Bajo estas consideraciones, creemos que el hecho que el comprador cuente con diseños de ingeniería (cuyo costo ha sido asumido por él) en los que se precisen las características técnicas de aquellas mercancías que deberán ser adquiridas

en el extranjero (es decir, le sirvan para elegir cuál mercancía deberá adquirir), no implicará que éste (el comprador) haya entregado dichos diseños al vendedor en forma gratuita o a precios reducidos, ni que los mismos hayan sido necesarios para la producción de las mercancías importadas.

En estos casos, nos encontramos ante mercancías cuya fabricación normalmente se habrá producido con anterioridad al requerimiento que el comprador pueda haber efectuado en relación a dichas mercancías. Es decir, el comprador habría decidido comprar mercancías que el vendedor guarda en *stock* y que fueron producidas por necesidades de la industria en general y sobre la base de requerimientos técnicos (medidas, características, funcionamiento, etcétera) de aceptación también general (estándar), situación que genera en el mercado la necesidad de que dichas mercancías sean producidas.

Lo expuesto resultaría de aplicación también para el caso en que, por ejemplo, el comprador efectúe un pedido de mercancías que no pueden ser abastecidas en forma inmediata por el vendedor debido a que, en ese momento, éste no contaba con dichas mercancías en *stock*, situación que originaría que el vendedor deba fabricar, sobre la base de sus propios diseños de ingeniería, las mercancías requeridas. En este caso, si bien las mercancías habrían sido producidas con posterioridad al requerimiento efectuado por el comprador, el valor de la ingeniería necesaria para que dichas mercancías sean producidas no podría constituir un ajuste admisible al valor en aduana, debido a que el coste de la referida ingeniería (aquella necesaria para la producción de las mercancías) habría sido asumido por el vendedor.

- b. Servicio de ingeniería asociado a mercancías hechas a pedido

A diferencia del caso anterior, en éste contexto las mercancías importadas serán producidas por el vendedor (o por un tercero contratado por éste), sobre la base de la información técnica que le haya sido proporcionada por el comprador para tales efectos.

Dicha información técnica debería haber sido determinada sobre la base de un diseño previo de ingeniería elaborado por el propio comprador o por un tercero contratado por éste y cuyo costo, como es lógico, sería asumido por el comprador.

Nótese que en caso el comprador no hubiese proporcionado al vendedor el diseño de ingeniería elaborado en función a sus propias y particulares

necesidades, dicho vendedor se hubiese visto en la necesidad de efectuar, por sí mismo y a su propio costo, los estudios técnicos pertinentes para poder desarrollar la ingeniería requerida para la producción de la mercancía que será objeto de venta.

Como se aprecia en el caso descrito, el diseño de ingeniería necesario para la producción de las mercancías que serán objeto de importación cuenta con un valor determinado, el mismo que, conforme a las reglas del Acuerdo, debería ser objeto de ajuste al precio realmente pagado o por pagar por dichas mercancías en la medida que no se encuentre ya incorporado en dicho precio y, en la medida también, que se cumplan los requisitos para efectuar tal ajuste establecidos en el Acuerdo¹¹.

- *Consideraciones en torno a la mercancía que es objeto de valoración aduanera y cuyo precio es susceptible de ser ajustado.-*

Como se ha señalado, la ingeniería que resulta ajustable en aduana conforme a las disposiciones del Acuerdo es aquella relacionada con la producción de las mercancías que son objeto de importación y, por ende, de valoración aduanera. Es decir, sólo el valor de dicha ingeniería (y no de una distinta) es el que podría ser susceptible de ser ajustado aduaneramente.

Lo expuesto resulta de importancia, especialmente, en aquellos proyectos que cuentan con múltiples diseños de ingeniería (ingeniería de manejo de suelos, ingeniería de manejo de aguas, ingeniería para el tratamiento de relaves, ingeniería de estructuras, ingeniería de detalle, etcétera), cuyo manejo en conjunto permitirá contar con un plan de ingeniería integral o plan maestro en función al cual dichos proyectos deberán ser desarrollados e integrados entre sí.

En estos casos, normalmente quien desarrolla el plan de ingeniería integral es una sola empresa (ya sea por sus propios recursos o mediante la subcontratación de terceros), razón por la cual el

precio por el servicio será pactado en forma también integral por el desarrollo de dicho plan de ingeniería, circunstancia que implicará que no todos los diseños específicos de ingeniería (en sujeción a este plan maestro) estén relacionados, necesariamente, con la producción de mercancías.

A este nivel, encontramos una primera distinción que debería ser efectuada en lo relativo a la determinación de aquella ingeniería que sí podría resultar ajustable para fines aduaneros. Esto es, se debería separar aquella ingeniería asociada a la producción de mercancías de aquella ingeniería que no se encuentra asociada a dicha producción.

Hecho esto, correspondería efectuar una segunda distinción, esta vez entre aquella ingeniería asociada a la producción de mercancías importadas (producidas en el extranjero e importadas al país) y aquella ingeniería asociada a la producción local de mercancías (mercancías de origen nacional que, obviamente, no se importan y que se adquieren en el mercado interno).

Recordemos que los ajustes en materia aduanera sólo pueden ser efectuados respecto del precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas. Por ello, sólo podría ser ajustada aquella ingeniería asociada a la producción de estas mercancías y no de otras.

Para efectos de realizar la distinción entre los diferentes "tipos de ingeniería", podría resultar de utilidad el criterio de "cantidad de horas / costo horario" al que hemos hecho referencia anteriormente.

Asimismo, deberá tenerse en consideración que, sobre la base de lo establecido en el párrafo 3 del artículo 8 del Acuerdo, las adiciones o ajustes al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas sólo podrán efectuarse sobre la base de datos objetivos y cuantificables. Así, ante la ausencia de dichos datos objetivos y cuantificables, y conforme a la Nota Interpretativa del párrafo del artículo en mención, el valor de

¹¹ Al respecto, conviene precisar que pueden haber casos en los que el comprador proporciona al vendedor (en forma gratuita o a precios reducidos) las herramientas, matrices, moldes y/o elementos análogos utilizados para la producción de las mercancías importadas, los que a su vez pudiesen requerir trabajos de ingeniería para su elaboración (nos referimos a las herramientas, etcétera). En estos casos, el valor de tales trabajos de ingeniería deberá ser incluido en el valor en aduana de las mercancías importadas (elaboradas sobre la base de herramientas, matrices, moldes y/o elementos análogos) en forma independiente al lugar en que dichos trabajos de ingeniería hayan sido realizados (dentro o fuera del país de importación). Esto, de conformidad con lo señalado en el Comentario 18.1, expedido por el Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMC. Como se aprecia, las reglas para efectuar ajustes relativos al ítem ii) (herramientas, matrices, moldes y elementos análogos) y al ítem iv), (servicios de ingeniería, etcétera) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo deben ser aplicadas en forma independiente, siguiendo cada uno sus propias reglas.

transacción de las mercancías importadas no podría determinarse con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo¹².

- *Consideraciones adicionales.*-

El texto completo relacionado al supuesto de ajuste por servicios de ingeniería se obtendría de la unión del encabezado del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo con el ítem iv) de dicho literal. En base a ello, el texto completo al que hacemos referencia sería el siguiente:

Artículo 8, numeral 1:

“Para determinar el valor en aduana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas:”

(...)

Literal b)

“El valor, debidamente repartido, de los siguientes bienes y servicios, siempre que el comprador, de manera directa o indirecta, los haya suministrado gratuitamente o a precios reducidos para que **se utilicen en la producción y venta para la exportación** de las mercancías importadas y en la medida que dicho valor no esté incluido en el precio realmente pagado o por pagar” (el resaltado es nuestro).

(...)

Ítem iv)

“Ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños y planos y croquis realizados fuera del país de importación y **necesarios para la producción de las mercancías importadas**” (el resaltado es nuestro).

Como es de apreciar, existen dos referencias distintas que ameritan ser analizadas. La primera, relacionada con el hecho que la ingeniería debe ser utilizada en la **“producción y venta para la exportación”** de las mercancías importadas y, la

segunda, relacionada con el hecho que la ingeniería sea necesaria sólo para la **“producción de las mercancías importadas”**.

En nuestra opinión, el término “venta para la exportación” en el encabezado del literal b) ha sido establecido con carácter de generalidad, resultando de aplicación en los casos en donde aquel servicio valuable que determina el presupuesto de hecho del ajuste permita que la mercancía (que ya cuenta con existencia física al haber sido producida) pueda ser puesta a la venta en el mercado y, consecuentemente, exportada. Como se aprecia, la connotación “material” del servicio valuable al que hacemos referencia estaría determinada por la exigencia de producción y posterior exportación de aquella mercancía (vendida para su exportación) que deberá ser objeto de carga en el puerto de embarque y de descarga en el puerto de destino para su ulterior sometimiento a los controles aduaneros respectivos y destinación al régimen de importación definitiva.

En función a ello, consideramos que la exigencia de “venta para la exportación” a efectos de realizar ajustes al valor aduanero conforme al Acuerdo, resultaría de aplicación sólo en el caso del ítem i) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo (relacionado con aquellos materiales, piezas, elementos, partes y artículos análogos que sean incorporados a las mercancías importadas) y sólo en la medida que los elementos mencionados en este ítem permitan que el producto sea “vendido para su exportación”, es decir, adquiera la forma o presentación (normalmente con sujeción a estándares internacionales relacionados con temas vinculados al embalaje y protección, preservación, sanidad, etcétera) necesarios para el ingreso al país de importación, con sujeción a convenios internacionales o a su propia legislación interna.

Por las razones expuestas, somos de opinión que a los ítems ii) (herramientas, moldes, etcétera), iii) (materiales consumibles) y iv) (servicios de ingeniería, etcétera) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo no les resultaría aplicable la exigencia de “ser utilizados en la venta para la exportación de las mercancías importadas”,

¹² Esto es, en aplicación del Método de Valor de Transacción de las mercancías importadas, el cual implica que dichas mercancías deberán ser valoradas en función a la documentación e información relativa a la operación de venta que es objeto de análisis. La no aplicación de este método haría necesario recurrir a la aplicación de métodos sustitutivos del valor que podrían originar la obligación de pago de un mayor importe de tributos a la importación.

máxime si del propio texto de dichos ítems se aprecia que los mismos están relacionados sólo con la producción de las mercancías importadas¹³.

III.1.2. Requisitos relativos al valor de los servicios

- El comprador, de manera directa o indirecta, debe haberlos suministrado gratuitamente o a precios reducidos

En función a la “lógica del ajuste” a la que hemos hecho mención a lo largo del presente artículo, constituiría condición imprescindible a los efectos de proceder a adicionar al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, el coste de la ingeniería que, siendo necesaria para la producción de dichas mercancías importadas, no haya sido asumido por el vendedor y que, por tal razón, no se vea reflejado en el precio de venta pactado (precio facturado).

En base a ello, es que el Acuerdo parte de la premisa, válida desde nuestro punto de vista, que en condiciones comerciales normales es razonable que, en ciertos casos, el comprador asuma el coste de la ingeniería requerida para la producción de mercancías que el vendedor fabricará y luego le venderá.

Así, podría ser el propio comprador o un tercero contratado por él (gastos de contratación asumidos por el comprador) quien desarrolle la ingeniería que sea requerida, la misma que se vería materializada en diseños planteados en planos en los que se precisen las características y detalles técnicos que el fabricante / vendedor deberá seguir a efectos de producir la mercancía requerida por el comprador.

- *Suministro en forma gratuita o a un precio reducido.*

De otro lado, y como el propio Acuerdo dispone, se considera que el vendedor no asume el costo de la ingeniería cuando el comprador la suministra en forma gratuita o a un precio reducido.

La gratuidad en cuanto al suministro de la ingeniería se condice del todo con la lógica del ajuste conforme al Acuerdo. No obstante, podrían existir dudas en cuanto a qué debe entenderse por suministro a “un precio reducido” a efectos de considerar el ajuste del valor de la ingeniería como legítimo.

Al respecto, es de señalar que el Acuerdo no precisa qué debe entenderse por “precio reducido” a los efectos de realizar ajustes conforme al literal b) del numeral 1 del artículo 8, razón por la cual resulta conveniente efectuar el análisis pertinente partiendo de consideraciones legales relativas a temas relacionados con asuntos distintos pero conexos.

Así, por ejemplo, tenemos que en el Comentario 18.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana se señala cuál sería la forma de determinar el valor de los elementos mencionados en el ítem ii) del literal b) en referencia (herramientas, matrices, moldes y elementos análogos utilizados para la producción de las mercancías importadas), para lo cual se analizan dos supuestos distintos que originan también consecuencias diferentes, a saber: a) en caso que el importador adquiera dichos elementos de un proveedor al que no está vinculado, el precio pagado será el valor de los elementos (coste total de adquisición), y; b) en caso que el importador adquiera dichos elementos de un proveedor al que está vinculado, el valor de los elementos será el costo de producción (coste total de producción), según conste en los libros que lleve dicho proveedor.

En función a lo expuesto, tendríamos como premisa de partida razonable para el análisis que, a efectos del respectivo ajuste, **el valor del elemento suministrado por el comprador al vendedor podría ser su coste de adquisición (comprador no vinculado con su proveedor) o su coste total de producción (comprador vinculado con su proveedor).**

Lo mencionado resulta importante a fin de partir de un valor base de referencia para poder determinar si el precio al que el comprador pueda

¹³ El ítem ii) hace referencia a que las herramientas, matrices, moldes y elementos análogos sean “utilizados para la producción”, el ítem iii) hace referencia a materiales “consumidos en la producción” y el ítem iv) hace referencia a servicios de ingeniería, etcétera, “necesarios para la producción”.

Al respecto, es de mencionar que, del análisis del Estudio de Casos 1.1. del Acuerdo, se desprende que el Comité Técnico de Valoración en Aduana tendría una opinión discrepante, por lo menos en lo que atañe al ítem ii) en referencia. En efecto, el Comité concluye, **en lo relativo al ítem ii)**, que correspondería efectuar un ajuste en el caso analizado (valor de herramientas utilizadas en la construcción de una planta importada), pues el comprador proporciona gratuitamente los bienes (herramientas) para la “producción y venta” para la exportación del bien importado (planta). Es claro que discrepamos con lo resuelto por el Comité en este sentido, conforme se desprende de los argumentos desarrollados en numeral III.1.1. *in fine* del presente artículo.

haber vendido al vendedor el diseño de ingeniería habría o no sido un "precio reducido". Así, sería razonable afirmar que para el Acuerdo constituiría un "precio reducido", en el contexto de ajustes por concepto de ingeniería, aquel precio que resulte menor al valor al cual el comprador adquirió dicha ingeniería de su proveedor no vinculado o, en su defecto, al valor de producción conforme a los libros llevados por el proveedor vinculado al comprador.

En ambos casos (proveedor vinculado y no vinculado), se debería recurrir a los principios de contabilidad generalmente aceptados para establecer el valor en libros, ya sea de la adquisición (libros del comprador no vinculado con su proveedor) o de la producción (libros del proveedor vinculado con su comprador)¹⁴.

Así, en aquellos casos en que la ingeniería sea desarrollada por el propio comprador, y siguiendo la misma lógica esbozada anteriormente, el valor de la ingeniería (a efectos de obtener la referencia necesaria para saber si estamos o no ante "precios reducidos") debería ser el coste total de producción, conforme a los libros llevados por el comprador y de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

De otro lado, y para efectos de establecer el monto a ser ajustado, sería razonable, en principio, que el mismo sea equivalente a la diferencia entre el valor de adquisición o de producción, según corresponda, menos el precio efectivamente pagado (o por pagar) por el vendedor (que fabricará el equipo o máquina) al comprador (que proporcionó el diseño de ingeniería), dado que resultaría lógico que el vendedor costee e incluya en el precio de venta respectivo (de la mercancía importada) aquel valor que pagó por la ingeniería adquirida. De ser este el caso, se tendría que el monto equivalente al "precio reducido" por la ingeniería adquirida ya habría tributado en aduanas al haber sido incluido en la factura expedida con ocasión de la compraventa internacional y que, por tal razón, no debería ser adicionado, vía ajuste, al precio realmente pagado o por pagar por la

mercancía importada en función al artículo 8 del Acuerdo.

Ahora, al no existir una regla de *minimis* que resulte de aplicación al supuesto de ajuste objeto de análisis, el ajuste relativo a la ingeniería suministrada a un "precio reducido" debería ser efectuado, sobre las pautas antes mencionadas, con prescindencia del precio (cantidad dineraria) al que el comprador (proveedor de la ingeniería) haya vendido el diseño de ingeniería al vendedor (fabricante del equipo o máquina).

- *Suministro directo o indirecto.*-

Finalmente, es de indicar que resulta irrelevante quién sea la persona que remita los planos de ingeniería (ya sea por vía *e-mail* o por correo convencional) al vendedor. Es decir, el remitente podría ser el desarrollador de la ingeniería, el propio comprador (cuando sea él quien desarrolló la ingeniería) o, incluso, un tercero (representante del comprador, por ejemplo) quien actúe como remitente. Como se aprecia, lo importante no es quién remite al vendedor el diseño la ingeniería, sino quién asume el coste de la misma.

- El valor de los servicios no debe haber sido ya incluido en el precio realmente pagado o por pagar

A tenor de lo expuesto con anterioridad, resulta evidente que ningún ajuste podría ser efectuado en caso que el valor de la ingeniería ya se encuentre incluido en el precio realmente pagado o por pagar por el comprador al vendedor. Ello operaría en caso que el vendedor desarrolle a su costo la ingeniería requerida o que la misma sea suministrada por el comprador al coste de adquisición o producción, según corresponda.

IV. CONSIDERACIONES EN TORNO AL TÉRMINO "VALOR DEBIDAMENTE REPARTIDO"

Finalmente, es de señalar que luego de haber determinado el monto de ajuste por servicios de ingeniería que corresponda ser efectuado en

¹⁴ Al respecto, la Nota General del Anexo I del Acuerdo señala que por "principios de contabilidad generalmente aceptados" se entienden aquellos sobre los que hay un consenso reconocido o que gozan de un apoyo sustancial y autorizado, en un país y un momento dados, para la determinación de qué recursos y obligaciones económicos deben registrarse como activo y pasivo, qué cambios del activo y del pasivo deben registrarse, cómo deben medirse los activos y pasivos y sus variaciones, qué información debe revelarse y en qué forma, y qué estados financieros se deben preparar; señalándose, además, que estas normas pueden consistir en orientaciones amplias de aplicación general o en usos y procedimiento detallados. En tal sentido, se señala que estos principios pueden consistir en orientaciones amplias de aplicación general o, por el contrario, en usos y procedimientos detallados.

función de las reglas y premisas antes esbozadas, corresponderá distribuir debidamente dicho monto entre los embarques de importación de las mercancías producidas sobre la base de dicha ingeniería.

Encontramos una orientación clara sobre el particular en lo señalado por la Nota Interpretativa al artículo 8 del Acuerdo¹⁵. En efecto, del análisis respectivo se aprecia que existen varias formas para repartir debidamente el valor del elemento que debe ser ajustado entre las mercancías importadas:

- Asignar el valor al primer envío (embarque).
- Repartir el valor entre el número de unidades producidas hasta el momento del primer envío (embarque).
- Repartir el valor entre el total de la producción prevista cuando existan contratos o compromisos en firme respecto de dicha producción (valor repartido entre la totalidad de embarques que sean efectuados y en función a la cantidad de mercancías que sean objeto de embarque en cada envío).

Es de mencionar que este reparto deberá efectuarse, tal como señala la Nota Interpretativa en mención, en forma razonable, adecuada a las circunstancias y de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados.

V. CONCLUSIONES

De lo desarrollado en el presente artículo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- En aquellos casos en los que resulte de aplicación el Método del Valor de Transacción, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas sólo podría ser incrementado si es que se verifica que el vendedor ha condicionado la venta al hecho que el comprador, además del pago del precio de venta, también adquiera determinada ingeniería, obligándose al pago de su precio. En estos casos, tal condicionamiento actuaría a modo de puente conector o enlace entre el valor del bien físico (mercancía) y el valor del

servicio, originando que la operación cuente con un "valor de conjunto" que constituiría la base para la determinación del respectivo valor en aduana.

- En aquellos casos en los que resulte de aplicación el Método del Valor de Transacción, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas sólo podría ser ajustado con ocasión de los pagos efectuados por servicios de ingeniería si es que se cumplen con todos y cada uno de los requisitos establecidos para ello por el Acuerdo. La falta de uno de estos requisitos no permitiría que el precio realmente pagado o por pagar pueda ser objeto de ajustes.
- La lógica de efectuar ajustes al valor en aduana por concepto de servicios de ingeniería (y, en general, por cualquier otro servicio o prestación) estriba en el hecho de verificar la existencia de un "valor" que, debiendo estar presente, no fue considerado en la estructura de costos del vendedor debido a que éste no lo asumió (en todo o en parte). Así, al no estar dicho "valor" incorporado en el precio de venta de las mercancías importadas, debería ser declarado en forma independiente a dicho precio en la respectiva declaración aduanera.

Queda claro que ningún ajuste podría ser efectuado en caso que el referido "valor" haya sido incorporado en el precio de venta facturado.

- Cuando los diseños de ingeniería corran por cuenta de empresas ubicadas tanto en el país de importación cuanto fuera de él, resultaría útil recurrir al criterio de la "cantidad de horas/costo horario" a efectos de determinar el valor de aquella ingeniería realizada fuera del país de importación (que es, en definitiva, aquella que podría ser objeto de ajuste). En caso que la ingeniería sea desarrollada por ingenieros ubicados físicamente tanto en el país de importación cuanto fuera de él, resultaría razonable utilizar el domicilio de la persona jurídica para la cual estos laboran como pauta de referencia a efectos de deter-

¹⁵ Si bien la orientación en relación a la forma en que deberá repartirse el valor del ajuste se encuentra relacionada con el ítem ii) del literal b) del numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo (herramientas, matrices, moldes y elementos análogos), consideramos que dicha orientación constituye un criterio de aplicación general para cualquier ajuste que, sobre la base de lo señalado en el mencionado literal b), deba ser efectuado.

minar si la ingeniería ha sido o no desarrollada fuera del país de importación.

- La ingeniería cuyo valor resulta “ajustable” es aquella necesaria para la producción de las mercancías importadas, es decir, aquella imprescindible para que las mercancías puedan cobrar existencia física (ingeniería asociada a mercancías hechas a pedido).

Aquella mercancía que no está relacionada directamente a la producción de las mercancías importadas, no deberá ser tomada en consideración a efectos del cálculo del monto del ajuste. En estos casos, se deberá contar con datos objetivos y cuantificables que permitan discriminar entre aquella ingeniería que será objeto del ajuste (la relativa a la producción de las mercancías importadas) y aquella que no lo será (la relativa a la producción de mercancías nacionales o la relacionada con otros aspectos del proyecto como, por ejemplo, ingeniería de manejo de suelos, ingeniería de estructuras, etcétera).

- Para determinar si la ingeniería fue suministrada por el comprador al vendedor a “un precio reducido” podría resultar útil recurrir al criterio establecido en el Comentario 18.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMC en el sentido de considerar a un precio como “reducido” cuando aquél sea inferior al costo de adquisición (en aquellos casos en que el comprador no está vinculado con su proveedor) o al costo de producción (en aquellos casos en que el comprador está vinculado con su proveedor o en aquellos en donde quien desarrolla la ingeniería sea el propio comprador).

La Nota Interpretativa al artículo 8 del Acuerdo podría ser tomada como pauta de orientación en lo relativo a la forma en que el valor de la ingeniería podría ser repartido. Las disposiciones de esta Nota Interpretativa resultarían especialmente de utilidad cuando las mercancías (que fueron producidas sobre la base de dicha ingeniería) arriben al país en varios embarques.



PQ ARQUITECTOS

GONZALO PALAO - ANA MARIA QUIROZ

PROYECTOS, CONSTRUCCIONES Y DECORACIONES

TELEF. 446-8672 / 9824*6072

NOTARIA



Vela Velásquez

HORARIO DE ATENCIÓN

Lunes a Viernes: 9:00 a.m. – 7:00 p.m. • Sábados: 9 a.m. – 1:00 p.m.

Av. Javier Prado Este 2837 1er. Piso – San Borja • Central en Hunting: 346-2704
rvela@terra.com • legal1@notariavela.com • legal2@notariavela.com • legal3@notariavela.com

¿EL FIN DE LA HISTORIA PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

Gustavo Rodríguez García*

¿Es necesaria la protección a las innovaciones? ¿La propiedad intelectual y la propiedad regulada en nuestro Código Civil responden a los mismos principios? ¿Cuál es el alcance de un derecho exclusivo sobre una patente o un signo distintivo? ¿Qué incentivos puede generar la protección de los derechos en exclusiva de obras o innovaciones en nuestra sociedad? ¿En verdad se genera un monopolio y restricción a la información con el Régimen de la Propiedad Intelectual?

El autor responde a todas estas interrogantes exponiendo la problemática que surge a nivel teórico sobre la utilidad de regular la propiedad intelectual, dando a conocer los argumentos a favor y en contra de su existencia.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Post Grado en Derecho de las Concesiones y de la Infraestructura, así como en Derecho del Comercio Internacional en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

La propiedad intelectual está en guerra. No es una guerra en la que se cuestionen ciertos presupuestos ni, mucho menos, cuestiones de carácter secundario. Se cuestiona el hecho que sea necesaria su existencia. El alma de la propiedad intelectual parece encontrarse batallando ante argumentos (debe admitirse) interesantes y ciertamente persuasivos. Muchos de estos argumentos se basan en una cierta perturbación derivada de la creencia de que la propiedad intelectual se constituye en un costoso sistema, que genera monopolios legales e ineficientes barreras de acceso al mercado. Sin embargo, existe un refrán que señala: "lo que perturba a los hombres no son precisamente las cosas, sino la opinión que de ellas se forman. Pues a la batalla entonces".

El propósito de este artículo es discutir algunos de estos argumentos en términos de costo-beneficio. Así, trataremos de concluir que esta guerra contra la propiedad intelectual dista mucho de ser victoriosa y que el pretendido fin de su historia reposa en el efectismo de algunos argumentos que, mejor estudiados, demuestran ser absolutamente injustificados.

Nuestro trabajo se dividirá en cuatro secciones. Primero, expondremos algunas notas introductorias sobre la propiedad intelectual y su ejercicio. En segundo término, nos dedicaremos a repasar las críticas que se han hecho a la propiedad intelectual, muchas de las cuales se sustentan en argumentos económicos discutibles, y otras que tienen una clara carga ideológica. En tercer lugar, nos ocuparemos de exponer las razones por las que creemos que la propiedad intelectual, aceptando gran parte de la problemática anotada, ha logrado sortear las críticas con inteligencia. Finalmente, haremos nuestros comentarios generales en el marco de la batalla descrita en este trabajo y, en especial, de la que consideramos es la victoria de la propiedad intelectual tanto desde un plano legal como económico.

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL?

El progreso y el desarrollo se encuentran íntimamente ligados a la existencia de la propiedad intelectual. Cuando hablamos de propiedad intelectual,

nos referimos en verdad a un *set* de diversas titularidades que pueden ser adquiridas o reconocidas en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones. Esas titularidades tienen características diferenciadas y cumplen roles diversos, por lo que estudiarlas a profundidad en verdad implica realizar un trabajo que no nos ocupa en esta oportunidad. Sí nos interesa, sin embargo, presentar de forma elemental tres tipos de titularidades elementales que, sin ser las únicas, resultan ser las más difundidas: (i) las marcas; (ii) las patentes, y; (iii) los derechos de autor. Las marcas podrían ser incluidas en un sub-grupo más amplio que podríamos denominar "signos distintivos", dentro de los cuales se encuentran, además, los nombres comerciales y los lemas comerciales, por mencionar otros casos.

Este *set* de titularidades se encuentra caracterizado por diversas limitaciones en el marco de un conflicto bastante particular entre la exclusividad de los derechos que adquieren los titulares y la necesidad de generar un acceso libre y abierto a la información y, en última instancia, al conocimiento en general. Sin perjuicio de este conflicto, no puede ni debe quedar duda de la importancia que tiene la propiedad intelectual en nuestros días, al punto que la fortuna de muchos negocios descansa fuertemente en sus derechos de propiedad intelectual¹.

El aumento de atención en la propiedad intelectual puede deberse a una diversidad de factores. El ejercicio de un derecho de exclusiva puede generar rentas económicas a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, pero los que reproducen tales derechos (a quienes llamaríamos "*piratas*") pueden tan sólo obtener un retorno competitivo. Ello puede hacer más fácil organizar un esfuerzo colectivo por parte de los titulares de derechos de autor o de patente para expandir los derechos de propiedad intelectual, que organizar a un grupo interesado de *piratas* para oponerse a dicha expansión².

Ahora bien, en términos generales, cuando hablamos de propiedad intelectual, normalmente nos referimos a derechos que versan sobre información. Si dicha información "puede ser copiada a bajo costo por quienes llegan a poseerla, la per-

¹ FISHER, William. "Theories of Intellectual Property". En: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge University Press. 2001.

² Esto lo han dicho, con palabras casi idénticas: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. "The Political Economy of Intellectual Property Law". AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Washington. 2004. p. 14.

sona que desarrolló la información, en primer término, no podrá venderla a muchos compradores (...) como consecuencia de ello, la recompensa para quien crea información tenderá a ser menor, quizás sustancialmente menor, que su valor social”³. Esta premisa esencial puede ser aplicada a las diversas ramas que hemos identificado previamente.

Así, la justificación más común de la propiedad intelectual es que ella permite la generación de incentivos para la creación de nuevos inventos, nuevas obras, mayores y mejores productos y, en general, mayor información para el mercado. Ello en el entendido que si el creador, por ejemplo, de una pieza artística, no pudiera obtener beneficios exclusivos sobre su creación, jamás volvería a invertir en la realización de una nueva obra a la que todos tendrían acceso libre y gratuito. En esa línea, la propiedad intelectual recompensa la actividad intelectual del ser humano y lo incentiva a seguir creando para beneficio de la colectividad y del desarrollo global.

En lo que concierne a las patentes, por ejemplo, “la protección legal a las invenciones incentiva la inversión, los requerimientos de divulgación y de información afianzan el conocimiento tecnológico; además, facilitan la investigación futura. Los incentivos para desarrollar y comercializar las investigaciones difuminan rápidamente los avances”⁴. Existe una lógica que subyace a la protección de la propiedad intelectual, que se encuentra vinculada a la noción de desarrollo. El desarrollo de mejores y mayores productos del intelecto humano parte del reconocimiento que se haga al derecho del creador de tales productos iniciales sobre sus creaciones. La ausencia de un derecho es la ausencia de incentivos para el desarrollo.

En líneas generales, “el objetivo de la propiedad intelectual es crear incentivos que maximicen la diferencia entre el valor de la propiedad intelectual, que ha sido creada y usada y el costo social de su creación, incluyendo el costo de administrar el sistema (...) los productores privados tienen un incentivo para invertir en innovación únicamente si reciben un retorno apropiado. Que los productores tengan los incentivos correctos depende

de su habilidad para apropiarse, al menos, de algo del valor que los usuarios le confieren a sus trabajos. Si los potenciales innovadores se encuentran limitados en su habilidad para capturar este valor, podrían no tener el incentivo suficiente como para invertir en actividad innovativa en un nivel socialmente óptimo”⁵.

Por el lado de las marcas, éstas tienen como función primordial distinguir los productos y servicios de los diversos competidores en el mercado. De esta forma, las marcas confieren información sobre el real origen empresarial de los productos y servicios al alcance del público consumidor y, con ello, permite reducir los costos de búsqueda de información, que podrían ser considerablemente elevados si es que las marcas no existiesen. Si usted fuese a un supermercado y quisiera comprar su gaseosa preferida de color negro, pero ninguna de las botellas tuviese marca, usted tendría que asumir un verdadero dolor de cabeza para lograr identificar cuál es la gaseosa que a usted le gusta. Ese dolor de cabeza viene dado por la pérdida de tiempo que significa todo el proceso de identificación, que pudo ser ahorrado con una simple marca.

Ello explica que se haya señalado que “el valor de una marca es el ahorro en los costos de búsqueda que se genera gracias a la información o reputación que la misma puede dirigir o incorporar respecto al producto (o respecto a la empresa que fabrica el producto) (...) una vez que se crea la reputación, la empresa obtendrá mejores ganancias porque las compras reiteradas y las referencias de terceros generarán mayores ventas y, porque los consumidores estarán dispuestos a pagar precios más altos a cambio de menores costos de búsqueda y mayor seguridad en la obtención de una calidad constante”⁶.

Existen otros beneficios adicionales derivados de la protección que se confiere a las marcas. Por ejemplo, en alguna oportunidad hemos desarrollado la importante labor del derecho marcario en la generación de nuevas palabras que permitan reducir los costos inherentes al proceso comunicativo. Ello se explica en virtud a que aquellas marcas (incluso ideadas por sus propios creadores) que

³ SHAVELL, Steven. “Foundations of Economic Analysis of Law. The Belknap Press of Harvard University Press”. Cambridge. 2004. p. 138.

⁴ MENELL, Peter S. “Intellectual Property: General Theories”. En: Encyclopedia of Law and Economics. 1999.

⁵ BESEN, Stanley M. y Leo J. RASKIND. “An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”. En: The Journal of Economic Perspectives. Volumen 5. Número 1. 1991.

⁶ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “El Contenido Económico del Derecho de Marcas”. En: Ius Et Veritas 13. 1996. p. 75.

llegan a ser tan difundidas que empiezan a ser usadas por los consumidores de forma general y sin referencia a algún origen empresarial determinado, pierden su aptitud distintiva y pasan a formar parte del lenguaje ordinario, perdiendo de esta forma la protección que se le confería por su condición de marca⁷.

En suma, la propiedad intelectual en su conjunto permite generar incentivos al desarrollo y cumple otras finalidades importantes: (i) identificar productos y servicios en el mercado; (ii) generar una suerte de *pool* de información para la creación de nuevas obras e invenciones; (iii) genera una renta que beneficia a quien ha invertido en la creación e invención; (iv) genera incentivos para la manutención de calidad, lo cual redundará en beneficio de los consumidores; entre otras finalidades frecuentemente olvidadas. A todo ello se suma un hecho: si bien es cierto existen muchas críticas que atañen a la esencia de la propiedad intelectual, es importante señalar que ésta cuenta con reglas destinadas a mitigar los posibles efectos perniciosos de un supuesto monopolio legal infranqueable, tal y como comentaremos posteriormente.

Ahora bien, se ha dicho con innegable acierto que “generar un incentivo para escribir libros o hacer invenciones es un propósito obvio de la propiedad intelectual. Lo que queremos, sin embargo, no es meramente un incentivo sino el incentivo correcto. La ganancia para el generador de propiedad intelectual debe ser al menos una medida aproximada del valor que otras personas asignan a lo que produce, de modo que pueda asumir los costos de producirla, si y solo si, en términos netos, vale la pena producirla”⁸. De esta forma, no se trata de generar un simple incentivo para la creación de propiedad intelectual, sino que debe cuidarse que el incentivo sea lo suficientemente apto para, en términos costo-beneficio, representar una ganancia real al creador y no una pérdida.

Medir esa ganancia real es una tarea titánica. Muchos estarán tentados a alegar que el simple costo de la medición ya es razón suficiente como para dejar atrás la campaña en pro de la propiedad

intelectual. Nosotros discrepamos. Existen evidentes tensiones que deben ponderarse teniendo a la vista todos los elementos de juicio que correspondan. El desarrollo tecnológico trae consigo tanto beneficios como perjuicios para los creadores de propiedad intelectual, por lo que no se puede dar una respuesta por adelantado. “El acceso a un mercado global, por parte de los titulares de propiedad intelectual, es mayor en cuanto menores sean los costos de divulgar sus trabajos. Y los cambios tecnológicos, que facilitan la venta directa de la propiedad intelectual al consumidor final, cuando un productor de software, obviando a todos los intermediarios, vende y envía directamente a los consumidores por Internet, permiten a los titulares de la propiedad intelectual evitar al derecho de la propiedad intelectual por medio de contratos, encriptados o ambos para evitar la copia por parte de los consumidores –incluso una copia que pudo haber sido permitida por el derecho de autor en el nombre del *fair use* o sobre la base de la expiración del derecho. El punto central es que la tecnología y el derecho son sustitutos en restringir, así como en expandir, el acceso a la propiedad intelectual”⁹. Es por ello que todos los factores deben ser ponderados sin asumir, *ex ante*, que alguno de ellos puede hacer efectivamente la diferencia en la batalla por la propiedad intelectual. Cada factor puede considerarse a favor o en contra, dependiendo de cómo se le mire.

La propiedad intelectual tiene una función generadora de incentivos al igual que la propiedad física (la que uno tiene, por ejemplo, sobre esta revista). Sin embargo, no se trata de lo mismo. “Con la propiedad real, si uno la entrega ya no la tiene. Con la propiedad intelectual, si uno la entrega, uno puede retener el uso de la información, al menos, claro está, que uno entre en un acuerdo en el cual se comprometa a no usar la información una vez que la haya transferido a la otra parte. Esta simple diferencia ayuda a entender el balance clave en ambas áreas, entre la creación, de un lado, y la diseminación, del otro. En la propiedad real, si la ley crea derechos fuertes y perpetuos, no se evitará la diseminación, porque el propietario actual tendrá todos los incentivos adecuados para decidir si mantiene o vende el bien. La parte que valore más el bien se convertirá en su único dueño. En

⁷ Hemos desarrollado este tema en otra oportunidad. Puede verse: RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. “Érase una vez una Marca: La Economía Simple del Lenguaje y su Relación con el Derecho de Marcas”. En: Revista Athina 3. Lima. 2007.

⁸ FRIEDMAN, David D. “Law’s Order: What Economics Has to do with Law and Why It Matters”. Princeton University Press. 2000. pp. 134-135.

⁹ POSNER, Richard A. “Intellectual Property: The Law and Economics Approach”. En: The Journal of Economic Perspectives. Volumen 19. Número 2. 2005. p. 72.

las patentes y los derechos de autor (pero no en otras formas de propiedad intelectual), si la ley confiere derechos perpetuos, los costos de exclusión son mucho más altos que con la propiedad física, en virtud a que se elimina el derecho de otros individuos a usar esas ideas cuando el costo marginal de dicho uso es cero¹⁰. Así, la clave del problema es que cuando yo tengo una manzana y otro la quiere, yo decido si la vendo o no en función a si gano o no gano más con lo que me ofrecen a cambio. Cuando poseo cierta información y otro la quiere usar, dicho uso (el de la otra persona) no representa ningún costo para mi, no tiene sentido que trate de obtener algo por ella. Sin embargo, esto no quiere decir que no deba existir el derecho de la propiedad intelectual. ¿O es que para matar un pequeño resfriado se necesita matar al enfermo?

Veamos lo que ocurre con los derechos de autor. Estas titularidades pretenden proteger las obras del intelecto como libros y canciones. Asimismo, se encuentran protegidas ciertas obras –calificadas como “derivadas”– como las traducciones a otro idioma. Para que una obra logre ser protegida, debe tener, como característica primordial, su originalidad (debe encontrarse fijada en un soporte material, ya que, de lo contrario, sería difícil verificar una posible infracción a los derechos de autor). Como todos los ámbitos de la propiedad intelectual, existen ciertas figuras legales que permiten evitar que los efectos derivados del derecho de exclusiva resulten nocivos, razón por la cual uno no debería preocuparse por supuestos monopolios legales ineficientes.

El debate sobre la esencia de la propiedad intelectual podría ser resumido a un balance entre el acceso y el incentivo que se quiere generar. Sin embargo, resulta cuestionable que la problemática de la propiedad intelectual se reduzca a eso. Este punto del balance debe ser entendido: como la propiedad intelectual es, usualmente, sencilla de copiar por parte de personas que no han incurrido en el costo de crearla, existe un temor fundado a que, de no existir protección legal, se reduzca o desaparezca el incentivo para crear propiedad intelectual. Por otro lado, la protección legal permite al creador cobrar un precio superior al costo marginal, impidiendo el acceso a la propiedad intelectual a quienes valoran la creación más

que dicho valor pero menos que el precio que el titular quiere cobrar¹¹.

Ahora bien, reconociendo que existen puntos conflictivos en la batalla por la propiedad intelectual, debemos ser enfáticos en señalar que existen voces extremistas que propugnan la desaparición del derecho de la propiedad intelectual. Esto no tendría nada de malo –ya que toda idea resulta digna de ser escuchada en la medida que puede contribuir a un debate interesante sobre la materia– si es que no se hubiesen confundido nociones económicas con nociones ideológicas. La economía es buena y la ideología es respetable, pero no se puede hacer pasar una cosa como la otra. A continuación trataremos de presentar algunas de las opiniones críticas que se han formulado para luego presentar nuestra objeción académica. Nuestro punto no es que las críticas sean incorrectas –muchas de ellas hacen alusión a ciertas cuestiones reales y preocupantes en términos de eficiencia–, sino, simplemente, que no vienen al caso cuando el propio derecho de la propiedad intelectual contiene mecanismos para minimizar aquellos efectos que puedan ser negativos.

LO QUE SE HA DICHO EN CONTRA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LO QUE NO SE HA QUERIDO DECIR

El argumento que ha llegado a nuestro país puede plantearse de la siguiente forma: se ha tratado de asociar la lógica de la existencia de propiedad intelectual a la lógica de la propiedad física cuando cumplen funciones económicas distintas. Así, la propiedad física existe cuando concurren dos requisitos: (i) consumo rival, y; (ii) bajos costos de exclusión. El consumo rival hace referencia a la imposibilidad de que un mismo bien pueda ser usado o consumido al mismo tiempo por dos personas. De esta forma, mientras que usted lee esta revista, otra persona no la puede estar leyendo en otro lado. No estamos hablando del contenido de la revista sino del uso de *esta* revista (de la que usted tiene en sus manos). Ciertamente otra persona puede leer el mismo contenido que usted pero no puede tener exactamente la misma revista –el mismo bien– que usted tiene. Puede tener otro ejemplar del mismo número pero no *esta* revista.

¹⁰ EPSTEIN, Richard A. “The Structural Unity of Real and Intellectual Property”. Progress on Point – The Progress & Freedom Foundation. 2006. p. 10.

¹¹ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. The Belknap Press of Harvard University Press. 2003. p. 11.

Por otro lado, los costos de exclusión hacen referencia a los costos de impedir que otro use el mismo bien. De esta forma, es relativamente sencillo excluir a otros del consumo de la manzana que estamos comiendo, pero puede resultar sumamente costoso excluir a otros de la porción de mar que alegamos tener. De esta forma, el argumento se reduce a lo siguiente: en general, cuando existe consumo rival y bajos costos de exclusión, se justifica la propiedad privada y, cuando no existe consumo rival y tenemos altos costos de exclusión, no debe concederse una titularidad sobre el bien. La propiedad intelectual, se dice, en la medida que tiene por objeto a la información, busca proteger un bien que no ostenta consumo rival y tiene altos costos de exclusión¹².

Por estas razones, se ha señalado que: “la forma en la que se incentiva la producción de información, mediante el otorgamiento de patentes y derechos de autor, es estableciendo monopolios sobre ella. Con esto, convertimos un bien, que una vez producido es abundante, en un bien escaso, a diferencia de lo que sucede cuando creamos derechos de propiedad privada sobre bienes materiales. En este último supuesto se logra una mayor abundancia de un bien caracterizado por su natural escasez”¹³. De esta forma, mientras que la propiedad física incentiva la inversión en los bienes protegidos, alentando la existencia de más y mejores bienes, la propiedad intelectual no sólo no incentiva la creación de más obras sino que restringe el acceso sobre las que existen.

Otra de las críticas que se ha señalado es que la propiedad intelectual implica una suerte de “exceso regulatorio”. Así, se ha señalado que “la eficiencia económica y el sentido común refieren que las ideas deben ser protegidas y poder venderse como cualquier otro bien. Pero la propiedad intelectual ha llegado a significar no sólo el derecho a poseer y vender ideas, sino también el derecho a regular su uso. Esto crea un monopolio socialmente ineficiente y lo que es comúnmente llamado propiedad intelectual, debería ser mejor llamado monopolio intelectual”¹⁴.

Ya desde una perspectiva netamente ideológica, se ha señalado que la existencia de la propiedad intelectual –en la medida que genera incentivos para la producción de más obras y creaciones– “hace que, artificialmente, se asignen mayores recursos a la producción de libros y menos, digamos, a leche y medicamentos, lo cual produce un fenómeno de consumo de capital con la consiguiente reducción de salarios en ingresos, en términos reales que, a su vez, implica un privilegio para que puedan acceder los más ricos al propio mercado de libros en detrimento de los relativamente más pobres”¹⁵.

Como podemos ver, todo tipo de argumentos se han vertido contra la propiedad intelectual. Desde que resulta cuestionable su fundamento económico hasta que pretende beneficiar a los más ricos y perjudicar a los pobres. Así están las cosas. Las críticas de carácter teórico pueden ser resumidas de la siguiente forma: (i) los titulares de derechos de propiedad intelectual actúan como monopolistas; (ii) los derechos de propiedad intelectual congelan ciertas innovaciones beneficiosas; (iii) los derechos de propiedad intelectual restringen el conocimiento y evitan la generación de nuevas y mejores creaciones en la medida que bloquean el acceso a información previa, y; (iv) el sistema de propiedad intelectual resulta sumamente costoso de administrar, por lo que no se justifica su existencia en términos de eficiencia¹⁶.

Existe otro argumento económico que se encuentra ligado al argumento ideológico que hemos citado hace unos momentos. Este argumento básicamente señala que la existencia de la propiedad intelectual puede generar demasiada innovación. En otras palabras, puede algunas veces dar lugar a actividad inventiva duplicada y no coordinada, resultando una suerte de desperdicio en términos sociales¹⁷. Por ejemplo, supongamos que la persona X decide crear el invento A, la persona Y decide crear el mismo invento y la persona Z, exactamente lo mismo. Supongamos que la persona Y – la segunda– logra proteger su invento el día de hoy. Ello hace que la actividad inventiva, con

¹² Puede verse: BULLARD, Alfredo. “Reivindicando a los Piratas ¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales 1. Lima. 2005. Asimismo, puede revisarse el trabajo de PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. “Una Visión Crítica de la Propiedad Intelectual. Por qué eliminar las patentes, los derechos de autor y el subsidio estatal a la producción de información”. En: Revista de Economía y Derecho. Sociedad de Economía y Derechos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Invierno 2004.

¹³ PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. Op. cit.

¹⁴ BOLDRIN, Michele y David LEVINE. “The Case Against Intellectual Property”. The Economist 23. 2001.

¹⁵ BENEGAS LYNCH (h), Alberto. “Apuntes sobre el Concepto de Copyright”. Fundación Alberdi. Argentina. 1998. pp. 17-18.

¹⁶ Esto ha sido más o menos lo que se ha sistematizado en: EPSTEIN, Richard A. “Intellectual Property for The Technological Age”. The Manufacturing Institute. 2006.

¹⁷ Esto se encuentra recogido en el trabajo de FISHER, William. “Intellectual Property and Innovation: Theoretical, Empirical and Historical Perspectives”. Programme Seminar on Intellectual Property and Innovation in the Knowledge-based Economy. 2001.

sus correspondientes costos, incurrida por X y Z resulte siendo un desperdicio, toda vez que, únicamente, será protegido Y. No importa que él no haya sido el primero que tuvo la idea, sino que él fue el primero que presentó el resultado para su registro ante la autoridad competente (si fuera una patente, en nuestro país sería la Oficina de Invencciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI).

Se ha dicho todo eso y algunas cosas más. Lo que no se ha dicho es que el derecho de la propiedad intelectual cuenta con un *set* de reglas destinadas a mitigar los efectos negativos que pueden derivarse del derecho de exclusiva que se confiere a los titulares. De esta forma, analizaremos el modo en que la propiedad intelectual se auto plantea restricciones y cómo algunas de las críticas, en verdad, carecen de mayor sustento legal o económico. Podemos decir que la propiedad intelectual carece de sentido, en tanto la forma de propiedad no resuelve un problema de escasez; sin embargo, habría que preguntarnos si el nivel de creaciones no se debe directamente a la protección que confiere la propiedad intelectual¹⁸.

CÓMO LA PROPIEDAD INTELECTUAL SE HA ENCARGADO DE MINIMIZAR SUS DEFECTOS Y REALZAR SUS VIRTUDES

Ahora nos interesa dedicarnos a explorar un poco sobre el funcionamiento de las diversas titularidades que componen el derecho de la propiedad intelectual y exponer las limitaciones que el propio derecho ha previsto para cada una de ellas. De esta forma, se entenderá cómo es que la propiedad intelectual minimiza los costos que puede implicar, generando un balance positivo al contrastarse con el necesario incentivo al desarrollo.

En primer término, se suele señalar que la concesión de un derecho de exclusiva –como por ejemplo, lo que ocurre al otorgarse una patente– es en realidad el otorgamiento de un monopolio. Aquí deben diferenciarse dos cuestiones cruciales.

En primer término, “el derecho de excluir a otro de la producción, uso y venta puede no generar un significativo poder de mercado, incluso cuando la patente verse sobre un producto que es vendido en el mercado”¹⁹. Así, una empresa puede ser titular de cientos de patentes y no poseer monopolio alguno en cualquier mercado en el que participe. Ello no puede perder de vista –y de hecho no lo hace– que un significativo poder de mercado “es particularmente importante con relación a la monopolización, por dos razones entrelazadas: que el comportamiento unilateral de una empresa se encuentra regulado y que es usualmente ambiguo determinar si una conducta es anticompetitiva (y muchas no lo son)”²⁰.

Entonces, una empresa puede ser titular de una patente y no tener un poder de mercado en la industria en la cual participa. Y ello se entiende en la medida que el derecho de exclusiva otorgado versa únicamente sobre la invención protegida, pero no impide que existan invenciones distintas que puedan ser sustitutas en el mercado y que puedan competir por precios. Mucho se dice sobre cómo la propiedad intelectual reduce la información disponible para generar nuevas invenciones. Sin embargo, este argumento resulta al menos bastante cuestionable.

El artículo 40 de la Decisión 486, que regula el Régimen de Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, establece que “transcurridos dieciocho meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro o cuando fuese el caso desde la fecha de prioridad que se hubiese invocado, el expediente tendrá carácter público y podrá ser consultado, y la oficina nacional competente ordenará la publicación de la solicitud de conformidad con las disposiciones nacionales”. Así, debe recordarse que la solicitud de una patente debe incluir, entre otras cosas, un resumen que permita la divulgación de información esencial sobre la misma “de manera suficientemente clara y completa para su comprensión y para que una persona capacitada en la materia técnica correspondiente pueda ejecutarla”²¹.

¹⁸ Se ha dicho textualmente que el propósito de la propiedad intelectual “es crear una escasez para de este modo generar una renta monopólica para los tenedores del derecho: aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso sino que la “escasez” es creada por la misma ley”. Ver: COLE, Julio H. “¿Se Justifican las Patentes en una Economía Libre?”. En: Revista Laissez-Faire 9. Guatemala. 1998.

¹⁹ DAM, Kenneth W. “The Economic Underpinnings of Patent Law”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 19. Chicago Law School. p. 3.

²⁰ KAPLOW, Louis y Carl SHAPIRO. “Antitrust. John M. Olin Center for Law, Economics and Business”. Discussion Paper 575. Harvard Law School. p. 101.

²¹ Ver el artículo 28 de la Decisión 486.

Así, el hecho que se haya solicitado una patente no quiere decir que la información, que podría ser importante, quede reservada a favor del titular. Si el objeto de la propiedad intelectual es la información, difícilmente puede decirse que existe un monopolio sobre la misma. Es más, la normativa contempla una serie de usos que no afectan el derecho del titular de la patente, como por ejemplo, los relacionados a la enseñanza (que es vital para difundir el conocimiento e impulsar el desarrollo) y a la experimentación.

Ahora bien, el hecho que no se genere un monopolio no implica que, efectivamente, el otorgamiento de una patente no genere una renta económica a favor de su titular. Pero dicha renta debe ser vista como el necesario incentivo económico para realizar nuevas inversiones futuras. Se suele argumentar que la existencia de patentes inhibe la innovación a futuro. Sin embargo, la obligación de divulgar información y la limitación temporal de las patentes permite entender cómo es que existen contrapesos a dichos costos. Asimismo, ciertos requisitos permiten un desarrollo futuro. Quizás parte del problema de muchos críticos a la propiedad intelectual, sobre todo los autores nacionales que se han pronunciado a favor de la desaparición de las patentes y los derechos de autor, es que han recogido muchas de las críticas que se han formulado en otras latitudes y sobre la base de otras normativas. Si se esgrimen críticas en los Estados Unidos –que se caracteriza por tener un análisis bastante simple y que suele conceder patentes verdaderamente absurdas– éstas no pueden ser trasladadas al caso peruano en donde el sistema legal es mucho más fuerte en materia de propiedad intelectual. Nos atrevemos a creer que un alto porcentaje de patentes otorgadas en los Estados Unidos jamás hubiesen sido otorgadas en nuestro país.

Por otra parte, el tema de la divulgación de información, que ya hemos comentado, no debe ser reducido a un plano menor. “Un propósito del sistema de patentes es incentivar a las firmas a divulgar sus invenciones al público. El sistema de patentes consigue dicha finalidad requiriendo a los

inventores a que hagan significativas revelaciones de información como parte del proceso de patentabilidad”²². Adicionalmente, no existe una pérdida a nivel social ya que las invenciones deben ser usadas para ser mantenidas. En efecto, “no vemos razón para creer que el único o dominante propósito de los individuos sea bloquear las innovaciones de los otros. Las patentes en sí mismas son caras de adquirir. El inventor, únicamente, obtendrá un ingreso en función a que pueda asignarla, licenciarla o vender la patente en cuestión. Cualquier patente que crea un bloqueo sin retorno, será un servicio a favor de los titulares de patentes existentes...”²³. En la medida que la patente debe ser efectivamente aplicada, la sociedad tiene garantizado el empleo de dicha innovación. No existe desperdicio posible, ya que será el mercado el que decidirá que invención fracasa, no el funcionario encargado de otorgar la patente ni los críticos al sistema de propiedad intelectual.

En el caso de los derechos de autor, las críticas no han sido menores. Se defiende, en términos económicos, la existencia de límites relativos a la duración del derecho de autor, sobre la base de diversas razones. Estas razones han sido agrupadas de la siguiente manera: (i) los costos de rastreo (es decir, de identificación del autor) aumentan con la duración de la protección del derecho de autor; (ii) los costos de transacción pueden ser prohibitivos, si es que los creadores de nueva propiedad intelectual deben obtener licencias para emplear toda la propiedad intelectual previa que busquen incorporar; (iii) debido a que la propiedad intelectual es un bien público, cualquier precio positivo por su uso inducirá a los consumidores y a los creadores de subsiguiente propiedad intelectual a lograr sustitutos que cuestan más a la sociedad y que son de menor calidad; (iv) los incentivos para crear propiedad intelectual no se encuentran afectados por las limitaciones que puedan presentar, de la misma forma como no se encuentran afectados, si dentro del periodo de protección, emergen nuevos mercados para las creaciones; (v) una propiedad intelectual ilimitada genera incentivos para la sobre-inversión en la creación de obras por el simple hecho de obtener una titularidad²⁴.

²² LICHTMAN, Douglas; BAKER, Scott y Kate KRAUS. “Strategic Disclosure in the Patent System”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 107. Chicago Law School. p. 1.

²³ EPSTEIN, Richard A. y Bruce N. KUHLIK. “Navigating the Anticommons for Pharmaceutical Patents: Steady the course on Hatch-Waxman”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 209. Chicago Law School. p. 3. Para otra aplicación del argumento en defensa de la propiedad intelectual, puede revisarse: EPSTEIN, Richard A. “Steady the course: Property Rights in Genetic Material”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 152. Chicago Law School.

²⁴ Hemos seguido –aunque hemos modificado y alterado algunas cosas– la sistematización propuesta por LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 154. Chicago Law School.

También es cierto, con relación a los derechos de autor, que se ha argumentado que estas titularidades representan expropiaciones de lo que podría considerarse una suerte de patrimonio colectivo. Así, cuando un autor crea una nueva novela, muchas veces toma referencias, citas, datos e incluso otras obras de otros autores como referencia y como base para la creación de la suya. De esta forma, se dice, las creaciones previas sirven para las nuevas creaciones. Es como si todo este bagaje de información estuviera almacenado en una gran piscina, de la cual los nuevos autores extraen lo que necesitan y obtienen un derecho de exclusiva de esta forma. Visto en esa perspectiva, el derecho de autor suena muy injusto y abusivo.

Pero hay otra forma de ver las cosas, "...el autor de un trabajo protegido por el derecho de autor contribuye –nos atrevemos a pensar que en igual medida– de regreso a la piscina común, en virtud a la creación de imágenes que permiten a otros continuar con sus trabajos también. Así, estos contribuyentes obtienen una compensación implícita por sus contribuciones en vista de la posibilidad de usar los trabajos del creador en sus propias creaciones. De esta forma, mientras que pensemos que el derecho de autor proporciona incentivos importantes para la creación de nuevos trabajos, no existe motivo para pensar que cada céntimo de utilidad debe ser recibido por todos en vez de dirigido al autor. En efecto, en muchos casos, el elemento "monopolio" sobre la utilidad está sobredimensionado, porque los derechos de exclusiva no suelen convertirse en monopolios económicos en virtud a la competencia feroz por lectores u oyentes, la misma que es facilitada por el derecho de autor"²⁵.

Otro aspecto que debe ser considerado es que la posición extremista de algunos autores pierde de vista cuáles son las premisas generales desde las que parte la propiedad intelectual y, específicamente, el derecho de autor. Así, debe tenerse en cuenta que "...no existe defensor de la propiedad intelectual que piense que la propiedad privada sobre todas las ideas valiosas sea una opción inteligente en términos sociales. Por el contrario, tal y como sucede con el aire o el agua que se mantienen en el común, la premisa inicial de la propiedad

intelectual es que las ideas básicas (incluyendo varias leyes de la ciencia) son propiedad en el dominio público por la mejor de las razones funcionales. La creación de derechos de propiedad privada sobre estos elementos bloquearía toda clase de trabajos útiles sin crear incentivos para su creación. Una vez que esa premisa es aceptada, el esfuerzo real es si podemos identificar ciertos trabajos intelectuales para los que si hace sentido extender la protección de la propiedad privada. El test es el mismo aquí que en el caso de los objetos físicos. ¿El cambio en el régimen legal genera una ventaja social que beneficia a todas las personas, ya sean que tengan o no derechos de propiedad intelectual?"²⁶. En otros términos, la ponderación costo-beneficio debe hacerse caso por caso. ¿Tiene sentido económico otorgar un derecho de exclusiva con relación a un trabajo carente de originalidad alguna? ¿Tiene sentido económico otorgar un derecho así con relación a una fórmula científica? Por otra parte, ¿es razonable conferir un derecho de exclusiva a favor del autor de *Rayuela* o de las *Aventuras de Tom Sawyer*?

Una forma de afrontar la determinación antes propuesta es identificar si los costos de reconocer y, posteriormente, delimitar un derecho de exclusiva, son bajos o altos. En general, podría pensarse en dos grandes grupos de costos implícitos: (i) el costo de reconocer al autor, y; (ii) el costo de determinar cuándo otra persona está vulnerando su derecho. El segundo costo es más difícil de determinar que el primero, aunque éste, quizás, no sea el que debería interesarnos, *ex ante*, en nuestra discusión sobre si debemos o no tener propiedad intelectual. En ese orden de ideas, "considérese la primera y más fundamental aplicación del derecho de autor: la protección de las obras literarias contra las copias literales. Las copias literales (es decir, lo que consideraríamos un plagio burdo) son fáciles de reconocer, de forma que es fácil defender y ejecutar el derecho a favor del autor. La posibilidad de que un novelista reproduzca independientemente extensas partes del trabajo de otro novelista es esencialmente cero, de forma que el hecho que alguien escriba y tenga un derecho de autor sobre su novela, no reduce significativamente las oportunidades disponibles para otros escritores"²⁷ (el agregado es nuestro).

²⁵ EPSTEIN, Richard A. "Liberty vs. Property. Cracks in the Foundations of Copyright Law". John M. Olin Law & Economics Working Paper 204. Chicago Law School. p. 30.

²⁶ EPSTEIN, Richard A. "Why Libertarians Shouldn't Be (too) Skeptical About Intellectual Property. Progress On Point". The Progress & Freedom Foundation. Febrero 2006. p. 7.

²⁷ FRIEDMAN, David D. "Standards as Intellectual Property: An Economic Approach". En: University of Dayton Law Review. Volumen 19. Número 3. 1994.

Finalmente, el caso de las marcas parece el más sencillo de ganar. Aquí parece ser mucho más fácil admitir que la propiedad intelectual tiene sentido económico. Las marcas permiten identificar y diferenciar los productos o servicios en el mercado de forma que si uno permitiera que otros puedan usar la marca del titular de forma no autorizada, se perdería el valor que las marcas confieren al mercado: dotar de información esencial para que los consumidores tomen decisiones de consumo eficientes a menor costo.

Sin embargo, en el derecho de marcas existen igualmente límites generados por el propio régimen legal que permiten exceptuar la aplicación del derecho de exclusiva en determinados supuestos. Así, la Decisión 486 contiene en sus artículos 157 y 158 dos figuras –el primer artículo regula lo que se conoce como uso a título informativo de una marca y el segundo regula lo que se denomina agotamiento del derecho– que son, justamente, claros ejemplos de cómo la propiedad intelectual pretende no ser abusiva. De la misma forma, el artículo 22 de la Decisión 351 –Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos– contiene una serie de limitaciones al derecho de exclusiva, como lo pueden ser el derecho de cita o la reproducción con fines educativos (este último caso cuando no existan fines lucrativos).

Esos límites deben ser balanceados permanentemente con las afectaciones directas al *set* de incentivos que se quieren generar a favor de los creadores. Así, es cierto que “la aparición y generalización de tecnologías de reproducción digital determinó el ejercicio, cada vez más continuo, del derecho de copia privada, lo que viene produciendo un desequilibrio en perjuicio de los titulares del derecho de reproducción sobre obras, producciones e interpretaciones artísticas, como son los autores, productores y artistas intérpretes y ejecutantes, respectivamente”²⁸. Los autores deben tener el derecho a un incentivo que permita nuevas creaciones en el marco de un mercado que contractualmente permita la asignación de recursos. En la medida que se vulnere la libertad de los empresarios para negociar con los autores sus propios términos contractuales, la existencia de

sociedades de gestión colectiva sí representará un exceso que distorsiona las reglas de mercado.

PERDIENDO LA BATALLA, PERO GANANDO LA GUERRA

En este artículo, he pretendido esbozar, de forma muy sintética, algunas críticas que se han formulado contra la propiedad intelectual y he intentado responder a algunas de éstas de forma clara. Ocuparme de una defensa de la propiedad intelectual en todos los frentes, hubiera significado emprender una labor que no hubiese concluido hasta después de un tiempo considerable. Sin embargo, debo anotar que una batalla que sí se está perdiendo es aquella relacionada con la difusión de las respuestas que desde el derecho de la propiedad intelectual se puedan emitir contra las críticas que se vienen vertiendo.

En efecto, existen muchas críticas –desde un plano económico y casi unánimemente desde una perspectiva liberal– que tienen un espacio de difusión interesante. Sin embargo, encontrar respuestas en contrario no es tan sencillo. La aguja en el pajar parece que tampoco existiera. Creo que teniendo los elementos para ganar esta guerra, rendirnos en la batalla de la divulgación de información es un costo que no puede asumirse. Cuando se critica –lo que es saludable–, se requiere un espacio. Ese espacio debe ser aprovechado también por quienes se oponen a las críticas. En palabras más coloquiales: “*el que calla otorga*”. Y estamos callando en la defensa de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual contiene límites temporales, restricciones legales y excepciones a los derechos de exclusiva que tienen sentido económico en un mundo que debe dar importancia al acceso a la información y al conocimiento. Algunos dirán, reconociendo que la propiedad intelectual no confiere monopolios, que se generan efectos de tipo monopolio. Eso puede ser verdad, aunque nos parece discutible. Sostener que las creaciones aparecerán por mero altruismo, sin embargo, parece confiar demasiado en las buenas intenciones. La idea de autores que crean, desinteresadamente, por el bien de la humanidad, parece

²⁸ Resolución 1345-2007/TPI-INDECOPI de fecha 09 de julio de 2007. En dicho pronunciamiento se hacía referencia al tema de la compensación por copia privada. Resulta lamentable, por cierto, que hasta la fecha no existe norma legal o reglamento alguno que establezca los parámetros de graduación de sanciones en los casos de infracciones a la Ley 28131, Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante.

ser una idea bella. Pero también puede serlo el *Ratón de los Dientes*.

Creo que el fin de la historia para la propiedad intelectual se encuentra muy lejos. Por el contrario, parece ser que nuevos retos y temas deberán ser discutidos en el marco de la innovación y el progreso tecnológico. Así, la protección de los recursos

genéticos y de los conocimientos tradicionales se integran al clásico repertorio compuesto por los derechos de autor, las patentes y los signos distintivos, en general. Esta historia no acaba ahí sino que recién empieza. La propiedad intelectual está en guerra. Y esta guerra, con límites claros y argumentos pensados, será una victoria.

BENITES, FORNO & UGAZ
— ABOGADOS —

UNA MIRADA AL CONFLICTO MINERO DE TAMBOGRANDE BAJO UNA PERSPECTIVA DE LA ECONOMÍA CONDUCTUAL Y LA PSICOLOGÍA COGNITIVA

J. Oscar Trelles* **

En este artículo, el autor analiza de forma detallada y práctica las motivaciones de la comunidad de Tambogrande para rechazar el proyecto minero de Manhattan, desde el punto de vista de una de las corrientes más fuertes de la actualidad en el Common Law: el Análisis Psicológico del Derecho; doctrina que, ante casos como el aquí expuesto, puede brindarnos más de una herramienta útil de previsión y solución de conflictos.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Asociado del Estudio Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP.

** Artículo elaborado en inglés bajo la supervisión de Cass Sunstein. La traducción estuvo a cargo del autor y de Monica Nuñez, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS.

I. INTRODUCCIÓN

A fines del siglo veinte, el pueblo de Tambogrande, ubicado al norte del Perú, y Manhattan, una compañía minera canadiense, se vieron enfrascados en un conflicto de más de cuatro años respecto de un proyecto minero. Lo que empezó como un proyecto para desarrollar una mina de tajo abierto altamente rentable se transformó, rápidamente, en una confrontación de importantes proporciones entre la población de Tambogrande, el gobierno peruano y la compañía minera. El conflicto fue objeto de amplia cobertura por parte de medios nacionales e internacionales, convirtiéndose en el primer caso en el cual el rechazo casi unánime de una población, expresado por medio de una consulta vecinal, inclinó la balanza en contra de un proyecto minero.

Los estudios sobre el conflicto minero de Tambogrande se han centrado en temas sociales y democráticos, prestando poca o ninguna atención a los factores cognitivos y conductuales que influenciaron la perspectiva que la población tenía del proyecto. La falta de atención a estos factores es de importancia, debido a que pone en duda qué tan razonable fue la respuesta de la población ante el proyecto minero, así como los mecanismos usados para intentar superar dicha oposición.

Una mejor comprensión de estos problemas es útil para entender por qué las medidas implementadas fallaron y, de esta forma, ayudar a diseñar otro tipo de soluciones que pueden aplicarse en este tipo de conflictos. El presente artículo busca cerrar dicha brecha analizando, para ello, la reacción de los habitantes de Tambogrande ante el proyecto minero desde una perspectiva de la economía conductual y de la psicología cognitiva. El objetivo es comprender cómo los factores cognitivos y conductuales influenciaron el resultado del caso Tambogrande.

El artículo comienza presentando un resumen de los factores relevantes para el caso, compilados de una serie de fuentes. Luego, presenta y explica el marco conductual y cognitivo a ser aplicado, con especial énfasis en los aspectos de mayor

importancia para entender el caso Tambogrande. En la siguiente sección, se analizan las percepciones y reacción de la gente de Tambogrande frente al proyecto minero. La discusión incluye una explicación de por qué las acciones de Manhattan para superar el fuerte rechazo resultaron infructuosas. El artículo termina proponiendo algunas soluciones que pudieron intentarse en el caso de Tambogrande para superar las percepciones negativas que tenía la población sobre el proyecto minero.

Resulta importante destacar que el artículo no tiene por objetivo, ni intenta en momento alguno, evaluar la viabilidad del proyecto minero. Únicamente se centra en explicar, desde una perspectiva conductual y cognitiva, las reacciones y percepciones generadas en la población de Tambogrande por el proyecto de Manhattan. El punto de partida no es que el proyecto fuese viable desde un análisis costo-beneficio, sino que la reacción de la población descartó dicho análisis. De esta forma, el artículo no se pronuncia sobre cuál de las posiciones en el conflicto minero era la correcta, sino que explica los factores que influenciaron la percepción de las personas y que, como resultado, impidieron un análisis objetivo del problema.

II. HECHOS RELEVANTES DEL CONFLICTO MINERO DE TAMBOGRANDE

La presente sección describe los hechos relevantes al conflicto minero de Tambogrande. Salvo mención en contrario, los datos presentados tuvieron lugar entre los años 1999 y 2003.

1. El distrito de Tambogrande

Tambogrande es un distrito con una extensión aproximada de 144,282 hectáreas, localizado en el departamento de Piura, cerca de la frontera con Ecuador¹. El distrito ocupa dos tercios del Valle de San Lorenzo y, según Carlos Portugal², se divide en tres áreas: el pueblo de Tambogrande, con una población aproximada de 16,000 personas; el área agrícola, con aproximadamente 5,500 agricultores, y el bosque seco de algarrobos (árbol del género *Prosopis*)³, con una población aproximada de 28,500 personas. El Instituto

¹ MUNICIPALIDAD DE TAMBOGRANDE. "Plan de Respuesta Local ante Emergencias y Desastres". En: http://sinadeci.indeci.gob.pe/UploadPortalSINPAD/proe_plan_rpta_tambo_grande.pdf. p. 3.

² PORTUGAL MENDOZA, Carlos. "Gobernanza en el acceso de la actividad minera a los recursos naturales locales: el Caso Tambogrande". En: <http://www.grupochoarli.org/gobernanzaambiental/Completos/ECO.pdf>. 2005. p. 13.

³ MURADIAN, Roldan y otros. "International Capital Versus Local Population: The Environmental Conflict of the Tambogrande Mining Project / Peru". En: *Society and Natural Resources* 16. 2003. p. 778.

Nacional de Estadística e Informática (INEI) estimaba, en el 2000, que la población del distrito de Tambogrande era de 68,248 personas, incluyendo 16,000 habitantes del pueblo de Tambogrande y aproximadamente 10,000 pobladores del área rural de Tambogrande⁴.

Los habitantes del pueblo de Tambogrande se dedicaban principalmente al comercio y las actividades de prestación de servicios; los pobladores de San Lorenzo eran agricultores, y quienes vivían en el bosque seco de algarrobos eran leñadores y ganaderos. En el 2000, el 47% de la población empleada del distrito de Tambogrande se dedicaba a la agricultura, el 23% al comercio y el 30% restante a servicios diversos⁵.

El departamento de Piura era uno de los más pobres del Perú, hecho reflejado en las estadísticas de 1993 para el distrito de Tambogrande. El analfabetismo adulto se encontraba 25,5% por encima del promedio nacional, 84% de la población carecía de acceso al agua, 66% carecía de servicios de saneamiento y 87% no se encontraba conectado a la red eléctrica nacional⁶. En el 2000, la situación no había mejorado, sino que empeoró en muchos aspectos. El mapa de pobreza del 2000 de la agencia gubernamental FONCODE¹ reportó que el 32,41% de la población del distrito de Tambogrande sufría de desnutrición, 82,13% carecía de acceso al agua, 90,20% carecía de servicios de saneamiento, y el 86,50% no se encontraba conectado a la red eléctrica nacional⁷.

El distrito de Tambogrande había sido un área deshabitada hasta los años cincuenta; cuando se transformó en un valle agrícola como consecuencia del proyecto de irrigación financiado por el Banco Mundial y el gobierno peruano⁸. Gracias a esta transformación, el distrito de Tambogrande experimentó un fuerte crecimiento demográfico.

En el 2000, la economía del distrito de Tambogrande aún se centraba básicamente en la agricultura, con una producción anual de limón y mango estimada en 96 millones de dólares⁹.

La vegetación de Tambogrande se encontraba compuesta por bosques secos de algarrobo, centrales para el ecosistema, pues limitaban la desertificación y atrapaban el agua subterránea generada durante los fenómenos de El Niño¹⁰ (un hecho relevante es que el departamento de Piura se encuentra sujeto al fenómeno de El Niño, que causa fuertes precipitaciones en esta área normalmente seca). Como menciona Roldan Muradian y otros, "(l)os dos últimos episodios extremos de El Niño (1983 y 1998), causaron grandes pérdidas económicas al área —a la vez que mucha nueva biomasa— y alteraron significativamente el paisaje de la región"¹¹.

2. El proyecto minero

El proyecto de Tambogrande comprende 97 concesiones mineras, cubriendo un área de 86,900 hectáreas. Según lo reportado por Stéphanie Rousseau y François Meloche del International Centre for Human Rights and Democratic Development, el proyecto minero de Manhattan se encontraba compuesto, principalmente, por los siguientes elementos¹²:

- Una mina de tajo abierto que afecta un área total de 750 hectáreas. La mina proyectada requeriría una reubicación de aproximadamente 8,000 residentes del pueblo de Tambogrande y la compra de 540 hectáreas de propiedades con uso agrícola. Manhattan sostenía que la reubicación respetaría los criterios establecidos por el Banco Mundial, debido a que la compañía requeriría del apoyo de éste.

⁴ MANHATTAN SECHURA COMPAÑÍA MINERA. "Estudio de Impacto Ambiental / Apéndice IX". En: http://www.minem.gob.pe/archivos/dgaam/estudios/tambogrande/select_case.asp?archivo=file_001&title=ESTUDIO%20DE%20IMPACTO%20AMBIENTAL. 2002. p. 3.

⁵ Ibid. p. 12.

⁶ MURADIAN, Roldan y otros. Op. cit. p. 778.

¹ NOTA DEL EDITOR: Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social.

⁷ MANHATTAN SECHURA COMPAÑÍA MINERA. Op. cit. p. 18. El deterioro en varias de las estadísticas que se observa entre 1993 y 2000 probablemente se deba al fenómeno de El Niño de 1998, el cual afectó seriamente al departamento de Piura.

⁸ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. "Gold and Land: Democratic Development at Stake / Report of the Observation Mission of the Tambogrande Municipal Consultation Process in Peru". En: <http://ichrdd.ca/english/commdoc/publications/demDev/tambograndeReportEng.html>. 2002.

⁹ MORAN, Robert E. "An alternative look at a proposed mine in Tambogrande, Peru". En: http://www.oxfamamerica.org/newsandpublications/publications/research_reports/art615.html/OA-Mine_in_Tambogrande-en.pdf. 2001. p. 2.

¹⁰ Ibidem. El fenómeno de El Niño se "genera por la aparición de aguas calientes superficiales en el Pacífico Sur" (traducción libre). Ver: MURADIAN, Roldan. Loc. cit.

¹¹ Traducción libre. MURADIAN, Roldan et. al. Op. cit. pp. 775-792.

¹² ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Op. cit.

- Durante la fase TG3; el proyecto requeriría desviar el río Piura.
- Una planta de procesamiento de minerales.
- Una laguna de relaves mineros.
- La mina de Tambogrande tendría una vida esperada de aproximadamente 10 años (3,5 años para el oro y plata y 10 años para el cobre y zinc).
- Un programa de compensación que incluiría la construcción de residencias para la población reubicada, así como de inversiones para el desarrollo social y económico de la zona, incluyendo la fase post-operatoria.

Los beneficios del proyecto minero a la comunidad serían amplios, según lo reportado por Manhattan¹³. Habría 1,250 trabajos directos y 5,000 trabajos indirectos durante la construcción de la mina y luego, por los doce años siguientes de su operación, habría 350 trabajos a tiempo completo, 1,400 trabajos indirectos y 1,000 trabajos vía tercerización. La empresa asumió el compromiso de contratar a residentes de Tambogrande para aproximadamente el 75% de los trabajos directos e indirectos que se crearan. Adicionalmente, se estimaba que el impuesto a la renta y por planillas a pagar durante la vida de la mina ascendería aproximadamente a 110 millones de dólares americanos. La compañía explicó que el 50% del impuesto a la renta iría a la región, de acuerdo a las normas aplicables, de forma que las comunidades recibirían aproximadamente 51 millones de dólares americanos. Manhattan también señaló que:

“Antes de la producción y durante la fase de construcción, el Distrito de Tambogrande recibirá un exceso de US\$ 39 millones asociados a la construcción de un nuevo vecindario, la provisión de los servicios de agua, electricidad y saneamiento a la comunidad, con la construcción de nuevas facilidades en el pueblo, incluyendo un hospital, iglesia, estación de bomberos y puesto policial, biblioteca, colegios, parques, entre otros”¹⁴.

Así, la evidencia sugiere que aun cuando el proyecto involucraba importantes cambios para el pueblo de Tambogrande, tales como la reubicación de las casas, también traería importantes beneficios.

3. El conflicto minero

El distrito de Tambogrande ha estado sujeto a intereses mineros por lo menos desde 1979, año en el cual, autorizado por el gobierno, el Bureau de Recherches Géologiques et Minières (BRGM) llevó a cabo un estudio prospectivo de pre-factibilidad. Sin embargo, las actividades mineras no pudieron continuar en dicha oportunidad debido a la oposición local al proyecto¹⁵.

En octubre de 1993, la compañía canadiense Manhattan suscribió un contrato de opción con BRGM para adquirir el 52,5% de participación en las concesiones de Tambogrande. En julio de 1996, Manhattan ejerció la opción y, en marzo de 1997, adquirió los intereses restantes de BRGM en las concesiones de Tambogrande, aumentando su participación al 75%. El 25% restante se encontraba en las manos de Minerero Perú, una compañía estatal¹⁶.

A fin de obtener la autorización del gobierno para desarrollar las concesiones de Tambogrande, Manhattan suscribió un acuerdo con Minerero Perú mediante el cual, entre otros compromisos, garantizaba que “los procedimientos mineros a usarse no afectarán físicamente al pueblo de Tambogrande, ni causarán daños a sus habitantes. Adicionalmente, los relaves deberán localizarse en áreas que no afecten las áreas agrícolas colindantes”¹⁷.

En mayo de 1999, Manhattan recibió del Estado peruano derechos de exploración sobre 10,000 hectáreas por un periodo de cuatro años¹⁸. Sin embargo, de acuerdo a algunos reportes, Manhattan había iniciado ya exploraciones preliminares en el distrito de Tambogrande en

¹³ MANHATTAN MINERALS. “2002 Annual Report”.

En: <http://www.sedar.com/DisplayCompanyDocuments.do?lang=EN&issuerNo=00004187>. Aun cuando podría objetarse el hecho que estas cifras fueran proporcionadas por Manhattan, no hemos tenido noticia de alguna alegación de que fueran manipuladas. 2002. p. 11.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

¹⁶ El 75% de participación de Manhattan se encontraba regulada bajo el marco del Acuerdo de Opción de Compra ejecutado entre Manhattan y Minerero Perú (que luego cambiaría su nombre a Centromín). El Acuerdo de Opción de Compra regulaba la propiedad, explotación y desarrollo de las concesiones de Tambogrande. Ver: MANHATTAN MINERALS CORPORATION. “Renewal Annual Information Form”. En: <http://www.sedar.com/DisplayCompanyDocuments.do?lang=EN&issuerNo=00004187>. 8 de Junio de 2001. pp. 7-8.

¹⁷ Ibid. p. 8.

¹⁸ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

1998¹⁹. En septiembre de 1999, la compañía comenzó, con la autorización formal por parte del alcalde de Tambogrande, a efectuar las perforaciones exploratorias en el área urbana²⁰. Aparentemente, ya en esta etapa preliminar, grupos de campesinos se encontraban realizando actividades de hostigamiento respecto a las exploraciones. Con el fin de obtener la aceptación del pueblo, Manhattan realizó actividades sociales y obras, aunque sin éxito²¹. Manhattan también organizó talleres para explicar los beneficios del proyecto a la gente, y especialmente para enfatizar su mensaje de que la agricultura no sería afectada. Estas actividades no tuvieron mayor incidencia en la percepción negativa que la población de Tambogrande tenía del proyecto. A comienzos del 2000, aproximadamente 84% de la población se oponía a la actividad minera, porcentaje que luego se incrementó, como lo demuestra la consulta vecinal llevada a cabo en el 2002²².

En enero de 2000, se creó formalmente el Frente de Defensa del Valle de San Lorenzo y Tambogrande (en adelante, el "Frente")²³, con el objetivo de representar y defender los intereses económicos, sociales y culturales del distrito y sus recursos naturales²⁴. El Frente organizó la oposición al proyecto minero y realizó una serie de actividades para alzar a la población en su contra. Durante el 2000 se llevaron a cabo, sin éxito, una serie de reuniones entre Manhattan, el Frente y otras organizaciones.

A comienzos del 2001, el alcalde de Tambogrande cambió su posición a un abierto rechazo al proyecto, recolectando firmas de aproximadamente 28,000 ciudadanos (75% de los votantes) en dicho sentido²⁵. El 27 y 28 de febrero de ese mismo año hubo en el pueblo de Tambogrande una demostración masiva en contra de Manhattan, produciéndose un enfrentamiento entre 300 policías y miles de manifestantes, y resultando en la destrucción de las oficinas de Manhattan en dicho pueblo. Manhattan estimó

los daños en, aproximadamente, 1'003,000 dólares americanos²⁶.

El conflicto continuó degenerando, y el 16 marzo de dicho año, el alcalde revocó la autorización otorgada a Manhattan para llevar a cabo perforaciones exploratorias en el pueblo de Tambogrande²⁷. Algunos días después, el principal líder de la oposición al proyecto minero fue asesinado en un robo a su fundo; la mayor parte de la población atribuyó el asesinato a Manhattan²⁸.

En agosto de 2001, Oxfam publicó un informe que había encargado al ingeniero Roberto Morán, un experto ambiental²⁹. El reporte, que se encuentra descrito más adelante, expresaba su oposición al proyecto minero sobre bases científicas.

El 11 de octubre de 2001, el alcalde de Tambogrande emitió una resolución llamando a una consulta vecinal para decidir el conflicto generado por el proyecto minero³⁰. La consulta vecinal solicitaría el pronunciamiento de los ciudadanos, mediante voto secreto, respecto a si se encontraban de acuerdo con el desarrollo de actividades mineras en el área urbana, de expansión urbana, agrícola y de expansión agrícola en el distrito de Tambogrande³¹. Debe notarse que, según la legislación aplicable, la consulta vecinal no tenía fuerza legal, ya que la autorización a Manhattan había sido otorgada por el gobierno central y no el gobierno local.

En respuesta a la consulta vecinal, a la cual tanto el gobierno central como Manhattan se oponían, se estableció una mesa de diálogo bajo la dirección de la Defensoría del Pueblo. Como resultado, se llevó a cabo una reunión entre los ministros de Energía y Minas, de Agricultura, líderes del Frente y representantes de diversos sectores de Tambogrande³². Mientras que las organizaciones de Tambogrande se oponían al proyecto minero, la posición del gobierno fue que, para evaluar la viabilidad y conveniencia del proyecto de forma

¹⁹ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 14.

²⁰ Ibid. p. 15.

²¹ Ibidem.

²² Ibid. p. 16.

²³ El Frente había estado operando informalmente desde el inicio de las actividades de Manhattan en Tambogrande.

²⁴ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 16.

²⁵ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

²⁶ MANHATTAN MINERALS CORPORATION. "Form 20-F for the fiscal year ended December 31, 2003". 2004. p. 11. En: <http://www.sedar.com/DisplayCompanyDocuments.do?lang=EN&issuerNo=00004187>.

²⁷ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

²⁸ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 18.

²⁹ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

³⁰ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 18.

³¹ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

³² Ibidem.

técnica, primero debía completarse el Estudio de Impacto Ambiental³³. El gobierno enfatizó que para que la población pudiera llegar a una decisión requería tener toda la información técnica y análisis que el Estudio de Impacto Ambiental y las audiencias públicas relacionadas a éste dieran. No obstante ello, el Frente rechazó cualquier compromiso que involucrase a la minería en el pueblo de Tambogrande, sin importar cuál fuera el resultado de dicho estudio y la evaluación técnica de éste³⁴.

Los representantes de Tambogrande decidieron que continuarían con la consulta vecinal; ésta se llevó a cabo con el apoyo económico de la organización Oxfam del Reino Unido el 2 de junio de 2002. La consulta vecinal contó con la presencia de observadores de Transparencia-Piura y del Instituto de Estudios Electorales, así como diez observadores internacionales, quienes certificaron la confiabilidad de los resultados³⁵. Manhattan continuó oponiéndose a la consulta vecinal y, por lo menos formalmente, no realizó campaña alguna para defender sus intereses. Sin embargo, hay reportes de que existió una campaña anónima en ciertos periódicos y a través de panfletos a favor del proyecto minero³⁶.

El resultado de la consulta vecinal fue un rechazo casi unánime a Manhattan, ya que de 27,015 personas que acudieron, el 93,95% se pronunció en contra del proyecto minero, 1,28% a favor y el 4,77% restante mediante votos en blanco o nulos³⁷. El absentismo fue de 9,922 personas en capacidad de votar, es decir, el 26,8% de la población electoral. Según Rousseau y Meloche, esta tasa de absentismo es bastante reducida,

considerando que la votación en la consulta vecinal no era obligatoria³⁸. A modo de comparación, la tasa de absentismo en las elecciones generales de 2001, en las cuales sí era obligatorio acudir a votar, fue de 15%³⁹. Cabe notar que los resultados de la consulta vecinal no fueron reconocidos oficialmente por el gobierno central e incluso fueron criticados por los medios de comunicación como una prueba de que la población de Tambogrande había sido manipulada por grupos y organizaciones radicales⁴⁰.

En diciembre de 2002, Manhattan completó el Estudio de Impacto Ambiental; éste recibió, en abril de 2003, 191 observaciones por parte del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA)⁴¹. Según lo manifestado por Manhattan, estas observaciones no le preocupaban, pues la compañía tenía confianza en poder superarlas⁴². Con esto, el proyecto minero de Manhattan entró en la etapa de audiencias públicas, requisito establecido por la legislación minera para obtener un permiso para desarrollar dicha actividad. Sin embargo, estas audiencias tuvieron que ser canceladas por razones de seguridad, lo que significó que no se pudiera cumplir con este requerimiento legal⁴³.

El 10 de diciembre de 2003, Centromin (antes Minero Perú), la compañía estatal contraparte de Manhattan en el Acuerdo de Opción de Compra, notificó a ésta que no había cumplido con los términos de dicho acuerdo⁴⁴. Esta notificación significó la pérdida por parte de Manhattan del derecho a explotar las concesiones de Tambogrande, cancelando en lo hechos el proyecto minero y, por tanto, poniendo fin al conflicto.

³³ El Estudio de Impacto Ambiental es un requisito legal para que una compañía minera inicie sus operaciones. Rousseau y Meloche (ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.) describen las fases del Estudio de Impacto Ambiental de la siguiente manera: "Una evaluación del potencial impacto social es sugerida pero no requerida bajo la legislación peruana. Desde el día de publicación de un Estudio de Impacto Ambiental, el Ministerio de Energía y Minas tiene 45 días para decidir la aprobación de las operaciones. Durante dicho periodo, el Instituto Nacional de Recursos Naturales, una agencia del Ministerio de Agricultura, evalúa el Estudio de Impacto Ambiental y emite sus recomendaciones, que no son vinculantes para el Ministerio de Energía y Minas, excepto cuando se trata de un proyecto dentro o cercano a un área protegida. El Ministerio de Energía y Minas luego mantiene audiencias públicas para presentar el Estudio de Impacto Ambiental y un resumen de éste es distribuido a las personas y grupos interesados. Estos últimos pueden expresar sus puntos de vista respecto al Estudio de Impacto Ambiental en las audiencias o por escrito al Ministerio de Energía y Minas, dentro de las dos semanas posteriores a la audiencia. Cuando el Estudio de Impacto Ambiental es rechazado la compañía puede llevar a cabo modificaciones al mismo y presentarlo nuevamente siguiendo el mismo procedimiento" (traducción libre).

³⁴ MURADIAN, Roldan y otros. Op. cit. p. 780.

³⁵ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. pp. 19-20.

⁴⁰ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

⁴¹ MANHATTAN MINERALS CORPORATION. "News Release / Comments on Inrena Preliminary Review of Estudio de Impacto Ambiental". 20 de mayo de 2003. p. 1. En: <http://www.sedar.com/DisplayCompanyDocuments.do?lang=EN&issuerNo=00004187>.

⁴² Ibid. p. 2.

⁴³ MANHATTAN MINERALS CORPORATION. "News Release / Estudio de Impacto Ambiental Update". 7 de Noviembre de 2003. p. 1. En: <http://www.sedar.com/DisplayCompanyDocuments.do?lang=EN&issuerNo=00004187>.

⁴⁴ Esto se debía a que, como consecuencia de la cancelación de las audiencias públicas, Manhattan no había podido obtener el permiso minero dentro del plazo establecido en el Acuerdo de Opción de Compra.

4. El Estudio de Impacto Ambiental y la posición de Manhattan respecto de los asuntos ambientales

Manhattan conocía de la existencia de asuntos ambientales relacionados con su proyecto minero y los abordó directamente en su Estudio de Impacto Ambiental. En dicho documento, Manhattan asumió los siguientes compromisos en relación con el medio ambiente, la seguridad de sus trabajadores y de los pobladores de Tambogrande⁴⁵:

- Un sistema de gestión ambiental compatible con ISO 14001 para garantizar que su política ambiental sería puesta en práctica de forma consistente.
- Aplicar la mejor tecnología disponible de control ambiental.
- Proveer asistencia a la población de Tambogrande.
- Cumplir con su Política de Reubicación, basada en las Políticas Operacionales del Banco Mundial para Reubicaciones Involuntarias.
- Salvaguardar de accidentes a sus empleados y la propiedad de estos.

En relación con lo arriba señalado, el Reporte Anual de 2002 de Manhattan señalaba que "(e)l EIA confirma que el proyecto puede construirse con muchos más beneficios que impacto negativo en la región"⁴⁶. Más aún, su presidente, Graham Clow, declaró en septiembre de 2000, que el objetivo de Manhattan en el proyecto Tambogrande era "demostrar que una operación minera a largo plazo puede desarrollarse de manera sustentable, y de forma compatible con la importante base agrícola de esta región"⁴⁷.

5. La oposición al proyecto minero

A lo largo del prolongado conflicto entre la población de Tambogrande y Manhattan fueron presentados varios argumentos a favor y en contra del proyecto minero. Los argumentos técnicos más

fuertes en contra del proyecto provenían de un estudio comisionado por Oxfam America, el Mineral Policy Center y el Environmental Mining Council of British Columbia a Robert E. Moran. En su estudio, Moran señalaba que visitó el área de Tambogrande, revisó la información técnica ambiental disponible públicamente y se reunió con representantes de Manhattan. Sus conclusiones fueron las siguientes⁴⁸:

- El estudio de línea de base de Tambogrande, el cual es un estudio ambiental preliminar efectuado por Manhattan, hecho público en julio del 2000, es completamente inadecuado.
- La afirmación por parte de Manhattan de que no habrá un impacto ambiental negativo no se encuentra sustentada por la evidencia entregada por dicha compañía.
- La contaminación del agua en la zona es muy probable.
- La zona tiene una producción agrícola valiosa que se encuentra bajo riesgo de contaminación del suelo y los cultivos.

Adicionalmente, Moran señaló que las razones por las cuales los líderes de la comunidad se oponían tenazmente al proyecto eran las siguientes:

"Las comunidades locales se encuentran profundamente preocupadas por la amenaza que una potencial contaminación causada por el proyecto podría ocasionar a su modo de vida, basado principalmente en los cultivos y producción agrícola. Son concientes de los problemas sociales y ambientales que han ocurrido en años recientes en otros proyectos mineros de envergadura en el Perú, y les preocupa que lo mismo pueda ocurrir en la mina de Tambogrande"⁴⁹.

Sin embargo, debe notarse que el informe de Moran toma como base un estudio preliminar efectuado por Manhattan en el año 2000, que no fue actualizado posteriormente. De esta forma,

⁴⁵ MANHATTAN SECHURA COMPAÑÍA MINERA S.A. "Proyecto Tambogrande / Estudio de Impacto Ambiental / Resumen Ejecutivo". Diciembre de 2002. p. ii. En: http://www.minem.gob.pe/archivos/dgaam/estudios/tambogrande_select_case.asp?archivo=file_001&title=ESTUDIO%20DE%20IMPACTO%20AMBIENTAL.

⁴⁶ Traducción libre. MANHATTAN MINERALS. "2002 Annual Report". 2002. p. 11.

⁴⁷ Traducción libre. MANHATTAN MINERALS CORPORATION. "News Release / Tambogrande Project Update". En: <http://www.sedar.com/DisplayCompanyDocuments.do?lang=EN&issuerNo=00004187>. 20 de septiembre de 2000. p. 2.

⁴⁸ MORAN, Robert E. Op. cit. pp. vii-viii.

⁴⁹ Ibid. p. viii.

no se ha contado con un estudio científico que aborde o comente el Estudio de Impacto Ambiental definitivo del 2002.

En relación con la oposición de la población al proyecto minero, hay una encuesta efectuada en agosto del 2001 por Muradian⁵⁰ que resulta relevante. La población de la encuesta estuvo compuesta por 575 habitantes del distrito de Tambogrande y tuvo los siguientes resultados: 85% se encontraba en contra del proyecto minero, 7,1% se encontraba a favor, 6,6% no tenía suficiente información para expresar una opinión y 1,2% no se encontraba interesado en el tema. La oposición disminuía a 75,8% y la tasa de aprobación se incrementaba a 14,4% si se les ofrecía a los habitantes del Valle de San Lorenzo ser accionistas en el proyecto (pregunta hipotética). El 58,3% eligió como el mecanismo preferido para la toma de decisiones la consulta vecinal, mientras que sólo el 16% se inclinaba por el Estudio de Impacto Ambiental y, el 4,2% por éste y la consulta vecinal. El 87,8% creía que la agricultura y la minería no podían coexistir. El 73,2% señalaba que se re-

quería mayor información sobre el proyecto minero.

Asimismo, el 43,5% no confiaba en que el gobierno pudiera evaluar el proyecto, el 33,5% sí confiaba y el 19,8% no sabía. El 46,3% no confiaba en que el gobierno pudiera verificar el cumplimiento por parte de la compañía minera de las normas ambientales, el 33,6% sí confiaba y el 18,4% no sabía. El 74,4% creía que el nivel de contaminación generado por el proyecto sería alto o muy alto. El 80,9% de la población señalaba que se opondría al proyecto incluso si Manhattan garantizaba que la contaminación sería muy baja. Por último, sólo el 7,5% de los encuestados creía que los principales beneficiados si el proyecto se llevaba a cabo serían los pobladores del Valle de San Lorenzo, la Municipalidad de Tambogrande o los habitantes de la ciudad de Piura.

De igual manera, una tabla preparada por Muradian⁵¹ muestra la siguiente información respecto de la posición de las organizaciones que se oponían al proyecto:

Tabla 1: posición de las organizaciones que se oponían al proyecto minero de Tambogrande

Organización	Mecanismo preferido para la toma de decisiones	Compatibilidad entre la minería y la agricultura	Confianza en el gobierno para evaluar el proyecto	Probabilidad de un desastre ecológico	Confianza en los expertos de Manhattan	Confianza en la compañía que efectuó el EIA
Centro Ideas	Consulta vecinal, negociación	Muy baja	Baja	Alta	Baja	Baja
Cipca	Consulta vecinal	Muy baja	Baja	Alta	Baja	Baja
Diaconia	Consulta vecinal	Muy baja	Baja	Alta	Baja	Baja
Frente de Defensa	Consulta vecinal	Muy baja	Baja	Alta	Baja	Baja
Pidecafe	Consulta vecinal	Muy baja	Baja	Muy alta	Baja	Baja
Piura Vida y Agricultura	Consulta vecinal	Muy baja	Baja	Muy alta	Baja	Baja

Muradian señala en su artículo, comentando las razones de las respuestas recibidas de los grupos de oposición, que ellos:

“(C)omparten un lenguaje común en el conflicto, el cual se encuentra dominado por un discurso

de aversión a los riesgos ambientales y de democracia local. Contra argumentos técnicos son dados para enfatizar los riesgos ambientales del proyecto (...). Para los grupos de oposición, los factores ya mencionados hacen los riesgos ambientales muy altos para ser ‘aceptables’”⁵².

⁵⁰ MURADIAN, Roldan y otros. Op. cit. pp. 783-784.

⁵¹ Ibid. p. 785. La tabla ha sido editada para presentar únicamente la información relevante para el presente artículo.

⁵² Traducción libre. Ibid. pp. 786-787.

Aún más, los grupos locales “también reclaman que las decisiones de desarrollo local deben ser tomadas en forma participativa”, esto es, a través de mecanismos de consulta ciudadana.

Como se ha visto, la oposición de la población al proyecto minero era muy fuerte y casi unánime. Debe notarse, no obstante, que no se encontraba sustentada en argumentos técnicos, sino más bien en una creencia monolítica en que el proyecto minero sería peligroso y que no se podía confiar en Manhattan, el gobierno ni el Estudio de Impacto Ambiental. Estas opiniones fueron formadas y dadas antes de que se finalizara con el Estudio de Impacto Ambiental y, más aún, cuando eran expresadas dejaban en claro que no existía posibilidad de ser reevaluadas una vez se contara con el Estudio de Impacto Ambiental.

III. FACTORES DE LA ECONOMÍA CONDUCTUAL Y LA PSICOLOGÍA COGNITIVA RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO

La sección anterior presentó los hechos más importantes para el análisis del conflicto de Tambogrande bajo una perspectiva de la economía conductual y la psicología cognitiva. Con este objetivo en mente, la presente sección desarrolla el marco teórico que será aplicado posteriormente para analizar el conflicto.

En los últimos años se ha realizado mucha investigación, en Economía y Psicología, sobre la forma en que las acciones de las personas y los procesos de toma de decisiones difieren de lo que se esperaría si estos fuesen completamente racionales. A través de estas investigaciones, los científicos han descubierto heurísticas⁵³ que las personas usan en su razonamiento, y que les ayudan a reducir la complejidad de ciertas tareas y llegar a decisiones de forma más rápida (“atajos mentales o reglas prácticas”)⁵⁴, pero que al mismo tiempo son proclives a errores⁵⁵. Estas heurísticas son especialmente relevantes cuando las personas analizan y comparan riesgos. Como veremos, en

la evaluación de riesgos las heurísticas en el razonamiento predisponen a las personas hacia cierto tipo de resultados.

1. Sesgo de disponibilidad

Tal como ha sido demostrado mediante una serie de investigaciones, las personas estiman la probabilidad de que ocurra un acontecimiento según qué tan fácil les es recordar la ocurrencia de similares acontecimientos. De esta forma, mientras más acontecimientos similares pueda recordar una persona, mayor será la probabilidad que le dará a la ocurrencia de dicho evento en el futuro. Esta es una heurística útil para estimar probabilidades, ya que la mayor parte de las veces es cierto que, frente a eventos con mayor probabilidad, las personas recordarán su ocurrencia más veces⁵⁶. El problema con esta heurística es que lleva a las personas a cometer errores importantes al estimar la probabilidad de eventos que han recibido poca cobertura o que no han sobresalido en los medios.

El sesgo de disponibilidad ocasiona una serie de sesgos tales como el de recordación de instancias similares y el de facilidad de imaginar situaciones similares⁵⁷. El primero de estos sesgos se refiere a que las personas verán como más probable un evento que es fácil de recordar en comparación a uno que no lo es; el segundo, que la estimación del riesgo de ocurrencia de cierto evento depende de qué tan fácil es imaginar dicho evento. Adicionalmente, el proceso de razonamiento sufrirá mayores sesgos debido a estructuras cognitivas tales como las creencias y valores de la persona, los cuales incrementarán o reducirán la disponibilidad de ciertos eventos, que por tanto se verán como más o menos probables⁵⁸.

2. Desatención a las probabilidades

Muchas veces, en casos que involucran emociones intensas, las personas omiten prestar atención a las probabilidades⁵⁹, de forma tal que, incluso grandes variaciones en la probabilidad, no tendrán

⁵³ Reglas prácticas que las personas usan para llegar a soluciones.

⁵⁴ JOLLS, Christine y Cass R. SUNSTEIN. “The Law of Implicit Bias”. *California Law Review*. 94. 2006. pp. 973-974.

⁵⁵ “(L)as personas se basan en un número limitado de heurísticas que reducen la complejidad de las tareas de evaluar probabilidades y predecir valores a simples operaciones de juicio. En general, estas heurísticas son bastante útiles, pero a veces llevan a errores severos y sistemáticos” (traducción libre). “Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases”. En: “Judgment Under Uncertainty”. Editores: KAHNEMAN, Daniel y otros. 1982. p. 3.

⁵⁶ *Ibid.* p. 11.

⁵⁷ *Ibid.* pp. 11-14.

⁵⁸ TAYLOR, Shelley E. “The availability bias in social perception and interaction”. En: “Judgment Under Uncertainty”. Editores: KAHNEMAN, Daniel y otros. 1982. p. 192.

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. “Beyond the Precautionary Principle”. *University of Pennsylvania Law Review*. 151. 2003. p. 1044.

un efecto sobre la estimación que tiene una persona acerca de cierto riesgo. Al respecto, Rottenstreich y Hsee⁶⁰ demostraron en un experimento que las personas desatenderán las probabilidades, es decir, no les prestarán atención, cuando se enfrenten a la toma de decisiones en situaciones de alta carga emocional negativa (en el caso del experimento, el miedo a recibir una descarga eléctrica). Aunque resulte sorprendente, en dichos casos las personas le darán igual peso, es decir, temerán en igual magnitud, a un alto riesgo de que ocurra un evento con carga emocional negativa, como a un bajo riesgo de que ocurra dicho evento⁶¹.

Tal como Sunstein⁶² señala, esta heurística no involucra al sesgo de disponibilidad. Bajo el sesgo de disponibilidad, las probabilidades se estiman según la disponibilidad con la cual se recuerda el evento; mientras que en la heurística de desatención a las probabilidades, la carga emocional hace que no se preste atención a la probabilidad, sin importar su magnitud.

3. Efecto certidumbre

El efecto certidumbre es uno de los hallazgos más robustos de la economía conductual, y se refiere al fenómeno según el cual las personas instantáneamente otorgan mayor valor a cosas que poseen que a cosas equivalentes que no poseen⁶³. De esta forma, las personas pedirán una mayor suma para vender un bien, que el monto que estarían dispuestas a pagar para comprar el mismo bien. En otras palabras, su disposición sobre el precio a pagar por un bien es menor que su disposición para aceptar una oferta respecto de dicho bien cuando éste está en su posesión⁶⁴.

Una de las consecuencias del efecto certidumbre es que si las personas ven un evento que tiene

costos y beneficios como una pérdida, le darán mayor peso a los costos. En cambio, y por sorprendente que parezca, si ven exactamente el mismo evento con los mismos costos y beneficios como una ganancia, le darán igual peso a los costos y beneficios. De igual forma, se le dará mayor peso a un costo que implica una disposición de efectivo frente a uno que implica únicamente un costo de oportunidad, aun cuando sean equivalentes. La razón para ello es el efecto certidumbre: el primero de estos casos será visto como una pérdida de algo que ya se tenía, y que por lo tanto ya se posee, mientras que el segundo caso será visto como una ganancia no percibida, esto es, la pérdida de algo que aún no se tenía y respecto de lo cual, por tanto, no había posesión⁶⁵.

Un efecto de costo hundido, que puede ser visto en dos fenómenos, ha sido reportado en relación con el efecto certidumbre. El primero de estos fenómenos es que las personas le dan mayor valor a algo respecto de lo cual ya han invertido recursos; el segundo, que las personas que han invertido un considerable esfuerzo en lograr u obtener algo, le otorgarán mayor valor que si logran u obtuvieran lo mismo sin haber realizado mayor inversión⁶⁶.

4. Aversión al riesgo

Como se ha visto anteriormente, las personas tienden a sobrevalorar las pérdidas potenciales y a subvalorar las ganancias potenciales. Esto significa que las personas suelen preferir una situación de certidumbre donde la ganancia es baja, frente a la posibilidad –incertidumbre– de una mayor ganancia acompañada de una pérdida, aun cuando el valor esperado de la segunda alternativa sea mayor⁶⁷. El resultado es que las personas tienden a ser adversas al riesgo y, por tanto, tratarán de evitar situaciones en las cuales exista cierta

⁶⁰ ROTTENSTREICH, Yuval y Christopher K. HSEE. "Money, Kisses, and Electric Shocks: On the Affective Psychology of Risk". *Psychological Science* 12. 2001. pp. 188-190.

⁶¹ "Cuando la probabilidad de un evento adverso pasa el umbral de cero, una consecuencia que antes no era de interés se convierte ahora en una fuente de preocupación. No obstante, incrementos posteriores en la probabilidad tienen poco impacto emocional adicional y, presumiblemente debido a esta razón, poco impacto en la elección" (traducción libre). LOEWENSTEIN y otros. "Risk as Feelings". *Psychological Bulletin* 127. 2001. p. 276. Por la misma razón, una reducción en la probabilidad de que ocurra un evento tendrá poco o ningún efecto en reducir la preocupación respecto a dicho evento. Así, "el miedo o preocupación frente a decisiones que involucran riesgo o incertidumbre tienen la característica de ser todo-o-nada: pueden ser sensibles a la posibilidad, en vez de a la probabilidad, de consecuencias negativas" (traducción libre). *Ibidem*.

⁶² SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 1047.

⁶³ THALER, Richard. "Toward a Positive Theory of Consumer Spending". *Journal of Economic Behavior & Organization*. 1. 1980. pp. 44-45; TANNENBAUM, David. "Cognitive Error and Career Choice. How Top Law Schools Can Support Public Interest Careers on the Cheap". Abril de 2007. pp. 30-31; y, KAHNEMAN, Daniel y otros. "The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias". *Journal of Economic Perspectives* 5. 1991. pp. 194-197 y 205.

⁶⁴ KAHNEMAN, Daniel y otros. Op. cit. p. 194.

⁶⁵ THALER, Richard. Op. cit. p. 44.

⁶⁶ *Ibid.* pp. 47-48.

⁶⁷ TANNENBAUM, David. Op. cit. p. 26.

probabilidad de una pérdida. Así, a las personas “les angustia mucho más el prospecto de una pérdida de lo que les agrada el prospecto de una ganancia equivalente”⁶⁸ y “cambios que empeoran las cosas (pérdidas) tienen mayor peso que mejoras o ganancias”⁶⁹.

La teoría prospectiva ha establecido, en relación con la aversión al riesgo, que resultados probables recibirán menos peso que resultados ciertos⁷⁰. Esto quiere decir que una situación en la cual hay certeza respecto a la inexistencia de riesgos, pero en la cual no hay ganancias, recibirá un mayor peso que una situación con baja probabilidad de riesgo, pero en la cual hay ganancias. Lo anterior es cierto aun cuando ambas situaciones tengan el mismo valor esperado.

Un descubrimiento relacionado es que las “personas se encuentran mucho más dispuestas a tolerar riesgos conocidos que desconocidos, aun cuando sean estadísticamente equivalentes”⁷¹. Lo anterior implica que preocupará más a las personas el incremento en el riesgo que una decisión pueda causar, que los beneficios que dicha decisión pueda traer. Por tanto, tenderán a darle un menor peso a las ganancias potenciales asociadas a dicha decisión.

5. Sesgo por el *status quo*

La aversión al riesgo y el efecto certidumbre hacen que los individuos valoren más el estado actual de las cosas que otros potenciales estados, pues usualmente verán los cambios al *status quo* como pérdidas. Así, los beneficios asociados a una decisión que involucre un cambio en el *status quo* serán subvaloradas, mientras que las pérdidas provenientes del mismo serán sobre valoradas⁷².

6. Heurística por emociones

Economistas y psicólogos conductuales han hallado que usualmente las personas reaccionan a situaciones riesgosas guiadas por su respuesta

emotiva y no por un análisis racional de la situación. La preferencia por el riesgo es determinada por la reacción emotiva al mismo, no por un análisis cognitivo⁷³. En este sentido, la hipótesis del riesgo como sentimientos postula que la respuesta de las personas a situaciones riesgosas se encuentra fuertemente influenciada por sus emociones, incluyendo la preocupación, miedo, pavor o ansiedad⁷⁴. La implicancia de lo anterior es que la forma en la cual las personas evalúan los riesgos se verá influenciada en mayor medida por sus sentimientos respecto a dichos riesgos en lugar de por la evaluación cognitiva de los mismos.

La evaluación cognitiva y la reacción emocional tienen determinantes diferentes, de forma tal que ante un riesgo dado las personas reaccionarán en forma diferente a la que se esperaría según una evaluación racional de dicho riesgo. Un importante determinante de las emociones es el sesgo de disponibilidad⁷⁵, también conocido como la heurística de disponibilidad. Este sesgo se refiere al fenómeno por el cual el realismo con el que una persona se imagina determinado evento es determinante para su reacción emocional al mismo. Slovic y otros⁷⁶ señalan que las “características que afectan la actitud de las personas hacia los peligros (...) son la voluntariedad, controlabilidad, familiaridad, inmediatez de las consecuencias, amenazas para las generaciones futuras, facilidad para reducir el riesgo y el nivel en el cual los beneficios se distribuyen equitativamente entre aquellos que soportan el riesgo”.

Un hallazgo de interés relacionado a lo anterior es que el riesgo y beneficio se encuentran inversamente correlacionados en la mente de las personas; no obstante, en la realidad lo opuesto es usualmente cierto: a mayor riesgo mayor beneficio⁷⁷. Tal como hemos expuesto, los juicios de las personas se encuentran influenciados por la forma en la cual se sienten respecto de los mismos, de forma tal que, en una actividad relacionada con emociones positivas, los riesgos serán vistos como bajos y los beneficios como altos, mientras

⁶⁸ Traducción libre. SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 1036.

⁶⁹ Traducción libre. KAHNEMAN, Daniel y otros. Op. cit. p. 199.

⁷⁰ SLOVIC, Paul y otros. “Facts Versus Fears: Understanding Perceived Risk, in Judgment Under Uncertainty”. En: “Judgment Under Uncertainty”. Editores: KAHNEMAN, Daniel y otros. 1982. pp. 463 y 480-481.

⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. “Laws of Fear”. 2005. p. 43.

⁷² KAHNEMAN, Daniel y otros. Op.cit. pp. 197-198.

⁷³ LOEWENSTEIN y otros. Op. cit. p. 274.

⁷⁴ Ibid. pp. 271-74.

⁷⁵ A lo que Loewenstein y otros (Ibid. pp. 275-76) se refieren como efectos vivenciales.

⁷⁶ SLOVIC, Paul y otros. Op. cit. p. 484.

⁷⁷ FINUCANE, Melissa L. y otros. “The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits”. En: Journal of Behavioral Decision Making 13. 2000. p. 3.

que lo inverso será cierto cuando las emociones sean negativas⁷⁸.

Finucane y otros⁷⁹ han demostrado en un experimento que las emociones pueden ser manipuladas mediante la información sobre los riesgos y beneficios que se les da a los sujetos, de forma tal que cuando los riesgos o beneficios percibidos se incrementan, los beneficios o riesgos percibidos disminuyen respectivamente. Así, el proveer información sobre los beneficios de una actividad reducirá la percepción del riesgo que de la misma se tiene, mientras que lo contrario será cierto cuando la información proporcionada sea sobre los riesgos.

7. El Sistema I y el Sistema II

En este punto es relevante referirnos a dos formas de pensar de las personas, las cuales los expertos han denominado como el Sistema I y el Sistema II. El Sistema I, también conocido como el sistema vivencial, es holístico, emocional, realiza conexiones a través de asociaciones, afecta al comportamiento a través de emociones de experiencias pasadas, codifica la realidad en imágenes, metáforas y narrativas; es más rápido procesando información, y sus conclusiones son vistas como válidas por sí mismas⁸⁰. En cambio, el Sistema II, también llamado el sistema analítico, es orientado hacia la razón, es analítico, realiza conexiones lógicas, afecta al comportamiento según una estimación conciente de los eventos, codifica la realidad en símbolos, palabras y números abstractos; es más lento en procesar la información y sus conclusiones requieren de justificación⁸¹. La mayor parte de las heurísticas y sesgos provienen de un razonamiento usando el Sistema I, el cual es más rápido pero a la vez bastante más proclive a equivocarse. Sin embargo, el Sistema II puede en algunos casos lograr anular o modificar las conclusiones del Sistema I⁸².

Todos los distintos sesgos cognitivos explicados anteriormente se encuentran relacionados a errores que las personas efectúan en su razonamiento individual. De forma adicional a los mis-

mos, hay dos fenómenos del comportamiento de las personas que se observan en situaciones sociales; a saber, las cascadas de disponibilidad y la polarización de grupos. Ambos fenómenos, que explicaremos a continuación, son relevantes para el presente análisis, pues muestran la influencia que la interacción social tiene en las actitudes y percepción de las personas en relación con los riesgos.

8. Cascadas de disponibilidad

Algunas veces, las personas esparcen la información a través de redes sociales en una forma tal que incrementa la trascendencia de dicha información, y consecuentemente amplifica las respuestas y preocupación respecto a la misma. La fuerza de esta cascada informativa crecerá conforme más personas participen en la misma y, debido a ello, continuará esparciéndose, amplificándose sus efectos. El problema, tal como lo nota Sunstein⁸³, es que "si la mayor parte de las personas se encuentra siguiendo a otros, entonces poca información es proveída por el hecho de que algunos o muchos parecen compartir cierto temor. La mayoría está respondiendo a las señales transmitidas por otros, sin conocer que esos otros están haciendo exactamente lo mismo".

Este efecto cascada puede resultar en una rápida difusión de la disponibilidad de cierto riesgo a través de la población, creando un sesgo de disponibilidad ampliamente extendido. El hecho de que es más probable que relatos que suelen inducir al temor se esparzan no hace sino amplificar este efecto⁸⁴.

9. Polarización de grupos

Este es un fenómeno según el cual personas con similar forma de pensar tenderán a polarizarse hacia una versión más radical de su posición inicial luego de haber deliberado sobre la misma⁸⁵. Los sesgos de las personas antes de deliberar no se reducirán luego de la deliberación, contrario a lo que se pensaría debido al mayor grado de información con que contarán, sino que, por el

⁷⁸ SLOVIC, Paul y otros. "Risk As Analysis and Risk As Feelings. Some Thoughts About Affect, Reason, Risk and Rationality". En: Risk Analysis 24. 2004. pp. 314-317.

⁷⁹ FINUCANE, Melissa L. y otros. Op.cit. pp. 9-13.

⁸⁰ SLOVIC, Paul y otros. "Risk (...)". Op. cit. p. 313.

⁸¹ Ibidem.

⁸² JOLLS, Christine y Cass R. SUNSTEIN. Op. cit. p. 975.

⁸³ SUNSTEIN, Cass R. "Laws (...)". Op. cit. pp. 94-95.

⁸⁴ Ibid. p. 96.

⁸⁵ Ibid. p. 98.

contrario, tenderán a incrementarse⁸⁶. Consecuentemente, luego de discutir sobre los riesgos, la posición de las personas sobre los mismos será una versión más radical de su posición inicial⁸⁷. Este resultado se debe al efecto que tiene la preponderancia de argumentos en apoyo de la posición mayoritaria, y al “deseo inconsciente de las personas de conformar su posición a la de la mayoría aparente y la reticencia de aquellos que se perciben a sí mismos como en la posición minoritaria de tomar una posición más activa que los pueda exponer al ridículo”⁸⁸.

IV. ANÁLISIS DEL CONFLICTO MINERO DE TAMBOGRANDE DESDE UNA PERSPECTIVA DE LA ECONOMÍA CONDUCTUAL Y DE LA PSICOLOGÍA COGNITIVA

En esta sección se aplicará el marco teórico antes desarrollado al conflicto minero de Tambogrande, teniendo en cuenta los hechos relevantes expuestos en la Sección II. La primera parte de esta sección centra el análisis en la estimación del riesgo por parte de las personas del pueblo de Tambogrande, así como su respuesta, desde una perspectiva de la economía conductual y de la psicología cognitiva. Con esta misma perspectiva en mente, en la segunda parte se explican las razones por las que fallaron los esfuerzos de Manhattan de cambiar la estimación que la población hizo del riesgo. Finalmente, la última parte propone una serie de medios alternativos que Manhattan pudo intentar para contrarrestar algunos de los sesgos que la población experimentó y, de esta forma, permitir una estimación más objetiva del proyecto minero.

1. Factores de la economía conductual y de la psicología cognitiva en juego en el conflicto minero de Tambogrande

Es posible observar una serie de heurísticas jugando un rol importante en la reacción de los

pobladores de Tambogrande ante el proyecto minero propuesto por Manhattan. Una primera heurística fue el sesgo de disponibilidad, el cual hizo que las personas asociaran las actividades mineras a los daños ambientales. Ello significó que dichas actividades fueran vistas como una amenaza a la agricultura.

Desde el primer momento existió un fuerte rechazo al proyecto minero debido a las preocupaciones ambientales, sin importar cual fuera el resultado del Estudio de Impacto Ambiental. Resultaba más fácil para las personas imaginar los efectos devastadores de la minería sobre la agricultura⁸⁹—una creencia fuertemente arraigada—⁹⁰, que la posible coexistencia de la minería y la agricultura⁹¹, no obstante el compromiso público asumido por Manhattan de garantizar dicha coexistencia⁹². De igual forma, los ejemplos de situaciones en los cuales la minería y la agricultura coexisten de forma armoniosa eran inexistentes para la población de Tambogrande⁹³, mientras que los ejemplos de conflictos con la minería se encontraban muy presentes⁹⁴.

Había una sensación de que el proyecto minero presentaba un alto riesgo para el medio ambiente, sin importar lo que pudiese señalar el Estudio de Impacto Ambiental. La población y las organizaciones opuestas al proyecto señalaron que su percepción no sería cambiada por dicho estudio y que no tenían confianza en sus resultados. Debe subrayarse que dichas declaraciones fueron dadas antes de que el Estudio de Impacto Ambiental fuese completado y hecho público⁹⁵.

El efecto cascada hizo que el sesgo de disponibilidad se difundiera y amplificara a través de la población de Tambogrande, incrementándose así la sensación de riesgo y de un peligro inminente. Debe recordarse que el territorio del pueblo de Tambogrande no era extenso, por lo que no debería sorprender que las noticias se extendieran rápidamente.

⁸⁶ LORD, Charles G y otros., “Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories On Subsequently Considered Evidence” En: *Journal of Personality & Social Psychology* 37. 1979. pp. 2098, 2098-2100, 2105-2106.

⁸⁷ KAHAN, Dan M. y otros. “Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk”. *Harvard Law Review* 119. 2006. p. 1079.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ “El principal miedo observado es que la región sea transformada en una zona minera e industrial en detrimento de la agricultura” (traducción libre). ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Op. cit. p. 8.

⁹⁰ ZAPATA RUMICHE, Rolando. “Tambogrande: Entre el Banco de Oro y el Desarrollo Sustentable”. En: <http://www.takingitglobal.org/express/panorama/article.html?ContentID=5629>. 27 de Mayo de 2005.

⁹¹ Ver: Sección II. Tal como se señala ahí, el 87,8% de la población de Tambogrande contestó que no creían en la posibilidad de que la agricultura y la minería pudieran coexistir.

⁹² PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 22.

⁹³ Manhattan intentó, infructuosamente, enfrentar esta heurística organizando una visita de algunos líderes del pueblo de Tambogrande a una mina en Chile en la cual la agricultura y la minería coexistían.

⁹⁴ La población de Tambogrande inició su oposición contra la industria minera con los primeros intentos por BRGM, en la década de los ochentas, por establecer una mina en la zona. Ver: Sección II.

⁹⁵ Ver: Tabla 1. La probabilidad de un desastre ecológico era vista como muy alta y la confianza en el Estudio de Impacto Ambiental era baja.

Adicionalmente, existían varias organizaciones que se oponían al proyecto, entre las que se encontraba el Frente con una actuación bastante activa. Desde el inicio se opuso públicamente al proyecto minero, señalando los riesgos que presentaba para la población, y organizó en el distrito, durante un periodo de tres años, tres huelgas, seis manifestaciones públicas y tres cartas abiertas, firmadas por miles de personas, oponiéndose al proyecto⁹⁶.

De esta forma, poco tiempo después de que la compañía comenzara sus actividades de exploración preliminar, ya había en la población un extendido sesgo de disponibilidad frente a los peligros que la minería presentaba para la agricultura. Esto significó que muchas de las actividades que la compañía organizó para intentar informar a las personas tuvieran poco o ningún efecto⁹⁷.

Una gran parte de esta oposición y alta percepción del riesgo puede rastrearse a la heurística por emociones y la respuesta emocional de las personas respecto al proyecto minero. En el distrito de Tambogrande, las personas se encontraban fuertemente identificadas con la agricultura⁹⁸, de forma tal que el prospecto de una industria minera que pudiese afectarla les causaba pavor. Esta emoción negativa puede asociarse con la existencia, en el presente caso, de falta de voluntariedad en el riesgo –debe recordarse que fue impuesto por el gobierno al otorgar la concesión a Manhattan–, falta de control sobre el riesgo, falta de familiaridad, la inmediatez de las consecuencias, y la sensación de que el riesgo no podría disminuirse. Como se explicó anteriormente, todos esos son elementos que Slovic y otros han reportado como factores que influyen la actitud de las personas hacia el riesgo⁹⁹.

Las emociones negativas de las personas ante el proyecto eran tales que, ya en los primeros estudios exploratorios en 1999, los equipos de trabajadores de Manhattan enfrentaron hostigamientos por parte de grupos de campesinos.

Dichas emociones negativas se fueron incrementando y esparciendo con el transcurrir del tiempo. En febrero de 2001, desembocaron en una demostración de proporciones mayores en la cual se destruyeron las oficinas de Manhattan en el pueblo de Tambogrande.

Las emociones negativas influenciaron aún más la percepción de riesgo que existía en Tambogrande respecto del proyecto minero. La respuesta negativa de las personas no disminuyó, pese a los extensos esfuerzos de Manhattan por comunicar su compromiso de asumir varias técnicas de mitigación de riesgos. Como era de esperarse, según la heurística de desatención a las probabilidades, cualquier información respecto a la mitigación de los riesgos tuvo poco o ningún efecto en la percepción de las personas acerca del proyecto minero. Esto podría también explicar la falta de receptividad de la población respecto al Estudio de Impacto Ambiental, ya que no era relevante para su percepción cuánto pudiera reducirse el riesgo. Mientras éste se mantuviera así, aun cuando el riesgo fuese reducido, se generaría la misma percepción y respuesta negativa en la población.

Adicionalmente, la población de Tambogrande mostró, como era predecible, ser adversa al riesgo, prefiriendo su situación actual a una en la cual los beneficios se incrementasen junto con la probabilidad de daños ambientales. Esto muestra una subvaluación de los beneficios debido a la percepción del riesgo.

Lo que podría resultar intrigante para algunos es que, como se expuso en la Sección II, la situación de Tambogrande en el año 2000 era una de extrema pobreza, con un porcentaje de analfabetismo 25,5% por encima del promedio nacional, y con 84% de la población sin acceso al agua, 66% con falta de servicios de saneamiento y 87% sin conexión con la red eléctrica nacional. El proyecto minero prometía mejorar la situación de Tambogrande considerablemente, de forma tal que la fuerte oposición de la población sorprendió a varios en otras zonas del Perú¹⁰⁰.

⁹⁶ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 16.

⁹⁷ Como señala Portugal (PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. pp. 15-16), "las numerosas actividades de información que realizaba la empresa se orientaban principalmente a convencer a la población de las bondades del proyecto, señalando que la minería simplemente no contamina el ambiente. Sin embargo, todo ello no cambiaba la actitud de los habitantes de Tambogrande, al punto que en (sic) una encuesta encargada por la empresa a inicios del 2000 indicaba el 84% de la población estaba en desacuerdo con la actividad minera".

⁹⁸ Ibid. p. 3.

⁹⁹ SLOVIC, Paul y otros. "Facts (...)". Op. cit. p. 484.

¹⁰⁰ Esta sorpresa se reflejó en la cobertura negativa, por parte de varios medios de comunicación, sobre los resultados de la consulta vecinal de Tambogrande. Ver: Sección II.

Sin embargo, tal actitud puede explicarse fácilmente desde una perspectiva conductual y cognitiva como un resultado del efecto certidumbre, la aversión al riesgo y el sesgo por el *status quo*. Las personas veían el proyecto como una pérdida de su *status quo*, en lugar de ver una ganancia con cierta probabilidad de daños. Es cierto que su estado era precario, pero era el único que conocían y, por tanto, un cambio que significase un riesgo para la agricultura era visto como una pérdida. Más aún, debemos considerar que muchos pobladores habían efectuado cuantiosas inversiones de sus recursos y destinado mucho esfuerzo a sus actividades agrícolas, sintiendo orgullo por los resultados¹⁰¹. Entonces, no debería ser sorprendente, teniendo en cuenta el efecto de costos hundidos, encontrar que valoraban más su estado presente, como una comunidad exclusivamente agrícola, que un posible estado futuro de mayor bienestar.

En relación con lo arriba señalado, debe también considerarse que las personas tienen una mayor aversión frente a riesgos desconocidos que a riesgos familiares. En tal sentido, les preocupará más un riesgo desconocido, como los efectos de la minería, que un riesgo conocido, como los riesgos para su salud y desarrollo que ya venían enfrentando. Este parece ser un efecto muy presente en la población de Tambogrande, pues Portugal también menciona otros riesgos que al parecer no causaban mucha preocupación en la población, no obstante su gravedad. Estos riesgos eran la contaminación del agua por agroquímicos, problemas con la disposición de basura, la depredación del bosque seco y la contaminación del agua y aire por la planta de aceite de limón¹⁰².

Aún más, debemos recordar que usualmente hay una correlación inversa en la mente de las personas entre los riesgos y los beneficios de una actividad. En el caso de Tambogrande los riesgos eran vistos como altos y, consecuentemente, las personas vieron los beneficios como reducidos o sólo favorables para Manhattan¹⁰³. Hay información en el estudio de Muradian y otros¹⁰⁴ que es

consistente con esta interpretación. Cuando a las personas entrevistadas se les preguntó si es que estarían a favor del proyecto si los habitantes del valle de San Lorenzo fueran accionistas en el mismo, la aprobación se incrementó de 7,1 a 14,4% (un incremento de más del 100%), y la oposición al proyecto se redujo de 85 a 75,8% (una reducción del 11%). Esto sugiere que cuando los beneficios pasaron a primer plano, la oposición al proyecto se redujo y es probable que la percepción del riesgo también.

Otro factor conductual que parece haber estado presente es la polarización de grupos. La oposición de la población al proyecto se incrementó con el tiempo y esto pudo deberse a una mayor sensación de los riesgos que el proyecto minero traía consigo¹⁰⁵. Las personas opuestas al proyecto tuvieron varias oportunidades en las cuales reunirse e intercambiar ideas, no sólo a través de las actividades organizadas por el Frente y las demás organizaciones opuestas al proyecto, sino también a través de sus propias reuniones familiares y sociales. Podemos asumir que, debido a que este era un tema que podía tener un impacto significativo en sus vidas, debe haber sido uno de los principales temas de discusión en las reuniones sociales. Adicionalmente, los resultados casi unánimes de la consulta vecinal solidificaron esta polarización y le dieron mayor legitimidad.

Resumiendo lo expuesto, esta sección ha descrito y explicado diversas heurísticas y sesgos que jugaron un rol importante en la oposición de la población al proyecto minero. Como hemos señalado anteriormente, el presente artículo no se ha enfocado en evaluar la viabilidad del proyecto minero, sino en explicar la oposición al mismo desde una perspectiva conductual y cognitiva. El problema en el cual nos hemos centrado es que las personas hicieron su elección sin tomar en cuenta ciertos factores científicos relevantes, como el Estudio de Impacto Ambiental, y no si es que la elección fue correcta. En suma, el problema es, a nuestro parecer, que la elección fue hecha a través del Sistema I y no del Sistema II¹⁰⁶.

¹⁰¹ PORTUGAL MENDOZA, Carlos. Op. cit. p. 13.

¹⁰² Ibid. p. 39.

¹⁰³ Sólo el cinco por ciento pensaba que los principales beneficiados por el proyecto serían los ciudadanos del valle de San Lorenzo o de la ciudad de Piura. Ver: MURADIAN, Roldan y otros. Op. cit. p. 784.

¹⁰⁴ Ver: Sección II.

¹⁰⁵ El 84% de la población declaró su oposición al proyecto en una encuesta efectuada en el 2000, 85% en una efectuada en agosto de 2001 y 93,95% en la consulta vecinal de junio de 2002.

¹⁰⁶ Muradian y otros (MURADIAN, Roldan y otros. Op. cit. p. 787) tienen una interpretación distinta. Para ellos la oposición de la población de Tambogrande al proyecto minero es el resultado de su creencia en que había en el proyecto minero una distribución injusta de los beneficios económicos y las cargas ambientales; la alta importancia dada a la autodeterminación; y la desconfianza en Manhattan y el gobierno central.

2. Factores conductuales y cognitivos que explican el fracaso de los intentos de informar a la población

Como lo reportan Rousseau y Meloche, Manhattan llevó a cabo infructuosamente varias actividades con el fin de ganar el apoyo de la población, tales como¹⁰⁷:

- Construir seis casas modelo durante el otoño del 2000 para mostrar a las personas el tipo de casas en las cuales se les reubicaría;
- Organizar, hacia fines del 2000, sesiones informativas respecto de la reubicación. Manhattan señala haber llevado a cabo 25 talleres informativos con 600 residentes;
- Boletines informativos mensuales preparados por Manhattan;
- Cartas abiertas del presidente de Manhattan a los ciudadanos de Tambogrande, de periodicidad semanal entre el 27 de enero y el 7 de abril de 2002; y,
- La organización y financiamiento de la visita de algunos de los líderes de Tambogrande –incluyendo al alcalde y al presidente del Frente– a una mina en Chile en la cual la agricultura y la minería coexistían.

Estas actividades fracasaron debido a que no pudieron sobrepasar el sesgo de disponibilidad de las personas y cambiar las emociones negativas que sentían respecto a Manhattan y el proyecto minero. Tal como Slovic y otros¹⁰⁸ explican, no es fácil crear programas informativos efectivos, entre otros factores, debido a que los “mensajes deben confrontar las preconcepciones (y tal vez concepciones erradas) de los escuchas respecto al peligro en cuestión y sus consecuencias”.

Así, como fuera reportado en diversos artículos sobre el conflicto de Tambogrande¹⁰⁹, la población no cambió su percepción del riesgo a pesar de los esfuerzos desplegados por Manhattan. El Estudio de Impacto Ambiental fue descartado por la población, el Frente y otras organizaciones antes

de ser completado y difundido, de esta forma se frustró cualquier posibilidad de cambiar su percepción con una base científica. Esto puede ser visto como una reacción del Sistema I de las personas, ocasionada por las razones antes expuestas. Manhattan trató infructuosamente de enlistar el Sistema II de las personas dentro del análisis, proporcionando para ello información sobre los riesgos del proyecto y la forma de evitarlos, así como los beneficios que traería.

No obstante lo antes señalado, cabe mencionar que una posible explicación distinta de este caso es que el Sistema II de las personas sí jugó un importante rol en su decisión, y que simplemente hubo un análisis de los hechos distinto al de Manhattan. Sin embargo, a nuestro parecer, los hechos del caso no soportan esta explicación, pues la posición de las personas opuestas al proyecto era que nada cambiaría su decisión. Debido a ello, rechazaron el Estudio de Impacto Ambiental antes que éste fuera completado y difundido. Esto es una indicación de una respuesta viseral típica del Sistema I, yendo en contra de una explicación basada en una decisión razonada del Sistema II.

3. Posibles formas de sobrepasar los factores cognitivos y conductuales

Como hemos señalado, no hay una forma clara de responder a la pregunta sobre cuál era el análisis costo-beneficio correcto para el proyecto minero de Tambogrande, pero el hecho que la población de Tambogrande rechazara el proyecto, antes que se hubieran completado los estudios sobre el mismo, sugiere que factores conductuales y cognitivos influenciaron dicha decisión.

A fin de contrarrestar dichos factores, y con el objetivo de que las personas pudieran efectuar una evaluación más objetiva del proyecto, Manhattan y el gobierno pudieron haber efectuado las actividades que aquí describimos.

Para estos investigadores, la oposición se “encuentra fundada principalmente sobre valores socioculturales, tales como la justicia, confianza, apego a los lazos comunitarios y autodeterminación” (traducción libre). Ellos ven un conflicto entre dos comunidades de expertos con diferentes sistemas de valor y en su opinión la indignación contra la exposición involuntaria al riesgo podría explicar las diferentes percepciones de riesgo entre el público y los técnicos. Ellos también se hacen la pregunta, claramente relevante, sobre la percepción de cuál de los dos grupos debería ser la que se privilegie en un caso como el presente.

La explicación de Muradian y otros carece de un análisis sobre cómo los factores conductuales y cognitivos influenciaron la posición de las personas respecto al proyecto minero y, aun más, cómo dichos factores impidieron cualquier posibilidad de un análisis costo-beneficio del problema.

¹⁰⁷ ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.

¹⁰⁸ SLOVIC, Paul y otros. “Facts (...)”. Op. cit. p. 478.

¹⁰⁹ Véase ROUSSEAU, Stéphanie y François MELOCHE. Loc. cit.; MURADIAN, Roldan y otros. Loc. cit.; PORTUGALMENDOZA, Carlos. Loc. cit.; ZAPATA RUMICHE, Rolando. Loc. cit.; “Mining a sour vein in Peru”. En: *Economist* 359. 23 al 29 de junio de 2001. p. 35.

Una primera acción de importancia habría sido evitar cualquier demora en el Estudio de Impacto Ambiental, a fin de no incrementar la falta de certeza y las dudas sobre su validez. De haberse completado y difundido rápidamente este estudio, también se podría haber evitado las cascadas de disponibilidad que se dieron, pues los pobladores hubiesen tenido mayor información sobre el tema.

Uno de los principales problemas con la percepción de la población de Tambogrande respecto del proyecto minero era que fue visto desde el comienzo como una pérdida donde los costos estaban presentes en la mente de las personas, pero no los beneficios. Una forma de poner los beneficios en un primer plano habría sido el contratar, desde un inicio, a los trabajadores para la construcción y operación de la mina, condicionando dicha contratación a la obtención de las autorizaciones requeridas. Adicionalmente, Manhattan debió presentar, como un beneficio de los recursos generados por la mina, un plan concreto, incluyendo un cronograma de ejecución, para aliviar algunos de los riesgos y problemas que el distrito de Tambogrande ya enfrentaba, tales como el de la disposición de la basura y la depredación del bosque seco. Con dichas acciones se habría ampliado la base de las personas que realizaron su análisis tomando en cuenta tanto los costos cuanto los beneficios del proyecto minero. La existencia de cascadas de disponibilidad habría, presumiblemente, expandido entre la población la información sobre estos beneficios, pudiéndose así cambiar la percepción global del proyecto.

Una tercera actividad habría sido el enlistar una organización imparcial, y en la cual la población confiara, en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. Esto teniendo en cuenta que Muradian y otros¹¹⁰ reportan que un importante factor en la percepción del riesgo de las personas fue la falta de confianza en el gobierno, en Manhattan y en el Estudio de Impacto Ambiental. De esta forma, el incorporar a una organización confiable habría ayudado a contrarrestar dichos factores¹¹¹.

Anteriormente hemos explicado cómo el Sistema I de las personas jugó un importante rol en su

evaluación del riesgo presentado por el proyecto de Tambogrande. Las estrategias arriba descritas intentan superar dicho problema del Sistema I a través de técnicas que inciden en el mencionado sistema, tales como hacer que el sesgo de disponibilidad se centre en los beneficios en vez de en los riesgos.

Adicionalmente a dichas técnicas, Manhattan debió intentar enlistar el Sistema II de las personas, lo que pudo lograrse mostrando la factibilidad de su proyecto como una mina ambientalmente segura. Formas de alcanzar esto habrían sido el proveer información confiable, tiempo para discutirla y la real reducción de los riesgos¹¹².

Sin embargo, es cierto que estas técnicas podrían no haber funcionado en este caso, debido a que, al parecer, el Sistema I de las personas del pueblo de Tambogrande se encontraba sumamente involucrado en sus respuestas, por lo que enlistar el Sistema II habría sido extremadamente difícil¹¹³.

Una técnica adicional que se pudo intentar es el uso del efecto de la polarización grupal. Manhattan pudo presentar en reuniones con grupos reducidos información objetiva sobre el proyecto y luego, con la ayuda de facilitadores, conducir las reuniones de forma tal que se centraran en los beneficios, y no sólo en los riesgos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El estudio del conflicto minero de Tambogrande, desde una perspectiva de la economía conductual y la psicología cognitiva, nos ha permitido presentar algunas reflexiones sobre cómo ciertas heurísticas y sesgos cognitivos influenciaron la perspectiva de las personas respecto al proyecto minero. La percepción de los pobladores de Tambogrande y su reacción ante el proyecto minero estuvieron fuertemente influenciadas por las heurísticas y sesgos descritos, correspondientes a un razonamiento del Sistema I. Manhattan trató de superar la reacción de las personas a través de una serie de actividades y acciones que resultaron infructuosas, en parte debido a la desatención a los factores cognitivos en juego.

¹¹⁰ Ver: Tabla 1.

¹¹¹ Debe notarse que Manhattan sí trató de enlistar algunas organizaciones con credibilidad, como la Iglesia, pero sólo para la negociación. La propuesta aquí efectuada comprende una organización con credibilidad que pudiera evaluar la validez técnica del Estudio de Impacto Ambiental.

¹¹² TANNENBAUM, David. Op. cit. p. 39.

¹¹³ Se celebraron varias reuniones informativas organizadas por Manhattan, aunque sin éxito.

Este artículo ha propuesto una serie de soluciones que pudieron intentarse en el caso en cuestión para superar la resistencia de la población a analizar la viabilidad del proyecto minero. El objetivo de estas soluciones ha sido el contrarrestar o neutralizar algunos de los sesgos y heurísticas que afectaron la percepción de las personas respecto del proyecto minero, y de esta forma enlistar el Sistema II de estas personas en su evaluación. Resulta difícil determinar si estas propuestas habrían funcionado en el caso de Tambogrande, aunque es claro que cualquier solución debió

tomar en cuenta los factores que hemos descrito.

Una nota final es reiterar que este artículo no se ha pronunciado sobre quién, entre Manhattan y los pobladores de Tambogrande, tuvo la razón en el conflicto. El artículo únicamente ha intentado explicar y desarrollar los factores cognitivos y conductuales que influenciaron la percepción de las personas e impidieron que se realizase un análisis objetivo del problema. Sin embargo, no ofrece guía alguna sobre cuál habría sido el resultado de dicho análisis.

ESTUDIO GHERSI

— ABOGADOS —

PAYET | REY | CAUVI

ABOGADOS

Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Centro Empresarial Real
Edificio Real 3 piso 12
San Isidro Lima Perú

T (51 1) 612 3202
F (51 1) 222 1573
www.pre.com.pe
lexmail@prc.com.pe

MIRANDA & AMADO

ABOGADOS

www.mafirma.com.pe

NOTARIO

Dr. Jaime A. Murguía Cavero

Horario de Atención

De Lunes a Viernes 9:00 am. - 6:30 pm.
Sábados 10:00 am. - 1:00 pm.

Av. Juan de Arona 707 San Isidro - Lima 27 (a una cuadra del puente Corpac)
Telf.: (511) 442-0300 Fax: 442-0850
email: murguia@notariamurguia.com

Servicios Gráficos

Mystic Rosse S.A.
Trabajos de calidad a menor precio

Impresión de calidad
en maquinas

Heidelberg

Speed Master

Formato: 70 x 50 cm.

Davidson 701 D

Formato Doble oficio

 **Diseño Gráfico**

Ofrecemos también los siguientes servicios:

Máquina Cortadora, Engrapadora eléctrica, Troquelado,
encuadernación, Aspirado, Empastes, etc

Av. José Gálvez N°1950 - A - Lince

Telf: 266-1684 / 265-6802

Nextel: 9815*0499

Cel: 9520-2302

Rpm. #271527

E-mail: grupomysticsa@yahoo.es

mystic_rosse@hotmail.com

CLÁUSULA GENERAL ANTI-ELUSIVA Y LA NORMA VIII PERUANA*

Entrevista a César García Novoa**

¿Cuál es el fundamento de las normas anti-elusivas? ¿Es conveniente que un ordenamiento jurídico contenga una norma anti-elusiva de carácter general o más bien varias de carácter especial? ¿Cuáles son los riesgos implícitos que traen las normas anti-elusivas? ¿Es la norma VIII del Código Tributario una verdadera norma de ese tipo?

En las páginas que siguen, el profesor César García Novoa nos brinda su opinión acerca de las normas anti-elusivas, situándonos en el contexto de su tratamiento en la Unión Europea y España, para finalmente, aterrizar en el ordenamiento jurídico peruano y analizar la norma VIII del Código Tributario.

* La presente entrevista fue realizada por Giorgio Massari, ex-miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y por Oscar Súmar, ex-Director de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Andrés Valle Billinghamurst por habernos facilitado la entrevista al doctor García Novoa, y al doctor Eduardo Sotelo, por su colaboración en la elaboración de las preguntas.

** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Santiago de Compostela. Director del Estudio García Novoa.

1. Situándonos en contexto, ¿por qué cree usted que surgen o son necesarias las normas anti-elusivas?

Bueno, las normas anti-elusivas tienen un fundamento constitucional difícil. Partiendo de lo que es la elusión; es decir, si aceptamos que la elusión es una forma de evitación del hecho imponible, no evasión, no incumplimiento de la ley tributaria, sino evitación del hecho imponible, digamos, no realizando el hecho imponible o realizando otro menos gravado en condiciones abusivas. Así pues, el fundamento no estaría en el derecho del Estado a sancionar las conductas antijurídicas, pues en sentido técnico-jurídico no nos encontramos ante una conducta antijurídica, dado que no hay una violación directa de la norma. Entonces, ¿cuál sería el fundamento?

La jurisprudencia en Europa ha entendido que el fundamento de estas cláusulas en el Derecho interno estaría en la evitación del fraude, entendiendo como evitación del fraude el sustraerse de un volumen teórico que todos, potencialmente, deberíamos aportar a las arcas públicas. Claro, un volumen teórico que partiría, no de los hechos imponibles que hemos realizado cada uno de nosotros, sino de éstos, más los que hemos evitado abusivamente. Por lo tanto, por lo que puedo comentar, tanto de la jurisprudencia italiana, como española, los tribunales constitucionales sostienen que los Estados tienen derecho a perseguir la elusión y, por tanto, regular estas cláusulas, porque si no lo hiciesen, aquellos con acceso a una mayor información o con un asesoramiento más sofisticado podrían evadir el tributo y aquellos contribuyentes con menos información tendrían que pagar la diferencia. Es decir, se estaría justificando el establecimiento de cláusulas anti-elusivas en una especie de potencialidad recaudatoria del sistema tributario. El sistema tributario tendría una potencialidad teórica y ésta dependería de los hechos imponibles que realizamos, pero también de los que evitamos abusivamente. Pero, claro, el gran problema es ese: el fundamento constitucional que se acepta, que es el principio de capacidad contributiva, no es tan claro desde mi punto de vista.

La capacidad contributiva está en función de la riqueza que uno manifiesta. Evidentemente, uno puede evitar manifestar esa riqueza de modo abusivo, pero la capacidad económica se mide en función a los hechos imponibles realizados. Entonces, hay que ser muy cuidadosos en este punto. Podemos admitir, casi como una convención, no como verdad absoluta, que el Estado tendría derecho a proteger esa supuesta

potencialidad recaudatoria del sistema tributario frente a vaciamentos abusivos de la misma y; por lo tanto, hacer que los contribuyentes tributen por los hechos imponibles realmente realizados, pero también por los evitados en condiciones que el ordenamiento no admite.

2. Dentro de la Unión Europea, ¿cómo ha sido la evolución de las normas anti-elusivas en el contexto de la integración de Europa? ¿Hacia dónde está cambiando su aplicación por parte de los tribunales?

En ese punto, la Constitución europea va a tener muy poca incidencia. La Constitución europea es una modificación de los tratados constitutivos de la Unión Europea y es un cambio nominal, más que un cambio en profundidad. Concretamente, en materia tributaria la incidencia es casi nula. De las grandes reivindicaciones que se están haciendo en el Derecho Tributario europeo, casi ninguna es recogida por la Constitución europea. Es verdad que se ha incorporado una Carta de derechos fundamentales y hay varios de estos derechos que son bastante "invocables" en vía tributaria, como el derecho a no declarar contra uno mismo en los procesos de verificación o la tutela judicial efectiva. Estarán en la Constitución europea cuando se ratifique y antes lo estaban en las Cartas constitucionales de los Estados miembros. No es un avance muy significativo. Es un avance más semántico que de fondo.

Respondiendo a la segunda pregunta, la aplicación de las cláusulas anti-elusivas presenta un grave problema en Europa y es que se da una grave tensión entre dos principios: el Derecho europeo es un derecho de libertades económicas, donde lo fundamental es que los europeos no sean discriminados en los distintos países y donde se tutelan una serie de libertades fundamentales, como la libre circulación de personas, de capitales y de servicios, que son la esencia del Derecho Comunitario.

La libre circulación de capitales, el libre establecimiento o la libre circulación de mercaderías es la esencia del derecho comunitario. Entonces, estamos ante un ordenamiento que prevalece sobre los ordenamientos internos de los distintos Estados y que es un derecho de libertades económicas y, frente a este Derecho, los Estados tienen su sistema tributario. No hay un sistema tributario de la Unión Europea. El sistema tributario es de cada uno de los Estados. Ellos tienen la obligación de recaudar porque prestan servicios a sus ciudadanos: de sanidad, educación

e infraestructuras y tienen, por tanto, que regular sus sistemas tributarios y sus cláusulas anti-elusión. Es decir, los estados pueden verse necesitados de regular cláusulas anti-elusión en su ordenamiento interno y ahí se produce un contraste: el Derecho europeo que privilegia la libre circulación de capitales prevalece frente a los Estados miembros, que puede tutelar la potencialidad recaudatoria del sistema tributario creando cláusulas anti-elusión y es posible que las cláusulas anti-elusión, como ha ocurrido frecuentemente, vulneren o menoscaben algunas de esas libertades fundamentales.

En ese contraste, el Tribunal de la Unión Europea, que es el supremo intérprete del Derecho Comunitario, ha dicho claramente que prevalecen la libre circulación de capitales, la libertad de establecimiento, la libertad de circulación de mercaderías, frente a las cláusulas anti-elusión, y hemos tenido bastantes casos. Uno de los últimos ejemplos es el caso de la sub-capitalización en Alemania, sentencia Lankhorst-Hohorst del año 2002, en que el Tribunal de la Unión Europea ha dicho que una cláusula especial de sub-capitalización, pensada para evitar la elusión tributaria, debe ceder ante la libertad de establecimiento y; por tanto, si dicha cláusula está vulnerando la libertad de establecimiento, éste prevalece frente a la cláusula. Por consiguiente, una cláusula anti-elusión no puede discriminar a los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea ni vulnerar estas libertades fundamentales, ni siquiera invocando que el Estado pierde recaudación ni alegando fraude. Estas no son razones de interés general que permitan limitar la libertad de circulación de capitales, de mercancías o de servicios. Ese es el gran problema: los Estados defendiendo su poder fiscal y su capacidad recaudatoria así como un Derecho Comunitario, aplicado por el Tribunal de la Unión Europea, como es su obligación.

Ese talante económico del Derecho Comunitario frente a los principios jurídicos de los sistemas comunitarios internos, es una cuestión muy interesante y veremos cómo se resuelve. Desde luego, la Constitución europea no lo ha resuelto, aunque habían varias propuestas al respecto.

3. ¿Cómo es la regulación en España a nivel doméstico? ¿Cómo interpreta la jurisprudencia las normas anti-elusión?

En España teníamos una cláusula general que era una cláusula de fraude a la ley y que estaba en el artículo 24 de la Ley General Tributaria, que ha

sido derogada el 1 de julio de 2004, entrando en vigor la nueva Ley General Tributaria. Aquella (la norma derogada) era una norma que no se aplicaba. Curiosamente, era una cláusula general que en la práctica no se venía aplicando. Era casi un ejemplo de derogación por desuso de una norma. No es que haya sido derogada ni que las normas se deroguen por desuso, pero era una norma que no se utilizaba.

Las razones de esta falta de utilización eran varias. Fundamentalmente, en primer lugar, porque era una norma que obligaba a la Administración a probar el ánimo elusivo y esto es algo que se puede acreditar por hechos objetivos, pero que muchas veces es difícil de probar. Por lo menos, es muy difícil de rebatir al contribuyente que alega no haber intentado eludir el tributo. En segundo lugar, es una norma que exigía un procedimiento específico dentro de lo que era el procedimiento de verificación. Si se detectaba fraude a la ley, había que paralizar el procedimiento principal y abrir un procedimiento específico para verificar si se producía fraude a la ley. Y, en tercer lugar, era una norma que no permitía sancionar y la Administración, como es natural, muchas veces tenía la intención de aplicar sanciones. Aquí, simplemente, se aplicaba la norma defraudada. ¿Por qué no se aplicaba el artículo 24? Pues por todas estas razones y porque había alternativas más sencillas.

La Administración, hasta el año 1995 en que modifica la ley, ha utilizado la interpretación económica. Es decir, la Ley General Tributaria, hasta su reforma en el año 1995, permitía el recurso a la interpretación económica. Porque, además, era más sencillo interpretar, utilizando la interpretación económica, que acudir al expediente del fraude a la ley que era mucho más complicado. Cuando, en el año 1995, desaparece la posibilidad de interpretar por la vía de la interpretación económica, la Administración acude a la vía de la simulación, cuando en muchísimos casos no hay simulación. No había simulación, generalmente, porque en muchos de estos supuestos las operaciones eran absolutamente reales, verdaderas, muchas veces en fraude a la ley, pero que no incurrieran en supuestos de simulación. O sea, la simulación presentaba dos ventajas y eran: (i) que se podía aplicar en el propio procedimiento de verificación; y, (ii) que permitía sancionar.

En efecto, la posibilidad de sancionar un caso de simulación está ligada a la propia existencia de una falsedad de una constitución artificiosa, pero, curiosamente, la Administración española

aplicaba la simulación y no probaba la artificialidad porque muchas veces no la había y; sin embargo, aplicaba sanciones. Esta situación hizo que el fraude a la ley no se aplicase. Los tribunales, obviamente, habían insistido que, primero, no era posible una interpretación económica y, en segundo lugar, que sólo había simulación cuando hubiese falsedad, cuando se crease una apariencia para encubrir una realidad distinta (en la simulación relativa). En ese sentido, cuando se empieza a trabajar en el nuevo proyecto de la Ley General Tributaria, una corriente doctrinal importante empieza a cuestionar la existencia de una cláusula de fraude a la ley por diversos motivos de fondo y también porque no se aplicaba. Es decir, si este artículo no se está aplicando, vamos a modificarlo, vamos a cambiar la estructura de la cláusula anti-elusión, vamos a excluir el requisito de fraude a la ley, que es un requisito procedente del Derecho privado y vamos a crear una nueva cláusula anti-elusión. Bueno, había un sector que decía que no debía existir cláusula general y otro sector, que era el mayoritario, que defendía que había que modificar el contenido de la cláusula.

El problema con la nueva cláusula, que se llama "cláusula de conflicto en aplicación de la norma tributaria", es que la terminología ya es bastante inexacta, porque utilizar el término "conflicto" para referirse a la elusión no parece muy adecuado. Lo que pasa es que la elusión invocaba, para la Administración, la posibilidad de sancionar, con lo cual, aparentemente, cambiando la denominación se cambió un poco ese afán sancionador de la Administración. Esta es una cláusula interesante por su complejidad, pero, al mismo tiempo, completa porque prevé un doble presupuesto. Por un lado, el presupuesto de que se realicen negocios, dice la ley, notoriamente "artificiosos" o "impropios". Se entiende que "artificiosos" o "impropios" para conseguir el fin pretendido. La palabra "artificiosos" no puede interpretarse como "simulados" porque la simulación está establecida en otro precepto de la Ley General Tributaria, sino como negocios con causa falsa, negocios cuya finalidad no encaja con la causa típica que es propia del negocio. Y, en segundo lugar, se prevé también la aplicación de la cláusula cuando el negocio carezca de efectos jurídicos o económicos relevantes. Por lo tanto, también se podrá aplicar esta cláusula cuando el negocio carezca de propósitos comerciales.

Es una cláusula que va a ampliar las posibilidades para detectar las elusiones. Todo dependerá también de cómo la vaya interpretando la Administración. Esta cláusula va a tardar en aplicarse por una sencilla razón: las disposiciones

transitorias de la nueva Ley General Tributaria prevén que, cuando el negocio se haya realizado antes del 1 de julio de 2004, es decir, si la Administración investiga un negocio realizado antes de la entrada en vigor de la nueva ley, se seguirá aplicando el fraude a la ley tributaria de la Ley General Tributaria de 1963.

4. ¿Debe haber una cláusula anti-elusión general o deben haber normas anti-elusivas que se refieran a casos concretos?

Es un debate muy importante. Si me piden mi opinión, soy partidario de que haya una cláusula anti-elusiva general, bien redactada, con la mayor seguridad posible, que no permita una aplicación analógica, que no permita una interpretación económica y que se base, sobre todo, en la ausencia de causas y en la existencia de propósitos comerciales. Es un buen instrumento para perseguir la elusión abusiva. Aunque, debo resaltar, yo no creo que una cláusula general sea imprescindible.

Durante mucho tiempo y en sectores doctrinales muy importantes, se defendió que un ordenamiento debería tener una cláusula general anti-elusiva y, sino la tenía, entonces el ordenamiento era un ordenamiento imperfecto. Yo no creo que eso sea así. Yo creo que hay ordenamientos desarrollados, importantes en materia tributaria, como el italiano, que carecen de una cláusula general. Por tanto, yo entiendo que son perfectamente admisibles las críticas de esos sectores que defienden la inexistencia de una cláusula general.

¿Cuáles son los argumentos de aquellos sectores que defienden que no debería haber una cláusula general? El primer argumento es que el ordenamiento debe ser técnicamente aceptable y que una cláusula general incentiva una mala técnica legislativa, es decir, el legislador no se va a preocupar de hacer buenas leyes tributarias, sencillamente, porque si las leyes están mal hechas y el particular incurre en abusos o en excesos de interpretación, siempre dispone de la vía de escape de una cláusula general para corregir los posibles abusos. Por tanto, no habrá diligencia legislativa. Al legislador le dará igual legislar hechos impositivos complementarios, presunciones, ficciones y tipificar correctamente los hechos impositivos. Porque, si el hecho imponible está mal tipificado y el contribuyente se aprovecha de esta mala técnica legislativa e incurre en un supuesto de elusión, la Administración contará con una válvula de escape que será la cláusula general. Entonces, hay quien entiende que este tipo de

cláusula general no incentiva la técnica legislativa y que la buena técnica legislativa vendría de la mano de unas leyes bien hechas y completadas con unas cláusulas anti-elusivas de carácter especial.

Por otro lado, y también es una crítica muy generalizada y de mayor calado, se suele decir que las cláusulas generales, por definición, tienen un presupuesto que tiende a ser excesivamente amplio. Cuando se habla de fraude a la ley, cuando se habla de abuso de derecho, de abuso de las formas, de inoponibilidad, de ausencia de propósitos comerciales, ese presupuesto es por definición amplio, ambiguo y abre un campo, o una capacidad o posibilidad a la Administración de aplicar estas cláusulas con cierta discrecionalidad, lo que puede derivar en una merma de la seguridad jurídica del contribuyente, dado que no tiene un criterio claro *a priori* para saber cuándo hay fraude a la ley o cuándo hay abuso de derecho. Eso depende de una calificación que se hace *a posteriori*, una vez que el contribuyente ha realizado su acto, hecho o negocio. Es este, quizás, el argumento más profundo y completado con otro que dice que toda cláusula general, en el fondo, lo que tiene es una sustancia analógica, es decir, de lo que se trata es de aplicar analógicamente el régimen previsto para un negocio a otro negocio distinto.

De todas formas es evidente que en la disyuntiva de elegir una cláusula general o una cláusula especial, independientemente de que la mejor solución sea una cláusula general bien redactada, como les decía antes, y que pueda haber una buena cláusula general rodeada de una serie de cláusulas especiales, yo creo que, en la disyuntiva, es mucho más favorable una cláusula general, antes que dejar la lucha contra la elusión confiada sólo a la existencia de cláusulas especiales.

Ello es así porque, primero, la cláusula especial, como tú bien decías, es para un supuesto específico, con lo cual, regulada la cláusula especial, los contribuyentes, lo que suelen hacer, es variar el supuesto de hecho para no incurrir en la previsión de dicha cláusula. Es decir, si el ordenamiento cierra una vía de elusión mediante una cláusula especial, el contribuyente nuevamente agudiza su ingenio para realizar un hecho distinto que no está previsto en ninguna cláusula especial y que no podríamos atacar. Es verdad, podríamos decir que el legislador, acto seguido, podría volver a crear una cláusula especial sobre ese supuesto que ha ideado el contribuyente, pero estaríamos convirtiendo la legislación tributaria en una especie de juego del

ratón y el gato: el contribuyente inventando negocios y el legislador regulando cláusulas especiales. Eso generaría inestabilidad en el ordenamiento.

En segundo lugar, las cláusulas generales, con todos los defectos que puedan tener, poseen una ventaja: la prueba de su aplicación corresponde a la Administración. Es a la Administración a la que le corresponde probar o acreditar el presupuesto de hecho del abuso o del fraude; es decir, le corresponde la carga de la prueba. Las cláusulas especiales normalmente se articulan a través de presunciones y ficciones, con lo cual, sencillamente, no hay prueba. La Administración aplica la ley y listo. Muchas veces sin posibilidad de prueba en contra y esas ficciones muchas veces suponen vulneraciones, tanto de la seguridad jurídica, como de las exigencias de capacidad contributiva. Por tanto, creo que las cláusulas especiales deben existir en el ordenamiento en un número aceptable y no excesivo. Pero creo que la solución de la cláusula general es mucho más razonable; es decir, creo que debe existir una cláusula general, lo cual no implica que no puedan existir algunas cláusulas especiales en supuestos que estén justificados. Desde luego, con lo que no estoy de acuerdo es con un sistema tributario basado sólo en cláusulas especiales. Me parece que son más los perjuicios que las ventajas.

5. Ligado a eso, ¿el establecimiento de una cláusula general no implicaría en cierto modo tener confianza o apostar por la discrecionalidad de la Administración, lo que en un país como el Perú, donde no existe confianza en la labor de la Administración Tributaria y el Poder Judicial, podría generar cierta inseguridad jurídica? ¿No le parece este un punto en contra para aplicar una cláusula general?

Sí, ese es uno de los riesgos. Claro, la solución sería tanto la eliminación de las cláusulas generales, como las especiales, porque también las cláusulas especiales plantean problemas. Efectivamente, la cláusula general conlleva a una discrecionalidad, pero la Administración tiene que probar el hecho base. Discrecionalidad no es arbitrariedad. Que la discrecionalidad se resuelva, muchas veces, en arbitrariedad, es una patología, pero no es lo normal.

La discrecionalidad técnica, que yo creo que es lo que hay aquí, consiste en que la Administración tiene un margen de decisión porque la propia indefinición del hecho base no da lugar a otra solución y sin entrar ahora en que

“discrecionalidad” es un concepto indeterminado. Eso permite un procedimiento contradictorio, ya que la cláusula general se basa en un presupuesto cuya concurrencia debe acreditar la Administración y, aunque ese presupuesto conlleve un margen volitivo de la misma, permite que el contribuyente se oponga a la aplicación de esa cláusula general y permite un cierto grado de confrontación entre el contribuyente y la Administración. Es verdad que hace falta para ello un sistema ágil de resolución de conflictos que sea independiente.

Si existe un sistema ágil para resolver estos conflictos, como sería un sistema arbitral previsto para la aplicación de las cláusulas generales, si existen unos tribunales que resuelven estos conflictos en un plazo relativamente corto y mantienen su independencia, yo no veo ningún inconveniente. Hay que tener en cuenta que la alternativa de las cláusulas especiales, aun cuando no sean discrecionales porque el presupuesto es más pormenorizado en tanto su supuesto es concreto, va a conllevar la ausencia de contradicción. Entonces, independientemente de que yo crea que la solución más equilibrada sea la combinación de ambas soluciones, para mí entre las dos alternativas, si tenemos que escoger entre un sistema en donde no haya cláusula general y sólo hayan cláusulas especiales; y un sistema donde haya una cláusula general y las cláusulas especiales no existan o sean limitadas, me quedo con un sistema donde haya cláusula general. Pero, obviamente, si se aplica razonablemente, si hay garantías de que el acto de aplicación pueda ser revisado, tanto en vía administrativa como judicial, y si se garantiza la tutela judicial del contribuyente.

Si hablamos de introducir una cláusula general, tenemos que hablar de una verdadera cláusula general. Yo creo que la Norma VIII no lo es; por tanto, los problemas que se plantean en Perú en estos momentos se deben a que se está utilizando una norma que es de calificación e interpretación, como es la Norma VIII, como si fuera una cláusula general, ya que no responde a este carácter. Una cláusula general es una potestad especial para perseguir la elusión, no es una potestad para interpretar y calificar leyes o hechos por parte de la Administración, que es una potestad ordinaria de la Administración en la aplicación del sistema tributario. Efectivamente, la aplicación de una cláusula general puede tener sus ventajas y sus desventajas, pero lo primero que tenemos que exigir es que sea una verdadera cláusula general.

6. Precisamente, en relación a la Norma VIII, ¿Usted cree que incluye el fraude a la ley y la simulación?

Les doy la perspectiva de un estudioso, que se acerca al tema asépticamente, que es un poco ignorante de todas las circunstancias de tipo socio-económico o político que pudieran derivar en la aprobación de la Norma VIII, de la supuesta cláusula anti-elusión peruana y que es una opinión que puede estar sujeta al contraste con otras.

Yo lo que creo es que estamos ante una norma en la cual se habla de “interpretar” y “calificar”; es decir, se trata de valorar los hechos imponderables de acuerdo a su verdadera naturaleza. Yo creo que a lo que se está refiriendo, sin extenderme mucho en el razonamiento, es a la posibilidad de la Administración Tributaria de, a la hora de interpretar las normas o calificar los negocios realizados por los contribuyentes, entender que los negocios son lo que realmente son y no lo que los contribuyentes dicen que son. Es decir, verificar si los negocios responden a su causa típica, si los fines que se pretenden conseguir con los negocios responden a su causa típica o, lo que es lo mismo, verificar si realmente se está realizando un contrato de *leasing* o uno de compra-venta a plazo y eso se determina viendo cuáles son los fines perseguidos con el acto o contrato y verificando si esos fines son los propios de ese acto o contrato, o de la función económica de ese acto o contrato.

Yo creo que a eso se refiere la norma cuando se habla de “económica” en la Norma VIII y no a la “interpretación económica”. Por lo tanto, yo creo que la Norma VIII no es una cláusula general anti-elusiva. No atribuye ninguna potestad especial para perseguir el fraude. Ten en cuenta que los ordenamientos donde hay cláusula general lo que hacen es regular estas funciones de calificación e interpretación por un lado y, al mismo tiempo, la cláusula general. Esto porque las facultades de interpretación y de calificación de la Administración Tributaria están siempre presentes y; por tanto, conviene regularlas y, al mismo tiempo, establecer la cláusula general. En el ordenamiento peruano no ocurre eso. La Norma VIII habla de “interpretar” y “calificar”. Por tanto, creo que al no ser una norma que realice las funciones de cláusula general, entiendo que no se pueda aplicar el fraude a la ley.

Respecto a la simulación, yo creo que no es una cláusula de simulación, porque no dice que se

persiga la simulación. ¿Se puede perseguir la simulación a través de la calificación y la interpretación? Yo entiendo que sí, pero con dos matices importantes: primero, sólo hablaríamos aquí de simulación relativa; la simulación absoluta, a mi modo de ver, es un instrumento de evasión, no de simulación. Cuando creamos una apariencia para encubrir algo que no existe, estamos creando un instrumento de evasión, no de elusión tributaria. Por ejemplo, crear la apariencia de una operación de exportación para recibir el crédito. Hemos creado una artificiosidad, atrás no hay nada, pues no existe tal operación de exportación. Esa es una operación de evasión. Eso es sancionable, pero eso no es una elusión tributaria. Por tanto, la Norma VIII no se podría utilizar para perseguir la simulación absoluta.

En cuanto a la simulación relativa; es decir, cuando se simula un hecho, acto o negocio, que encubre otro que es el realmente realizado o negocio disimulado, se podría llegar a esa conclusión mediante un mecanismo de calificación como la Norma VIII. Pero hay que tener en cuenta algo muy importante: cuando hablamos de simulación relativa hay que diferenciar dos cosas. La primera es que en los ordenamientos anglosajones se diferencia muy bien qué es la simulación en la causa o la *artificiality* o simulación propiamente dicha. La simulación, propiamente dicha, es la que conlleva artificialidad, engaño, creación de una falsedad. Por ejemplo, yo quiero simular una donación, pero me pongo de acuerdo con otra persona y decimos que hay una compraventa. Firmamos un contrato de compraventa, pero no hay precio, consiguientemente, no hay una adquisición a título de compraventa, habrá una donación. Hemos creado una falsedad porque el documento refleja algo que no es verdad. Eso sería una *artificiality* o una simulación con falsedad. Yo veo más complicado que se pudiera aplicar la Norma VIII para este tipo de simulación.

¿Qué simulación se podría perseguir por la Norma VIII? Yo creo que la simulación en la causa; es decir, aquella situación en la que no hay necesariamente una falsedad y simplemente hay una simulación de un acto, hecho o negocio para perseguir una causa que no es la propia del acto, hecho o negocio. Un ejemplo: cuando dos personas quieren vender un inmueble, pero no quieren realizar un contrato de compraventa, conciertan un contrato de sociedad, uno de ellos aporta el inmueble, otro aporta el dinero, la sociedad a los diez días se disuelve, el que ha aportado el dinero se lleva el inmueble, el que ha aportado el inmueble se lleva el dinero. Ese es un negocio de sociedad que no responde a la

finalidad de la sociedad. La finalidad del contrato de sociedad es explotar una actividad económica de forma permanente en el tiempo para obtener un lucro. Por tanto, estamos ante una utilización de un negocio típico para una finalidad que no responde a su causa típica. Es una simulación en la causa. Probablemente habrá que ir por ahí. Esa interpretación es la que me suscita una lectura de la Norma VIII. En todo caso, lo que yo sí tengo claro, aunque la cuestión respecto a la simulación relativa sea discutida, es que nunca se podrá utilizar para la simulación absoluta y creo que tampoco para el fraude a la ley.

7. En lo referente a la interpretación económica, ¿cuáles deben ser las facultades que se den a la Administración para realizar una interpretación de la realidad económica y desconocer una situación jurídica? ¿Cree usted que, en realidad, la Administración pueda ejercer dicha facultad?

Yo creo que la interpretación económica ni siquiera es interpretación. La interpretación siempre es jurídica, es un acto jurídico que consiste en desentrañar el sentido de los vocablos utilizados por las normas y; por tanto, tiene que hacerse con respeto a las normas jurídicas.

Una interpretación se puede hacer en base a los distintos criterios de interpretación reconocidos por el Derecho: gramatical, histórico, teleológico, etcétera, pero siempre dentro del marco de la norma; es decir, respetando lo que la norma dice. Yo puedo entender las palabras de la norma en un sentido extensivo o en un sentido restrictivo, sin entender que la norma dice lo que no dice. Cuando un vocablo utilizado por la norma tiene varios significados, yo puedo optar por aquel que abarca un mayor número de supuestos, pero siempre entendiendo que lo que la norma regula o contiene es ese vocablo y no otras cosas distintas.

¿Qué ocurre con la interpretación económica? La interpretación económica, en la práctica, supone entender que las leyes fiscales, aunque gravan contratos, hechos o negocios jurídicos, en realidad no quieren gravar eso, lo que quieren gravar son aspectos económicos. Por tanto, que la ley fiscal es un espejismo, que lo importante es esa supuesta voluntad del legislador de gravar hechos económicos. Cuando el legislador dice que se grava la compraventa, en realidad el legislador quiere gravar todos los supuestos en que afluyen bienes a cambio de dinero en el patrimonio de un sujeto. En este caso no sería muy significativo, pero podríamos decir que, cuando se grava el

arrendamiento, la interpretación económica supondría decir que el legislador quiere que todo uso a cambio de una cantidad de dinero sea gravado. Por tanto, podríamos entender que tanto el *leasing* como el *renting* también lo están cuando el legislador no lo ha dicho expresamente. Es decir, se trata de suponer, y de suponer por la iniciativa de la Administración, que el legislador ha querido gravar muchas más cosas de las que ha gravado. Porque las formas jurídicas para los partidarios de la interpretación económica son vestimentas, son cuestiones puramente externas y la voluntad real de la ley es gravar efectos económicos, es gravar mucho más allá de lo que dice la ley. Es decir, que el legislador es incapaz de expresar su voluntad. Cuando grava un determinado acto, hecho o negocio, en realidad está queriendo gravar muchísimas más cosas. Eso, obviamente, dinamita las exigencias más básicas de legalidad y seguridad jurídica. Es decir, imaginemos que existiese un tipo de interpretación económica en el ámbito del Derecho Penal y dijésemos que, cuando el legislador penaliza un determinado comportamiento, ha querido penalizar muchísimos más comportamientos. Sería auténticamente una barbaridad.

La interpretación económica, más o menos, viene a entender eso y es una interpretación que se justificó en su momento por una serie de razones históricas (cuando surge en Alemania en los años veinte, pero que hoy en día no tiene ninguna justificación y es claramente inconstitucional, desde mi punto de vista, por vulnerar la legalidad y la seguridad jurídica). Sobre todo, es importante una cosa: hoy en día se sigue hablando de interpretación económica en algunos ordenamientos, pero con un significado completamente distinto al que he dicho, que es el significado originario. Es decir, se le ha lavado la cara a la interpretación económica, pero se la ha desnaturalizado, ya no es interpretación económica. Hoy, cuando hablamos de interpretación económica, por ejemplo, en Alemania, algunos autores, en realidad están hablando de interpretación teleológica o finalista; es decir, interpretar de acuerdo a la finalidad de la norma. Eso no es interpretación económica. Esa es admisible, pero en la medida en que no es interpretación económica. Por lo tanto, lo fundamental es que la interpretación sea jurídica y entienda que, lo que el legislador ha querido regular en la norma que se interpreta, es el límite máximo de la incidencia de esa norma. Si el legislador quisiera gravar más cosas, las hubiera gravado. Si no las ha gravado es porque no quiso gravarlas. Es lo que hay que presumir.

8. En el campo de las normas anti-elusivas, ¿considera que debe existir participación del Poder Judicial para poder desconocer ciertos hechos, entrar al fondo del asunto y ver si se ha eludido la norma vía fraude a la ley o simulación, o sólo la Administración puede realizar esto?

En los sistemas tributarios que derivan del sistema continental; es decir, los que derivan del concepto francés de Administración. Ésta tiene poderes especiales, exorbitantes y con privilegios de autotutela. Yo creo que en ese marco de configuración de la Administración es en el que se encuentran los ordenamientos latinos, por decirlo de alguna manera (Francia, Italia, España y Latinoamérica), en contraste con los anglosajones. Yo creo que es perfectamente admisible que la Administración pueda aplicar una cláusula anti-elusión. No tiene por qué ser el Poder Judicial, necesariamente. Obviamente, siempre se debe permitir el acceso a una revisión judicial ante la aplicación de una cláusula anti-elusión. Pero, si admitimos, como lo hacemos, que la Administración puede, por ejemplo, cobrar su propio crédito tributario, ejercitando su auto-tutela ejecutiva y sin necesidad de acudir ante un juez ordinario y si puede sancionar ella misma comportamientos antijurídicos de los contribuyentes, sin necesidad de que lo haga un juez, pues hay que admitir también que la Administración puede aplicar perfectamente una cláusula anti-elusión, siempre y cuando exista la garantía de poder acceder a la revisión judicial.

9. La duda reflejada en la pregunta anterior también alude a un tema de procedimiento y facultades de la Administración en la investigación. En efecto, en el Perú muchos creen que la Administración, por ejemplo, al verificar si un determinado negocio está incluido en el supuesto de una norma, debe pedir algún tipo de información como la exhibición de los libros contables a las empresas involucradas y que ello sólo lo puede hacer un juez, como una garantía a los derechos de los administrados. En ese sentido, ¿las facultades de investigación para la aplicación de normas anti-elusivas deben competir por ley a la Administración o deben dejarse en manos del Poder Judicial?

Yo creo que los jueces deben intervenir cuando esté en juego un derecho fundamental. En el caso que se me plantea, si, para analizar los libros

contables es imprescindible entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de la sociedad –yo creo que se refiere también a las sociedades y no sólo a las personas físicas– pues naturalmente hará falta una autorización del juez, como hace falta una autorización del juez para entrar en el domicilio del contribuyente para investigar cualquier aspecto relacionado con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. El juez debe intervenir, apoyando a la Administración, siempre y cuando exista una potencial vulneración a un derecho o libertad fundamental. El mero hecho de solicitar libros contables, si esa solicitud es simplemente con el objeto de liquidar el tributo, no produce una vulneración a un derecho fundamental.

Yo puedo contar lo que ha señalado al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Ha dicho que la Administración tiene esas facultades porque son inherentes a la garantía del deber de contribuir. Si los contribuyentes tienen un deber de contribuir, la Administración está obligada a garantizar que todos contribuyan. Consiguientemente, para ello, debe tener unas facultades de control del contribuyente, entre las cuales pueden estar las de analizar documentación, y los libros contables son una documentación mercantil más, con una eficacia limitada respecto a terceros, pero con carácter de documentos contables, por lo que la Administración está en disposición de analizarlos. Otra cosa, repito, es que se haga con ciertas garantías.

Por ejemplo, en España, con carácter general, los libros de contabilidad oficial mercantil no pueden salir de la empresa. Es decir, la Administración no tiene derecho a exigir que un empresario lleve sus libros de contabilidad, que incluso pueden estar en formato digital, a las oficinas de la Administración. Nunca se puede exigir eso. Se puede exigir, por ejemplo, que se lleven facturas o contratos y que el contribuyente tenga que desplazarse a las oficinas públicas con facturas o contratos. Lo que no se puede exigir es que se lleve a las oficinas públicas libros de contabilidad oficial. Hay algunas garantías importantes, sobre todo por el papel que tiene la contabilidad, pero yo creo que es analizar una prueba documental más y no veo mayor inconveniente, porque no veo que haya aquí la posible vulneración de un derecho fundamental. Otra cosa es que, para analizar estos libros contables, haga falta entrar en el domicilio constitucionalmente protegido. En ese caso, hace falta autorización judicial, pero

porque hay una posible vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio.

10. Cambiando de tema, ¿cuál cree que es la relación entre normas anti-elusión, seguridad jurídica y legalidad tributaria?

Las normas anti-elusión pueden vulnerar el principio de legalidad porque, en el fondo, todas ellas consisten en aplicar el tributo a un supuesto en el que no correspondería aplicarlo en condiciones normales. Por tanto, están siempre al filo de la navaja del riesgo de una posible extralimitación en cuanto al principio de legalidad. Para ello es importante que la norma anti-elusión, si admitimos que debe existir en un ordenamiento tributario, tenga un presupuesto de hecho perfilado por ley –no podría estarlo mediante normas reglamentarias– de la manera más pormenorizada posible, de modo que se evite un supuesto de hecho excesivamente amplio. Las cláusulas anti-elusión siempre son una potencial vulneración al principio de reserva de ley y de legalidad. Por eso es muy importante que se regulen por ley y de la forma más pormenorizada posible.

Y con la seguridad jurídica, lo mismo. Es decir, la seguridad jurídica deriva del conocimiento de las consecuencias fiscales que tiene cada individuo de sus actos y comportamientos. La norma anti-elusión va a ser un supuesto en el cual yo he realizado el presupuesto de un tributo y me van a aplicar el de otro tributo, porque me van a decir que lo he realizado abusivamente. También hará falta que exista un presupuesto de hecho definido en la ley de la manera más clara posible y un procedimiento contradictorio en el cual la Administración tenga la carga de probar que ese presupuesto de hecho se ha dado. Naturalmente, son normas que afectan a la seguridad jurídica y a la legalidad, lo que pasa es que hay que hacer lo posible, a través de una correcta técnica jurídica, para que esa incidencia sea la menor posible.

11. En relación con el procedimiento administrativo tributario en sí mismo, ¿Usted considera que puede haber un conflicto si siempre se le exige al contribuyente seguir la vía administrativa previa y no recurrir, en casos de violaciones constitucionales, por ejemplo, directamente al Poder Judicial?

Yo creo que, de no permitirlo, hay una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a

la tutela judicial efectiva implica el derecho de acceso sin dilaciones a los jueces o, por lo menos, sin más dilaciones que las imprescindibles. Cuando, para recurrir contra un acto de la Administración, a mí me obligan a agotar una vía previa, de carácter administrativo, en supuestos en los cuales ese órgano administrativo no es competente, por ejemplo, cuando yo alego que se está vulnerando la Constitución o cuando yo alego que el reglamento que me aplican es ilegal, creo que se está produciendo un retraso injustificado en el acceso a la tutela judicial efectiva, un retraso que carece de cualquier tipo de fundamento. A mi modo de ver, en estos casos y con carácter general, la vía administrativa previa tendría que ser opcional o potestativa para el contribuyente.

¿Qué ventajas tiene la vía administrativa previa? Pues, ventajas potenciales. Puede suponer una resolución anticipada del conflicto, suele ser más rápida, barata, sencilla para el contribuyente, que no necesariamente implica la contratación de un abogado, porque normalmente se resuelve mediante un recurso muy sencillo, con un escrito que puede elaborar el propio contribuyente. Claro, los que tenemos experiencia práctica sabemos que la vía previa no sirve para resolver los conflictos porque, en la mayoría de los casos, la Administración no anula un acto que ella previamente ha dictado.

En el caso español, hay un volumen altísimo de supuestos en que la Administración no resuelve, de supuestos en que el acceso a la jurisdicción ordinaria se produce vía silencio administrativo negativo. Por lo tanto, en la práctica no está funcionando. Podemos decir que es una vía que en teoría es buena, pero que en la práctica se está convirtiendo en una dilación injustificada. Yo creo que la solución razonable sería darle carácter potestativo: el contribuyente que quiera plantear la cuestión ante la vía administrativa, la plantea. Tendría, además, una vía administrativa más descongestionada porque el carácter obligatorio de la vía administrativa hace que exista un gran volumen de asuntos pendientes. El contribuyente que no quiere, que pueda acudir directamente a la tutela judicial y ejercitar su derecho a que vea la causa un juez lo más pronto posible.

12. Respecto a la posibilidad de que la Administración trance con el contribuyente respecto al tributo, ¿cómo está en conflicto esto con el principio de indisponibilidad del tributo?

El principio de indisponibilidad del tributo hay que verlo en sus justos términos. Es decir, ¿qué

prohíbe el principio de indisponibilidad del tributo? Prohíbe que la Administración deje de cobrar el tributo si no lo autoriza la ley y prohíbe que la Administración redefina el interés tutelado por la norma, que es un interés general y lo convierta en un interés propio de la Administración. Es decir, la Administración no se puede comportar como un particular que tiene un derecho disponible. Nuestros derechos económicos son disponibles. Nosotros podemos decidir no cobrarle una deuda a un amigo o podemos decidir no cobrarle a un inquilino de una casa de nuestra propiedad. Nadie nos obliga a cobrarle porque somos sujetos con intereses económicos privados de los cuales podemos disponer si no perjudicamos a terceros. Por tanto, lo que prohíbe el principio de indisponibilidad es que la Administración Tributaria se comporte como un acreedor privado porque la Administración Tributaria no tiene un interés privado propio, sino que es la gestora de un interés recaudatorio de carácter general o público. Sobre todo en los actuales procedimientos tributarios, donde existe una participación alta del contribuyente mediante auto-declaraciones y auto-liquidaciones, teniendo que interpretar la norma y calificar los hechos.

Aparte de que la Administración tiene la obligación de asistir mediante consultas y mediante información y asistencia vinculante al contribuyente, para que éste no incurra en errores, es necesario implementar mecanismos para prevenir el conflicto. Ya no se trata de solucionarlo, sino de prevenirlo. Y cuando nos encontramos con términos como "valor de mercado", claramente indeterminados, que pueden dar lugar a conflicto, ¿por qué no ponerse de acuerdo la Administración y el contribuyente antes, para que ese conflicto nunca llegue a producirse? ¿Se vulnera la indisponibilidad del tributo por el hecho de que la Administración se ponga de acuerdo con el contribuyente sobre el significado del valor del mercado en un caso concreto, por ejemplo, cuando el contribuyente va a declarar un impuesto patrimonial sobre una casa? ¿Se vulnera si la Administración se pone de acuerdo para fijar el valor de mercado en un caso en que la Administración cree que es de "seis", el contribuyente "cuatro" y ambos llegan a un acuerdo para fijar el valor en "cinco"?

Hay quien dice que la Administración debe defender que vale "seis" y defenderlo hasta el final, aunque corra el riesgo de que al cabo de seis u ocho años sin cobrar el tributo le digan que vale cuatro y haya perdido tiempo y dinero. Ahí estamos vulnerando el interés público a la

recaudación. Porque interés recaudatorio no es que la Administración cobre “seis” en todos los casos, interés recaudatorio es que la Administración realice, en las mejores condiciones posibles, el crédito tributario, sin vulnerar la ley. Si la Administración se empeña en un proceso que no tiene mucho sentido o que no va a prosperar y acaba cobrando tarde y mal, está vulnerando el interés recaudatorio que, desde mi punto de vista, se vería mucho más garantizado si se hubiera acordado que ese inmueble vale “cinco”.

No hay, desde mi punto de vista, ninguna vulneración de la legalidad, siempre y cuando los mecanismos de transacción se prevean en la ley y ésta especifique en qué condiciones se puede y en cuáles no se puede transigir en este tipo de asuntos o llegar a acuerdos. Por lo tanto, yo creo que es un instrumento, como en todo, sujeto a matizaciones y a críticas. No es la panacea que va a solucionar todos los problemas de gestión administrativa, pero sí es una vía en la que debemos pensar, sobre todo porque el carácter dogmático del principio de indisponibilidad o la idea de que el procedimiento administrativo siempre termina con un acto unilateral de la Administración es algo absolutamente superado. Es decir, los procedimientos administrativos, en otras materias que no son tributarias, terminan frecuentemente con actos acordados entre la Administración y el particular. Pensemos en el urbanismo. En la gestión urbanística se producen muchísimos ejemplos de acuerdos para aplicar correctamente la norma entre contribuyente y la Administración y no ocurre nada. Eso es así desde hace mucho tiempo y se admite en muchos ordenamientos modernos en Derecho comparado; por lo tanto, yo creo que, en ese sentido, aplicar esta solución con moderación me parece una buena alternativa para prevenir el conflicto.

13. ¿Qué nos puede decir acerca de la posibilidad de llevar a arbitraje privado conflictos entre la Administración y los contribuyentes?

No sería privado, porque, aunque pudiera ser llevado a cabo por sujetos privados, sería siempre en un régimen de, digamos, concesión o en un régimen en el que dichos sujetos estarían ejerciendo una función pública. Es decir, el arbitraje sería público en la medida en que estaría previsto en la norma y sería para ejercer una función pública, que sería la función pública de arbitraje, aun cuando pudieran ser particulares, por ejemplo, abogados de reconocido prestigio o instituciones como los colegios de abogados o las asociaciones de tributaristas las que llevaran

los arbitrajes. A mí me parece también una buena solución y me parece una buena alternativa, sobre todo frente al carácter de la vía administrativa previa, que es un supuesto en el que quien va a resolver sobre el acto administrativo es el mismo que lo ha dictado: la propia Administración y, por tanto, carece de cualquier atisbo de independencia. Yo creo que es una buena vía porque resolvería un tercero imparcial, con unas condiciones de agilidad e independencia garantizadas y resolvería los conflictos que no llegarían a la vía judicial.

Los posibles argumentos en contra, que son muchos y muchos de ellos radicales –tengan en cuenta que yo tomo el arbitraje como una hipótesis de trabajo, no creo que sea una solución a todo, pero que sí se puede plantear como una hipótesis real– a mí no me convencen. Fundamentalmente, se han barajado dos: el primero de ellos es que la resolución de conflictos, en última instancia, es privativa de los jueces y tribunales y no podría haber mecanismos arbitrales que pongan en tela de juicio esta situación. No es así, porque hay una vía administrativa previa en muchos países y es verdad que el arbitraje, si se prevé, no iba a suplantar a la vía jurisdiccional, se iba a contemplar como una vía alternativa o previa a la vía jurisdiccional, por lo tanto, no es un argumento. Y el segundo argumento es, nuevamente, el principio de indisponibilidad.

Si antes hemos dicho que ese principio no se ve anulado con relación a la posible previsión de medios de transacción que pueden prevenir el conflicto, yo creo que tampoco se anula, en vía de resolución del conflicto, previendo un mecanismo arbitral. No estaría en tela de juicio, desde mi punto de vista, la legalidad que está detrás del principio de indisponibilidad. El principio de indisponibilidad tiene fundamento en la legalidad en el sentido de que consiste en decir que la Administración tiene que cobrar el importe que le manda la ley.

Yo creo que no se vulneraría para nada la legalidad, por dos motivos: en primer lugar, porque, evidentemente, el arbitraje del que hablamos estaría previsto en la ley; por tanto, si la propia ley prevé el arbitraje, no habría razón para decir que se está vulnerando la legalidad. En segundo lugar, porque sería un arbitraje de ley, no de equidad, es decir, ese árbitro o esa institución arbitral aplicaría la ley. Es verdad que no tiene la capacidad de decisión de un juez, sus resoluciones no causan estado, pero, evidentemente, aplicaría la misma ley que va a aplicar un juez. Por tanto, no se entiende por qué se puede estar vulnerando la legalidad con un

mecanismo arbitral. Habría que garantizar que no hubiese recursos por razones de fondo contra el mismo y se debería garantizar la ejecución del laudo y que la maquinaria del Estado estuviera en condiciones de garantizar que esos laudos se van a ejecutar. Pero si se garantiza eso, yo creo que es una vía a tomar en consideración.

Hay figuras en el Derecho español que tienen un trasfondo arbitral clarísimo. En el derecho español existe una figura que es la tasación pericial contradictoria, donde se contempla un procedimiento arbitral. Consiste en que, si hay discrepancia sobre el valor de un inmueble, la Ad-

ministración nombra a un técnico para determinar cuánto vale ese inmueble y el particular nombra a otro técnico para determinar cuánto vale el inmueble. Si no logran llegar a un acuerdo, se nombra a un tercero independiente, cuya decisión es la que determina el verdadero valor a efectos fiscales. Ese tercero es un árbitro, aunque no se le llame así. Por tanto, ya está funcionando y está funcionando muy bien. Entonces, yo no veo ningún inconveniente con que exista una instancia arbitral. Además, mi comunicación por escrito a las jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario en Quito, el año pasado, ha sido muy clara acerca de este tema.

SOBRE LA ECONOMÍA Y LEGISLACIÓN PERUANA

Entrevista a Richard A. Epstein* **

En la siguiente entrevista, el profesor Richard Epstein no sólo analiza la aplicación del modelo liberal a la economía peruana, sino que también señala que el liberalismo debe permitir un mejor desarrollo personal sobre la base de la autonomía privada en la libertad de asociación o en el marco de un contexto laboral.

* Profesor James Parker Hall de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

** La entrevista fue realizada en Chicago, Estados Unidos, por Inés Vega, ex Directora de la Comisión de Marketing de THEMIS, en Julio de 2007, sobre la base de preguntas elaboradas por la Comisión de Contenido de THEMIS.

1. El Perú, como la mayoría de los países en vías de desarrollo, aún tiene un largo camino que recorrer, pues actualmente sufre de serios problemas internos y tiene una economía joven e inestable. En este contexto, el modelo liberal parece ser una solución que ha sido aplicada en gran medida por los últimos gobiernos. Con todo esto en mente, ¿cree que el modelo liberal como usted lo propone podría funcionar?

Bueno, la primera pregunta que hacen está relacionada con la interrogante de si el Perú, como otros países subdesarrollados económicamente, puede sobrevivir adoptando alguna forma del modelo liberal.

Cabe resaltar que existe gran ambigüedad sobre el significado de la palabra "liberal" y considero que sólo una vez analizado este término se puede dar una respuesta apropiada. El clásico punto de vista del siglo XIX adecuó sus creencias de manera que la definición de lo liberal estuvo dirigida a incrementar las oportunidades que la gente tendría para realizar transacciones voluntarias, otorgándoles control absoluto sobre la propiedad que ellos habrían adquirido por primera posesión, compra o regalo. Considero que, bajo aquel sistema, si podías mantener al gobierno lo suficientemente pequeño como para que no se apropiara de aquello que quiere regular, aun lidiando con un país subdesarrollado, el país avanzará rápidamente gracias al impulso del comercio.

Una característica clave de esto es que la gente que carezca de educación avanzada o sofisticación técnica sepa que puede contratar dichos servicios, suministrados por individuos que no necesariamente trabajen o vivan en el Perú.

Así como en los mercados no importa la nacionalidad, el sexo, la religión; sino que importa más el rendimiento del individuo; de la misma manera a los gobiernos nacionales les interesan los límites a dicho sistema. Entonces, este elemento del libre comercio se convierte en una de las características claves del liberalismo exitoso. Si eliminas esto, lo que haces es restringir las potenciales ganancias que traería el comercio y, en mi opinión, trabajarías en contra del desarrollo.

La economía liberal moderna es aquella que enfatiza no sólo la importancia del intercambio, sino también la de contar con una red de seguridad mínima y garantizar que ciertas clases de transacciones no sean arbitrarias, y que por ende

protejan a los trabajadores de la explotación de los empleadores, a los consumidores de la explotación de los productores, etcétera. No es posible afirmar categóricamente que todas y cada una de estas intervenciones fracasarían, pero pienso que es posible decir que la mayoría de ellas no tendrá éxito, al menos en el largo plazo. Es muy difícil ayudar a la gente restringiendo sus opciones. Una de las cosas que deberían entender sobre el Perú es que los estadounidenses a quienes les preocupa la competencia de las importaciones peruanas o de otras naciones latinoamericanas exigen que éstas sigan los estándares laborales y ambientales que se exigen también en los Estados Unidos. Ellos no piden eso para el beneficio de dichas naciones, sino para su propio beneficio.

Entonces, deberían respetarse estos estándares mínimos y formas de protección, tales como las restricciones a los derechos de propiedad y libre intercambio, pues aún cuando su "no respeto" tenga detrás a una administración correcta, la tasa de desarrollo no sería alta. Más allá de eso, lo cierto es que dichos estándares no serán administrados de manera perfecta; cada sistema legal necesita cierto grado de discreción por parte de su población, pero la discreción no es sólo fuente de sabiduría, sino también de abuso. En efecto, "la discreción adicional" que a muchos sistemas de apoyo público podría consumir más recursos de los que lograría crear.

Por ello, optaría por ser un poco pesimista con respecto a lo mencionado; considero que hay algo que debe ser dicho al tratar de equiparar la riqueza en países donde todo tipo de fuerzas perversas han permitido a unos pocos privilegiados obtener ganar una fortuna desproporcionada; sin embargo, es muy difícil saber cómo se hace esto sin destruir la maquinaria productiva de una nación. Ciertamente, yo los instaría a seguir adelante; que el Perú no siga las políticas de Estados Unidos, pero que busque, en efecto, mantener una economía más abierta y clásica.

2. En su libro "Reglas Simples para un Mundo Complejo", usted señala que es posible encausar el desarrollo de los países en base a algunos principios simples, todos ellos basados en la libertad económica. Las recomendaciones del Banco Mundial para el desarrollo de América Latina contienen postulados similares; éstos fueron adoptados por algunos países de la región, que, sin embargo, no han logrado salir del subdesarrollo. ¿A qué factor atribuye tal fenómeno?

¿Considera que la falla está dada por la mala aplicación de tales recomendaciones o es que la realidad latinoamericana no es un campo fértil para éstas?

La pregunta es sobre si los remedios desarrollados en mi libro podrían, en efecto, funcionar no sólo en los Estados Unidos, sino también en lugares como Perú y otras naciones en desarrollo. Están en lo correcto al señalar que el Banco Mundial, que es en sí mismo una institución ecléctica, ha sugerido constantemente que la liberación de economías internas es bienvenida. Entonces, ¿por qué fracasa? Considero que la respuesta a la segunda pregunta es realmente la misma que a la primera, por lo que esto no requiere de mucha elaboración. Lo que típicamente sucede es que hay un compromiso estético para con la liberalización en el sentido clásico, que es negado por miles de pequeñas regulaciones, monopolios estatales, administración legal corrupta e instituciones similares.

Es extremadamente difícil mantener la coherencia en un programa como éste, dado que la gente que pierde en mercados abiertos frecuentemente será gente con influencia política; no creo que el problema sea si el modelo funciona o no, creo que lo más difícil y singular sobre el modelo clásico liberal es tener la oportunidad de aplicarlo en la práctica. Se requiere un compromiso nacional colectivo e intelectual realmente fuerte, cosa extremadamente difícil de conseguir. Es suficientemente difícil conseguirlo cuando estás escribiendo sobre una página en blanco, por lo que es inclusive más difícil lograrlo cuando resulta que el sistema ha estado operando sobre la base de esperanzas infundadas.

Mi perspectiva es intentar evadir, en la medida de lo posible, todos los esfuerzos por intentar rectificar errores pasados creando errores a futuro; considero que uno intenta moverse lo más rápido posible hacia mercados abiertos, pero es sumamente difícil lograrlo. Señalar la manera de hacerlo por medio de un libro no va a resolver los problemas de implementación. Alcanzar estas metas requiere, en gran medida, conocimiento de la situación local; sería ingenuo que cualquiera que estuviese fuera del país pensara que puede indicar la manera en que este cambio debe llevarse a cabo.

3. Usted ha inducido la idea generalizada de que la regulación administrativa del ambiente podría llegar a ser una forma de expropiar sin compensar. ¿Es posible que la autonomía privada sea capaz de

controlar la pluralidad de ámbitos de los que se ocupa hoy el Derecho Público?

Esta pregunta toma en cuenta la opinión que tengamos sobre la interacción entre la regulación ambiental y la protección de la propiedad privada, así como cuánto de esta regulación debería pertenecer al Derecho privado y cuánto al Derecho público. Es una pregunta extremadamente difícil, pero empecemos evaluando el Derecho privado, ya que éste esencialmente da una interpretación mucho más correcta de cómo opera el sistema.

La perspectiva tradicional ha sido la siguiente: si alguien desea invadir tu espacio con molestias causadas por contaminación y situaciones similares, tienes la potestad de interponer una demanda para que se detenga y poder obtener la compensación por los daños causados. La intuición básica es la siguiente: tienes dos vecinos, si ambos pudieran contaminar, sus tierras valdrían menos del valor que tendrían en un régimen donde ninguno de los dos pudiese contaminar. Así, el remedio de la responsabilidad extracontractual, cuya implementación es costosa, incrementa el valor de la propiedad porque la libertad de acción de la persona que está libre de contaminación es, en efecto, más valiosa para él que los impedimentos de contaminación para la persona sobre la que se imponen.

Al ingresar a la esfera pública, es necesario mantener este modelo en mente y evitar expandir los usos del poder del Estado más allá de aquellos para los que son apropiados en las disputas privadas.

Así, se deben implementar mecanismos de refuerzo cuando los niveles de contaminación a nivel individual son lo suficientemente bajos como para que ningún individuo esté preparado para demandar por un daño que es compartido por muchos otros, y existen múltiples mecanismos que pueden ser usados para esto. Uno de ellos es, por ejemplo, usar el modelo de *class action* para subsumir casos individuales y poder demandar a los defensores. Esto podría funcionar si existiese una sola fuente de individuos contaminantes, pero no funcionará si se busca rectificar el problema de contaminación por automóviles en una ciudad como Lima, donde millones de personas contaminan a millones de personas.

En este nivel se debería crear una regulación directa sobre los tubos de escape; la dificultad en este caso es el diseño institucional, cuya base es medir la emisión de polución para luego gravar a los contribuyentes con una porción de éste. Esto es

difícil de lograr a nivel individual, pero creo que puede tomarse como ejemplo el modelo japonés: los niveles de contaminación en automóviles incrementan mucho a medida que pasa el tiempo de vida de éstos; así, el tributo deberá estar sujeto a los años de uso e incrementar en gran medida después de tres o cuatro años. En un país más sofisticado, con suerte, algunas formas de contaminación podrán monitorearse directamente y, si se lograra instalar un aparato que dijera “esto es cuanta contaminación está emitiendo este auto a tal hora de tal día; grávenlo por ello”. Pienso que esta tecnología llegaría a este país, o al menos a Estados Unidos, en alrededor de cinco o diez años, y creo que uno podría esperar que sea exportada a otros lugares.

Todo lo que he dicho está dirigido a entender que, al trasladarse de la regulación privada a la pública, se debe evitar trasladar también aquello que no es apropiado para la regulación ambiental sin compensación. Así, si una persona no es capaz de decirle a su vecino “no puedes construir en tu casa porque vas a bloquear mi vista”, no debería poder acudir a la tabla de zonificación y alcanzar ese resultado sin compensación alguna. Y, si se está seguro de que la sustancia imperativa de las normas es la misma en el área privada y en el sector público, entonces varios empresarios políticos carecerán de incentivo para intervenir en el sector público y conseguir, sin contraprestación alguna, una serie de derechos que en el mercado privado tendrían que comprar.

4. Las leyes antidiscriminatorias parecen ser parte de la base del mundo políticamente correcto en el que vivimos, sobre todo en los Estados Unidos. No obstante, su opinión respecto de éstas es que no sirven más que para contribuir a la destrucción de la libertad económica. ¿No cree que sin estas normas imperativas seguiríamos viviendo en medio de la segregación y, por consiguiente, en una economía dominada por un grupo selecto?

El problema aquí es la pregunta descriptiva que trasciende a la interrogante: qué ocurriría con el mundo si, en efecto, elimináramos las leyes antidiscriminatorias. La predicción de algunas personas es que viviríamos en el núcleo de la segregación, una economía donde los grupos privilegiados dominarían el sistema por completo. Yo no creo en ello, y considero que una de las cosas que deberíamos saber desde el comienzo es que incluso hoy, con las leyes antidiscriminatorias vigentes, muchas empresas implementan acciones positivas altamente agresivas no

requeridas por estas leyes con el fin de seleccionar personas de varias minorías.

Frecuentemente me impresionan las declaraciones de empresarios que afirman de manera simple “bueno, ¿consideran que preferimos hombres de raza blanca?; quizá lo hagamos, pero dado que ellos son el 30% de la mano de obra y necesitamos contratar 5000 personas anualmente, no hay manera en que podamos satisfacer a todas estas minorías. Por esto tenemos que buscar personas capacitadas en todos lados, siendo uno de los criterios que intentamos satisfacer en las firmas privadas, el contratar personas de diverso origen”.

Debo decir que esto me ha sucedido muchas veces en mi propia vida. Trabajo con estudiantes frecuentemente, usualmente en grupos de cinco o seis personas, y rara vez tengo un grupo homogéneo de hombres, mujeres o ciudadanos estadounidenses. Con esto quiero decir que casi siempre en los grupos hay una persona de origen asiático o latinoamericano.

Así que creo que la generación joven, de la que, lamentablemente, ahora me separan cerca de 40 años, se siente mucho más cómoda con este tipo de interacción; creo también que la interacción social se desarrollará en este mismo sentido, de manera muy positiva. Así que, no obstante me encuentro un poco desesperanzado respecto de las futuras políticas de relaciones interétnicas, relaciones con inmigrantes o relaciones entre géneros, confío en la gente y en que las generaciones sucedáneas tienen una alta sensibilidad respecto de estos temas, por lo que busco que se incremente la cooperación. Recuerdo un día en que, conversando con una prestigiosa catedrática –una mujer veinte años menor que yo– sobre un tema relacionado con cuestiones raciales y de género, ella me comentó que sí había sufrido discriminación; le pregunté cuándo, y ella respondió: “comenzó cuando empecé a enseñar, hace 23 ó 24 años”; a lo que respondí, “bueno, el mundo ha cambiado desde entonces y una de las razones por las que va mantenerse así es que ahora tú eres una catedrática respetada y famosa que no va a tolerar ese tipo de actitudes”. Eso sucedió en tiempos prehistóricos, cuando empecé a enseñar, en 1968.

5. A partir de lo que usted menciona, ¿puede decirse que la eliminación de dichas leyes antidiscriminatorias será beneficiosa en el aspecto laboral?

Esta interrogante se relaciona con mi perspectiva sobre el empleo, mercados laborales, mercados

de empleo y la aplicación de leyes antidiscriminatorias; he manifestado, me parece que por un periodo muy largo, que considero que en los mercados competitivos las leyes antidiscriminatorias establecen barreras de ingreso al mercado que perjudican a muchos de los individuos a los que se supone que deberían ayudar. Nosotros sabemos que, principalmente respecto de la ley de los minusválidos y discapacitados, el porcentaje actual de empleo de discapacitados en Estados Unidos es probablemente menor al de 1990, dado que las normas inicialmente diseñadas para proteger a la gente del despido funcionan como barreras en la contratación. Considero que el rechazo a estas normas tendría una enorme ventaja para todos a nivel global. Al mismo tiempo, no tengo ninguna razón particular para pensar que deberían existir restricciones a los arreglos que voluntariamente hubieran realizado las empresas antes que estas normas fuesen publicadas.

Creo que existiría un gran esfuerzo para contratar a personas capaces pero con limitaciones físicas, siempre que se les asegure a las empresas la libertad de definir hasta dónde desean comprometerse y cuándo quieren ponerle fin a dicho compromiso. Pienso que esta misma situación se presenta con respecto a criterios raciales y de género, aunque se hace menos evidente en estos rubros dado que, al estar en constante cambio, existe hoy en el mercado una mayor tolerancia con respecto a ello que en el tiempo en que yo empecé a hablar del tema. Así, considero que mucho de esto es generado por la interacción entre personas, actividad en la que aprendemos del resto y que, de no darse, no podríamos apreciar, debido a la distancia entre los grupos sociales.

En efecto, los mercados abiertos promueven la cooperación y la clave para lograrlo, la cual es permitir que esto suceda gradualmente si es que esta fuera la única manera en que puede darse. Por ejemplo, existen algunas empresas altamente tolerantes y otras muy prejuiciosas. Así, debe permitirse que las tolerantes empiecen a contratar para que luego las intolerantes entiendan que deben cambiar su perspectiva y poco a poco aprendan mediante la imitación. Creo que la gente debe confiar lo suficiente en sus habilidades y persuadir con el ejemplo, sin necesidad de coaccionar a quienes no están de acuerdo con ellos.

En general, la mejor forma de abordar este tema es la siguiente: en un mercado competitivo no se buscará pensar en leyes antidiscriminatorias; por el contrario, si se tratara de un mercado altamente regulado, entonces podrá hacerse necesaria la normativa antidiscriminatoria porque, de otra manera, no habría forma de lidiar con la realidad de que estos mercados no pueden corregirse, pues el ingreso a ellos es casi nulo.

6. En Estados Unidos se vive una confrontación entre los conservadores, que buscan una enmienda sobre el matrimonio familiar, y los liberales, que buscan la implementación de la resolución en el caso *Goodridge v. Department of Health*¹. Tomando en consideración lo anterior, ¿cuál es su postura respecto a los matrimonios entre homosexuales?

Esta es una cuestión muy complicada en Estados Unidos porque el rechazo tiende a ser muy fuerte cuando se menciona la palabra “matrimonio”. La gente se muestra un poco más tolerante cuando se habla de “unión civil”. Yo en realidad soy más abierto que la mayoría, sin importar el término que utilices para definir al matrimonio homosexual. Ello es así porque creo que el principio de libertad de asociación es aplicable también al matrimonio y a cualquier cuestión moral.

Entonces, la primera pregunta debería ser por qué el Estado regula el matrimonio, incluyendo el matrimonio tradicional. Desde hace cientos de años la gente se casa y nunca se le pidió al Estado que otorgue una licencia para hacerlo, porque no existían las facilidades para ello, tal como hoy en día. Pero aún así la gente se casaba, existían ceremonias religiosas, etcétera, al igual que hoy.

Actualmente, las iglesias intentan ser competitivas; si alguien quiere formar la Iglesia Católica Homosexual, entonces dejémoslo hacerlo, y si esa persona es excomulgada, entonces él podrá cambiar el nombre a su iglesia y regular sus propias uniones. Así, lo que creo es que debemos buscar reducir el poder del Estado sobre esta cuestión y dejar a la gente decidir qué camino tomar. Si una organización no quiere admitir a la gente que tiene diferentes creencias religiosas o prácticas distintas, ellos tienen todo el derecho de excluirlos, pues el

Richard A. Epstein

¹ Decisión del Tribunal Supremo de Massachussets, del año 2003, que concluyó que negar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo violaba la Constitución de Massachussets.

principio de la libertad de asociación permite tanto la inclusión como la exclusión.

Lamentablemente, las actitudes respecto al tema son en muchos casos arcaicas; hay mucha suspicacia en torno a las uniones homosexuales y por ello no falta gente que intente eliminarlas.

Existen muchas normas antidiscriminatorias que prohíben discriminar a una persona en el ámbito laboral por su orientación sexual. No obstante, en el caso de los matrimonios homosexuales –y esto es lo que le digo a las parejas *gay*–, existe una cuestión que debe tomarse en cuenta: el Estado posee el monopolio de las “licencias para casarse”, por lo que uno debe acudir ante éste para hacerlo, siendo muy fácil que ellos no lo permitan y te veas desamparado. En el caso del sector laboral, por el contrario, no existe un monopolio, ya que hay cientos de miles de patrones, y el hecho de que uno no quiera contratarte no quiere decir que nadie más lo hará. La intervención del Estado en el caso de los matrimonios, por tanto, no debería estar dirigida a la aprobación popular del matrimonio homosexual, sino a la tolerancia hacia éste. Por ello, la última cosa que debe hacerse es imponer por la fuerza la no-discriminación, ya que ello conllevará a que la gente que no acepta que le impongan el respeto por los matrimonios homosexuales se vuelque contra la ley y busque la manera de quebrarla para evitar de una u otra forma dichas uniones.

Creo, además, que ésta es una cuestión generacional. La gente de veinte o treinta años es mucho más tolerante que la gente de mi edad, que está en sus sesentas. Además, mucha gente que tiene hijos homosexuales se ha dado cuenta de que, después de todo, no es el fin del mundo. Aún así, no creo que la gente que discrepa con el matrimonio homosexual se rinda fácilmente; creo más bien que las batallas legales serán arduas y desagradables.

7. Un gran número de autores representativos del *Civil Law* sostienen que la frontera entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual es cada vez más estrecha. Incluso sostienen que en muchos casos resulta sumamente difícil distinguir si se está ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, lo que a veces causa confusiones en los jueces al momento de resolver, generando un problema de predictibilidad en

el sistema. En base a ello, sostienen que debería existir un único sistema de responsabilidad civil que resulte aplicable para ambos tipos de responsabilidad. ¿Es posible unificar ambos sistemas? Si ello no fuera posible, ¿cómo se podría solucionar el inconveniente planteado?

Esta pregunta se relaciona con el problema de si existe diferencia entre la confianza generada por la responsabilidad contractual y la extracontractual y si no estaríamos mejor de rendirnos ante la ambigüedad y unificar el sistema para que lidiase con ambas. Definitivamente no concuerdo con esto, pero sí estoy de acuerdo con la queja descriptiva, al afirmar que esa situación se da, y no para bien. La forma en que yo diría que los sistemas se organizan es que la labor de la responsabilidad extracontractual es prevenir la agresión entre individuos y la externalización del daño, incluso por accidente (siendo el daño definido como en el caso del perjuicio, es decir, relacionado con el uso de la fuerza y del engaño). En este punto, si hablamos de extraños, no habría yuxtaposición con el contrato, pues éste es un acuerdo consensual.

Pero, ¿podrían ser consensuales los acuerdos de responsabilidad extracontractual? La respuesta es afirmativa; si alguna vez dañas a un individuo con su consentimiento, dejaría de ser una relación ajena para convertirse en una cooperativa; el consentimiento se puede conseguir por varias razones: una operación, peleas como el boxeo, etcétera. Considero que una vez que alguien decide permitir que otras personas, dentro de los términos del contrato, lo dañen, el sistema contractual debería imperar. He mantenido esta opinión desde hace mucho tiempo.

En 1976 escribí un artículo titulado “*Medical malpractice, the case for contract*” y el argumento básico era que, al fijarse en el sistema, son los doctores y pacientes quienes se reúnen, y parece lógico permitir que ellos decidan cómo disponer del riesgo de la mala praxis entre ellos mismos. Además, afirmaba que el problema para el contrato de mala praxis era que legislativamente se había decidido tratarlo como si fuera una relación extracontractual, sumándole una serie de principios no negociables que finalmente resultan ser muy ineficientes. Existe gran libertad en lo que respecta a los medios de prueba por daños de mala praxis y daños médicos en general, éstos son muy altos y los estándares de cuidado suelen ser rechazados en favor de otros. Para cuando se evalúa la situación completa, cada elemento está ligeramente descuadrado y luego sólo queda

ajustar los sueldos o precios pagados, buscando cubrir los costos involucrados. Las personas están obligadas por las tarifas y no pueden pagar los servicios, así que finalmente nos encontramos con que el esfuerzo dedicado a plantear los términos que regulan la mala praxis médica nos dirigen hacia una crisis en el acceso al servicio y la posibilidad de costearlo. Creo que la única manera de lograr esto es regresar a un sistema exhaustivo de Derecho de contratos.

Las personas generalmente ignoran esto. Así, yo creo que hay dos tipos de ignorantes. Aquellos que puede que no sepan cómo lidiar con un problema médico pero que, por otro lado, están concientes de que lo ignoran y exigirán ciertas formas de protección contra su propia ignorancia (como contratar representantes, para lo que acudirán a su sindicato –si es que tienen uno– o a su empleador para exigir que negocien planes de salud por ellos), o exigirán en privado que concedan el mismo plan que hubiera recibido el mejor cliente; exigiendo así provisiones antidiscriminatorias. A esto aplican normas muy firmes, eso es lo que hacen los estándares contractuales. Así, entiendo que en el comportamiento del mercado actual rara vez se opta por formas contractuales; esto es porque poco se obtiene de experimentar con ellos pues cada contrato adoptado es nulo, contrario a políticas públicas o sujeto a pago de daños y perjuicios, por lo que la reacción adecuada sería alejarse de ellos para que, repentinamente, surjan nuevamente. Considero que la mejor opción es exactamente la contraria; tal como en los casos de contaminación, queremos normas legales firmes que no permitan que las personas se dañen entre sí por beneficio propio, pero cuando se trata de cooperación, en realidad buscamos que el Estado mantenga su distancia.

8. En materia de Responsabilidad Civil Extracontractual, usted ha señalado que los límites físicos no siempre son suficientes para cubrir todas las situaciones relevantes en las que la reparación de los perjuicios individuales se use para promover un estándar general de bienestar social. ¿Cómo se introducen, entonces, las reglas de la costumbre y la prohibición de testimonios falsos por extraños para este fin?

Cuando uno habla de daño a partir de una noción liberal, parece ser suficiente detenerse en los daños físicos, los que son sinónimo del uso de la fuerza física. En realidad, la verdadera definición de la postura liberal estándar deja en claro que esa concepción es errada. ¿Por qué? Porque el

otro término comúnmente usado es el del fraude, y el fraude implica esencialmente alguna clase de interacción verbal donde una persona le declara algo falso a otra, quien confía en dicha declaración y termina perjudicándose.

La razón por la que a las personas les interesa cometer fraude es, en ciertos casos, desarmar a la otra persona, de manera que ésta recurra al uso de la fuerza; en otros, convencer a alguien para que venda sus bienes a la mitad de su valor, persuadiéndolo de que no son tan valiosos como se creyó o, de lo contrario, convencer a un comprador de que un bien vale diez veces su costo real. Así, el fraude se convierte en enemigo del intercambio voluntario.

Ahora, el caso específico que usted plantea es el del testimonio falso. Esto no se refiere a la interacción de dos personas; el testimonio falso es un subgénero de la difamación, lo que en países civilistas y angloamericanos es siempre un juicio de tres personas. Es una situación en que A dice algo a B que perjudica el bienestar de C. El asunto es que al decirle a una persona que alguien no es lo que parece ser, decide evitarla. Esto se traduce en una pérdida económica seria, dado que tiene como resultado la ruptura de transacciones voluntarias, por lo que podemos afirmar que el testimonio falso, por ejemplo, en un contexto extrajudicial, incentivaría a las empresas a evitar contratar con sujetos respetables para temas que eluden proveedores prestigiosos.

Es altamente negativo y, por supuesto, en un sistema judicial los riesgos son aun más altos dado que la consecuencia del testimonio falso puede ser, fácilmente, prisión de por vida, por lo que el daño tiene que lidiar con el lado fraudulento de manera sistemática. Tenemos un gran cuerpo de normas diseñado para hacerlo, y no existe nada que diga que, ya que la fuerza es terrible, mentir está bien; y la diferencia entre la mentira y la fuerza es que con la fuerza normalmente alguien tiene que atacar a otro, mientras que para mentir de manera efectiva se tiene que engañar a alguien, de tal forma que siempre tienen la oportunidad de darse cuenta solos, lo que no es suficiente. Claro está que la gente debe ser cuidadosa y no dejarse engañar, pero si lo hacen, deberían conseguir protección legal también.

Finalmente, el concepto clave, y expongo esto como una situación concluyente; siempre que hablo de sistema liberal clásico, lo que encuentro son personas que asumen cosas respecto de su operación con ciertas características, una de ellas es que describen un mundo totalmente extraño

para ellos, en el que nadie quisiera vivir; la segunda, es que creen que gente como yo está llena de persuasión liberal, cuando en realidad no creemos en ninguna. El sistema es mucho más complicado de lo que crean con esas caracterizaciones, pero no tan complicado como para colapsar. Por ejemplo, habrán preguntas difíciles sobre cómo organizar el sistema de impuestos, o

la red de industrias, no quiero negar eso; pero hay vastas áreas donde puedes conseguir simplificar las cosas con una mayor producción, lo que demuestra que un modelo con libertad contractual funciona mejor que otro modelo de regulación gubernamental. En las dos direcciones: es más barato, fácil de entender y al mismo tiempo más productivo.

HOMENAJE AL DOCTOR JORGE AVENDAÑO

Queremos dedicarle la presente edición a nuestro profesor, el doctor Jorge Avendaño Valdez, por su 50 aniversario como docente en nuestra facultad.

Para él, nuestra mayor admiración, respeto y agradecimiento, pues no sólo es importante en la historia de la PUCP como uno de los profesores con mayor trayectoria y cariño por nuestra casa de estudios, sino que también fue uno de los impulsores de la creación la Asociación Civil THEMIS, allá por el año 1965. Por ello, THEMIS le estará eternamente agradecida.

INCORPORACIÓN DE GUIDO CALABRESI AL COMITÉ CONSULTIVO

Es un orgullo para nosotros poder anunciar la incorporación del profesor Guido Calabresi, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos, a nuestro Comité Consultivo. Su colaboración nos permitirá continuar lo que siempre procuramos: brindarles artículos de excelente calidad a nuestros lectores.

SEGUNDA EDICIÓN DE LOS DISCOS COMPACTOS DE THEMIS-REVISTA DE DERECHO: EDICIONES 49, 50 Y 51

Ante el éxito obtenido, THEMIS lanzó al mercado la segunda edición de los discos compactos con las ediciones 49 (Contratos), 50 (Responsabilidad Civil) y 51 (Teoría General del Derecho), llamadas a "llenar" el espacio ocasionado por la rápida venta de sus ejemplares impresos.

Los archivos de las revistas están colgados tanto en un formato de "revistas completas" (tal como fueron impresas), como "artículo por artículo", de modo que se facilite su acceso.

Con esta iniciativa (que es la continuación de una carrera por la "digitalización" de los productos de THEMIS) queremos rendirle un homenaje a todos los autores, colaboradores e involucrados en la edición de las revistas impresas, esperando que su trabajo sea aún más conocido y apreciado por nuestros lectores.

Los discos compactos estarán a la venta en el local de THEMIS en la PUCP.

Miembros inactivos de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Úrsula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • César Antonio Alcorta Suero • Jimena Aliaga Gamarra • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Andrés Avelino Aramburu Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Fernando Arias-Stella Casillo • Arturo Arróspide Villarán • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca De la Piedra • Fabiola Baquerizo Micheline • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Sapck • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Ursula Ben-Hammou Novoa • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea • Gonzalo Bernal Neunmann • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostroza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Alfredo Bullard Gonzales • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Héctor Calero Ramirez • Analía Calmell Del Solar Del Río • Javier Calmell Del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Alvarez-Calderón • Carlos Casabone Stoehssel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • Ursula Collimboy Sayan • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Carlos Cornejo Vargas • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Luis De Bernardis Llosa • Javier De Belaunde De Cárdenas • Federico De Cárdenas Romero • Fernando De la Flor Koechlin • Javier De la Vega Gomez • Milagros De Pomar Saettone • Eduardo De Rivero Santana • Fernando Del Mastro Puccio • Álvaro Del Valle Roeder • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva • Gisella Domecq Garcés • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egúez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Daniel Flores Consiglieri • Rodrigo Flores Benavides • Laura Francia Acuña • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Domingo García Belaúnde • Juan García-Montufar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzales Barrón • Daniel Gonzales La Rosa • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melissa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín De Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamman García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Ursula Indacochea Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero • Rosario Isasi Morales • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Rosello • Rúzika Kresalja Santos • Antonio

Kujlevan Pagador • Diego La Rosa Gonzáles del Riego • Sheila La Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros • Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Anthony Laub Benavides • Elsa Marina Lazarte • Denise Ledgard Antunez de Mayolo • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Isabel Lira Miró Quezada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna Victoria Jammaers • Robero Mac Lean Martins • Alejandro Manayalle Chirinos • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortiz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figali • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Patricia Mendoza Franco • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Nique • Fernando Molina Rey de Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Oscar Montezuma Panes • Elva Morán Rodríguez • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Italo Muñoz Bazan • Milagros Muñoz Bazan • Jaime Mur Campoverde • Mariana Negri Mendiola • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neil De la Fuente • Lucía Olavarria Salinas • Pilar Olavide Galdós • Antonio Olórtegui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Andrés Osterling Letts • Giselle Pacheco Guillén • Valentín Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • Cesar Augusto Parodi • Mario Pasco Lizarraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Eduardo Peláez Santillán • Fernando Peña Neves • Diego Pérez Terry • Luz María Pérez-Garland Gamio • Mariela Pérez-Costa Piscoya • Alejandro Peschiera Bonifaz • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorvo • Jose Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Patricia Pow-Sang Tejada • Rafael Prado Bringas • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Maria Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaita • Viviana Ritchie Martínez • André Robilliard Escobal • Marco Patricio Rodríguez Terry • Victor Rodríguez Macedo • Carlos Rojas Klauer • Miguel Angel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Angela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Rosario Saco Oliva • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rocío Saux Valdez • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissler • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Ernesto Soto Chavéz • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavelle • Luis Stucchi Díaz • Oscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutierrez • Luciana Tataje Villalobos • Martín Tayro Cuba • Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendivil • Oscar Trelles De Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Eduardo Valdizán Sala • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loaysa • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Vera Ortiz • Verónica Vergaray Bejar • Inti Vidal Felip • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán Ascenzo • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Bruno Zanolo Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Fiorella Zúñiga Dede •

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** estuvo conformada por: Mario Fernando Drago Alfaro (Director), Costanza Borea Rieckhof, Carlos Cotera Solano, María José Higuera Chicot, Monica Nuñez Salas, y Bruno Zanoló Maggiolo.

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros, y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Horst Ehmke, Marcial Rubio, Néstor Pedro Sagüés, César Landa, Francisco Eguiguren, Bruce Ackerman, Robert D. Cooter, Juan Monroy Gálvez, Úrsula Indacochea Prevost, Javier Adrián Coripuna, Jorge León Vásquez, Luis Castillo Córdova, Pedro Grández Castro, Giovanni Priori Posada, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Christian Donayre Montesinos, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Fernando Zuzunaga del Pino, Sergio Vega León Cabrera, Manfred Weiss, Jorge Danós Ordóñez, Dino Carlos Caro Coria, Oscar Súmar Albújar, Julio Guadalupe Báscones, Gustavo Rodríguez García, J. Oscar Trelles, François Vallaeys, César García Novoa, Richard A. Epstein, Gorki Gonzales, Elvira Méndez, , Edgar Carpio, Giorgio Massari, Eduardo Sotelo, Andrés Valle, Carlos Blancas, Liliana Salomé.

Centro de Resolución de Conflictos de la PUCP; Top Technologies; Maestría en Desarrollo Ambiental de la PUCP; Grimaldo & Lazo Abogados; Estudio Barreda Moller; Estudio Monroy Abogados; Estudio Jurídico Ato del Avellanal; Notaría Ortiz de Zevallos; Lowe Perú; Pizarro Botto & Escobar Abogados; IDEA - PUCP; Notaría PAINO; Instituto de Defensa Legal; Estudio Grau; SUMMATEC; Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros; Croci & Silva Abogados Penalistas; VAINSA; Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP; Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria Abogados; Estudio Ghersi Abogados; Payet Rey Cauvi Abogados; Miranda & Amado Abogados; Notaría Murguía; Servicios Gráficos Mystic Rose; Banco de Crédito del Perú; Zuzunaga & Assereto Abogados; Mayo Draft FCB Perú; Estudio Olaechea; Estudio Echeopar Abogados; Tramarsa; PQ - Arquitectos; Notaría Vela - Velásquez; Benites, Forno & Ugaz Abogados.

THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron gran parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor de la vida.

Patricia Casaverde Rodríguez, Evelyn Castro Ramos, Mariana Delgado Zeppilli, Nicolás Galindo García, Carlos Glave Mavila, Agustín Grández Mariño, Giuseppe Marzullo Carranza, Juan Francisco Monteverde Vargas, Pablo César Mori Bregante, Eduardo Peláez Santillán, Carlos Rojas Klauer, Rocío Saux Valdez, Alejandra Uribe del Águila, Pedro Mario Vera Ortiz, Bruno Zanoló Maggiolo

