

Las “sentencias” del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la Crítica

Manuel Aguirre Roca

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

He leído con mucha atención y —lo confieso— preocupación creciente, el artículo que, con el título de “El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser”, se acaba de publicar en la “Revista de Derecho Thémis” (Segunda Epoca, 1986, No. 4; pp. 40 a 44). Su autor, el distinguido colega y catedrático universitario Aníbal Quiroga León (AQL), analiza asuntos no sólo de enorme importancia y trascendencia, sino de considerable e indiscutible interés nacional y general. Estimo necesario, por ello, como Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales que emitió los tres pronunciamientos tan severamente criticados en el artículo de la referencia, y, además, como autor de un comentario citado y glosado en él, precisar conceptos y delinear realidades y verdades, sin perjuicio de aportar —habida cuenta del tenor del artículo, de la inocultable gravedad de algunas de sus apreciaciones y conclusiones, y de las responsabilidades y obligaciones que la investidura y el cargo que desempeño entrañan— las correspondientes y cabales refutaciones y justificaciones, tanto más cuanto que el doctor AQL llega a afirmar que los pronunciamientos emitidos por el TGC en los célebres casos de los votos **válidamente emitidos**, y de la demanda contra el artículo 2o. de la Ley 23321 (caso del “desacato”) y contra el artículo 6o. del Decreto Legislativo No. 46 (caso del “terrorismo”), hacen incurrir a sus miembros en nada menos que “responsabilidad funcional”, o, para ponerlo en sus propios términos, “... cuando menos el flagrante omisión y, cuanto poco, en **responsabilidad funcional ... aquella a la que se refiere el artículo 17o., inc. 5, de la propia LOTGC, y que resulta exigible ante el Parlamento**” (los subrayados son míos).

1. ¿DESTITUCION DEL CARGO?

Si se tiene presente el tenor del mencionado ar-

tículo 17o., inciso 5, de la LOTGC, lo que se sostiene es, obviamente, la comisión de una falta de gravedad suficiente como para que todos los magistrados del Tribunal que suscribieron los comentados pronunciamientos sean **destituidos, por haber incurrido en causal de vacancia “por grave e inexcusable incumplimiento de sus deberes de función”**.

Y ahí no quedan las cosas, pues en otros pasajes expresa, por ejemplo, que el fallo del TGC en el caso de la demanda relacionada con el **desacato** y el **terrorismo** “... con un **sui generis** resultado similar a otros posteriormente emitidos ...” (configuró) “... **una sentencia que, en puridad, no fue sentencia**, y que por ello ha merecido severas y fundadas críticas, pese a la defensa, endeble en mi concepto, que se ha querido hacer respecto de ello¹, llegándose al extremo de otorgarles la curiosa denominación de declaración² en vez de resolución”. Más adelante agrega, siempre en el mismo diapasón: “La inicial **perplejidad** que se causó frente a esta decisión de no decidir ... en un primer momento fue trocada por el subsecuente **estupor** y el final resignamiento, pues tal pronunciamiento ha sido lamentablemente reiterado por el Tribunal de Garantías Constitucionales en momentos cruciales para la vida democrática de la Nación, como cuando se interpuso la acción de inconstitucionalidad contra la ley interpretativa del artículo 203 de la constitución ... en lo referente a los votos válidamente emitidos ...” (los subrayados son míos).

2. ¿MAS CONTRAVENCIONES?

En otro párrafo se pregunta: “¿Por qué, entonces, en el presente caso, se ha obrado así **en contravención con claros postulados constitucionales y legales?**” E inmediatamente agrega: “Saque el lector su propia conclusión. Nada más **reiteraremos que**, en es-

1. Según se explica más adelante —bajo el rubro de “No Rehuyo Responsabilidades”—, en el artículo que publiqué en Thémis (2nda. Epoca, No. 3, con el Título de “Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica”), no se trató de “defender” un fallo, sino de explicarlo.

2. El término “declaración” se empleó oficialmente en la publicación aparecida en “El Peruano”, según se aprecia del texto correspondiente, que se reproduce más adelante en el párrafo titulado “No Rehuyo Responsabilidades”.

te proceder, es posible encontrar **responsabilidad funcional ...**" (los subrayados son míos).

3. QUIEN CALLA, OTORGA

Se dice que "quien calla otorga"; y aunque ello no sea siempre cierto, quien haya leído el artículo examinado, comprenderá por qué el suscrito no puede permanecer mudo. Como magistrado al servicio de la Nación, me siento obligado a explicar la razón de mis actos públicos —de función—, cuando son públicamente enjuiciados por quien puede invocar derecho y autoridad para hacerlo. Además, no quisiera que las sensaciones de "perplejidad" y de "estupor" que recuerda haber sentido el doctor AQL al leer los glosados fallos del TGC, hagan también presa de quienes lean el artículo comentado, como tiene que haber ocurrido con mis colegas y como, por cierto, no dejó de suceder conmigo mismo. Entrese, pues, en materia.

4. EN LA NUEZ DEL DUBIUM

Debo agradecer, para comenzar, las tres menciones que se hacen de mí (MAR) en el artículo examinado. Dos de ellas se refieren a la nota que publiqué en la Revista de Derecho Thémis, sobre temas afines³. La tercera destaca la calidad de mi voto en una cuestión incidental que surgió a propósito de la demanda de inconstitucionalidad planteada por veinte (20) señores senadores contra el artículo 2o. de la Ley 23321 (el asunto del "desacato"), y 6o. del D.L. No. 46 (relacionado con el delito de "terrorismo"), y que versó sobre si la acción, dado el retiro de una de las firmas (la del Senador Yashimura, como se recuerda), se había extinguido o no. La mención honrosa aparece en el siguiente pasaje: **"En primer lugar, la decisión en mayoría del Tribunal de Garantías Constitucionales es acertada cuando niega dar por concluida la acción o acciones de inconstitucionalidad por el repentino arrepentimiento de uno de los Senadores firmantes y el subsecuente retiro de su firma, careciendo por completo de sustento la argumentación de los votos discrepantes en ese particular de los Magistrados Silva Salgado y Basombrío Porras. Y ello, aunque la Resolución lo omita y los votos favorables no lo precisen —excepción hecha con el del Magistrado Aguirre Roca que es el más cercano en su argumentación— porque dicho resultado es acorde con la más esencial doctrina constitucional ..."**

5. NO REHUYO RESPONSABILIDADES

No hay elogio, en cambio, cuando, en el cuarto párrafo del artículo, con referencia a la publicación que hice en Thémis (Segunda Epoca, No. 3, con el título de "Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica") se dice que "... no es el caso rasgarse las vestiduras por esa situación, como tampoco lo es el **rehuir las responsabilidades del caso ante**

una situación como la planteada, asunto este último que pretende hacer, sin conseguir su objetivo, el Magistrado Aguirre Roca" (el subrayado es mío).

Las cosas van subiendo, pues, de tono. Los enjuiciamientos de la conducta y las decisiones del TGC se agravan, ahora, en lo que a mí respecta, pues se me atribuyen propósitos de "pretender hacer un asunto", que consistiría, al parecer, "en rehuir responsabilidades, sin conseguirlo".

Aclararé, penetrando en el meollo, que en el artículo citado (que publiqué en Thémis) no he **pretendido rehuir responsabilidades**, toda vez que, no habiendo incurrido en ninguna responsabilidad, de ninguna podía —ni puedo— escapar. Dije, entonces, como repito ahora, que el pronunciamiento del TGC recaído sobre la demanda de inconstitucionalidad relacionada con los "votos válidamente emitidos", tuvo fisonomía de "declaración" y no de sentencia —y así fue, en efecto, como se verá luego— porque el artículo 8o. de la LOTGC no permite resolver las acciones de inconstitucionalidad con menos de seis votos concordantes, cosa que, entonces, no se logró. (Esa "declaración" —de paso y además— ocurre que no fue firmada por mí, de modo que, aun en ese sentido, gráficamente literal e histórico, mal podía yo pretender escapar de responsabilidades inincumbentes). Reproduzco, en seguida, la parte pertinente del pronunciamiento del TGC. Véase como en ella se usa, **oficialmente**, el término "declaración" en lugar del de sentencia, tal como lo digo —sin inventar nada ni faltar por tanto, a la verdad— en el artículo publicado en Thémis, artículo que, por consideraciones que lamentablemente no se señalan, el doctor AQL califica como "defensa endeble" de los pronunciamientos examinados del TGC. En ese artículo, dicho sea de paso, yo no ensayé, en puridad de verdad, una "defensa", sino que me propuse explicar, con la mayor claridad y brevedad posibles, las razones legales y constitucionales del **fallo** —pronunciamiento o "declaración"— **sin sentencia**. En lo que sigue, al analizar y refutar la nota comentada, se incidirá en lo mismo. El lector quedará, pues, en posición de formarse su propio juicio sobre la hipotética "endeblez" de mi "defensa". Pero he aquí el pasaje anunciado: "... **Visto el resultado de la votación y estando a lo prescrito en el artículo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal número veintitres mil trescientos ochenticinco, que dispone que para obtener resolución en las acciones de inconstitucionalidad, se requiere de seis votos conformes; no habiéndose obtenido este número en la indicada votación; el primer párrafo del artículo sexto de la Ley número veintitres mil novecientos tres conserva su vigencia; y los accionantes su derecho a replantear la demanda. Agregue como parte integrante de lo actuado, los fundamentos de los votos de los señores Magistrados intervinientes. Regístrese; comuníquese y archívese. Eguen Bresani, Basombrío Porras, Silva Salgado, Corso**

3. V. nota precedente.

Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Osoreo Villacorta. Se publicó conforme a ley. Lo que certifico. Manuel Visalot Chávez, Secretario — Relator.

“La declaración⁴ que antecede se publica sin la firma del Magistrado Dr. Aguirre Roca, por haberme manifestado no estar de acuerdo con ella” (el subrayado es mío. El texto dice “declaración”). Lo que certifico: Manuel Visalot Chávez. Secretario Relator ...”.

Recordemos, retomando el hilo, que el artículo 8o. de la LOTGC dice: “... El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de 5 votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de la acción que exigen 6 votos conformes ...”.

6. LA TESIS DE AQL Y LA LEY

El doctor AQL sostiene, empero, que el Tribunal sí debió sentenciar y resolver, entonces, el problema, es decir, la acción de inconstitucionalidad, en lugar de pronunciar “una sentencia que, en puridad, no es sentencia”⁵. Entre la tesis del estimable colega y el texto del inequívoco mandato legal, existe, pues, profunda y evidente discrepancia. Las dos cosas no pueden ser válidas al mismo tiempo: Si la voluntad del legislador debiese prevalecer sobre la tesis del doctor AQL, el Tribunal no habría incurrido en ninguna responsabilidad funcional. Si, al contrario, la tesis del ilustre publicista debiese prevalecer sobre la ley, entonces sí podría alegarse que el TGC se equivocó. Pero, téngase presente que, aun en este insólito caso, no habría, tampoco, “responsabilidad funcional”, ya que, como lo dicen la Constitución vigente y el clásico brocardo jurídico, “no hay pena” —ni responsabilidad, agregó yo— “sin ley”, y cuando el TGC se pronunció, no existía disposición jurídica alguna que otorgarse —y creo que aun no hay— a ningún jurista (por versado que fuese o sea) potestad para derogar leyes o para hacer prevalecer su criterio sobre ellas.

7. EXAMEN PORMENORIZADO

Para que no se piense que me estoy limitando a formular afirmaciones dogmáticas y carentes de suficiente sustento, examinaré, seguidamente, aunque de modo sucinto, la tesis recusada. Veremos, entonces —así lo espero, por lo menos—, que su solidez es más aparente que real.

He contado —s.e.u.o.— hasta nueve argumentos en la tesis que se analiza, si bien es cierto que los mismos pueden reducirse a cuatro clases. La primera clase tiene dos manifestaciones: la que sostiene que la jurisdicción constitucional es **positiva**; y la que dice que la ley del TGC sólo señala un caso en que dicha jurisdicción constitucional puede ser **negativa**. De ello deduce el doctor AQL que, al no resolverse la cuestión constitucional sin que se diera el caso en que la jurisdicción constitucional puede ser negativa (que, según la tesis examinada, sería el del artículo 37 de la LOTGC, es decir, el que se presenta cuando la norma impugnada ya no se encuentra en vigencia), el TGC debió emitir sentencia y no abstenerse de hacerlo.

8. ARGUMENTACION PRIMERA

Respecto de esta argumentación, debe recordarse que el artículo 8o. de la LOTGC **no permite resolver la cuestión de inconstitucionalidad con menos de seis votos conformes**. No es, pues, exacto que sólo el artículo 37o. de la LOTGC contemple lo que se denomina —no sabemos con cuánto acierto— “jurisdicción negativa”. En suma, este argumento, a mi juicio, no sólo no entra en materia sino que, al contrario, enrumado por una equívoca vía, se sale del tema. Además, dicho sea de paso, el glosado artículo 37o. de la LOTGC no establece, en puridad de verdad, ninguna situación de “jurisdicción negativa”. Se limita a un supuesto de “pérdida de materia”: No existiendo la ley impugnada, ya no hay sobre qué pronunciarse. **Mutatis mutandis**, lo mismo ocurre en las acciones constitucionales de **habeas corpus** y amparo en el 1er. inciso del artículo 6o. de la Ley 23506, es decir, cuando la violación del derecho ha cesado. Además, y para cerrar este punto, ¿caso los supuestos de inadmisión, señalados en los artículos 6o. y 30o. de la LOTGC, no son, usando la misma nomenclatura del Dr. AQL, otros tantos de “jurisdicción constitucional negativa”?

9. LOS ARGUMENTOS DEL SEGUNDO TIPO

El segundo tipo de argumentación se basa en el artículo 57o. de la LOTGC y en las fuentes supletorias y las concordancias que allí se señalan. Según esta línea de análisis, en efecto, el caso debió haberse resuelto por aplicación de las normas supletorias de la LOPJ, del CPC y de la Constitución que, a juicio del doctor AQL, exigen, textualmente, “... que en ningún caso se pueda dejar de **administrar justicia** por de

4. Repárese en el empleo textual y oficial del vocablo “declaración”. Por lo demás, yo no firmé dicha “declaración (aunque si voté la causa, en el sentido de que ambos extremos de la demanda eran fundados, como fluye de mi extenso voto que, conjuntamente con los demás magistrados se publicó en “El Peruano”) por las razones que se exponen en la carta explicativa y aclaratoria que, al respecto, publiqué en “El Peruano” del 21 de marzo de 1985.

5. La situación es, curiosamente, la contraria, pues lo que el TGC hizo fue, valga la paradoja, pronunciar una “no —sentencia” que, en puridad de verdad, tuvo valor de sentencia, según se explica en lo que sigue de este artículo. En efecto, el pronunciamiento del TGC, que no fue formalmente una sentencia, sí tuvo la virtud de administrar, en la perspectiva que luego se explica en este artículo, justicia, y, además, en el plano material y fáctico, de “resolver” el problema. Podría, pues, decirse, si se quiere —por lo menos con bastante más propiedad—, que el TGC, sin resolver, formalmente, en verdad sí resolvió; que no que resolvió formalmente, pero que lo hizo no resolviendo (o sin resolver) material o fácticamente.

fecto de las leyes, debiéndose recurrir, en tales casos, a los principios del derecho’.

Esta argumentación, a mi criterio, se mueve dentro de un círculo vicioso, pues, en efecto, supone **ab initio** —y gratuitamente—, que el TGC, al pronunciarse mediante “declaración”, y no mediante “sentencia”, no ha administrado justicia y, además, ha violado los dispositivos legales, constitucionales y concordantes de la referencia.

10. PERO SI SE ADMINISTRO JUSTICIA; Y NO SE VIOLARON NORMAS

Nada solventa, empero, semejante conclusión, pues la **justicia quedó administrada** con el pronunciamiento —léase: “declaración”⁶ que hizo el TGC, de conformidad con el artículo 8o. de su Ley Orgánica. No negamos, por cierto, el derecho de entender **por justicia o administración de justicia otra cosa**, pero nada obliga al TGC a hacer suya una tesis tal, ni hay nada, tampoco, en la ley que apunte en tal dirección. Si justicia es, como lo quiere el clásico e insuperado brocardo romano, **dar a cada cual lo suyo**, el pronunciamiento del TGC, al declarar que, por no haberse alcanzado seis votos conformes, la ley impugnada seguía vigente y, al mismo tiempo, subsistente el derecho de replantear la acción, sí dio, clara, formal y materialmente, a cada cual lo suyo, y “resolvió” así, dentro de los límites de la matemática de la ley, —valga repetirlo— no sólo formal, sino también material y prácticamente, la cuestión, sin perjuicio, por cierto, de que el criterio y el sentido del voto de cada magistrado pueda ser discutido, elogiado o recusado (algo más sobre este punto se dirá luego).

Considérese, de otro lado, **que no existe, en nuestro sistema jurídico, el derecho de pedir que el TGC declare la “constitucionalidad” de las leyes**. Por tanto, no lográndose los seis votos requeridos para la declaración de “inconstitucionalidad”, no cabía pronunciarse —dentro del marco de referencia de la normatividad vigente— tampoco, por la “constitucionalidad”. Luego el TGC no sólo administró justicia, sino que lo hizo sin violar las normas que, empero, el Dr. AQL sostiene que se violaron. Y esta reflexión nos lleva a las dos últimas series o clases de argumentos.

11. ULTIMAS RAZONES

La primera de estas dos últimas clases de razones sostiene que, precisamente, si no pudiese declararse —por falta de votos— la “inconstitucionalidad”, debía declararse la “constitucionalidad”. Ya se ha indicado que ello no es factible, porque no existe, entre nosotros, acción de “constitucionalidad” de leyes por ante el TGC, y éste, en consecuencia, carece de potes-

tad para hacer las correspondientes declaraciones. Pero, además, los argumentos analógicos que emplea el distinguido colega para llegar a la conclusión que criticamos, tampoco son convincentes. ¿Cuáles son estos argumentos analógicos? Se basan, en síntesis, en el caso de la **inadmisibilidad**.

12. LA INADMISIBILIDAD

La LOTGC exige, para resolver los casos de inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, no menos de seis votos⁷. El Dr. AQL parece estimar que, por ello, con menos de seis votos en tal sentido, deben declararse “admisibles” las demandas, y que, por analogía, de igual manera, no lográndose los seis votos necesarios para declarar la “inconstitucionalidad” de la ley, procede que se declare la “constitucionalidad” de la misma.

El silogismo es, sin duda, ingenioso y efectista, pero no es válido sino en apariencia, y ello no sólo por lo ya dicho (no existe, entre nosotros, acción de “constitucionalidad” por ante el TGC, ni posibilidad —no sólo jurídica, sino tampoco lógica— de que, por ello mismo, el TGC haga tales declaraciones en una sentencia), sino porque, tratándose de la **inadmisibilidad**, la LOTGC sí establece, textual y expresamente, al lado de la declaración de “inadmisibilidad”, la de “admisión” o admisibilidad. Es más, el ya citado artículo 30o. de la LOTGC, al reglamentar estas materias, se ocupa, primero, de la admisión o admisibilidad, y sólo después, tratando los casos de excepción —lo que podría denominarse la patología procesal—, toca lo atinente a la hipotética y eventual declaración de inadmisibilidad. Es entonces cuando dice, refiriéndose a la declaración de inadmisibilidad, que ella requiere no menos de seis votos conformes. Mas he aquí el meridiano texto del glosado artículo 30o. de la LOTGC: “. . . Interpuesta la demanda, el Tribunal dentro de un plazo que no puede exceder de diez días, resuelve sobre su admisión. Dentro del mismo término y motivadamente, el Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos: 1. Que la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto por el artículo 25o.; 2. Que la demanda contenga algún defecto de forma o no acompañe los documentos a que se refiere el artículo anterior. También puede declararse la inadmisibilidad si el Tribunal hubiere ya desestimado una cuestión de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo”.

13. VERDADES COMO CATEDRALES

El artículo reproducido pone de manifiesto un hecho grande como una catedral, verbigracia, que la LOTGC distingue clarísimamente entre los casos de

6. V. Supra; especialmente el correspondiente pasaje del fallo del TGC reproducido líneas arriba. Véanse las notas precedentes, especialmente la —respecto de la “administración de Justicia”— y las, respecto del empleo del vocablo “declaración”.

7. Véase el artículo 8o. de la LOTGC, reproducido líneas arriba, bajo el rubro de “No Rehuyo Responsabilidades”.

“admisibilidad” e “inadmisibilidad”, y, además, establece los únicos tres supuestos en que procede la declaración de “inadmisibilidad”. Fuera de estos tres únicos supuestos, podría pensarse, en consecuencia, que, no surgiendo —por hipótesis— la cuestión de la inadmisibilidad (para cuya resolución el artículo 8o. de la LOTGC sí exige una mayoría calificada no menor de seis votos conformes), el acuerdo de “admisión” puede adoptarse, como todo acuerdo **no calificado**, por los cinco votos señalados en dicho numeral. La especial circunstancia, pues, de que la LOTGC distinga, como supuestos independientes, los de “admisibilidad” e “inadmisibilidad”, hace factible que se piense que las correspondientes resoluciones, en concordancia con el artículo 8o. de la LOTGC, pueden requerir distintas mayorías: seis (6) votos conformes, como mínimo, para la declaración de inadmisibilidad; y sólo cinco (5), siguiendo la regla general, para la de admisibilidad.

14. EL RIGOR LOGICO

Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente lógico, podría sostenerse que el textual y preciso señalamiento de la doble vertiente legal, no es razón suficiente para solventar la conclusión de que, no surgiendo ninguno de los tres posibles casos de “inadmisibilidad” contemplados en el artículo 30o. de la LOTGC, procede que se declare, con arreglo al criterio general de sólo cinco (5) votos, la admisibilidad. En efecto, un razonamiento rigurosamente lógico puede llevar a la conclusión de que toda declaración de admisibilidad entraña, necesariamente —aunque sea en forma sólo implícita— la declaración de **no inadmisibilidad**, cosa que implica, lógicamente también, la solución, en el fondo, y aunque sea en forma tácita, de un problema de “inadmisibilidad”. “Admitir”, cuando existe la alternativa de no hacerlo, entraña, lógicamente, el rechazo del otro extremo: la “inadmisión”. ¿O no es así?

En cualquier caso, se acepte o no la tesis restrictiva expuesta en el párrafo precedente, según la LOTGC no se puede declarar la inadmisibilidad con menos de seis (6) votos, ni la admisibilidad con menos de 5 (y si se acepta la tesis del párrafo precedente, con menos de 6).

15. ¿DONDE ESTA, PUES, LA “ANALOGIA”?

No vemos, pues, en que procedimiento “analógico” sea susceptible de apoyarse la tesis de que con sólo tres votos —según aparentemente la sostiene el artículo analizado— procede la declaración de “constitucionalidad”.

Además, si desde el ángulo matemático, cuantitativo, según se acaba de comprobar, ninguna analogía permite llegar a la conclusión recusada; desde el punto de vista cualitativo, **ocurre que no hay analogía posible**, pues —y como también consta del propio texto de la LOTGC y ya se ha recordado— mientras,

a propósito del instituto procesal de la admisibilidad, se consagran, en forma textual y conceptualmente independientes, dos posibilidades: admisión e inadmisión; a propósito de las decisiones de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad, la misma LOTGC **no contempla la hipótesis** de una declaración de “constitucionalidad”, la que, por lo tanto, no es viable, independientemente del número de votos conformes que se alcancen. No existe, tampoco, concordando con lo expuesto, vía procesal para demandar declaraciones de “constitucionalidad”. La ausencia de la dicotomía, en lo que refiere al ámbito de la declaración de inconstitucionalidad, deja sin sustento cualitativo a todo propósito analógico basado en la reglamentación del instituto procesal de la inadmisibilidad, pues este sí señala, en forma perfectamente clara, según se ha explicado, una doble alternativa.

En resumen, puede decirse que la LOTGC no sólo no enfoca los temas de las declaraciones de inconstitucionalidad e inadmisibilidad de modo analógico, sino que los concibe de manera tan distinta que les da un tratamiento precisamente antitético. ¿O me equivoco?

16. ARGUMENTOS FINALES

La última serie de argumentos postula la necesidad de buscar (¿a cómo dé lugar?) la mayoría de los seis votos concordantes. En verdad, este enfoque parece estar en contradicción con algunos de los precedentes —si no con todos ellos—, pues supone, en efecto, el respeto de la regla que exige no menos de seis votos conformes para “resolver” la cuestión y que, precisamente, el TGC acató. Cuando, en efecto, después de citar al egregio maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, se dice que, en todo caso, el TGC pudo “reservar la votación e impulsar el nombramiento del magistrado faltante, para someter, con éste, una vez incorporado, nuevamente la cuestión a votación, o comunicar el impase al Parlamento, como lo dispone el artículo X del Título Preliminar del Código Civil de 1984 . . . para subsanar legislativamente el defecto”, se está respaldando, precisamente, la conducta del TGC —**¿o no es así?— pues ésta**, en esencia, consistió en reconocer que, por falta de la mayoría legal, no podía, el TGC; “resolver la cuestión” mediante “sentencia”.

17. RECOGIENDO LOS HILOS

Antes de terminar, conviene agregar dos cosas: **La primera** — y aquí trataré de recoger algunos cabos sueltos y de articular, de modo unitario e integrado, aunque sintético, la tesis sostenida— es que, a mi juicio, la discusión generada en torno al “fallo-sin-sentencia” (por falta de los seis votos conformes), del TGC, carece de sentido y obedece a un espejismo que, a su turno, es producto de un enfoque, no por tradicional o clásico adecuado, que, a la postre, dado el carácter hartamente novedoso y realmente **sui-generis** del

caso, desnaturaliza el problema. En efecto, los dispositivos legales invocados en la nota comentada, **no dicen** que los jueces deban siempre culminar su augusto cometido mediante la emisión de "sentencias". Sólo dicen (tanto el artículo VIII del T.P. del C.C. vigente, como el XXI del homólogo del derogado del 36', el 23 de la LOPJ, el 233, inciso 6o., de la Constitución vigente, y las reglas concordantes de los códigos adjetivos), que los jueces **no dejarán de administrar justicia** por deficiencia u oscuridad de la ley. Eso es todo. La tesis criticada sería válida si la expresión "administrar justicia" fuese sinónima de la de "emitir sentencia", y si, además, —en el contexto de esta polémica— emitir sentencia significase, necesariamente, pronunciarse sobre el fondo de la demanda, es decir, **emitir resolución de mérito que declarase fundada o no la acción.**

18. LAS PREMISAS FALLAN

Ahora bien, ninguno de estos prenotandos es cierto. La administración de justicia puede producirse y plasmarse, tanto en el ámbito civil como en el penal —para no hablar del "administrativo", el "laboral", etc.— mediante pronunciamientos que no resuelvan el fondo del problema y que, además, no sean, ni siquiera formalmente, sentencias. Piénsese, en lo penal, en los autos de sobreseimiento o de archivamiento, y, en lo civil, en los de abandono, o en los que —para abreviar— sancionando un desistimiento o una transacción, ponen punto final al juicio, **sin sentencia.** Por otro lado, como se sabe, hay sentencias que se limitan a declarar la "improcedencia" o, en su caso, la "inadmisibilidad" de la acción y que, por ello, no entran en el fondo de la cuestión controvertida. **En todos los supuestos mencionados, sin sentencia, o sin sentencia de mérito, la justicia —haya o no deficiencia u oscuridad de la ley— sí es administrada,** cualquiera que sea, por supuesto, el concepto que merezca el sentido de las correspondientes resoluciones judiciales, y la oportunidad en que las mismas se expidan.

19. INSISTAMOS: EL TGC SI ADMINISTRO JUSTICIA

Valga añadir que el pronunciamiento del TGC, no sólo administró, en esta perspectiva, justicia (se esté o no de acuerdo con el sentido de los votos de los magistrados), sino que, además, **realmente, "resolvió", según ya se ha dicho** (mediante abstención **sui géneris** o parcial, si se quiere), el problema práctico

planteado, pues dejó vigente la ley impugnada. **A este respecto, interesa tener presente la enorme diferencia que hay entre un juicio corriente de derecho civil (y, aun, de derecho penal, aunque la situación no sea, en verdad, exactamente la misma) y los planteados por las demandas de inconstitucionalidad.** En los primeros, se suele partir de "cero" —sobre todo tratándose de juicios "constitutivos"—, o de la "nebulosa" (en homenaje a la brevedad, no se profundizará, ahora, en los distingos, por importantes que sean, entre juicios de cognición y de ejecución, declarativos y constitutivos, etc., etc.), y se busca el nacimiento, la modificación, o el ejercicio de un derecho, o, para abreviar, la precisión y la claridad en el ámbito de las situaciones o relaciones jurídicas. Si, por ejemplo, Juan pide alimentos a Pedro el Juez no puede concluir alegando que la ley no precisa si los debe o no —lo que equivaldría a "mandar por huevos a la otra esquina"—, sino que debe ordenar que los pague o que no los pague. Igual cosa sucede en un juicio, por ejemplo, de filiación, de cumplimiento de obligación de dar, de hacer o de no hacer, o de pago de soles. En estos casos, según se barrunta, si el Juez diera la llamada por respuesta o se abstuviera, el "cero" —la nada— o la "nebulosa" —la indeterminación— seguirían enseñoreándose en el discutido ámbito, y el legítimo anhelo de alcanzar la paz por el derecho se convertiría en utopía, pesadilla o comedia. Nadie sabría, en suma, qué le toca, a qué puede aspirar, ni qué es lo suyo. No habría administración de justicia, sino odisea kafkiana, y los órganos judiciales estarían de más . . . y habría —claro— que suprimirlos.

En los casos de las demandas de inconstitucionalidad, por lo contrario, no se parte ni de cero ni de la **nebulosa**, sino que se parte de una realidad firme, omnipresente y hasta opresiva: una ley debidamente promulgada y publicada. Por tanto, si el TGC no la declara inconstitucional, no hay nebulosa, ni cero, ni caos al cual retornar —ni "huevos a la otra esquina" por los cuales mandar— sino que se afirma la ley impugnada que sigue vigente. Así pues, por aparente omisión, **resulta que sí se administra justicia,**⁸ y ello sin violentar los esquemas legales ni los criterios pitagóricos de la LOTGC.

Piénsese, de otro lado, que en el TGC se obtuvieron los siguientes resultados: a), respecto de la computabilidad y validez de los votos nulos, cinco votos en contra de la ley impugnada (es decir, a favor de la demanda de inconstitucionalidad), y tres a favor de su validez; y que b), respecto de los "blancos", el re-

8. Véase la nota precedente No. 5. "Administrar Justicia", procesalmente hablando, no significa, por lo demás, ni **acertar** en el fallo ni **resolver el problema de fondo**, sino simplemente poner fin al proceso con arreglo a los límites y términos de las normas jurídicas (legales y constitucionales) que lo presiden e informan. La administración de la justicia constitucional, según nuestro ordenamiento, fuera de los supuestos de "inadmisibilidad", "sustracción de materia", "improcedencia", etc., sólo permite, en los casos de las demandas de inconstitucionales de leyes o dispositivos semejantes, una de dos: o a), declarar fundada la demanda, y, por ello, inconstitucional la norma (total o parcialmente); o b), en su defecto, no alcanzándose seis votos conformes en tal sentido, declarar que la ley atacada sigue vigente, lo mismo que subsistente el derecho de volver a impugnarla, ya que no hay "cosa juzgada". Obsérvese, de paso, en que en ambos supuestos sí se pone fin, aunque sea provisionalmente, al problema, y ello, además, sin dejar el caso en la nebulosa o la indefinición, sino con certeza, claridad y seguridad, según con mayor detalle se expone en el cuerpo del artículo anotado.

sultado fue la inversa: tres a favor de la demanda, y cinco en contra.

20. CURIOSA MATEMATICA: ¿3 = 5?

Ahora bien, lo que parece sostenerse —entre otras cosas— en el artículo examinado, es que, **en ambos casos**, se debió declarar infundada la demanda y constitucional el artículo impugnado de la correspondiente ley. Se pretende, pues, que en un caso, tres votos prevalezcan sobre cinco, y, en el otro, al revés, cinco prevalezcan sobre tres, y todo ello a propósito de una misma demanda y en una misma “sentencia”. Esto no parece comprensible y, a mayor abundamiento, no sólo violenta el artículo 8o. de la LOTGC —que exige, por lo menos, seis votos— sino que lleva a la conclusión de que: a) bastan tres votos para resolver las cuestiones que, según la LOTGC, requieren seis; b) el TGC puede —y debe— resolver por minoría, cuando no logre mayoría; c) el TGC puede declarar constitucional una ley, no obstante que no existe acción abierta para pedir tal cosa, sino sólo para, precisamente, lo contrario: pedir la declaración de inconstitucionalidad; y d) lo que parece más, pero mucho más grave, es que el TGC podría, también, **cerrar el camino para el replanteo de la acción**, mediante una sentencia, que pasaría en autoridad de “cosa juzgada”, conseguida por virtud de una minoría de tres votos y con todas las agravantes ya indicadas.

No se duda de que quienes ganasen —por virtud de esta matemática parda— el juicio con tres votos, podrían estar dispuestos entonar encendidos ditirambos en loor de la “sabiduría” del TGC; pero también es claro que, con sobrada razón, los perdedores, a quienes se diera, en tal predicamento, con las puertas en las narices y se arrebatará el derecho de replantear la acción, tendrían abierto el camino para acusar ante el Congreso a los Magistrados del TGC, no sólo por haber **resuelto** el caso de inconstitucionalidad con menos de seis votos (cometiendo, así, en su perjuicio, **prevaricato**, al fallar en contra del texto expreso de la ley), sino también por haber basado su sentencia en una minoría de tres votos⁹, no sólo con violación, otra vez, del texto expreso de la ley, sino, además, de toda regla de equidad y de toda norma supletoria, principio general de derecho o criterio matemático.

21. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LAS LAGUNAS

El TGC, en el fallo tan duramente criticado por el doctor AQL, por otro lado, sí aplicó los principios generales del derecho y las reglas analógicas y supletorias del CPC, la LOPJ y la Constitución del Estado. Pero lo hizo, justamente, en la medida en que ello fue

necesario para articular un pronunciamiento decisorio como el que emitió: En efecto, en la medida en que la LOTGC no era ni oscura ni deficiente, sino meridianamente clara (**y sin asomo de inconstitucionalidad**), se sometió, a ella y, en consecuencia, no alcanzándose los seis votos exigidos, **no resolvió** —formalmente, por lo menos— la cuestión de inconstitucionalidad; pero en la medida en que la ley no decía, por deficiencia o laguna, qué debía hacerse en tal predicamento, **sí se elevó a los principios generales del derecho y a las reglas analógicas de los sistemas supletorios y de mayor jerarquía, y dijo, consecuentemente, que no habiéndose conseguido los seis votos conformes, la regla legal atacada seguía vigente y que, por ende, subsistiría el derecho de replantear la acción. Un pronunciamiento tal, como ya se ha anotado, tiene la virtud de poner fin, provisionalmente, al problema planteado y de brindar, de ese modo, solución práctica, real y legal, a la situación; pero todo ello sin violar la ley.** Fue así como, llenando lagunas y superando deficiencias y oscuridades, el TGC administró justicia, es decir, la única que, en las circunstancias, podía administrar.

22. EL INCIDENTE DE CADUCIDAD

El último punto que debo tocar ahora se refiere al incidente surgido en la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra las leyes del desacato y del terrorismo, y que ha sido brevemente comentado líneas arriba. A propósito de ese tema, en el artículo examinado se sostiene que los votos de los doctores Silva Salgado y Basombrío Porras carecieron “completamente de todo sustento”; y que los de los demás magistrados, si bien acertados en su sentido, no precisan los fundamentos de la correspondiente decisión (aunque se hace, verdad es, una mención honrosa respecto de mi voto)¹⁰. Dicho lo cual, se argumenta en el sentido de que —¿o me equivoco?— el real fundamento de la no caducidad (por el simple hecho —como se recordará— del retiro de la firma de uno de los veinte señores senadores demandantes) radica en que el verdadero titular de la acción, una vez intentada y admitida la misma, “iniciada su andadura”— es el propio TGC.

23. SERA PARA OTRA VEZ

Estoy plenamente de acuerdo con la parte de la tesis que sostiene —como yo lo hice en mi voto, del mismo modo que, en mayoría, el TGC— que el propósito de retirar una de las firmas habilitantes de la demanda —y, aun, el retiro, en su caso, de la firma— no extingue la acción; pero no lo estoy **con todas las razones** en que se apoya dicha tesis, ni con las **consecuencias** que se atribuyen a las diferencias que distinguen a la **legitimatío ad processum** de la **legitimatío ad**

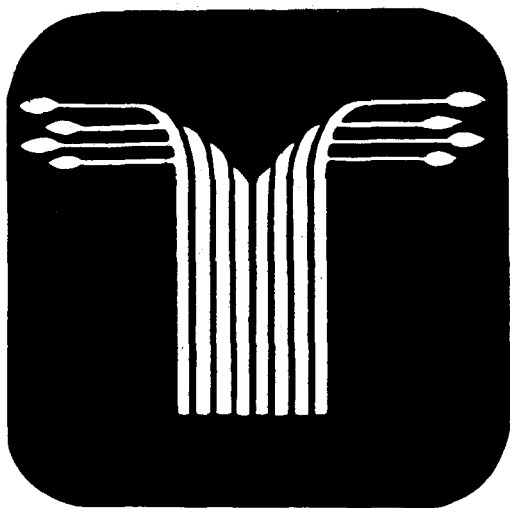
9. Aunque menos impresionante, el caso del fallo con sólo cinco votos sería igualmente ilegal y estaría igualmente expuesto a la crítica y a la acusación constitucional, si bien cinco votos no serían minoría sino mayoría.

10. Véase el correspondiente pasaje del artículo comentado del distinguido colega, reproducido líneas arriba, bajo el subtítulo de “En la Nuez del **Dubium**”.

causam, si bien es innegable que tales diferencias son reales e importantes. Y también creo —discrepando, otra vez— que, al igual que en las acciones constitucionales de **habeas corpus** y amparo (que también interesan, indudablemente, al orden público) cabe, en las demandas inconstitucionalidad (mientras una ley no lo prohíba, por supuesto, y dentro de las limitaciones propias de cada tipo de juicio o de acción), el desistimiento. Como el examen del tópico exige más espacio del que parece razonable tomar, pues este comentario ya ha crecido demasiado, baste recordar, por ahora, que los legitimados **ad-causam**, si no se legitiman **ad-processum**, no pueden promover ni sostener —directamente, por lo menos— acciones, ni participar en procesos, ni tampoco (de existir, in abstracto, el derecho de hacerlo) formular desistimientos. De otro lado, no parece haber razón para suponer que, por el mero hecho de existir, las demandas de inconstitucionalidad hayan de convertir a la Nación, al País, al interés público, o a todo ciudadano, en legitimados **ad causam** de las mismas. Si ello fuera así, cualquier acción de inconstitucionalidad, por infundada (o disparatada) que fuese, se haría acreedora —**ipso facto e ipso jure**— al privilegio del interés nacional, y también resultaría inmune, pese a su no improbable futilidad (que puede alcanzar ribetes de comicidad y aun de inverecundia), al piadoso remedio de un legítimo y saludable desistimiento; y, a la inversa, se haría obligatoriamente pasible de recibir y admitir, por vía de adhesión principal o coadyuvante, el apoyo de cualquier ciudadano, como si las deman-

das de inconstitucionalidad se regiesen por los mismos principios que las de "acción popular", cuando según es sabido, la ley les da tratamientos completa y marcadamente distintos y hasta antagónicos.

No se ignora que en algunas latitudes se prohíbe el desistimiento en cierto tipo de acciones constitucionales. Ello parece razonable, y tal vez convenga limitar o reglamentar los desistimientos correspondientes entre nosotros. Mas no parece que los eventuales límites y las reglamentaciones —o prohibiciones— deban ser meras consecuencias de las diferencias que median entre los institutos procesales de **legitimatio ad causam** y **legitimatio ad processum**, o entre las acciones de derecho común y las de tipo constitucional. Se antoja, antes por el contrario, que la temática es bastante más rica y compleja, y también que, **a priori**, no hay motivo para juzgar que jamás sean aplicables, en lo que se refiere a los hipotéticos desistimientos que pudieran formularse en las acciones constitucionales, las reglas de procedimiento normalmente aplicables, **mutatis mutandis**, en las acciones del derecho civil común. Al contrario, hay motivo para suponer que, en estas materias, han de ser más abundantes los parecidos procesales que las diferencias, y que, consecuentemente, los denominadores comunes han de brillar más, llegado el caso, por su presencia que por su ausencia. Y esta era la **segunda** cosa que quería agregar, según anuncié bajo el epígrafe de "Recogiendo los Hilos" (V. supra).



TRENER