

# Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: Notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del derecho y la política, y sus repercusiones

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA\*

## Resumen

Si la Constitución implica un pacto destinado a establecer límites y una organización al ejercicio del poder (y sobre todo, al poder político) dentro de una sociedad determinada, para el fortalecimiento y consolidación de su rol no basta con que cuente con una adecuada redacción. Y es que, incluso contando con esa cuidadosa redacción, un texto constitucional tiene día a día que legitimarse siendo interpretado de forma que permita resolver problemas ciudadanos muy a despecho de eventuales limitaciones técnicas en su configuración (y con mayor razón, ante cuestionamientos al proceso de su gestación).

**Palabras clave:** Constitución de 1993. Tribunal Constitucional peruano. Balance de veinte años. Constitucionalización del derecho.

## Sumilla

Anotaciones preliminares

1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de «constitucionalización del derecho» y «constitucionalización de la política»?
2. El Tribunal Constitucional peruano, y su labor en pro de la «constitucionalización del derecho» en nuestro país
3. Lo previsto y resuelto en el caso peruano sobre cuestiones políticas no justiciables y el aporte de nuestro Tribunal Constitucional al respecto

A modo de conclusión

---

\* Catedrático de pre y posgrado de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad de Lima, en la Universidad de Piura y en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Profesor principal y ex director general de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial) del Perú. Profesor visitante e invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de, entre otras instituciones, las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal.

## **Anotaciones preliminares**

Para nadie es un secreto que la Carta de 1993 apareció en un contexto marcado por la controversia, y que, además, durante mucho tiempo se le acusó (con razón o sin ella) de ser un texto meramente semántico. No correspondiendo aquí pronunciarse sobre ese tema (acerca del cual, por cierto, ya nos hemos pronunciado en anteriores oportunidades), toca más bien ahora referirse a una constatación a todas luces evidente: con relativamente pocas reformas formales (básicamente a todo el capítulo sobre descentralización), el texto de 1993 va a cumplir veinte años de ser aprobado, aun cuando subsisten voces que reclaman volver a la plena vigencia de la Constitución de 1979, o pasar a tener una nueva Carta en un futuro cercano.

Consideramos que una de las posibles explicaciones de lo que hemos constatado se encuentra en la labor realizada, sobre todo a partir del año 2000, por el Tribunal Constitucional peruano, y su relevante participación en fenómenos como el de la «constitucionalización del derecho», o el esfuerzo por la «constitucionalización de la política». La labor del Tribunal en este sentido (justo es señalar que no exenta de cuestionamientos, marchas y contramarchas), ha sido vital para que la Carta de 1993, según la perspectiva que se quiera manejar, se consolide o se convierta en un elemento que progresivamente cada vez más permite justificar mejor la configuración de las relaciones de poder, la conformación del sistema de fuentes, y la modificación de la comprensión de diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones en el ordenamiento jurídico peruano.

El sentido de este texto es el de sustentar la apreciación que acabamos de formular. Pasamos por ello en primer lugar a explicar qué implica hablar de «constitucionalización del derecho» y «constitucionalización de la política», para luego analizar cuánto ha sido el aporte y los avances apuntalados por el Tribunal Constitucional peruano al respecto, y hablar de las repercusiones que esto genera, tareas que iniciaremos de inmediato.

### **1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de «constitucionalización del derecho» y «constitucionalización de la política»?**

Si bien es cierto que el primer reconocimiento del carácter normativo de la Constitución (hablemos aquí de norma jurídica, o de un cuerpo normativo, como señalaba García de Enterría) se produce en el escenario norteamericano, con el pronunciamiento de la Corte Suprema estadounidense en el célebre «Marbury versus Madison», de 1803, su justificación más cabal se encuentra en lo debatido en Europa continental. Allí se ha pasado de un primer momento en el cual, con

una impronta kelseniana, se buscaba distinguir entre derecho y moral, derecho y justicia, e incluso entre reglas y principios, a situaciones radicalmente distintas<sup>1</sup>.

Producto de esta evolución, en el cual tienen especial importancia acontecimientos como los juicios de Nuremberg (que implicaron la crisis del método dogmático legalista de interpretación, y a la vez, abrieron la posibilidad de fortalecer a la Constitución como espacio en el cual se pueden contener los valores fundantes de los derechos ciudadanos), o construcciones como la fórmula de Radbruch, de 1946 (por su incidencia en que el carácter jurídico de las normas o de los sistemas vinculados con el derecho se pierde si se traspasa un determinado umbral de injusticia<sup>2</sup>, ya no bastará con reconocer que la Constitución es la norma suprema del Estado.

La Constitución será entonces una norma o un cuerpo normativo muy particular, pero tanto o más que por su origen, por su rol y contenido. Ello llevará a tomar especiales recaudos en que los principios y valores expresados en cada texto constitucional (o que se desprenden de él) no sean disponibles o quebrantables, sobre todo por los diferentes órganos y organismos estatales.

Es más, se llega a un escenario en el cual la misma configuración de las relaciones de poder, la comprensión del sistema de fuentes vigente en un ordenamiento jurídico en particular, y los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones se comprenden en base a los principios, derechos y valores de sus Constituciones vigentes en cada Estado en particular. En ese contexto, incluso el quehacer político, la labor de la clase política, no está exenta de ceñirse a este encuadramiento, que implica hacer una clara distinción entre lo discrecional y lo contrario.

En la plasmación de este verdadero redimensionamiento del derecho (en donde la limitación del poder sigue siendo relevante, pero cuya justificación última y principal, como la de todo lo demás, se encuentra en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales), cumple un papel central el empoderamiento del juez(a) como intérprete constitucional vinculante. Jueces y juezas no se limitarán a evaluar la correspondencia del ordenamiento jurídico vigente con el texto de la Constitución, sino que, de acuerdo con si se cuenta con un modelo difuso o uno concentrado de jurisdicción constitucional, se convierten en responsables de dar el marco de la comprensión de la normativa para que esta sea conforme a la Carta en funciones.

---

<sup>1</sup> En ese mismo sentido, LÓPEZ GARCÍA, José Antonio. Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. En Eloy Espinosa-Saldaña Barrera et. al. (coords.), *Tutela de derechos en sede jurisdiccional*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2012, p. 58.

<sup>2</sup> Un buen resumen y una clara explicación sobre los alcances de este planteamiento lo encontramos en ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, especialmente p. 34.

En este estado de cosas es que se entiende la relevancia de la «constitucionalización del derecho» y la «constitucionalización de la política». Cuando se habla de «constitucionalización del derecho», se está haciendo mención, inicialmente en Francia (cuna del legicentrismo y de la idea del juez(a) «boca de la ley»), pero ahora con una proyección internacional cada vez mayor, al fenómeno que, partiendo de la constatación de que la Constitución encierra la base o fundación de las distintas disciplinas e instituciones jurídicas, se generan varios efectos: algunos de ellos son calificados como «directos», y otros como «indirectos».

Se van a considerar como efectos jurídicos directos a la «constitucionalización judicialización», la «constitucionalización elevación» y la «constitucionalización transformación». Por «constitucionalización judicialización» se entiende que la relación entre los «poderes» y demás instituciones del Estado se comprende y debe comprenderse bajo parámetros constitucionales. Cuando se habla de «constitucionalización elevación» se hace referencia a que el sistema de fuentes o producción de normas dentro de un Estado se debe encuadrar dentro de pautas constitucionales. Finalmente, se denomina «constitucionalización transformación» a la postura mediante la cual se entiende que las diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones se deben comprender también dentro de los alcances enmarcados por el texto constitucional y su interpretación.

La relevancia de lo aquí expuesto tiene además otras consecuencias, a las cuales se les califica como efectos indirectos a la modernización del derecho (liberalización de la normativa hasta entonces vigente y de su aplicación buscando una mejor protección de los derechos fundamentales), unificación del orden jurídico (la Constitución como parámetro articulador de los diferentes áreas del derecho, lo cual, entre otros factores, tiende a relativizar parte de la clásica distinción entre derecho público y derecho privado), y la simplificación del orden público (la Constitución establece pautas que desentrampen situaciones de conflicto normativo a nivel interno).

Esta vocación por imbuir de pautas constitucionalmente previstas a todo el ordenamiento jurídico de un Estado indudablemente ha tenido una serie de significativas implicancias. Una de las más relevantes, y desde siempre con entidad propia, es la de apuntalar cada vez más la posibilidad de tener prevista la revisión en sede jurisdiccional de ciertas decisiones propias del quehacer político, del gobierno y dirección de una sociedad determinada. Y si es que si bien lo jurídico y lo político no son lo mismo, en un Estado Constitucional, donde la legitimación del ejercicio del poder es jurídica, el quehacer político no puede, de acuerdo con una posición cada vez mejor asentada, desconocer los procedimientos previstos para la toma de decisiones en el texto constitucional, o dejar de lado contenidos conformes a parámetros constitucionalmente recogidos.

Este fenómeno, denominado «constitucionalización de la política», tiene tal vez como su expresión más notoria a la del debate sobre la pertinencia de mantener la figura de las *political questions*, suprimirlas, o permitir algún nivel de revisión sobre las mismas. Estas *political questions*, o cuestiones políticas, tienen como antecedente más claro lo resuelto en «Marbury versus Madison» (1803), aunque oportuno es anotar que esta teoría toma su configuración definitiva en «Luther versus Borden» (1849)<sup>3</sup>. Al respecto, ya en «Marbury versus Madison», el *Chief Justice Marshall* señala que:

[...] cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del Presidente, en aquellos casos en que este posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de estos actos solo puede ser político [...]

[...] La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir como el Poder Ejecutivo o los funcionarios del Poder Ejecutivo desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la Constitución o a las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal [...]

Como bien señalaba Sagüés:

[...] Esta teoría convenía a la Corte Suprema, pues «tranquilizaba» al Congreso y al Gobierno, poniéndose una autorestricción luego de haberse otorgado el control difuso sin una cobertura constitucional específica para ello. Convenía al Presidente y al Capitolio, que recibían una suerte de inmunidad de cuestionamiento vía jurisdiccional en temas privativos de dichos órganos, y que casi siempre eran los de mayor relevancia política. Finalmente, beneficiaba a los ciudadanos, pues así garantizaban una cuota de cuestionamiento a las decisiones de las autoridades aceptada por las mismas autoridades (aquella destinada a defender sus derechos) [...]

Cierto es que también se han esgrimido estas justificaciones de la existencia de cuestiones políticas (preservar la diferencia entre Poder Constituyente y Poderes constituidos<sup>4</sup>, tratar de fijar límites a la labor del juez(a) constitucional). Sin embargo, ello no levanta el cuestionamiento formulado a esta categoría, pues la subsistencia de espacios no sujetos al control jurídico (y, sobre todo, al jurisdiccional) parece ser contraria al sentido mismo Estado Constitucional<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En ese mismo sentido, SAGÜÉS, Néstor Pedro. Reflexiones sobre las cuestiones políticas no justiciables a propósito de la coalición contra Irak. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2005, pp. 295-296. México: Porrúa.

<sup>4</sup> Ver al respecto, ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. *Ius et Praxis*, 14, 2 (2008), p. 271 y ss. Universidad de Talca.

<sup>5</sup> En este mismo tenor, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder* (con varias ediciones). Madrid: Cívitas, especialmente p. 99.

La pregunta que hoy cabe hacerse al respecto es si puede, en un contexto como el actual, donde se discute si el juez(a) constitucional tiene o no límites en su accionar, reconocerse la existencia de «actos políticos» o de una «discrecionalidad política», en principio no revisable (o no completamente revisable) en sede jurisdiccional.

Responder a esta pregunta implica efectuar ciertas precisiones al respecto, vinculadas a, por ejemplo, qué se entiende por actos políticos; y además, a la determinación de los criterios en base a los cuales se podría revisar este tipo de actos. Debe tenerse presente también que, incluso entre sus defensores, esta doctrina ha sido sometida a ajustes y matices. Así, por ejemplo, cabe resaltar cómo en los mismos Estados Unidos desde el principio se le entendió en forma restrictiva, y además, que la actuación judicial siempre debía darse si se encuentran en juego los derechos (fundamentales) de las personas involucradas<sup>6</sup>. De otro lado, en principio la determinación de una *political question* es en principio una tarea jurisprudencial (raros son los casos en que esta especificación se realiza a nivel legal o constitucional<sup>7</sup>). Por ende, bien puede entenderse cómo algunas cuestiones políticas dejaron de serlo por decisión jurisdiccional, e incluso como en sentencias como la emitida en «Baker versus Carr» (1962) se buscan establecer posibles justificaciones a estas situaciones, anotándose entre ellas a las siguientes:

- a. Estar ante materias confiadas constitucionalmente a reparticiones «políticas» dentro de cada gobierno.
- b. Estar ante asuntos donde no existe una normativa judicialmente distinguible y aplicable.
- c. Estar ante problemas donde debe darse una decisión política en materias reducidas a una discrecionalidad gubernativa (no judicial).
- d. Eventualmente estar ante temas en los que es imposible que una decisión independientemente de un tribunal «falte el respeto a otras ramas del Gobierno».
- e. Existir una «necesidad inusitada» de adherirse a una decisión política ya tomada.

---

<sup>6</sup> Esto es explicado, entre otros autores, por LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1978, tomo 3, pp. 467, 508 y 514.

<sup>7</sup> Eso es lo que ocurre en el caso peruano, donde la lectura literal de lo expuesto en el artículo 200 de la Carta peruana de 1993, y antes de ello, lo dispuesto en la hoy ya derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo, establecerían que la declaratoria de un estado de excepción es un hecho no revisable en sede jurisdiccional. Ejemplos de otras excepciones a lo que aparece como una regla general son, en primer lugar, el del artículo 64 de la Constitución brasileña de 1934, el cual expresamente prohibía a la judicatura ordinaria conocer cuestiones «exclusivamente políticas»; y ya yendo a materias más específicas, lo prescrito en los artículos 159 de la Constitución venezolana de 1961, destinado a impedir el control de la actuación parlamentaria en los temas que le eran privativos al Congreso, salvo que estemos ante supuestos considerados constitucionalmente como de extralimitación en funciones; y 241 de la Constitución colombiana de 1991, que pareciera estar dirigido a impedir un control sobre el contenido de actos vinculados a la reforma constitucional, la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente.

f. Considerarse inconveniente que existen múltiples decisiones de varias reparticiones estatales sobre una misma cuestión<sup>8</sup>.

Ahora bien, la referencia a cuestiones políticas no es privativa del escenario norteamericano. Se las ha invocado en Alemania<sup>9</sup>, España<sup>10</sup>, Argentina<sup>11</sup> o el Perú<sup>12</sup>. En todos estos casos es cada vez más notoria la necesidad de determinar las diferencias entre competencias exclusivas de ciertas autoridades y cuestiones políticas no justiciables, concepto este último que solamente se aplica a aquellas competencias referidas a las decisiones más relevantes para el gobierno de un Estado.

Yendo entonces a aspectos de suyo relevantes, es importante tener presente que en algunos países se está eliminando la categoría, y en otros, se va admitiendo mayores posibilidades de su revisión jurisdiccional, ya sea por materias de procedimiento o por elementos de contenido (sobre lo que volveremos después); y que, en líneas generales, hoy se tiende a entender a las cuestiones políticas como actuaciones de tipo discrecional, y por ende, para la revisión de estas cuestiones políticas principalmente se busca recurrir a las técnicas usadas para el control de

---

<sup>8</sup> Un análisis más detallado al respecto lo encontramos en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Algunos alcances sobre la posibilidad de la revisión judicial de aquellos actos calificados como «políticos» o de «discrecionalidad política». *Revista Jurídica del Perú*, XLVIII, 14 (enero-marzo 1998), pp. 69 y ss.

<sup>9</sup> La invocación a cuestiones políticas no justiciables (*politischen Fragen*) fue un argumento utilizado para intentar evitar el control constitucional de algunas leyes y medidas económicas dictadas (ya sea por el Gobierno o por el Parlamento Federal) luego de la Segunda Guerra Mundial, como en el uso de la Ley de Formación e Incremento de Precios de 1948; o cuando se alega la doctrina de la *Politische Justiz* (Justicia Política) para afrontar casos como el de la disolución del Partido Socialista del Imperio (de corte neonazi), o del Partido Comunista Alemán; o la condena a actos terroristas efectuadas por la denominada Fracción del Ejército Rojo.

<sup>10</sup> Las cuestiones políticas no justiciables fueron invocadas para buscar evitar la desclasificación de los papeles del CESID. Por otro lado, se resolvió recurriendo al juicio de proporcionalidad para evaluar la normativa sobre colaboración con el terrorismo dictada por el Parlamento español y aplicada a la cúpula de Herri Batasuna (HB), aunque esto, en opinión de algunos autores, no respondió estrictamente a consideraciones técnico- jurídicas (en ese sentido, por ejemplo, BILBAO UBILLOS, Juan María. La excarcelación tenía un precio: El Tribunal enmienda la plana al legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 58 (enero-abril 2000), pp. 277-312.

<sup>11</sup> Aunque algunos ven como antecedentes a casos como «José Roque Pérez» o «Procurador Fiscal de Santa Fé», habitualmente se considera como el punto de partida de esta discusión a «Cullén contra Llerena», donde se impugnaba, sin éxito, una ley que declaraba una intervención federal a la provincia de Santa Fé.

El debate sobre la revisión de las cuestiones políticas se plantea ya en el voto disidente del entonces juez supremo Boffi Boggero en el caso Soria de Guerrero *versus* Bodegas y Viñedos Pulentia Hermanos (1963). Luego, y en la línea de «Baker *versus* Carr», los temas electorales dejan de ser vistas como cuestiones políticas no justiciables (casos «Partido Intransigente» (1972) o «Frente Justicialista de Liberación» (1973)), pero subsistiendo una resistencia a la revisión judicial de algunos temas, así como la confusión entre «actos privativos» con «cuestiones políticas», identificación que debiera dejarse de lado para asumir una posición más restrictiva.

<sup>12</sup> Como ya se ha anotado en más de una ocasión, una lectura literal de la Carta de 1993 establecería una cuestión política no justiciable (la declaratoria de un Estado de Excepción). Una lectura literal del texto antes mencionado también parecería buscar evitar la revisión judicial de las decisiones (en este caso, jurisdiccionales) del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, o las del Consejo Nacional de la Magistratura en lo referido a ratificaciones judiciales y fiscales, pero jurisprudencia reiterada y el Código Procesal Constitucional han abierto un importante margen de revisión cuya relevancia es a todas luces insoslayable.

la discrecionalidad administrativa, como son el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, el control sobre los elementos reglados del acto, la revisión de hechos considerados determinantes, la suspensión del respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho, y el seguimiento para preservar la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración.

Cuando se habla de conceptos jurídicos indeterminados, debe entenderse que, por su misma naturaleza, se proyecta una noción más bien genérica en los ordenamientos jurídicos de cada Estado (interés general, interés social, etcétera). La referencia a elementos reglados está dirigida a que un Estado Constitucional ninguna actuación administrativa es enteramente discrecional, sino que siempre contiene algún aspecto establecido o pasible de regulación por una norma, aspecto que es justamente aquel que va a controlarse. Los hechos determinantes, eventualmente revisables en sede judicial, y a los cuales aquí se hace mención, son aquellos que sirven como presupuesto para la adopción de una decisión administrativa discrecional. Los principios generales del Derecho, en tanto orígenes o fundamentos de toda norma jurídica, no solamente son pautas para fijar sus alcances, sino que también sirven como parámetros de control. Finalmente, hablar de la finalidad buscada apela a intentar evitar vicios como el de la desviación de poder (o uso de las potestades otorgadas para satisfacer intereses distintos a aquellos que buscaba favorecer la normativa vigente).

Lo recientemente expuesto no descarta que pueda recurrirse a otras pautas de actuación judicial, como la ponderación, la tutela de derechos fundamentales o el respeto a espacios de libre configuración de la ley por parte del legislador. Dejamos eso si abierto para próximos trabajos el debate sobre si este control bajo parámetros jurídicos (los cuales, por cierto, no deberían llevarnos a respuestas «únicas» o «correctas») puede eficientemente darse fuera de esos recaudos. Toca ahora más bien analizar cuánto ha aportado el Tribunal Constitucional peruano en términos de «constitucionalización del derecho» y «constitucionalización de la política», y, como consecuencia de ello, ver cómo gracias a esa labor hoy se ha posesionado mejor una Carta a la cual algunos solamente daban hace algunos años, justa o injustamente, un carácter meramente semántico.

## **2. El Tribunal Constitucional peruano, y su labor en pro de la «constitucionalización del derecho» en nuestro país**

Si se hace una revisión de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, vemos varias manifestaciones de esta preocupación por «constitucionalizar el derecho», en los tres planos que este concepto que especificó Favoreu, concepto cuyos alcances ya se han desarrollado que se de en un anterior apartado de este

mismo texto. En algún caso, se procede a desarrollar los alcances de principios clave en la configuración del Estado Constitucional, como son los de Competencia y Separación de Poderes.

En lo vinculado con el principio de Competencia, en la sentencia recaída frente a los casos 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC (acumulados), vinculados con la constitucionalidad de ordenanzas que buscan regular uso de la hoja de coca, se explican los alcances de este principio para luego aclarar cuál es la relación (de competencia y no de jerarquía) entre los ámbitos de acción de una ordenanza regional, frente a los de una ley del Congreso de la República; y además, para anotar que salirse de la competencia propia generaría «un vicio de inconstitucionalidad indirecto» (F61). Este pronunciamiento se ve complementado por precisiones que hace el mismo Tribunal Constitucional en su STC 00321-2005-AI (vinculado a la comercialización de ropa y calzado usado), sobre los alcances de las competencias de gobiernos nacional (F33) y regionales (F12).

De otro lado, y ya en lo referido al principio de Separación de Poderes, en la STC 00005-2006-AI/TC (caso Jorge Santistevan de Noriega y otros), se precisa que este principio no solo resulta un parámetro destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que conforma un Estado como el peruano, sino que implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones (F15).

El objetivo de la descentralización territorial ha sido precisado en la ya mencionada sentencia sobre comercialización de ropa y calzado usado (F26-27). Su finalidad y carácter progresivo han sido desarrollados en la STC 0002-2005-AI/TC (F 22, 24, 27, 59 y 90). Además, los alcances del Estado unitario descentralizado peruano, y los criterios (a los cuales erróneamente denomina principios) que deben utilizarse en nuestro medio para la determinación de competencias en el escenario de la descentralización territorial (cooperación y lealtad; taxatividad y cláusula de residualidad; control y tutela; efecto útil; poderes implícitos; progresividad en la asignación de competencias) están consignados en las sentencias sobre aquellas ordenanzas regionales que buscaban regular el uso de la hoja de coca.

Por otra parte, el Estado social y democrático de Derecho, sus alcances y los aspectos que le configuran, han sido una reiterada preocupación del Tribunal Constitucional peruano, de acuerdo con lo dispuesto en los fundamentos 1 al 10 de la STC 0048-2004-AI/TC (caso Ley de Regalías Mineras); y los fundamentos 11 de la STC 6089-2006-AA/TC y 4 al 8 de la STC 02002-2008-CC/TC (caso Pablo Miguel Fabián Martínez).

De otro lado, lo que debe comprenderse en el Perú por economía social de mercado se plantea entre los fundamentos 3 al 9 de la STC 01963-2005-PA/TC (caso Ferrertería Salvador), así como en los fundamentos 19 y 20 de la STC 0034-2004-AI/

TC (caso de la Ley del medio pasaje, donde también se hacen interesantes precisiones sobre el rol del Estado en la economía en sus fundamentos 17, 18, 26, 27 y 28). En este contexto, mención especial tiene lo señalado sobre el principio de subsidiariedad (STC 01535-2006-PA/TC, caso Empresa de Transportes Turismo Imperial, fundamentos 13 al 17; STC 07339-2006-PA/TC, caso Empresa de Transportes Megabus, fundamento 11; y STC 7320-2005-PA/TC, caso Turismo Pullman Corona Real, fundamentos 7 al 11), así como qué es lo que nos permita determinar si estamos o no ante un servicio público (ver aquí también la sentencia sobre la Ley del medio pasaje, y sobre todo su fundamento 40).

Ahora bien, no solamente la comprensión de elementos centrales para la configuración de las relaciones de poder en un Estado como el peruano en clave de buscar su conformidad con el texto constitucional vigente y los principios y valores que le inspiran ha sido preocupación del Tribunal Constitucional del Perú. El entendimiento del sistema de fuentes, en una dinámica de «constitucionalización elevación», también se ha presentado en pronunciamientos como el emitido en la STC 005-2003-AI/TC, en donde luego de esbozar cuáles son los principios considerados como constituyentes de la estructura jerárquica de nuestras normas, se entra a marcar posición sobre cuál, de acuerdo con el marco constitucional vigente, sería el lugar que correspondería al contrato ley dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano.

Mención especial requiere lo vinculado a la «constitucionalización transformación». La comprensión de las diferentes disciplinas jurídicas, así como la de algunas de sus instituciones más importantes, conforme a parámetros constitucionales, ha sido indudablemente una preocupación recurrente del Tribunal peruano, aunque, justo es decirlo, en muchos casos esta preocupación por establecer estos parámetros no siempre se ha ceñido al ámbito de lo que en rigor es el ámbito de acción de esta judicatura constitucional, asumiendo competencias que en puridad son propias del legislador o de la judicatura ordinaria.

Muchos ejemplos pueden presentarse al respecto, pero solamente mencionaré algunos. Tema importante es todo lo vinculado al derecho de familia. En el caso Shols Pérez (STC 09332-2006-PA/TC), no solamente se desarrolla cuál es el modelo constitucional de familia vigente en el Perú (F4-7), sino también procede al reconocimiento constitucional de las familias ensambladas (sobre todo F8-14). De otro lado, en la STC 06572-2006-PA/TC (caso Janet Rozas Domínguez), se hacen precisiones sobre la comprensión constitucional de las uniones de hecho y hogares de hecho (ver sobre todo los fundamentos 12 al 23).

El derecho laboral también ha merecido pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano. En este sentido se encuentra, por citar algún caso, lo esbozado en la STC 0008-2005-PI/TC (sobre la Ley Marco de Empleo Público). Allí mismo se

explican los alcances de principios como los de igualdad de oportunidades (F23), *in dubio pro operario* (F21) e irrenunciabilidad de derechos (F24). Finalmente, en este caso el Tribunal especifica cómo en su opinión se configuraría la discriminación en materia laboral.

De otro lado, el principio de primacía de la realidad (el cual asume como implícito en nuestra Constitución) y sus alcances, se encuentran especificados en el fundamento 4 de la STC 3710-2005-PA/TC (caso Alberto Dolcey Pintocatalao Murgueitio).

Pasando entonces a otro punto, importante es anotar como en el ámbito del derecho procesal, mucho es lo que se puede anotar. Aquí solamente vamos a resaltar cómo el Tribunal Constitucional peruano realiza interesantes precisiones sobre la comprensión conforme a la Constitución de principios procesales como el Juez como director del proceso (y su especial importancia en procesos constitucionales). Esto lo encontramos en la STC005-2005-CC/TC (caso BCR, sobre todo su fundamento cuarto) y en la STC 2876-2005-HC/TC (caso Nilsen Mallqui Laurence, sobre todo su fundamento 23). También acerca de la Gratuidad de los procesos (a la que se considera parte del debido proceso y la tutela judicial efectiva) en el cuarto fundamento de la STC 1606-2004-AA/TC (caso Manuel Rubio Rodríguez).

Terminamos esta referencia al ámbito de lo procesal mencionando a la celeridad (la cual debe entenderse tomando en cuenta el principio de dignidad humana), de acuerdo con el fundamento 29 de la STC 6712-2005-PHC/TC (caso Magaly Medina y Ney Guerrero); y al *Iura Novit Curiae* (y sobre todo sus particularidades en los procesos constitucionales, donde, en puridad debería hablarse de suplencia de queja deficiente), en sentencias como la 02094-2005-PA/TC (Rómulo Ydme Mamani, sobre todo F1), 00569-2003-AC/TC (caso Némesis Echevarría Gómez, FF 5-13), 00905-2001-AA/TC (Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, F4), o 00979-1999-AA/TC (Orlando Minaval Flores, F7).

A su vez, en lo relacionado a materia tributaria, importantes son las precisiones hechas sobre capacidad contributiva, aunque no esté expresamente recogida en la Constitución. En este sentido la STC 0053-2004-AI/TC (caso Municipalidad de Miraflores, FJ VIII.B.1). También es relevante lo señalado sobre irretroactividad en los fundamentos 10, 11 y 12 de la STC 00002-2006-AI/TC (caso Colegio de Abogados de Arequipa); o acerca de la legalidad en materia tributaria, resaltando un necesario sometimiento a la Constitución (en este tenor las STC 02302-2003-AA/TC, caso Inversiones Dreams S.A., F32; 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC, F39; y 0042-2004-AI/TC (Ley de tributación municipal, F9-10). Por último, el Tribunal, en la STC 0004-2004-AI/TC y acumulados (caso ITF), aclara el contenido de la solidaridad en materia tributaria, la cual se manifiesta como un

deber al sostenimiento de los gastos públicos. Ello engloba, por un lado, el deber de contribuir a la detección de la falta de compromiso con las obligaciones tributarias; y, de otro, a la promoción del bienestar general mediante la contribución equitativa al gasto público a través de la tributación (en este sentido el noveno fundamento de este fallo).

Esta mirada panorámica no estaría completa si no se hace una siquiera puntual mención a la materia ambiental. En la STC 01206-2005-AA (caso INRENA, sobre todo FJ 6 al 10), el Tribunal otorga un contenido conforme a la Constitución al principio de prevención, anotando que el mismo implica que, y ante un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones del ambiente. Se señala además que el principio de prevención es parte de la faz prestacional del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, y obliga al Estado a ejecutar acciones y medidas técnicas.

De otro lado, y acerca del denominado principio precautorio, en el fundamento doce de la STC 05387-2008-AA, el Tribunal Constitucional no solamente fija el contenido conforme a la Constitución de dicho principio, sino también establece diferencias con lo que involucra el principio de prevención señalando lo siguiente:

[...] el intérprete constitucional cuenta con dos principios que le ilustran la salida a adoptar ante situaciones como la descrita *supra*, como son el principio de prevención y el principio precautorio. El primero exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente; mientras que el segundo comporta adoptar medidas de cautela ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas.

Finalmente, el contenido del mismo derecho a un medio ambiente equilibrado, mediante los fundamentos once, doce y trece de la STC 02268-2007-AA/TC, es determinado por el mismo Tribunal. Ese colegiado considera a la exposición a campos electromagnéticos como criterio para analizar la afectación a los derechos a la paz, la tranquilidad y a gozar de un medio ambiente equilibrado. En esa línea, procederá verificar en cada caso concreto si se han superado los límites máximos permisibles radiaciones no ionizantes, de acuerdo a lo establecido en el DS 038-2003-MTC.

Como bien puede apreciarse, e independientemente algunas discrepancias de lo dicho y hecho en varios casos, lo que no puede negarse es la voluntad del Tribunal Constitucional peruano por asegurar una cada vez mayor constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano y sus diferentes aspectos. Ello ha permitido en buena medida revertir algunas limitaciones de la regulación infraconstitucional

vigente, o consagrar una mejor comprensión de la normativa ya existente en todos sus niveles. Sin embargo, y sin desmerecer esto, que de suyo es relevante, lo es menos frente a otro aporte: el del enriquecimiento de los alcances de la Carta de 1993, asumida hoy cada vez con un carácter más normativa que semántica, haciendo mención a las clasificaciones difundidas por Loewenstein. Otro tanto es lo que en nuestro país ha comenzado a ocurrir con respecto al tratamiento de las denominadas «cuestiones políticas», y el esfuerzo por «constitucionalizar la política», tal como veremos a continuación.

### **3. Lo previsto y resuelto en el caso peruano sobre cuestiones políticas no justiciables y el aporte de nuestro Tribunal Constitucional al respecto**

Como aquí ya se anotó, en el caso peruano se da la particularidad de que el mismo texto constitucional vigente tiene la vocación de establecer alguna cuestión política no justiciable. Por ello, y si nos mantenemos en una lectura literal de la Carta de 1993, pareciera haberse buscado establecer decisiones tomadas por autoridades que no serían revisables en sede judicial, aunque en puridad no constituirían cuestiones políticas no justiciables. Ahora bien, justo es anotar también que si bien el mismo Tribunal Constitucional del Perú (y antes su antecesor el Tribunal de Garantías Constitucionales, así como varios miembros de la judicatura ordinaria o «Poder Judicial») en algún momento alegó estar ante cuestiones políticas para inhibirse en el ejercicio de su potestad revisora, progresivamente se ha ido también admitiendo un mayor margen de actuación jurisdiccional.

Pasaremos entonces a explicar muy puntualmente los alcances de las situaciones que acabamos de reseñar. Así pues, en primer término, volvemos aquí a mencionar como (jurisprudencialmente primero, y con algún apoyo legislativo después<sup>13</sup>) la judicatura ordinaria peruana alegó encontrarse ante cuestiones políticas no justiciables para, por ejemplo, descartar la posibilidad de revisar jurisdiccionalmente la declaratoria de un Estado de Excepción, e incluso la constitucionalidad de las medidas tomadas al amparo de dicha declaratoria, postura desafortunadamente ratificada en su momento por el entonces en funciones Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>14</sup>. Sin embargo, y gracias a una valiente jurisprudencia sentada desde la misma judicatura ordinaria peruana, luego se procedió a reconocer algún

<sup>13</sup> En el caso peruano, antes incluso del ya mencionado artículo 200 de la Carta peruana de 1993, ya el artículo 38 de la ley 23506, hoy derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo, buscaba prohibir la revisión judicial de la declaratoria de un Estado de Excepción.

<sup>14</sup> Una explicación en detalle sobre esta evolución jurisprudencial se encuentra en nuestro trabajo, Aplicación jurisprudencial de los criterios de razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de Hábeas Corpus en los Estados de Excepción: el caso peruano (segunda parte). *Derecho y Sociedad*, 11 (2006). Lima.

nivel de revisión judicial en clave de contralor parcial (no se revisaba la declaratoria del Estado de Excepción, más sí las medidas concretas tomadas a su amparo), recurriéndose para tal fin básicamente a un criterio de razonabilidad, y en algún caso incluso a criterios de proporcionalidad o necesidad<sup>15</sup>.

Lo expuesto llevó a que luego el mismo texto constitucional de 1993 consagrara formalmente una postura de contralor parcial, estableciendo expresamente que la declaratoria de un Estado de Excepción (decisión tomada por el presidente de la República, con el voto favorable de su Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso) no fuese revisable en sede judicial. Ahora bien, y en el mismo tenor de lo ya planteado jurisprudencialmente, se explicita la posibilidad de efectuar un control de las medidas concretas tomadas al amparo de dicha declaratoria, explicitándose para ello la pertinencia de poder utilizar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

El texto de 1993 buscaba además, siguiendo una línea de actuación jurisprudencial anterior, la cual incluso contaba con importante respaldo normativo, la imposibilidad que los jueces y juezas del Poder Judicial primero (y por ende, el Tribunal Constitucional *a posteriori*) pudiesen, básicamente mediante procesos de Amparo, entrar a revisar en sede jurisdiccional las decisiones tomadas sobre materia electoral por el Jurado Nacional de Elecciones (una suerte de Corte Suprema para este tipo de materias en el Perú) o las efectuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura en lo referido a ratificaciones judiciales y fiscales.

Justo es anotar aquí que, tanto en función a lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones como por el Consejo Nacional de la Magistratura en los temas a los cuales acabamos de hacer mención, no estamos en rigor ante políticas no justiciables, sino, por lo menos en lo referido al Jurado Nacional de Elecciones, ante decisiones jurisdiccionales dictadas al parecer al margen de una eventual revisión por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; y en lo relacionado con el Consejo Nacional de la Magistratura, frente a la existencia de una entidad administrativa a la cual, por lo menos en algunos temas, buscaría otorgársele, si cabe el término, cierta «inmunidad de jurisdicción». Frente a ello, afortunadamente el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial peruanos, en estos casos asumiendo una interpretación sistemática y no literal de la misma Carta de 1993, han realizado múltiples revisiones, tanto de fondo como de forma, de lo resuelto, según sea el caso, por el Jurado Nacional de Elecciones o por el Consejo Nacional de la Magistratura<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ob. cit., l. cit.

<sup>16</sup> De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, a partir de lo resuelto en «Espino Espino» admiten ser revisadas en sede jurisdiccional, pauta seguida en pronunciamientos como los emitidos en los casos «Lizana» y «Castillo Chirinos», sobre todo cuando se violan

Ahora bien, es necesario anotar como en algún caso, aunque dentro de una coyuntura muy particular<sup>17</sup>, el mismo Tribunal Constitucional peruano señaló que la destitución de algunos altos funcionarios constituía un acto privado del Congreso, equivalente según este colegiado a lo que en la doctrina se denomina *political questions* o cuestiones políticas no justiciables. Justo es reconocer que a renglón seguido admite que esta atribución parlamentaria no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que debe someterse a ciertos parámetros, y entre ellos, quizás en forma primordial, al respeto al principio de razonabilidad. Fácilmente puede entonces apreciarse que estamos ante un escenario con luces y sombras, aunque, como veremos luego, progresivamente ha ido consolidándose una tendencia cada vez más sostenida a favor de una labor contralora en sede jurisdiccional.

En este sentido, será muy interesante lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso «Alfredo Jalilie Awapara» (STC 4053-2007-HC), donde, independientemente de lo finalmente resuelto en la situación en particular, el Alto Tribunal peruano formuló importantes precisiones vinculadas con la posibilidad de revisar decisiones vistas como «actos de gobierno», «actos políticos» o «cuestiones políticas no justiciables».

Es pues que en ese mismo sentido que en «Jalilie Awapara», el Tribunal hizo precisiones sobre el «derecho de gracia», también conocido en el Perú como «indulto para procesados». Si bien el indulto y ese derecho de gracia son instituciones aplicables a supuestos diferentes, creemos que en dicha oportunidad el Tribunal sentó una pauta importante, no solamente para justificar la revisión de actos o cuestiones «políticas», sino también para establecer premisas que bien podrían invocarse frente

---

derechos fundamentales, y muy especialmente lo referido al derecho a un debido proceso. En «Lizana» además se apela a una interpretación sistemática de la misma Constitución, así como de sus preceptos e instituciones con lo comprendido al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y además, se señalará que en este caso, al recurrir a una lectura más bien literal de la Carta de 1993 sería lo inconstitucional.

Por otro lado, la posibilidad de revisión de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura se ha venido consolidando en diferentes momentos. Así pues, en primer lugar, y a partir de «González Ríos» se admitió la revisión de las decisiones del Consejo cuando él o la magistrado (a) sometida a ratificación todavía no había completado para ser sometido (a) a esa evaluación de desempeño. En segundo término, y desde la sentencia «Peña Bernaola» se admite revisar aquellas decisiones de no ratificación de magistrados (as) donde en su momento no se corrió traslado de las imputaciones existentes en contra de estas importantes autoridades.

Mención especial merece el debate acerca de la revisión de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura sobre ratificación de jueces(zas) y fiscales acusadas de falta de motivación. Allí, luego de haberse opuesto a ejercer sus labores contraloras (la línea de sentencias como la emitida en el caso «Luis Felipe Almenara Bryson»), va a aceptarse la revisión judicial de estas decisiones, inicialmente circunscrita a los casos ocurridos luego de la dación del Código Procesal Constitucional (lo resuelto en el caso «Álvarez Guillén»), pero luego reconocerla incluso a favor de situaciones anteriores (ese es el tenor de lo señalado a partir de «Lara Cárdenas»).

<sup>17</sup> Debe tenerse presente que los casos en cuestión son aquellos mediante los cuales los magistrados Aguirre Roca y Rey Terry intentaban vía proceso de amparo revertir su inválida e injusta destitución como integrantes del mismo Tribunal Constitucional peruano al que precisamente le estaba tocando conocer sus casos.

a la concesión de una situación tradicionalmente vista como un acto político, el indulto; o frente a la habilitación de conmutaciones de pena.

Es en ese contexto que importa apreciar lo consignado a partir del fundamento veinte de la sentencia en comento. Allí no solamente se dirá que no existen actos exentos de control constitucional, sino también se anotará que los fines constitucionales de la pena —prevención general y prevención especial— deben ser analizados como límites para concederse la gracia (fundamento 26 del fallo); y se señalará que, al igual que en la amnistía, las gracias no pueden fundarse en un motivo incompatible con la Constitución (fundamentos 23 y 24). Finalmente, se prescribirá que si los motivos que generan la concesión de la gracia no son humanitarios, no solamente se genera impunidad, sino que además se atenta contra aquello que es a la vez (valor) principio y derecho: la igualdad (fundamento 28 de la sentencia).

La consagración de un margen de revisión de un acto inicialmente calificado como «de gobierno» o «político», si bien dicha calificación todavía sigue teniendo vigencia, queda entonces establecida de manera contundente. Discusión aparte, aunque sin duda de enorme relevancia, es aquella referida a que puede ser controlado, bajo qué parámetros y quienes están habilitados a ejercer esa labor contralora. Lo ocurrido en torno al indulto concedido a José Enrique Crousillat es una buena manera de compulsar cuánto realmente se ha avanzado al respecto, y cuánto es todavía lo que queda por realizar.

La historia de este último caso es conocida por todos: alegando razones humanitarias, José Enrique Crousillat, mediante resolución suprema número 285-2009-JUS, consigue ser indultado por el presidente de la República de aquel entonces. Apenas se le otorga el indulto, Crousillat muestra una conducta bastante alejada de su situación de enfermo casi en estado terminal en la cual alegaba estar cuando solicitaba este beneficio. Además, se le acusa de un delito, y por ello, se plantea primero una investigación preliminar en su contra, que llevó luego a que se le abriera una instrucción con mandato de detención. Ante el fuerte cuestionamiento ciudadano al otorgamiento de este indulto, el mismo presidente de la República, vía resolución suprema número 056-2010-JUS, decide dejar sin efecto la resolución suprema 285-2009-JUS.

Se plantea entonces la demanda correspondiente, la cual es declarada infundada en primer grado o instancia, en mérito a que el presidente de la República debía revocar un indulto concedido en base a que se ocultó información para obtenerlo. En segunda instancia o grado se confirma la apelada, pues asume al indulto como un acto administrativo que puede ser anulado.

El Tribunal Constitucional comienza su sentencia aclarando que la orden de detención por otro delito, al haberse materializado, ya no es parte de este hábeas corpus.

Lo único aquí en debate era el haber dejado sin efecto la resolución que inicialmente le indultó. Además, que percibe que el hábeas corpus busca en realidad restituirle a Crousillat la condición de indultado.

A continuación, y luego de aclarar que en su opinión el indulto es una facultad discrecional del presidente con carácter de cosa juzgada, anota en su fundamento siete ese carácter de cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error y, sobre todo, el respeto a derechos fundamentales. Es más, ya el mismo Tribunal había establecido límites de índole constitucional para el caso de la gracia presidencial. Además (fundamento ocho), ya la inmutabilidad de otras instituciones que la misma Constitución les ha otorgado carácter de cosa juzgada (amnistías, sobreseimientos definitivos) se ve supeditada a la conformidad de su concesión con el marco constitucional.

Ello, como reconoce el Tribunal Constitucional en un párrafo clave para nuestro trabajo:

[...] no es sino consecuencia de la irradiación de la Constitución y su fuerza normativa en todo el ordenamiento jurídico. De este modo, para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales [...] (fundamento nueve).

Se aclara además que ese control jurisdiccional no versa sobre la conveniencia o no del indulto (en realidad, eso, añadimos, no es parte de un control jurisdiccional), pues ello resulta una materia reservada a la Presidencia de la República, sino de su constitucionalidad. Finalmente el Tribunal, constatando que lo que se busca es que la concesión del indulto recobre vigencia, asume como posible y necesario analizar la constitucionalidad y legalidad de dicho indulto, constatando que allí, gracias a una información distorsionada, se comete un tremendo error concediendo el indulto, y por ende, esta decisión deviene en nula, pues, de acuerdo con lo dicho en el fundamento 21, siempre precisa de una verdadera motivación.

En la línea de lo ya señalado en este trabajo, bien podrá suponerse que, en el mismo tenor de lo que cada vez se hace una postura más asentada a nivel mundial, estamos entre quienes consideran que categorías como «actos políticos», «actos de gobierno» o «cuestiones políticas no justiciables» se batan en retirada, correspondiendo que, por lo menos el grueso de las actuaciones asumidas como privativas de un alto funcionario como el presidente de la República, admitan ser revisadas bajo pautas de control como las utilizadas para analizar el ejercicio de potestades administrativas discrecionales. Esta afirmación, llevada al caso «Crousillat», implicará entonces considerar que un indulto es un acto administrativo discrecional, o al menos, puede ser tratado como tal, y por ende, constituye una decisión pasible

de ser revisada en sede administrativa, mediante la declaración de su nulidad de oficio; o en su defecto, revisada en sede jurisdiccional, dejando así de lado una lectura más bien literal de preceptos constitucionales hoy vigente, y pasando, por ejemplo, a querer acreditarse la conformidad de lo decidido con la *ratio legis* del mismo texto constitucional.

Y es que, ya entrando en materia, tal como lo deja ver la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano ante ese mismo caso «Crousillat» (lamentablemente no lo afirma con la contundencia y claridad que muchos hubiésemos deseado), si un indulto presidencial es un acto administrativo consecuencia del ejercicio de una potestad discrecional de la administración, dicho acto puede ser declarado nulo si adolece de un vicio esencial en su configuración. Entonces, si, por ejemplo, se resolvió indultar en base a información falsa o distorsionada, y esa falsedad o distorsión luego queda en evidencia, bien podemos estar ante un acto viciado en su motivación (o que incluso, se encuentra configurado como consecuencia de la comisión de un delito); y en ese contexto, cabe declararlo nulo, ya sea en sede administrativa o a nivel jurisdiccional.

Sin embargo, la resolución 056-2010-JUS no tiene un texto claro, y tal vez por ello, nos deja la sensación de generar una serie de imprecisiones y situaciones no debidamente resueltas. En primer lugar, se habla de dejar sin efecto la resolución 285-2009-JUS, la cual podría entonces ser entendida como afectada en su eficacia más no en su validez, con los riesgos que ello acarrea. Luego, no se hacen mayores especificaciones sobre los parámetros a los cuales se recurre para efectuar esta revisión, sin explicitar si se analizarán cuestiones de contenido o cuestiones de procedimiento; y en cualquier caso, en base a qué consideraciones se llega a esta nueva conclusión.

Debe entonces tenerse presente que, sin perjuicio de la responsabilidad penal, política o de cualquier otro tipo que lo sucedido pudiese generar, si se ha optado por efectuar un control o revisión de una decisión habitualmente asumida como un acto de gobierno, acto político o cuestión política, deberían sustentarse con especial cuidado y detalle las razones por las cuales se llega a dicho pronunciamiento. Caso contrario, bien podría estarse tomando una decisión que a su vez podría ser impugnada y dejada de lado por vulnerar una serie de derechos fundamentales, creándose con ello muchas veces mayores dificultades que aquellas a las cuales intentaba hacerse frente.

Una tarea que hoy bien cabe formularse en el Perú apunta a, si se quiere revisar «actos políticos», «actos de gobierno» o «cuestiones políticas», categorías cuya misma subsistencia está puesta en entredicho, determinar bajo qué parámetros podría jurídicamente (y no políticamente, o como mera manifestación de voluntarismo)

ejercerse esa labor revisora. Y como esta, también bien cabría formularse algunas otras interrogantes sobre el particular. En base a ellas entonces pasaré a esbozar algunos conceptos e ideas que creo pueden ser útiles al respecto, máxime si el Tribunal Constitucional peruano ha seguido reconociendo que la revisión es posible y necesaria, más en su sentencia en el caso «Crousillat» continúa sin especificar los parámetros dentro de los cuales debe darse ese trabajo contralor. Dicho en otras palabras, se ha avanzado en términos de «constitucionalización de la política», aunque convendría pasar a formular algunas importantes precisiones al respecto.

Como seguramente es posible apreciar luego de todo lo expuesto, hoy cada vez tiende a admitirse con mayor facilidad un creciente nivel de revisión y control en sede jurisdiccional. Sin embargo, todavía existe debate sobre si esta labor contralora puede abarcar a todas las actuaciones efectuadas por reparticiones gubernamentales o parlamentarias; y, en cualquier caso, especificados ya los actos pasibles de revisión en sede jurisdiccional, determinar en base a qué parámetros podrá ejercerse las tareas de control a asumir. Conviene entonces efectuar algún análisis al respecto.

Un primer aspecto entonces aquí a esclarecer es el de, por ponerlo en términos más bien gráficos, explicitar de qué hablamos cuando hablamos de «actos políticos», «actos de gobierno» o de «cuestiones políticas no justiciables». Y es aquí, para no abrir innecesariamente la puerta a una inmunidad que bien puede disfrazar la intención de obtener impunidad, donde debe precisarse que estamos ante categorías a las cuales incluso sus iniciales promotores y defensores reconocen que deben ser comprendidas en forma restrictiva.

En ese sentido que hoy no se discute que el respeto a una corrección funcional es parte central en el desenvolvimiento de todo Estado Constitucional que se precie de serlo, pues este por cierto se encuentra vinculado al establecimiento de competencias (o cuotas de poder o autoridad); y por ende, implica la existencia de límites, de instancias y parámetros de control, e incluso la posibilidad de incurrir en diversos tipos de responsabilidad. Sin embargo, la alegación de encontrarse ante un acto privativo o de competencia exclusiva de algún(a) funcionario(a) no le hace en principio libre de ser revisable judicialmente.

De otro lado, y aun cuando concordamos con Néstor Sagüés en la dificultad de despojar de carácter, o por lo menos, de connotación política a muchas actuaciones de quien es o cuenta con autoridad<sup>18</sup>, aquello tampoco puede llevarnos a que identifiquemos los «actos privativos» o de competencia exclusiva de ciertas autoridades con categorías como las de «actos de gobierno», «actos políticos» o

---

<sup>18</sup> Ver en ese sentido lo señalado por SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Mundo jurídico y mundo político*. Buenos Aires: Depalma, 1978.

«cuestiones políticas no justiciables». Cuando hacemos referencia a esas categorías se hace mención a algunas, más no a todas las competencias propias y únicamente confiadas a dichas autoridades. A tal caso, se estaría en rigor hablando únicamente de aquellas que se encuentran referidas a las decisiones más relevantes para el gobierno de un Estado.

Además, conviene también tener presente cómo hoy, siguiendo una línea de pensamiento esbozada ya desde la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, existen quienes admiten la revisión judicial de las denominadas *political questions* en materias o pautas de procedimiento, y también los que además reconocen la posibilidad de incluso efectuar un control sobre el contenido y sentido de los actos habitualmente considerados cuestiones políticas. Ahora bien, cierto es que estas perspectivas de revisión en cualquier caso deberán materializarse dentro de ciertos parámetros, escenario en el cual, justo es anotar, tampoco existe coincidencia incluso entre quienes acogen la posibilidad revisora a la que aquí venimos haciendo referencia.

Así, por ejemplo, algunos, en función de darle una mayor predictibilidad y objetividad a su labor revisora, y asumiendo que en puridad estos actos o cuestiones son actos administrativos de carácter discrecional, emplean las diferentes técnicas utilizadas para el control jurídico de la discrecionalidad administrativa. En ellas, como es de conocimiento general, se apela al análisis de conceptos jurídicos indeterminados; al control sobre los elementos reglados del acto; a la revisión de aquellos hechos considerados determinantes; a la supervisión del respeto y cumplimiento de los principios generales del derecho; o al seguimiento efectuado para preservar se alcance la finalidad que buscaba ser obtenida por la administración.

En el primer caso, el parámetro de control serán algunos conceptos definidos más bien genéricamente por los ordenamientos jurídicos de casa Estado («interés general», «interés social», etcétera). En el segundo supuesto se parte de la constatación de que, en tanto existe un sometimiento de la Administración al principio de juridicidad o legalidad, ninguna actuación administrativa es enteramente discrecional, sino que siempre contiene algún aspecto establecido o posible de regulación por una norma, aspecto que es precisamente aquel a controlar.

Por otro lado, se consideran hechos determinantes (y por ello, pasibles de ser revisados incluso en sede judicial), a aquellos que servirán de presupuesto para la adopción de una decisión administrativa discrecional. De otra parte, la labor de los principios generales del derecho, ya sea como origen o fundamento de toda norma jurídica (y entre ellas, de aquellas propias del derecho administrativo en particular), o como pauta que fija sus alcances, es insoslayable; y por ello, permiten servir como camino a seguir para efectuar tareas de control.

Finalmente, al tomarse en cuenta lo que se buscaba en el acto sujeto a revisión se buscarán evitar vicios como el de la desviación de poder, o, dicho con otras palabras, el uso de las potestades otorgadas para satisfacer intereses distintos a aquellos que debían ser atendidos si se actuaba de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente. Oportuno es anotar como otros alegan que la justificación de esta actividad revisora (sobre todo si es ejercida por jueces y juezas) irá por otros derroteros, arguyéndose como alternativas a tomar en cuenta a la de la realización de labores de ponderación (con las ventajas, pero también, con la carga subjetiva que ella suele tener), la tutela de derechos fundamentales, o el respeto a espacios de libre configuración de la ley por el legislador, entre otras opciones.

Es pues grande el abanico de posibilidades de control jurídico frente a estos conceptos. Sin embargo, justo y necesario es anotar que el control de la discrecionalidad de quien toma las más relevantes decisiones de gobierno dentro de un Estado también puede darse bajo parámetros que no son jurídicos.

Esta no es una cuestión menor, pues de responder el control a efectuarse en algún caso —por ejemplo— a parámetros de calidad u oportunidad, dicha labor contralora no debiera corresponder en principio a, por ejemplo, un juez o jueza. Ello no implicaría una ausencia de control, sino obliga a la participación de otras entidades contraloras bajo otros parámetros, los cuales contarán con sus propios canales para materializarse, y además, tendrán sus propias fortalezas y debilidades, coexistiendo por ello con mecanismos y perspectivas contraloras (como, por ejemplo, las de naturaleza jurídica).

Corresponde entonces, ya casi a modo de conclusión del presente trabajo, explicitar la opinión que manejamos al respecto: y es que el Estado Constitucional, guste más o menos a algunos, parte de presuponer que nadie puede concentrar todo el poder, si es que lo que finalmente se busca es asegurar el pleno ejercicio de los diferentes derechos fundamentales. Ahora bien, reconocer esto tiene a su vez una serie de consecuencias: una de ellas es, sin duda alguna, la de la asignación de competencias, ya sea en forma excluyente o de manera compartida a unos(as) y otros(as).

El ejercicio de estas competencias puede y debe ser pasible de control, entendiendo aquí el concepto «control» como el análisis y seguimiento sobre si dichas competencias vienen siendo desempeñadas de acuerdo con parámetros previamente establecidos y considerados no solo válidos sino inclusive valiosos. Sin embargo, conviene tener presente que, así como no toda posibilidad de control se efectúa bajo parámetros jurídicos, tampoco el ente u órgano contralor pueda imponer su voluntad frente a ciertas opciones, las cuales si bien son distintas a aquellas que considera más convenientes, se encuentran configuradas y cuentan con un sentido y contenido conforme a derecho.

Negar ello sería rechazar el carácter discrecional de ciertas actividades, y asumir sin más que todo es reglado (o pasible de serlo), y que por lo mismo, solamente se admite una comprensión válida o conforme a derecho. No concordamos con ese tipo de razonamientos, pues no creemos que pueda hablarse de respuestas «únicas» o «correctas» para todos los temas, sobre todo si lo que está en juego es aquel conjunto de decisiones consideradas centrales para el gobierno de una sociedad determinada. Entonces, y para evitar el abuso de quien tiene autoridad, sin duda es conveniente y hasta necesario que se ejerza control sobre las acciones ejercidas por dichas autoridades, aun cuando las mismas tengan un carácter discrecional y se encuentren dentro del ámbito de lo que podríamos más bien considerar el campo de «lo político», incluso en un sentido que cabría reputar como más estricto.

Es ese al parecer el razonamiento vigente en muchos países, que no son solamente aquellos a los cuales —únicamente por razones de tiempo y espacio— nos hemos referido en el presente texto, y es el razonamiento que suscribimos. Sin embargo, y en escrupuloso respeto de esa misma limitación del poder que aquí se invoca, el contralor no debe olvidar cuál es su rol, y por ende, debe respetar cómo la persona o entidad que controla desempeña sus competencias cuando nos encontramos ante temas opinables, aquellos que precisamente admiten más de una perspectiva válida, y además, respetuosa de ciertos valores.

En síntesis, una decisión como la destinada a conceder un indulto es pasible de revisión, pero dicha revisión, esté a cargo de quien dictó la norma o se efectúe en sede judicial, no puede hacerse de cualquier manera. Ojalá entonces el presente texto sirva para otorgar alguna información que resulte de utilidad para cuando en un futuro cercano deban enfrentarse este tipo de situaciones.

### **A modo de conclusión**

Si la Constitución implica un pacto destinado a establecer límites y una organización al ejercicio del poder (y sobre todo, al poder político) dentro de una sociedad determinada, para el fortalecimiento y consolidación de su rol no basta con que cuente con una adecuada redacción. Y es que, incluso contando con esa cuidadosa redacción, un texto constitucional tiene día a día que legitimarse siendo interpretado de forma que permita resolver problemas ciudadanos muy a despecho de eventuales limitaciones técnicas en su configuración (y con mayor razón, ante cuestionamientos al proceso de su gestación).

De otro lado, no olvidemos que la legitimidad es una consideración con la cual no solamente se debe o debiera contar desde el inicio, sino una pauta con autoridad (o a lo que se le atribuye dicha autoridad) tendría que manejarse durante el ejerci-

cio de toda la actividad que le ha sido confiada. En este sentido, proyectando esta reflexión a algún texto constitucional en particular, existen casos en los cuales una Constitución que incluso ha tenido un origen cuestionable, y sin necesidad de muchas reformas formales, termina, gracias a la labor de sus intérpretes vinculantes, legitimando su papel dentro del Estado en la cual está vigente.

Sin entrar aquí en la discusión sobre si la Carta de 1993 tuvo legitimidad de origen o no, lo cierto es que, con aciertos y errores, y todavía con mucho por hacer o por corregir, resulta innegable que el Tribunal Constitucional peruano ha hecho enormes esfuerzos por asegurar que todo el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país responda a los parámetros que se deducen de los derechos, principios y valores recogidos en la Carta que interpreta en forma vinculante. Además, también ha hecho algunos interesantes avances para que la necesaria discrecionalidad con la cual debe actuar la clase política del Perú no se confunda con actuaciones arbitrarias.

Todo ello lleva también a consagrar un aspecto cuya relevancia es a todas luces insoslayable: el de una mejor consolidación del rol que debe cumplir la Carta vigente. Sin duda es por lo menos discutible que, siguiendo la tipología establecida por Loewenstein, un pleno carácter normativo al texto de 1993, pero, justo también es anotar, el mismo hoy se encuentra bastante lejos de ser una Constitución meramente semántica, o absolutamente desconectada de su realidad concreta. Y con ello, necesario es señalarlo, ha tenido significativa relevancia la labor del Tribunal Constitucional peruano, independientemente de lo polémicos que son o pueden ser algunos otros de sus pronunciamientos.