

LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Alberto Bustamente B.

El presente trabajo tiene por objeto describir el sistema de retroactividad de las sentencias que contiene la recientemente promulgada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, y su adecuación al texto de la Carta Política. Se intenta también una presentación rápida de los elementos de la dinámica ideológico-jurídica que podría ubicarse en la base del referido sistema de retroactividad, tanto en lo referido a su tratamiento en el nivel del texto constitucional como el que atañe al tenor de los dispositivos de la Ley.

LA RETROACTIVIDAD EN LA CONSTITUCION DE 1979

Hay dos normas constitucionales que se refieren a la retroactividad:

a) El artículo 187 (que trata sobre la retroactividad de las leyes —en la que constituye la segunda definición conceptual que contiene el Capítulo II del Título IV, denominado “De la función legislativa”), y cuyo tenor pertinente es el que sigue:

“Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente”.

b) El artículo 300, inserto en el Título V (denominado “De las garantías constitucionales”), y cuyo texto es el que a continuación se transcribe:

“No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte”.

El primer comentario que merece el tratamiento, a nivel del texto constitucional, del concepto de retroactividad es que, en términos materiales, resulta por lo menos cuestionable que la Constitución contenga dispositivos que otros sistemas constitucionales no han tratado, han remitido a un nivel legal o simplemente han excluido de su texto (1).

Si, por ejemplo, constatamos que el Código Civil Español contiene normas de carácter transitorio que tratan diferencialmente varias situaciones de lo que latamente se entiende por *retroactividad* según se refieran a materias testamentarias, reales, en las que se encuentren presentes consideraciones relativas al momento en que se produjeron los hechos o se generó el derecho, podremos concluir al menos que el concepto de retroactividad no es tan único. En tanto no existía un sistema de control de la constitucionalidad que pretende definir la eficacia temporal de las leyes o de las sentencias de la jurisdicción constitucional.

Es posible que consideraciones ideológicas expliquen la presencia de un concepto jurídicamente *equivoco* en un texto constitucional. No es del todo casual, en ese sentido, que el texto cons-

- (1) Buena parte de las normas contenidas en el título preliminar del Código Civil vigente han sido objeto de tratamiento en el texto de la Constitución de 1979. Esta orientación hacia la “constitucionalización”, sin embargo, también se ha expresado en el caso del concepto de *retroactividad*, que el Código Civil no trata y que la Constitución recoge hasta en dos ocasiones. Ello marca una importante diferencia con otros sistemas jurídicos, en los que la retroactividad ha constituido una preocupación conformada en torno a la aplicación temporal de la ley civil y no un concepto normado en el nivel constitucional.

titucional vigente siga, en parte, al inmediatamente anterior (2). En tanto existía un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, y el Poder Judicial tampoco había sido capaz de (ni requerido para) vigilar la preminencia del texto constitucional sobre el legal, podemos por lo pronto presumir que, en los hechos, la noción de *irretroactividad* ha sido instrumentalmente útil para detener las posibilidades de que el sistema judicial pueda operar desatando su eficacia en situaciones pasadas. La *retroactividad*, además de ser equívoca como concepto a ser empleado en un texto constitucional, ha sido lo suficientemente vulgarizada como para que se convierta en un concepto poco menos que equivalente al de "arbitrariedad" o "afectación de derechos".

LA REGLA GENERAL Y LAS EXCEPCIONES

El sistema constitucional peruano, a diferencia del Código Civil español, contiene un precepto general que dispone que las leyes no tengan efecto retroactivo, y una norma excepcional, que admite la retroactividad legal si favorece a los reos, a los trabajadores o a los contribuyentes. Las disposiciones transitorias del Código Civil español, al igual que muchas otras legislaciones nacionales, definen la aplicación temporal de la nueva ley civil en función de su particularidad, guiadas, por ejemplo, por el principio de que la nueva ley no puede afectar relaciones jurídicas generadas en el pasado en un nivel *contractual* (3).

El texto de la Constitución merece un segundo comentario: los únicos sujetos de derecho que gozan de la retroactividad de la ley son los reos, los trabajadores o los contribuyentes. Una primera lectura indicaría que la retroactividad tiene una significación básicamente *protectiva*: las partes más débiles de las relaciones jurídicas de contenido penal, laboral o tributario son los reos, los trabajadores y los contribuyentes, respectivamente. Claro,

- (2) La Constitución Política de 1933 contenía, en su artículo 25º, una norma similar a la que contiene la primera parte del artículo 187º de la Constitución vigente.
- (3) La regla transitoria segunda del Código Civil español dispone que "los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas".

nadie puede explicar por qué razón los presos, los obreros y empleados y las empresas mineras —que son también *contribuyentes*— gozan de granjerías constitucionales de que no disponen los inquilinos, los campesinos sin tierra, los profesionales gremialmente entendidos o los alimentistas. En otras palabras, el aparente afán protectivo del texto constitucional se ve casi totalmente desmentido por el hecho de que el ámbito de protección ha sido definido en función de una conceptualización abstracta que resulta muy cuestionable, y no con arreglo a una real constatación acerca de quiénes son los sujetos merecedores en efecto de protección constitucional cuando se trata de la aplicación de las leyes “hacia atrás”, y desde luego, en qué situaciones es posible hacerlo y en qué otras es ilógico, imposible o arbitrario.

EL CONCEPTO DE “RETROACTIVIDAD” EN CUESTION

El concepto de *retroactividad* ha sido duramente cuestionado por importantes exponentes de la doctrina del derecho público, no tanto por no entenderse la posibilidad de otorgársele un significado jurídico preciso, cuanto por su ineficacia cuando se le convierte en precepto normativo genérico e irreductible.

“Esta cuestión (la de la esfera de imperio temporal de las leyes —nota del autor) no puede, como frecuentemente se supone, resolverse por el principio de que ‘las leyes no tienen efecto retroactivo’, pues si la ley sólo tiene efecto a partir de su entrada en vigor y sólo para lo futuro, es perfectamente compatible con esto que la ley derogue o modifique también *desde ahora y para lo futuro* las relaciones que aun hoy subsisten (que nacieron antes). El que una ley que hoy entra en vigor me quite o empeore desde hoy una propiedad que yo tenía, puede ser injusto, pero indudablemente no es un efecto retroactivo” (4).

Claude de Pasquier, insospechable de manejar segundas intenciones ideológicas, relativiza aún con más énfasis el precepto normativo generalizante acerca de la retroactividad de las leyes:

“El principio de la no retroactividad es una regla de moral

(4) ENNECCERUS-Kipp-Wolff.
“Tratado de Derecho Civil”, Tomo I, p. 227.

legislativa; pero no deriva de la naturaleza de las cosas. La retroactividad es posible y no podría decirse que el legislador no la emplee nunca. El alcance del principio es, por otra parte, variable según las diferentes ramas del derecho" (5).

En el contexto de un tono evidentemente más analítico, se han distinguido niveles o grados de retroactividad:

"...La *retroactividad* puede entenderse en varios sentidos; —como aplicación de la ley nueva a *hechos*, no solamente realizados, sino también *agotados* bajo el imperio de la ley antigua, en cuanto hayan producido todos sus defectos; —como aplicación de la ley nueva a todas las *controversias* que surjan o estén todavía pendientes, en el momento en que la misma entra en vigor, *aun cuando* conciernan a *hechos realizados* bajo el imperio de la ley antigua; —Finalmente, como aplicabilidad a hechos nuevos, que se verifican, por primera vez, bajo el imperio de la ley nueva, pero que se encuentren *en relación con hechos anteriores* y parece que el más apropiado sea el *segundo* significado" (6).

En el contexto de un problema conceptual como el que la mayor parte de quienes han tratado el tema han descrito (problema conceptual que se contrae a que la irretroactividad constituye un mandato genérico irreductible), el artículo 187 de la Constitución Política del Perú agrava aún más el problema, al mencionar excepciones formuladas en función de la necesidad protectora que merecen cierto tipo de relaciones jurídicas como la penal, la tributaria y laboral en cuanto atañen al reo, contribuyente o trabajador, respectivamente.

LOS LIMITES DE LA RETROACTIVIDAD

El resguardo de la seguridad jurídica como imperativo del Derecho como tal (7), ha servido de base para que, en efecto, la

- (5) Du Pasquier, Claude...
"Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía".
- (6) MESSINEO, Francisco...
"Derecho Civil y Comercial", Tomo I, p. 89.
- (7) RADBRUCH, Gustavo...
"Introducción a la Filosofía del Derecho".
Fondo de Cultura Económica, México, 1965.

irretroactividad sea la regla y la retroactividad la posibilidad excepcional. Por ejemplo, parece existir consenso en la doctrina en el sentido de que la retroactividad puede ser inevitable o incluso conveniente en determinadas hipótesis de excepción. Pero existe igualmente un importante consenso en torno a la inconveniencia o la injusticia que conlleva la aplicación retroactiva de la ley cuando se desarrolla en sus potencialidades máximas y sin respecto de los "derechos adquiridos" (8). Las áreas que son particularmente sensibles al escozor que produce la retroactividad en los tratadistas son el área contractual y el área judicial.

El Código Civil español, en una de sus disposiciones transitorias, establece con contundencia, por ejemplo, que "los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas" (9). En otras palabras, salvo excepciones, una regla importante es que no cabe la retroactividad en la esfera contractual, escenario de la actitud libre y espontánea de quienes expresan voluntades que conducen al nacimiento de obligaciones. Lo ya sentenciado y lo ya juzgado suele ser también una segunda esfera que no admite la aplicación retroactiva de la nueva ley, salvo en el terreno de la benignidad de la ley penal.

"Pero, por regla general, no sabe suponer que la ley, para la cual se ha prescrito el efecto retroactivo (...), se refiera a las relaciones definitivamente fijadas o desenvueltas en virtud de sentencia firme, transacción, renuncia, reconocimiento, cumplimiento, compensación, etc., y que por tanto deba destruirse a *posteriori* su estado *definitivo*" (10).

(8) La intocabilidad de los "derechos adquiridos" ha sido severamente cuestionada por Enneccerus-Kipp-Wolf. Dicen: "Este principio, si bien da una solución relativamente clara a nuestro problema, es falso en muchos casos. Cambiaría totalmente de sentido, por ejemplo, el que una ley que declara redimibles ciertos censos o que deroga el derecho del propietario a recoger los frutos que cayeran del árbol de su finca sobre la finca vecina, no se aplicase a los censos existentes o a la propiedad ya existente" (op. cit., p. 227).

(9) Regla transitoria segunda del Código Civil Español.

(10) ENNECCERUS-KIPP-WOLF...
op. cit., p. 228.

LA PREOCUPACION POR LA RETROACTIVIDAD

Que la irretroactividad del derecho fue un tema digno de preocupación intensa de los constituyentes, no sólo lo prueba el texto del artículo 187, al referirse a las leyes, sino también el texto del artículo 300, al ser aplicable precisamente a los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales. "No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte" dice el texto, marcando así una notoria diferencia con el tratamiento que ha merecido la retroactividad al referirse a las leyes en la propia Constitución (artículo 187). En este último caso la prohibición de la retroactividad señala expresamente la existencia de tres excepciones.

Es probable que en la circunstancia anotada (es decir, que la Constitución no haya previsto excepciones al principio general de la irretroactividad cuando se trata de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales, mientras que sí lo hace referirse a las leyes), hayan encontrado amparo los legisladores al no repetir —en el texto de la Ley Orgánica del Tribunal— una norma genérica que estableciera, como el artículo 187 de la Constitución, que sus fallos sí pueden tener efecto retroactivo si se refieren a materias penales, laborales o tributarias cuando favorezcan al reo, al trabajador y al contribuyente, respectivamente. En principio, el precepto genérico de la irretroactividad de los fallos debiera haber sido objeto de excepciones adecuadamente formuladas, ya que la negación total de la retroactividad de los fallos expedidos en torno a materias constitucionales implica la aceptación de que las normas inconstitucionales pueden *regir* sin problemas. A su vez, la aceptación de que las normas viciadas de inconstitucionalidad puede *regir* sin problemas, conduce a la consagración formal de una brecha en el respeto a la jerarquía de las fuentes del Derecho, que equivale a establecer que las normas de inferior jerarquía que contravienen la Constitución son válidas hasta el momento en que sean declaradas inconstitucionales. Tal declaración surte efecto sólo hacia adelante —en tanto entre en vigor una norma derogatoria— lo cual no impide que la inconstitucionalidad, finalmente, no sólo no sea objeto de sanción sino que incluso se le asigne vigencia jurídica.

LA REVISIÓN DE LOS PROCESOS JUDICIALES FENECIDOS

Los legisladores preocupados por la retroactividad cometieron un doble error: no interpretar adecuadamente el artículo 300 de la Constitución, estableciendo al menos para los fallos una norma similar que la que contempla la Constitución para las leyes: que excepcionalmente tengan efecto retroactivo. Al parecer, creyeron que era posible hacerlo a través del artículo 41 de la Ley, que establece textualmente:

“Las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el artículo 187, segunda parte, de la Constitución”.

Allí también residió el segundo error significativo de los legisladores: recoger el artículo 187 de la Constitución (es decir, las excepciones al precepto genérico de irretroactividad) no para formular también un precepto genérico que contemplara excepciones, sino para ubicar estas últimas dentro de la hipótesis de un proceso judicial fenecido. En otras palabras, la ley es tímida al no repetir el artículo 187 de la Constitución para los fallos del Tribunal —lo cual definitivamente no habría entrañado inconstitucionalidad—, pero es simultáneamente arrogante al admitir la posibilidad de que los juicios sentenciados puedan ser revividos si en ellos se hizo aplicación de normas posteriormente declaradas inconstitucionales. La ley no es capaz de ensayar un precepto genérico expuesto a matices excepcionales cuidadosamente estudiados, pero tampoco muestra mayores reparos en transgredir, sin recato alguno y en vía de excepción, la garantía de la administración de justicia en virtud de la cual no es permitido la reapertura de procesos judiciales fenecidos (inciso II) del artículo 233 de la Constitución).

Podemos ilustrar con algunos ejemplos esta grave contradicción. Un sujeto al que administrativamente se le negó una concesión (en virtud de una norma legal que posteriormente fue declarada inconstitucional), no puede pretender que el fallo del Tri-

bunal que la declare inconstitucional sirva de fundamento para la iniciación de un juicio declarativo de su derecho en relación al pasado, mientras que un sujeto vencido en juicio por aplicación de una norma que posteriormente fue declarada inconstitucional puede reabrir el juicio y lograr así la retroactividad de la nueva norma derogatoria o, para decirlo de otro modo, las decisiones firmes de los jueces pueden ser revisadas en virtud de la declaración posterior de inconstitucionalidad de una norma; pero, si no existió juicio, las autoridades administrativas no están obligadas a modificar su criterio, por la declaración posterior de inconstitucionalidad que pueda sufrir una Ley mediante sentencia del Tribunal.

LA "COSA JUZGADA" EN LA LEY

El principio de la cosa juzgada sufre grave afectación por el texto del artículo 41 de la Ley del Tribunal. Sólo a guisa de ejemplo, se podría pensar en que sesenta diputados soliciten al Tribunal que declare precisamente la inconstitucionalidad el artículo 41 a que nos estamos refiriendo, por afectar seriamente normas constitucionales que garantizan la vigencia y observancia de la *cosa juzgada*. El Tribunal declara fundada la demanda y *deroga* a través de su sentencia el artículo 41 de la Ley. Los juicios que se hubieren revivido durante la vigencia de la norma derogada no podrían dejar de tramitarse, porque se estaría transgrediendo el artículo 300 de la Constitución. Los jueces entonces, tendrían que resignarse a aplicar, llegado el momento, la ley derogada, e inconstitucional que permite la revisión de los procesos judiciales fenecidos, y *dentro* de la vigencia de la derogatoria. Para decirlo de otro modo, la afectación de los derechos adquiridos es de tal naturaleza que gracias a esta equivocada fórmula los fallos del Tribunal no sólo pueden ocasionar la revisión de los procesos judiciales fenecidos, sino también obligar a los jueces a que apliquen, incluso después de tales fallos, la ley derogada por estos últimos debido a su inconstitucionalidad. O, para señalarlo de otra manera, un entrampamiento constitucional-legal seguramente no deseado, pero no por ello menos acabado y perfecto, en virtud del cual todo el tinglado normativo que impide la retroactividad posibilita y determina la ultra-actividad de la norma inconstitucional.

LA LEY Y LOS LIMITES DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

Si examinamos el resto de los preceptos de la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales que, de alguna manera u otra, encierran en su significado normativo esta preocupación desmedida por los efectos retroactivos de los fallos, el cuadro de una explicación básicamente ideológica nos será, por cierto, más digerible. Los transcribimos a continuación:

1. "Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular fundados en normas cuya inconstitucionalidad se halle en trámite ante el Tribunal, hasta que éste expida su resolución" (11).
2. "El plazo previsto por esta Ley para interponer la acción de inconstitucionalidad comienza a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal, cuando las leyes, decretos legislativos o disposiciones que originen la acción fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos" (12).

No debe pensarse que la norma transcrita en el punto 1) constituye un dispositivo aislado. La primera parte del mismo artículo 39º de la Ley dispone que "los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal". Conviene preguntarse: ¿a título de qué el legislador consideró conveniente interferir en la función judicial? El enunciado del texto transcrito es claro en apariencia, pero ¿qué implica que se someta a los jueces a discernir el resultado de un planteamiento en abstracto?. Por definición, la "acción de inconstitucionalidad implica, trátase de cuestiones formales o de problemas sustantivos, que se confronte la *normatividad constitucional* con una *normatividad de inferior jerarquía* (leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales).

- (11) 2do. párrafo del artículo 39º de la Ley Nº 23385 (Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales).
- (12) Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Confrontación de normatividades, en suma. El litigio judicial, en cambio, suele plantearse en términos de concreción tales que la resolución deba apreciar situaciones de hecho —configuradoras de una nueva situación de derecho— que la simple confrontación normativa no hace aparecer (13).

La noción de inconstitucionalidad frente a una hipotética Ley de Servicios Públicos, por ejemplo, podría ser desestimada por el Tribunal, en vista de que no se atenta contra el derecho de huelga. Pero, si en un acontroveria judicial la aplicación de la norma cuya inconstitucionalidad fuese desestimada por el Tribunal apareciese ofendiendo visiblemente el derecho de sindicalización de los servidores públicos, ¿no se está pretendiendo acaso obligar al juez, por el mandato de la norma transcrita, a aplicar la ley a pesar de su inconstitucionalidad? En los casos de acción popular, el encasillamiento que determina la segunda parte del artículo 39º obliga a los jueces a suspender los procesos pendientes, aún cuando las materias sujetas a la jurisdicción constitucional, las prerrogativas inherentes a la jurisdicción en nuestro ordenamiento constitucional: la de ser única y exclusiva (14) y la consistente en *preferir* la Constitución a las normas de inferior jerarquía (15), en caso de conflicto entre ellas.

EL "AGOTAMIENTO DE LOS EFECTOS"

En el segundo dispositivo transcrito es más perceptible la utilización, en su acepción vulgar, de un concepto teórico —el del agotamiento de los efectos— que los tratadistas han construido y analizado con respecto de la irretroactividad de la ley futura (y no de una sentencia futura, como en este caso) (16). Cabe

- (13) Resulta tan claro que la apreciación de la inconstitucionalidad en el interior de un litigio supone una operación lógica —y jurisdiccional— radicalmente distinta a la confrontación de textos normativos, que algunos sistemas jurídicos simplemente no contemplan mecanismos de control constitucional que no sean los judiciales ordinarios que aparecen en las controversias concretas.
- (14) Cfr. artículo 233 inciso f) de la Constitución Política de 1979.
- (15) Cfr. artículo 336 de la Constitución Política de 1979.
- (16) Cuando autores como Messineo distinguen grados o niveles de retroactividad, mencionan la situación extrema de que se pretenda la apli-

imaginar la no tan imposible hipótesis de que un Concejo Municipal expida una ordenanza inconstitucional con el ánimo deliberado de que sus efectos "queden agotados" ciertamente antes de que se puedan reunir cincuenta mil firmas o que uno de los Poderes del Estado impugne la norma. La aplicación de la ley, en un caso así de concreto, impediría —ciertamente transgrediendo la Constitución— que los ciudadanos tuvieran medios de defensa constitucionales frente al atropello que "agota sus efectos" inmediatamente después, o muy poco después de producidos.

SENTENCIAS INHIBITORIAS

Las notorias preocupaciones de los legisladores en torno a la retroactividad se expresan en textos normativos que encierran contradicciones, vacíos y conceptos cuya estimación vulgarizada —por demás probable en un contexto ideo-jurídico como el peruano— puede conducir a un cúmulo de resoluciones inhibitorias, limitándose de esta manera el papel del Tribunal al punto de convertirse en lo contrario de lo que debió ser: un órgano efectivamente encargado del control de la constitucionalidad. No es que se le nieguen de otro lado, defectos a un texto constitucional que no tenía razón alguna para referirse a los efectos y fuerza retroactiva de los fallos del Tribunal (como tampoco la tenía al tratar el mismo tema referido a las leyes).

"De suerte, pues, que las fórmulas de la irretroactividad del respeto a los derechos adquiridos deben traducirse y se traducen en otras más concretas y más aptas para su fácil e inmediata aplicación" (17).

cación de la ley nueva a hechos "agotados" bajo el imperio de la ley antigua. Se refieren —dentro del discurso jurídico en que se ubican— a presupuestos de hecho que eran necesarios y suficientes para que el derecho naciese, y no a relaciones que están en proceso de formación (Messineo, *Op. cit.*, p. 89). El concepto de "agotamiento" tiene, pues, una acepción doctrinaria precisa que el legislador pudo haber adoptado en esa dimensión, pero que finalmente parece recoger sólo en su versión vulgarizada, al tratarla en una disposición transitoria sólo referida a leyes previas al funcionamiento del Tribunal.

(17) ENNECCERUS-KIPP-WOLF
op. ct., p. 236.

O, como acertadamente anota Messineo:

“Donde existe un *adecuado* derecho *transitorio* (...) no quedan espacios libres respecto de los cuales deba preguntarse intérprete si la nueva ley es —o no— retroactiva” (18).

Si la retroactividad resulta siendo de complicado, difícil y problemático tratamiento *legal*, su incorporación a nivel constitucional es un punto de partida lamentable. En él se han amparado, sin duda, legisladores cuya cautela por el pasado jurídico no por inconveniente es menos notoria.

Más allá, sin embargo, de que la Constitución *no debió* haberse referido ni a la retroactividad de la ley ni a la de los fallos del Tribunal, es obvio que los legisladores pudieron haber construido creativamente un esquema jurídico más amplio y flexible. Frente a disposiciones procesales que definitivamente encarnan una percepción protectora del ciudadano en relación a situaciones normativas o judiciales de inconstitucionalidad, la propia ley que los contiene tiene paralelamente un punto de partida conceptual más bien restringido y limitante, al punto que la supuesta fidelidad al texto constitucional deviene en la significativa contradicción consistente en desconocer el principio de la cosa juzgada.

La juridicidad del docenio militar estuvo plagada de normas que los juristas de “oposición” calificaron prontamente como “retroactivas”, condenándolas por transgredir la Constitución que ellos denominaban *vigente*. Esos mismos juristas, instalados ahora armoniosamente en varios sectores del aparato del Estado, han sido sin duda los progenitores —o, al menos, los encubridores— de un texto legal que resulta definitivamente restrictivo con respecto al texto constitucional, aún considerando los defectos que este último tiene.

(18) MESSINEO, Francesco
Op. cit., p. 92.

LA DESCONFIANZA EN EL SISTEMA JUDICIAL

Tanto la irretroactividad de la ley como la de los fallos del Tribunal trasuntan una desconfianza básica en lo que, en términos generales, se conoce como la *administración de justicia*. La *judicatura* —temerosa de la Espada de Damocles del prevaricato— podrá asirse de la Constitución y de la ley para no afectar sustancialmente relaciones jurídicas del pasado. Para regirse siempre —con sentido de la oportunidad impuesta— por la ley vigente. Para no imaginar excepciones. Para no crear jurisprudencia en virtud de las especificidades. ¿Alguien duda de que se ha tenido en cuenta ese comportamiento judicial tan peruano al redactarse normas que impiden que los jueces *restituyen* el derecho *ya* vulnerado?. ¿No estaremos acaso ante un “borrón y cuenta nueva” (tan peruano) tratándose de materias constitucionales? ¿No se le están concediendo granjerías ilimitadas al Poder? ¿No se valdrán de esos dispositivos limitantes quienes capturen el poder contra la Constitución? ¿Se podrá exigir rendición de cuentas a quienes consagren la inconstitucionalidad por mandato de una ley?. Las respuestas que tales preguntas tienen no convocan a una forzada discusión en abstracto, sino a interrogantes concretas... En definitiva, ¿No pudo, acaso, legislarse mejor?.