

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL *VERSUS* PODER JUDICIAL: ¿DESAMPARANDO AL AMPARO? DEBATE SOBRE LA POLÍTICA JURISDICCIONAL DEL CONTRA AMPARO

Pedro P. Grández Castro* *versus* Giovanni F. Priori Posada**

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha venido transformando la noción del Proceso de Amparo. Así, mediante diferentes resoluciones ha ampliado su ámbito, variado su alcance y a la vez, incitado a la crítica a más de uno que considera se está desnaturalizando su figura.

De esta manera, queda la pregunta, ¿cuál es el límite del Amparo? ¿Al adoptarse estas nuevas medidas no se está dejando de lado la residualidad del Proceso de Amparo y, al mismo tiempo, desprotegiendo justamente al que necesita protección al crear procesos más complicados? ¿O por el contrario, es ésta la verdadera naturaleza de la protección constitucional?

En el siguiente debate, podemos encontrar probablemente dos de las opiniones más informadas del tema; en la postura del Tribunal Constitucional, uno de sus asesores, Pedro Grández, y en la otra, Giovanni Priori, abogado que con frecuencia debe lidiar con el Tribunal. Por consiguiente, con seguridad después de este debate, habrá formado una excelente opinión.

* Profesor en la Facultad de Derecho en la UNMSM y en la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

** Magíster por la Universidad de Roma Tor Vergata. Profesor ordinario de Derecho procesal en la Facultad de Derecho y de las Maestrías en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la PUCP.

1. INTRODUCCIÓN

El debate que viene suscitando una sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") pronunciada en el mes de mayo del año 2007 (STC 4853-2004-AA/TC) es un buen motivo para un amistoso diálogo al que me convocan los amigos de THEMIS. He aceptado esta invitación, conciente de la importancia que tiene en una sociedad democrática el debate y la discusión crítica racional en torno a las decisiones de los poderes públicos; además, en el caso nuestro, en ejercicio de un derecho constitucional, conforme al cual toda persona tiene derecho "de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales" (artículo 139.20).

Un derecho tal, debe ser entendido, no sólo como un elemento de control público de las decisiones de los jueces, sino que debe constituir también un espacio irrenunciable para la deliberación pública sobre cuestiones de importancia y que muchas veces son decididas en forma de sentencias. La *democracia Constitucional*, esto es, la forma de gobierno que partiendo de la voluntad popular se organiza y gobierna a partir de una Constitución que vale como norma fundamental; requiere ser comprendida, no sólo desde su dimensión orgánica institucional o formal-procedimental (división de poderes, elecciones libres, reparto de competencias, etcétera), sino que importa sobremanera su dimensión material y pragmática, esto es, los contenidos y las formas en que se expresa el poder constituido por el pueblo. En otras palabras, importa no sólo cómo se llega al poder y quién manda en una democracia, sino fundamentalmente "cómo manda" y qué contenidos son constitucionalmente posibles. La constatación de esta última dimensión de

la democracia sólo es posible con un control cotidiano de las decisiones públicas.

Dicho esto, la sentencia materia de este breve comentario trae una serie de cuestiones que no pueden ser abordadas aquí en toda su dimensión. Sólo con ánimo de delimitar este comentario, debo precisar que el TC, en el Expediente 4853-2004-AA/TC, ha establecido, con la calidad de precedente vinculante, una serie de reglas procesales, referidas tanto al denominado "amparo contra amparo" (en adelante, "AcA"), como también con relación al llamado "recurso de agravio a favor del precedente", orientado al control constitucional de un específico tipo de *decisión estimatoria* que, en el trámite de un proceso de amparo, desconoce de manera expresa un precedente vinculante del TC. Este último aspecto está directamente vinculado con una determinada concepción de Constitución y de interpretación constitucional que maneja el Tribunal, el cual ya ha puesto de manifiesto en otras oportunidades¹. Sin embargo, para efectos de este comentario, sólo importa la regulación jurisprudencial del AcA.

El orden de exposición es cronológico, a efectos de poner en evidencia la evolución e involución del AcA en la jurisprudencia del TC. De este modo se podrá constatar que las reglas del AcA recientemente aprobadas por el TC en la STC 4853-2004-AA/TC han significado, en esencia, una vuelta al origen jurisprudencial del AcA como remedio excepcional contra la actuación arbitraria del juez del primer amparo.

2. POLÍTICA JURISPRUDENCIAL (I): EL AcA INADVERTIDO Y QUIZÁ POR ELLO COHERENTE

Quienes han seguido de cerca la política jurisprudencial del TC en materia del AcA, suelen citar como primer antecedente de esta modalidad de amparo contra resolución judicial, la resolución

* Una versión preliminar de este trabajo ha recibido críticas y valiosos comentarios de Fany Quispe, Edgar Carpio, Roger Rodríguez, Juan Monroy Palacios y Juan Manuel Sosa, a quienes quiero testimoniar mi agradecimiento. Aunque no siempre es posible coincidir con todos, ellos saben que aprendemos más de los críticos que de los "alineados".

¹ El Tribunal parte, aquí, del artículo 202.2 de la Constitución para establecer que el término "denegatorio" que se consigna en dicho artículo y que habilitaba al TC a conocer mediante el recurso de agravio sólo aquellas decisiones en las que el Poder Judicial rechazaba la pretensión del demandante en segunda instancia, declarándola improcedente o infundada, debía ser ahora complementada asumiendo una concepción más amplia. El TC establece que "denegatoria" no es sólo la decisión que rechaza la demanda, sino también aquella que estimando la pretensión, no obstante, lo hace al margen del orden jurídico constitucional, al no acatar un *precedente vinculante*. Aquí, el TC sostiene que el término "denegatorio" debe ser entendido como "denegación de justicia constitucional", reivindicando así, no sólo la *dimensión subjetiva* al que sirve el proceso constitucional de amparo, sino también la *dimensión objetiva* del mismo.

emitida en el Expediente 612-98-AA/TC². Samuel Abad recoge, además, dos sentencias de esta primera etapa (Expedientes 1102-2001-AA/TC y 104-2001-AA/TC), que suelen presentarse (sin solución de continuidad)³ como la antesala de la STC 200-2002-AA/TC que vendría a sistematizar por primera vez las reglas del AcA⁴.

No obstante, si se observa con detenimiento, en las tres decisiones anteriores al caso “Ministerio de Pesquería Vs. Sala de Derecho Público de la Corte de Lima” (Expediente 200-2002-AA/TC), el Tribunal había ya establecido una política jurisprudencial del AcA como medio excepcional, en función, no del tipo de decisión o fallo producido en la resolución que se cuestiona, sino en función del tipo de lesión que se había logrado constatar.

Este es un dato especialmente relevante a la hora de estudiar el derrotero que ha seguido la jurisprudencia constitucional con relación al AcA y que, quizá por esa deformación profesional de quienes miran en el proceso de amparo más el “proceso” y menos el “amparo”, no ha salido a luz. Veamos lo que de común tienen estos tres casos de manera muy resumida, dado el espacio con que contamos.

Empecemos con el Expediente 612-98-AA/TC. Aquí se suele citar el fundamento 8, que recoge el primer intento de regular el AcA⁵. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el fundamento relevante de esta sentencia es el fundamento 5, donde el Tribunal define, más que las reglas procesales, la razón de fondo del AcA.

“Que, aun cuando en los procesos constitucionales de tutela de derechos como el de amparo,

la sentencia estimatoria que lo concluye reviste la autoridad de cosa juzgada en mérito al artículo 8º de la Ley N.º 23506; ello no es óbice para que pueda plantearse respecto a aquélla, si proviene o no, en cuanto resolución judicial, de un proceso regular, a efectos de evaluar si en él se han respetado los derechos fundamentales de carácter procesal, tal como puede efectuarse respecto a cualquier proceso” (subrayado agregado).

El Tribunal sin dejar de reconocer “lo delicado del caso sub *judice* por la circunstancia que en él tenga que enervarse una sentencia revestida de autoridad de cosa juzgada, más aún de una proveniente de un proceso constitucional” (fundamento 7, subrayado agregado), no obstante, decidió estimar la demanda tras considerar la importancia del derecho de defensa que habría sido vulnerado de manera flagrante. Incluso cuando trató de sistematizar las reglas del AcA, en el famoso fundamento 8, lo hizo consciente de “la relevancia de la cosa juzgada en el proceso de amparo”.

En los dos casos siguientes que suelen citarse (Expediente 1102-2001-AA/TC y 104-2001-AA/TC) se ha mantenido esta línea jurisprudencial del Tribunal. Esto es, la admisión del AcA como medida excepcional, a partir de la evaluación de la imputación de violación hecha al primer amparo y no, como sucedería luego, a partir de la naturaleza del fallo⁶. Ambos casos tienen además la particularidad de que se tratan en realidad de terceros amparos⁷, pero cuya incidencia en tal sentido no viene al caso en esta ocasión.

La relevancia de rescatar esta primera etapa de la jurisprudencia del TC sobre el AcA radica en la

² Así, DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Antecedentes, condiciones e implicancias del “Amparo contra Amparo””. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* 87. Lima, diciembre de 2005. pp. 37 y siguientes.

³ Es verdad que recientemente Luis Sáenz se ha percatado de que hay un período que ha llamado “embrionario” del AcA también contra estimatorias, aún cuando no ha resaltado sus implicancias en el “derrotero” que ha tratado en extenso. SÁENZ DÁVALOS, Luis. “Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)”. En SÁENZ DÁVALOS, Luis. (Coordinador). *El Amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*, Cuadernos de Análisis y crítica a la jurisprudencia. Lima: Palestra. 2007.

⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. “El proceso Constitucional de Amparo”. Lima: Gaceta. 2004. pp. 327 y siguientes.

⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. Op. cit. p. 38; ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. pp. 330, 331; CARPIO MARCOS, Edgar. “El amparo contra el amparo”. Lima: Ediciones Legales. 2004.

⁶ Esta orientación jurisprudencial se reitera, incluso luego de publicada la STC 200-2002-AA/TC (07 de marzo de 2003), en otra decisión relevante aunque producida en un proceso de amparo contra un proceso de cumplimiento. (Expediente 1975-2002-AA/TC). Esta es una decisión formalmente firmada por el TC con fecha 27 de enero de 2003, aunque publicada en la *web* con fecha 31 de julio de 2003; en ella en el fundamento tercero se encuentra el siguiente párrafo: “e) considerada la sentencia cuestionada dentro de un contexto como el descrito, es evidente que su emisión rompe la estructura de lo que constituye un proceso justo o debido, motivo por el que no puede considerarse el proceso de cumplimiento cuestionado como regular, no obstante que se trata incluso de uno de naturaleza constitucional, pues como ya lo tiene definido este Colegiado, aun en el supuesto de que lo que se cuestione sea un proceso de defensa de los derechos constitucionales, éste último cede su presunción de constitucionalidad, cuando existe una trasgresión objetiva del derecho fundamental al debido proceso” (subrayado agregado). También aquí, la sentencia que se cuestionaba era una de naturaleza estimatoria.

⁷ En el caso del Expediente 1102-2001AA/TC, en el primer amparo estimatorio existía además pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional, que revocando la Resolución de la Corte Suprema, había estimado el amparo y ordenado su ejecución en los términos en que lo había ya dispuesto anteriormente la Corte Superior, en sentencia también estimatoria. El segundo amparo (violatorio del derecho a la ejecución de resoluciones judiciales) había precisamente suspendido la ejecución del primer amparo. De manera que el tercer amparo viene a restablecer el derecho cuya restitución ya había sido ordenada una primera vez. Estas son cuestiones que muestran también los problemas del AcA cuando no tiene limitación en el tiempo, y que de algún modo ha sido abordado en la sentencia del Expediente 4853-2004-AA/TC.

racionalidad y coherencia de su planteamiento. El AcA es aquí, un remedio excepcional contra la eventualidad de violaciones a los derechos constitucionales, también en el seno mismo de un proceso constitucional, sin distinguir si ello pueda darse en un proceso que culmina con sentencia estimatoria o desestimatoria. La única limitación es, en todo caso, la imposibilidad de cuestionar una decisión del propio TC. Para fundamentar esta limitación, sin embargo, el TC incurre, a mi entender, en una falacia por exceso de racionalidad, en la medida que atribuye a sus decisiones una discutible “presunción absoluta de constitucionalidad”⁸, dando a entender con ello, no sólo que es un órgano infalible, sino que, además, la constitucionalidad de sus actos reposaría en su sola autoridad y no en la racionalidad de su argumentación⁹.

En cualquier caso, en esta primera etapa de la jurisprudencia del TC en materia de AcA, se muestra con claridad, aunque el propio Tribunal a veces no es del todo conciente de ello, que se trata de un remedio excepcional que resulta realmente necesario, curiosamente cuando estamos frente a una decisión estimatoria. Al menos los ejemplos recogidos muestran su “necesidad” frente a decisiones judiciales que precisamente tienen esa calidad de “cosa juzgada”, que luego serviría de argumento para hacer un *overruling*, aunque sin mencionarlo, en el Expediente 200-2002-AA/TC. Desde esta perspectiva, no puede decirse entonces que la sentencia producida en el Expediente 200-2002-AA/TC sea una simple “precisión” respecto de las reglas del AcA. Desde mi punto de vista, en dicha ocasión se quiebra la racionalidad elemental que debió orientar la construcción de reglas del AcA hacia su efectividad como medio excepcional de reparación de violaciones a los derechos funda-

mentales cometidas por el Juez o Tribunal del Amparo.

3. POLÍTICA JURISPRUDENCIAL (II): EL AcA COMO RETÓRICA PARA EL DESAMPARO

Con la sentencia expedida en el Expediente 200-2002-AA/TC, se abre una etapa absurda en la jurisprudencia del AcA, que sólo ha podido ser rectificada recientemente, con la sentencia que suscita este diálogo (Expediente 4853-2004-AA/TC). Aquella “ordenación” de las “reglas procesales” que tanto resaltan sus comentaristas olvida que si hay algo que es común en todos los sistemas con relación al amparo, es que éste debe ser capaz (idóneo) de reparar la agresión al derecho constitucional cuya vulneración se denuncia. Si ese es su cometido, no hay “limitación procesal” que valga una vez constatado el acto vulnerador. Ni la ley, ni el acto de la administración, ni tampoco la sentencia revestida con la santidad de la cosa juzgada¹⁰, han podido salir airoso cuando en su seno se ha podido detectar la violación de un derecho de naturaleza constitucional frente a su impugnación ante el TC. De ahí su verdadera “gloria”¹¹ como medio para el control del ejercicio de los poderes públicos.

No obstante, la “regla de oro” en la sentencia 200-2002-AA/TC es que no caben más amparos contra sentencias estimatorias. Aquí se crea un espacio de intangibilidad de las sentencias estimatorias que, incluso si mostraran signos evidentes de arbitrariedad, no podrían sin embargo ser controlados por ningún medio, porque el recurso de agravio también estaba reservado sólo para “denegatorias”. De este modo, al AcA se terminó homologándolo con el recurso ante el Tribunal Constitucional, regulado en tales términos en el artículo 202.2. de la Constitución¹².

⁸ El argumento del TC es el siguiente: “(...) si bien la presunción de legitimidad constitucional de las sentencias de los procesos de tutela de derechos es *iuris tantum* respecto a las sentencias provenientes del poder judicial, ella adquiere el carácter de presunción absoluta, cuando se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional (...)” (Expediente 612-98-AA/TC, Fundamento 8).

⁹ En este sentido, el Tribunal argumenta que la presunción *jure et de jure* respecto a la constitucionalidad de sus decisiones vendría dada por “(...) la naturaleza de supremo custodio de los derechos fundamentales que la doctrina le reconoce y porque, en fin, nuestro propio ordenamiento jurídico ha conferido a él, y no a otro, el “control de la constitucionalidad” (artículo 201 de la Constitución Política del Estado y artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”. Esta es una construcción argumentativa que no resiste mayor análisis si se toma en cuenta que también el Tribunal está sometido a la Constitución, y en consecuencia, la “constitucionalidad” de sus actos sólo vendría dada por la racionalidad argumentativa de los mismos. Otra cosa es que sea el TC quien cierra el sistema jurisdiccional en sede nacional, pero no convierte a sus actos, *per se*, en constitucionales. Sobre esto: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “La justificación de la Sentencia Constitucional. Bases teóricas para la Construcción de un modelo”. Maestría en Política Jurisdiccional, Tesis para optar el grado de Magister. Lima: PUCP. 2007.

¹⁰ Juan Monroy Palacios me ha hecho notar, con argumentos convincentes, que en el control constitucional de las decisiones judiciales no entra en juego la garantía “jurídico política” de la cosa juzgada, en la medida que, “la cosa juzgada pertenece a la política del derecho, es una garantía del Estado Democrático y se otorga a determinadas decisiones, independientemente de su contenido específico (me refiero a la decisión sobre el caso concreto)”. Cito aquí un extracto de sus observaciones al borrador de este trabajo.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro “Sobre el amparo”. En: La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución. CEC. 1995. p. 502.

¹² Aunque, como ya hemos indicado, este artículo fue precisamente interpretado por el TC para habilitar un recurso de agravio a favor del precedente. Ver: Nota 1, *supra*.

De la regla básica del AcA que no distingue entre sentencias estimatorias y desestimatorias, se pasa así a una suerte de “Amparo contra el desamparo”. Sabido es que en su versión castellana, si se admitiera un proceso para la revisión de un proceso anterior de amparo, ello sólo sería posible para el control “del exceso del primer amparo”¹³ o para la “corrección” de una inadecuada ponderación entre dos derechos fundamentales realizada por las instancias judiciales, producto de lo cual el primer amparo ha sido estimado contra el principio de proporcionalidad. De ahí que en España, aun cuando existe en doctrina una postura reacia a aceptarla como categoría o modalidad del amparo contra resoluciones judiciales¹⁴, lo cierto es que se han presentado casos excepcionales, lo que ha llevado a conceptualizar su presencia. En este sentido, se ha señalado que “el “contra-amparo” se produce cuando el órgano judicial, al amparar por “exceso” un derecho fundamental, ocasiona la vulneración de otro”¹⁵.

Así pues, y en la medida que, “el “contra-amparo” se afirma como concepto *negando* el concepto (“amparo”) del que trae causa”¹⁶, no parece apropiado, al menos semánticamente, referirnos en el caso nuestro a un “amparo contra amparo” respecto de una sentencia desestimatoria o respecto de una “denegatoria” como se lee en la Constitución peruana que regula, no un nuevo amparo, sino un recurso ante el TC para estos supuestos. De manera que en el marco de las reglas establecidas en la sentencia 200-2002-AA/TC, más apropiado sería hablar de “contra-desamparo” o “contra amparo negado”, pero no de AcA, porque tal como ha quedado ya dicho, aquí nos encontramos no ante una sentencia judicial que haya “iampara-

do!” la demanda, sino ante una denegatoria, supuesto en el que además, para ser coherentes, no tendría sentido abrir un nuevo proceso, sino acudir ante el TC mediante recurso de agravio¹⁷.

Sin embargo, contra toda lógica jurídica (y también semántica), la jurisprudencia del TC, cuando “precisó” las reglas del AcA en la sentencia 200-2002/TC, reconoció como elemento central la improcedencia de un nuevo proceso de amparo cuando se cuestionaba una sentencia estimatoria. Ello llevaría en la práctica, a que las reglas del denominado AcA, antes que reglas para regular dicho proceso “creado jurisprudencialmente”, supongan, más bien, un estándar para rechazar, cual resoluciones *per curiam*, toda pretensión de volver a revisar una decisión producida en un proceso constitucional de amparo, cuando esta era estimatoria de la pretensión. La prueba de ello es que no existe en la jurisprudencia del TC, ni una sola sentencia estimatoria de AcA durante el período de vigencia de estas reglas¹⁸, y más bien, abundantes resoluciones donde la *ratio decidendi*, en la mayoría de los casos, lo constituye la famosa regla d) de la sentencia 200-2002-AA/TC¹⁹.

Si bien como fundamento de tal regla del AcA se ha leído literalmente el artículo 8 de la derogada ley 23506²⁰, en el caso del TC, suponía en la práctica, un cambio en la jurisprudencia que se hacía, además, sin ninguna motivación y sin siquiera advertirlo de manera expresa. El argumento que intentaba “legitimar” tal regla del AcA olvida que ahí donde se regula un proceso de amparo contra decisiones judiciales, éste actúa precisamente como un *recurso subsidiario o excepcional*, esto es, frente a sentencias definitivas como se

¹³ CRUZ VILLALÓN, Pedro. Op. cit. p. 501.

¹⁴ Así por ejemplo, Díez Picazo Jiménez, al sostener que “(...) el amparo sólo es viable si el órgano judicial ha dejado de tutelar un derecho fundamental, pero no cuando ha tutelado indebidamente un derecho fundamental”. Ver: DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio. “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”. En: La sentencia de Amparo Constitucional. Madrid: CEC. 1996. p. 20. En esta dirección, se ha sugerido que frente a un “contra amparo” lo que cabría sería un pronunciamiento de *inadmisión* por “falta de jurisdicción”. Al parecer, esta fue también una opción procesal de rechazo que utilizaron las instancias judiciales en el caso peruano, antes de la regulación procesal del AcA por parte del TC, aunque aquí se alude a la “falta de competencia” de los órganos judiciales respecto del segundo amparo. Al respecto puede verse algunas de las resoluciones judiciales recogidas por ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. pp. 329 y 330.

¹⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de los derechos fundamentales: el denominado “contra-amparo”. En: REDC 47. Madrid. 1996. p. 142.

¹⁶ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. Op. cit. p. 129.

¹⁷ Serían muy excepcionales los casos en los que se justificaría un nuevo proceso de amparo para quien no ha podido ejercer su derecho de defensa ante la denegatoria, pero es posible que en estos casos, en la medida que no hay cosa juzgada, pueda habilitarse un amparo independiente y no un amparo contra lo resuelto desestimando una pretensión que, por lo general, no configura ningún supuesto de agravio.

¹⁸ La única sentencia estimatoria en un segundo amparo es, curiosamente, una que no respeta la *regla* de que el segundo amparo no procede contra una estimatoria (Ver: Expediente 04245-2006-PA/TC).

¹⁹ “d) sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable a la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada”.

²⁰ SÁENZ DÁVALOS, Luis. “Amparo vs. Amparo (Reflexiones sobre la viabilidad o no en la prosecución del amparo como mecanismo de protección constitucional dirigido a enervar lo resuelto en otro proceso constitucional)”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia 16. Año 4. Trujillo. Junio de 2002.

lee también ahora en nuestra legislación de los procesos constitucionales (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). De manera que por lo general, el amparo contra resoluciones judiciales actúa, precisamente, contra la decisión que concluye la instancia judicial. Ello importa en la práctica porque, ahí donde hay revisión en sede constitucional de las decisiones de los jueces del Poder Judicial, la eficacia de la cosa juzgada, respecto de tales decisiones, queda en suspenso mientras dura el proceso de “confirmación” ante el TC. De modo que si bien la cosa juzgada y la propia seguridad jurídica, que suelen ponerse en cuestión cuando se anula una decisión judicial a través de un proceso de amparo, son valores ineludibles en el marco del Estado Constitucional de Derecho, no obstante, “(...)no constituyen un valor en sí mismo ni pueden prevalecer frente a valores –sin duda superiores– como el respeto al debido proceso y la realización de la justicia en el caso concreto”²¹. La cosa juzgada y la seguridad jurídica que exige el Estado Constitucional no son, pues, un tapón de seguridad a la arbitrariedad, el abuso o la corrupción de los jueces²².

En tal sentido, resulta difícil aceptar el argumento que sugiere que en la base de la negación del AcA contra sentencias estimatorias esté la cosa juzgada con que se revisten tales decisiones. Al contrario, por los resultados que ya han sido presentados, bien puede concluirse en este punto que la sentencia 200-2002-AA/TC, que ha sido celebrada como la sentencia que venía a “completar” las reglas jurisprudenciales iniciadas en la sentencia 612-98-AA/TC, no hizo sino “clausurar” cualquier posibilidad de un nuevo amparo, incluso ahí donde era realmente necesario. Esto es así, no sólo a partir de los datos empíricos ya señalados, sino también porque de haberlo realmente “regulado”, tal “regulación” habría resul-

tado del todo inapropiada y, a decir del propio Tribunal, acaso hasta inconstitucional²³. Aquí, la admisión a trámite del nuevo amparo pasaba inevitablemente por una primera criba determinante, y que no consistía en la averiguación, siquiera preliminar, de la afectación invocada de algún derecho constitucional, sino en la verificación, esta vez sí “objetiva”, de si se trataba de una decisión con fallo estimatorio o desestimatorio. El *test* básico del AcA de la sentencia 200-2002/TC es, pues, la separación entre sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias y no, como debiera ser, entre decisiones que agravan y decisiones que respetan y tutelan efectivamente los derechos fundamentales. La política jurisprudencial de esta etapa es un buen ejemplo de cómo se pueden construir estándares con propósitos, no de tutelar derechos, sino de rechazar demandas. Si ese ha sido el objetivo velado del TC, sin duda las reglas de la sentencia 200-2002/TC han sido eficientes a tal propósito y han permitido rechazar demandas sin mayor esfuerzo argumentativo²⁴.

De este modo, y al margen de que pueda discutirse ahora sobre la conveniencia o no del AcA, queda claro que una política jurisprudencial que pretenda habilitarla como un recurso, por más excepcional que éste sea, no puede basarse en la naturaleza del fallo de la decisión que intenta controlar (estimatorio o desestimatorio), sino, en cualquier caso, en el tipo de lesión al que se pretende hacer frente (si ha de tratarse de una lesión al proceso o la sustancia de la decisión misma, por ejemplo).

4. POLÍTICA LEGISLATIVA: NEGACIÓN DEL AcA

Con el antecedente descrito de una política jurisprudencial francamente inoperativa y, curio-

²¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Estudios Constitucionales”. Lima: ARA. 2002. p. 233

²² En este sentido también García Belaunde, cuando tempranamente advirtió, analizando el caso del Amparo contra resoluciones judiciales en el Perú, que “la intangibilidad de la cosa juzgada esta condicionada por la regularidad del proceso (entendido por regularidad el debido proceso legal)”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Amparo Contra Resoluciones Judiciales: Nuevas Perspectivas”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales* 6. Lima: CAJ. 1990. pp. 77-78.

²³ A esta conclusión se puede llegar a partir de los fundamentos que el propio TC considera, están en la base del *overruling* que se produce en la sentencia 4853-2004-AA/TC. Así, por ejemplo, el TC estableció en el fundamento noveno que, “(...) la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los derechos fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional”.

²⁴ Sólo como muestra, esta fue la fórmula de rechazo de una demanda de AcA que aludía a un anterior proceso con sentencia estimatoria: (Expediente 1636-2005-AA/TC): “2. Que el demandante interpone acción de amparo solicitando que se declare inaplicable la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que, revocando la apelada, declaró fundada la acción de amparo interpuesta por don Roger Chambilla Huanca contra la Dirección Regional de Educación de Puno. 3. Que, en el presente caso, nos encontramos ante lo que se ha denominado en doctrina *Amparo contra Amparo*. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos (STC 200-2002-AA/TC, fundamento 2) que, conforme se desprende de autos, no se han cumplido, por lo siguiente: a) La sentencia de amparo cuestionada (fundamento 49-51) resultó favorable al actor, constituyendo, además, cosa juzgada. b) El demandante pretende un análisis sobre el fondo controvertido en el proceso constitucional impugnado, y no se refiere a cuestiones estrictamente formales del debido proceso. c) En consecuencia, no es el caso de análisis de la afirmada vulneración del debido proceso” (subrayado agregado).

samente sin poner esto como sustento fáctico para auspiciar el cambio legislativo, que por lo demás habría generado un debate más interesante²⁵, los autores del Código optaron por cerrar, casi “voluntariamente”, el AcA en una fórmula genérica referida a todos los “procesos constitucionales”, aunque como era evidente, con el fantasma del AcA delante. El artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional²⁶, se presentaba así, más como una reivindicación académica y ciertamente pragmática, pero con pocos argumentos que puedan servir luego a una convalidación jurisprudencial, “última morada” de cualquier doctrina que quiera introducirse como derecho válido en el contexto de los actuales sistemas jurídicos.

Recientemente, Luis Saenz ha hecho una detallada exposición del “consenso” que se había construido entre los profesores que redactaron el Código Procesal Constitucional, en torno a la necesidad de “cerrar” las puertas al AcA²⁷. Fue precisamente aquel “consenso” la única explicación, a título de exposición de motivos, para suprimir el AcA en la versión legislativa del Código Procesal Constitucional. La tesis es básicamente la que resume la postura del Profesor García Belaunde: “... pensar en un Amparo contra un Amparo es abrir la compuerta a las infinitas instancias, y por eso hemos pensado que no debe existir. Si antes se dio, no creo que ahora lo deba ser, ya que por un lado nuestro Código es garantista y por otro, el Poder Judicial, pese a sus carencias, debe asumir ese reto ahora que vivimos en Democracia...”.

De modo que con un Código “Garantista” y un escenario democrático, los jueces del Poder Judicial podían asumir el reto de no incurrir en violaciones manifiestas a los derechos de los justiciables. Postura sensata pero no del todo coherente, si se piensa, sobre todo, que respecto de los mismos jueces, que actúan en el mismo es-

cenario democrático con códigos también “garantistas”; sin embargo, no nos atrevemos a renunciar al amparo contra resoluciones judiciales. Se olvida, pues, que el AcA es amparo contra los jueces del Poder Judicial. Se olvida también que, en el fondo, el fantasma no es tanto el control de los jueces, sino más bien, las delicadas relaciones entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional a la hora de definir las confusas y, a veces, poco racionales relaciones de distribución de funciones en el marco de la tutela de los derechos fundamentales, tarea que compromete, no sólo al legislador ordinario, sino que al parecer, pasa por una inevitable reforma constitucional, que permita racionalizar, por ejemplo, el control de las decisiones judiciales a través de un amparo directo ante el TC²⁸, de modo que la figura del AcA no sea más un problema en manos de la jurisprudencia.

Así, quien cuestiona la presencia del AcA, debe hacerlo al mismo tiempo también respecto del amparo contra resoluciones judiciales en general, cuya naturaleza le es inherente²⁹. Por ello, aunque “resulte difícil conceptualizar que el amparo constitucional pueda ser instrumento procesal violador del debido proceso legal”³⁰, no debe confundirse el “ser” con el “deber ser”. El que el proceso de amparo esté concebido efectivamente como garantía de los derechos fundamentales, no lo convierte, sin más, en un proceso incuestionable o limpio de toda posible distorsión que lo exima de cualquier tipo de control. Como bien ha precisado Eguiguren Praeli, cerrar la posibilidad del AcA supondría “resignarse a la indefensión” ante la constatación de una violación manifiesta de algún derecho constitucional durante su tramitación, al propio tiempo de renunciar a una jurisdicción garante de los derechos y que simplemente asume un “papel complaciente que no se condice con la función que le corresponde en un Estado de Derecho”³¹.

²⁵ Hubiera sido revelador, por ejemplo, levantar información estadística al respecto para sustentar la supresión y la poca incidencia del AcA en el marco del Amparo contra resoluciones judiciales.

²⁶ “Artículo 5.- No proceden los procesos constitucionales cuando: 6) se cuestione una resolución firme producida en otro proceso constitucional (...)”

²⁷ SAENZ DAVALOS, Luis. “Los nuevos derroteros del “amparo contra amparo” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)”. En: El “amparo contra Amparo” y el recurso de agravio a favor del precedente”. Cuadernos de análisis y crítica jurisprudencial 3. Lima: Palestra. 2007.

²⁸ No tiene sentido que actualmente, por ejemplo, se habilite la competencia de una Sala Civil para el control de una violación de un derecho que se acusa a la Corte Suprema. El Amparo contra resoluciones judiciales se vuelve así un ritual, un procedimiento con destino conocido que lleva a que el Poder Judicial sea simplemente una mesa de partes que alarga el trámite de llegada al TC.

²⁹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “Amparo contra Amparo”: la reparaciones de lesiones de derechos fundamentales en un proceso de Amparo”. En: SAENZ DAVALOS, Luis. (Coordinador). El “amparo contra Amparo” y el recurso de agravio a favor del precedente. Op. cit.

³⁰ Así, Aníbal Quiroga León, para sustentar su postura en contra del AcA, en: “La nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo constitucional”. En: Derecho 49, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima. 1995. p. 152.

³¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit. p. 232.

No se puede, pues, desconfiar de los jueces cuando éstos resuelven un contrato por incumplimiento de una de sus cláusulas, cuando declaran los linderos de una comarca o cuando se pronuncian por el pago por subrogación de una deuda y luego, respecto de los mismos jueces, llegar a la convicción plena de que sus actos son intocables, nada menos que cuando se pronuncian sobre nuestros derechos que estimamos como “fundamentales”.

Desde luego, ésta no es una valoración sobre la conveniencia o no de la revisión constitucional de las resoluciones de los jueces del Poder Judicial en los procesos constitucionales. Se trata simplemente de la exigencia de coherencia en el discurso por parte de quienes consideran que el ACA genera mayores inconvenientes que ventajas. Visto además en conjunto, creo que el Código y sus autores han dado muestras de una sistemática desconfianza en los jueces del Poder Judicial³². Postura que además, encuentra sustento en la práctica de la jurisdicción ordinaria en los años de la dictadura fuji-montesinista, aunque viene de antes. De modo que, a lo mejor, no es tiempo todavía de porfiarnos demasiado en los jueces que hace poco tiempo fueron, en muchos casos, eficientes comisionados del Poder Ejecutivo, por ejemplo en la aplicación de los decretos que impulsaron la lucha “judicial” contra el terrorismo. Jueces que aceptaron el anonimato en sentencias que hoy aparecen “codificadas” y que han sido emitidas en el marco de una caricatura de procesos judiciales. Jueces que actuaron sin dar el rostro y que no hicieron ningún esfuerzo argumentativo por controlar los excesos, cuando no las abiertas violaciones, también ¡judiciales! de los derechos de los procesados³³.

De manera que hay razones fuertes para desconfiar de los jueces del Poder Judicial. Razones que además están, no en los textos sino en la his-

toria reciente que hemos vivido. El Poder Judicial debe, en todo caso, mostrar que esto está cambiando. Ha tenido y tiene, ahora mismo, la oportunidad de ponerlo de manifiesto. Mientras tanto, los controles parecen razonables, necesarios y a veces hasta irrenunciables³⁴.

Así las cosas, la idea de cerrar las puertas al ACA por vía de una reforma legislativa y aprovechando la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, pronto cayó rendido ante los argumentos que, primero la Academia, y luego el propio Tribunal, ofrecerían precisamente para revertir la buena intención de los autores del Código. Esto muestra, también entre nosotros, que el Derecho se va pareciendo menos a la ley, y es cada vez más argumentación³⁵. Es decir, cuando una decisión política del Parlamento, por más mayoría que acompañe a quienes redactan la ley, no está basada en argumentos racionales sólidos, puede fácilmente sucumbir ante el “Tribunal de la Razón” en el que pretende erigirse el TC.

Desde la cátedra, creo que fue Luis Castillo Córdova³⁶, quien puso las cosas de regreso. Comentando el artículo 5.6, este autor señalará que tal dispositivo debe ser interpretado “de modo que no procedan los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en proceso constitucional regular o desenvuelto con plena sujeción a la tutela procesal efectiva”, puesto que una interpretación distinta, como él mismo lo manifiesta, “estaría reconociendo en el juez constitucional una persona infalible, cosa que la realidad nos demuestra que no es verdad”, o peor aun, que cuando los jueces actúan justamente en los procesos de tutela de los derechos, “pueden actuar al margen de los preceptos constitucionales”³⁷.

Castillo Córdova, además, no sólo ha dado argumentos para el regreso del ACA, también se

³² No sólo en la medida que se acepta de manera expresa el amparo contra resoluciones judiciales, sino también en cuanto le impone precedentes vinculantes “expresos” (artículo VII del Título Preliminar), en los que el Juez no debe hacer ningún esfuerzo intelectual para identificar la *ratio decidendi*. Tal desconfianza, al parecer, no es reciente, como nos ha confirmado el profesor García Belaunde en un trabajo que recoge la historia legislativa y jurisprudencial del Amparo contra resoluciones judiciales. Ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”. Op. cit. Esta desconfianza de los jueces parece, sin embargo, en suspenso con la incorporación del principio de subsidiariedad en el Código Procesal Constitucional. En este caso, el legislador del Código deja un amplio margen de acción al juez, quien debe ser el que identifique el mosaico de posibilidades que definen el ambiguo principio de subsidiariedad del Proceso de Amparo.

³³ Quizá la prueba más contundente de esta afirmación sea la formación de la Comisión de Indultos formada tras la huida de Fujimori que logró sacar de las cárceles a centenares de condenados por jueces que ni la Comisión de la Verdad ha podido sacarlos a la luz y siguen “administrando justicia” en nombre del pueblo que los ha padecido en aquellos años.

³⁴ La última muestra de la forma en que todavía actúan muchos jueces del Poder Judicial ha sido los procesos “estimatorios” de amparos otorgados en segunda instancia a favor de las empresas de casinos y tragamonedas. Sentencias por lo menos sospechosas desde el inicio del trámite, dado que fueron promovidos en zonas alejadas de la capital respecto de empresas que tenían casinos abiertos en exclusivas zonas de Lima (Ver: STC 006-2007-CC/TC).

³⁵ Recojo la idea de Atienza. Ver: ATIENZA, Manuel. “El derecho como argumentación”. Ariel. 2006. p. 59.

³⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comentarios al Código Procesal Constitucional”. Primera edición. Lima: Ara. 2004. p. 207 y siguientes. Existe segunda edición de Palestra. Lima 2005, en dos tomos.

³⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit. p. 209.

ha pronunciado sobre algunas de sus reglas básicas. Entre éstas ha incluido el AcA contra sentencias estimatorias, al considerar que en el marco del Código Procesal Constitucional “La cosa juzgada se configura con la resolución final que se pronuncia sobre el fondo, al margen que favorezca o no al demandante en el primer proceso constitucional supuestamente irregular”³⁸. Aunque sobre esto, como ya hemos afirmado, no es la cosa juzgada la contención del AcA contra sentencias estimatorias, como tampoco lo es cuando se cuestiona una resolución judicial firme del Poder Judicial en otro tipo de procesos.

5. POLÍTICA JURISPRUDENCIAL (III): EL AcA NO PUEDE LIMITARSE LEGISLATIVAMENTE

Tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el TC no tardaría en utilizar algunos de los argumentos ya expuestos por la doctrina y otros de cosecha propia. Las primeras decisiones están dirigidas simplemente a poner de manifiesto que el AcA no se ha cerrado en manos del legislador. En esta dirección debe desatacarse de manera especial el Auto de fecha 18 de febrero de 2005 (Expediente 2707-2004-AA/TC)³⁹, en el que el Tribunal establecerá de manera ineludible su postura con relación al AcA.

“(…) la posibilidad del denominado “amparo contra amparo”, dirá el TC, no es un problema cuya solución dependa exclusivamente del legislador, pues al tener su fuente directa en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de la propia Constitución, según el cual el amparo, “(…) No procede (...) contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”, el debate en torno a su procedencia debe realizarse en función de lo que pudiera entenderse por “procedimiento regular” (resuelto en forma enunciativa por el mismo legislador a través del artículo 4º del mismo Código Procesal Constitucional)”.

De manera que no es “(…)el legislador el órgano competente para establecer que, tratándose de una resolución judicial dictada en un proceso de amparo, por ese sólo hecho, las lesiones que

pudiera sufrir el derecho a la tutela procesal efectiva queden exentas de cualquier tipo de control”. El Tribunal ha hecho aquí una interpretación de la reforma legislativa del AcA, aplicando el principio de interpretación conforme con la Constitución y ha establecido una “lectura constitucionalmente viable” del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional. De modo que “(…)tal disposición debe entenderse como que efectivamente no procede el “amparo contra amparo” si es que en el proceso se han respetado de modo escrupuloso los derechos fundamentales de orden procesal a los que se refiere el artículo 4º del mismo Código Procesal Constitucional”. La validez de una lectura textualista de dicho inciso del artículo 5, quedaba condicionada, de este modo, a la constatación de la validez del proceso judicial en cuestión, y ello sólo es posible luego de un examen al menos liminar de la resolución del primer amparo.

Hay algunas resoluciones de rechazo del AcA que si bien llevan fecha posterior⁴⁰ a las señaladas y en las que el TC claramente ya había reiterado su jurisprudencia en términos genéricos, interpretando el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, no obstante son resueltas por el TC en el marco de las reglas del precedente sentado en el Expediente 200-2002-AA/TC. Es el caso de las resoluciones producidas en los expedientes 191-2005-AA/TC (Caso Municipalidad provincial de San Pablo), y 4855-2004-AA/TC (caso Caja de Pensiones Militar Policial). En ambos casos, el Tribunal viene a reiterar la idea de que no cabe la posibilidad de un AcA contra una decisión estimatoria. Esto porque, a decir del Tribunal, “(…)si se permitiera la interposición de un amparo contra lo resuelto favorablemente en otro proceso de amparo, se vería resquebrajado el principio de cosa juzgada y neutralizado el rol protector al que por regla general aspira todo proceso constitucional de la libertad”⁴¹.

En el caso del Expediente 4855-2004-AA, se trataba, además, del cuestionamiento de una sentencia del propio TC. Aquí el Tribunal, antes de ejercer sus competencias de ejecución de la sentencia anterior, por el abierto desafío que venía a suponer

³⁸ Ibid. p. 213.

³⁹ El mismo tratamiento ha dispensado el Tribunal en el auto pronunciado en la misma fecha en el Expediente 3846-2004-AA/TC (caso municipalidad provincial de San Pablo).

⁴⁰ En los dos casos que se señalan se trata de resoluciones que tienen fecha 8 de marzo de 2005, aunque publicadas en la web del Tribunal con fechas distintas; la 191-2005-AA/TC, publicado el 17 de junio de 2005; mientras que la 4855-2004-AA/TC fue publicada el 20 de mayo de 2005. De la misma fecha es también la resolución en el Expediente 0193-2005-PA/TC (caso Municipalidad de San Pablo), con similar argumentación que invoca la Sentencia del Expediente 200-2002-AA/TC.

⁴¹ Expediente 191-2005-AA/TC, fundamento 4.

una nueva demanda contra una sentencia estimatoria del propio Tribunal⁴², vuelve a reiterar la tesis según la cual las decisiones del Tribunal serían incuestionables debido a que poseen “presunción de constitucionalidad absoluta”, por lo que no podrían ser enervados a menos que se “desnaturalice la propia lógica del sistema”. Ya hemos visto *supra* que para sostener la irrevisibilidad de las decisiones del TC no hay que llegar tan lejos, en la medida que la Constitución dispone que el Tribunal es última y definitiva instancia (artículo 202.2), por lo que se trata de una cuestión menos filosófica y más bien pragmática lo que hace que el Tribunal se coloque en el cierre del sistema jurisdiccional de protección de derechos, después de cuyos pronunciamientos, sólo cabe recurrir a la jurisdicción supranacional (artículo 205).

Estos son, *grosso modo*, los antecedentes y el contexto en el que se emite la sentencia en el Expediente 4853-2004-AA, que se publica en la página *web* el 22 de mayo de 2007. No voy a entretenerme en resumir lo que ahí se dice, sólo quisiera resaltar que en el marco del derrotero del AcA, las reglas que ahí se recogen intentan, en la medida en que lo permite la regulación constitucional actual, darle cierta coherencia al régimen procesal del AcA. La regla más importante, diría yo, es sin duda la reivindicación de aquella con que apareció el AcA en la jurisprudencia del TC. Esto es, la no fijación en el fallo, sino en la lesión de algún derecho (cualquiera que sea) pero que se trata de un derecho fundamental. De este modo, el AcA ha vuelto a recobrar su racionalidad elemental, al servir como último recurso de vigilancia también frente a los jueces de los derechos humanos fundamentales, aun cuando por razones más prácticas que filosóficas, tal vigilancia, como en todo lo demás, no llega necesariamente al propio Tribunal.

Aun cuando en esta sentencia, que tiene además la condición de precedente vinculante, haya avanzado aceptando otros supuestos para el AcA⁴³, en el marco de la *autonomía procesal* con que cuenta el Tribunal⁴⁴; en todos los supuestos, se trata de reglas elaboradas en función a la máxima protección a los derechos fundamentales. Así, detrás del AcA por desacato a la doctrina jurisprudencial del TC, se encuentra la idea de *igual protección* que merecen todos los ciudadanos de una nación. De modo que cuando un Juez o Tribunal otorga amparo en abierta contradicción con la interpretación del máximo intérprete de la Constitución, lo que está haciendo es, o favoreciendo indebidamente algún interés y no protegiendo propiamente un derecho fundamental, o distorsionando el verdadero valor de los derechos fundamentales del mismo en el caso del AcA a favor del tercero afectado por la sentencia estimatoria del primer amparo.

En esta dirección es que debe también interpretarse la incorporación del principio de mayor protección en la interpretación de los derechos que el Tribunal incorpora en esta sentencia como criterio arbitral para las relaciones entre Juez Ordinario y TC. El Tribunal le exige lealtad al juez ordinario en el seguimiento de sus interpretaciones con relación a la defensa de los derechos humanos, pero le recuerda que no es ciego y que por tanto puede ver incluso más allá de lo que ha visto el propio Tribunal. “En cualquier caso, dirá el Tribunal, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen

⁴² En otros casos, sobre todo cuando se trataba de sentencias estimatorias, el TC ha sido enérgico al rechazar un segundo amparo tras constatar que no se había vulnerado ningún derecho fundamental, y establecer que no puede “permitirse la articulación de maniobras dilatorias en el trámite de su ejecución, menos aún volver a utilizar un nuevo proceso de amparo en abierto desafío a la justicia constitucional”. Llegando incluso a sostener que el “amparo contra amparo”, al ser un remedio excepcional, “sólo ha de admitirse tratándose de la protección de derechos fundamentales cuya titularidad pueda atribuirse de modo indubitante a *personas naturales* y cuando resulte manifiesto e intolerable el proceder arbitrario de las instancias judiciales”. En estos casos el Tribunal ha alertado al juez de ejecución del primer amparo “para actuar de manera enérgica y con la urgencia que el caso amerita, dictando los requerimientos y apremios que autoriza el Código Procesal Constitucional para el efectivo cumplimiento de las sentencias constitucionales”. Ver: Expediente 2667-2006-AA/TC, fundamentos 6 y 7. Aunque resulte problemática la propuesta de un AcA sólo a favor de “personas naturales”, es posible comprender que resulta por lo menos paradójico que un ciudadano logre la reparación de la violación de su derecho por parte del Poder Público, y luego el Poder Público revierta contra el ciudadano en nuevo amparo, anulando la decisión que lo amparaba. Esto es la “sin razón” que al parecer intenta frenar el Tribunal con este criterio. Como bien ha afirmado Caamaño Domínguez, resulta del todo contrario a la naturaleza del Amparo el que “pueda ser utilizada por un poder público para “defenderse de un ciudadano” (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. Op. cit. p. 136).

⁴³ Entre los supuestos que el Tribunal recoge como “objeto” del AcA se encuentran: a) sentencia estimatoria de segundo grado que afecta un derecho fundamental; b) sentencia estimatoria de segundo grado que desconoce la doctrina jurisprudencial del TC en materia de derechos fundamentales; c) sentencias denegatorias que afectan derechos de terceros que no participaron del proceso o de la parte que no pudo interponer el recurso de agravio.

⁴⁴ Sobre esto: LEON VÁSQUEZ, Jorge. “El amparo contra amparo y el principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (coordinador). El Amparo contra Amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Op. cit.

una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado⁴⁵.

Podrían discutirse cada una de las demás reglas procesales que el Tribunal ha establecido en la sentencia con relación al AcA, pero me parece que la que menos objeciones ha recibido, al menos hasta ahora, es sin embargo la regla fundamental: aquella que restablece al AcA como remedio contra cualquier tipo de agresión a los derechos fundamentales que se produzca en el marco de un proceso constitucional y que concluya, con cualquier tipo de sentencia, estimatoria o desestimatoria. Quizá esa hubiera sido una regla suficiente para el precedente establecido en este caso. Todas las demás precisiones son útiles y seguramente algunas más prácticas y menos engorrosas que otras, aunque desde mi punto de vista, la regla madre que es transversal a todas esas puntualizaciones procesales es que el AcA es un proceso excepcional, al que puede acudir cualquiera que haya visto vulnerado sus derechos fundamentales como consecuencia de un proceso constitucional, incluso si no hubiera sido parte en dicho proceso.

El establecimiento de reglas procesales es siempre, en cualquier sede, un problema que se enfrenta con múltiples opciones. De ahí que la jurisprudencia no siempre sea el espacio más adecuado para su definición, aunque dado su carácter práctico, es en sede jurisprudencial donde suelen elaborarse reglas *probadamente necesarias y eficientes*. Lo central es que, en todo caso, no se impongan los "gustos" personales, de modo que las reglas respondan por lo menos a dos criterios básicos: validez y practicidad. Sin la primera, nada es posible jurídicamente; sin la segunda, las reglas pueden servir para cualquier cosa menos para ser aplicables, y reglas procesales que no se aplican son como la pista sobre la que no se puede transitar.

Así, se ha sugerido, por ejemplo, la habilitación del recurso de agravio para todos los supuestos contemplados en el AcA⁴⁶, evitando así un nuevo proceso. Una propuesta tal, sin embargo, no sólo tiene el serio inconveniente de que las violaciones a los derechos fundamentales que se imputan a los órganos judiciales no podrían ya ser analizadas en el marco de un contradictorio mínimo, sino que además, en un esquema así, quedan fuera del marco de protección los terceros que no han sido incorporados en el proceso y que eventualmente pongan en evidencia que han sido preteridos de manera arbitraria por las instancias judiciales. Más problemas ofrece la vía interpretativa del artículo 202.2 que propone Mijail Mendoza para habilitar el recurso de agravio contra una sentencia estimatoria por violaciones a los derechos fundamentales. Su argumento no se articula a partir de la presencia de un derecho subjetivo concreto, sino que pretende ser una elaboración en abstracto y por ello, mirando más la faz "objetiva" del proceso de amparo. Viene a decir que, al negar el recurso de agravio respecto de sentencias estimatorias, "la Constitución está presuponiendo que se trata de una sentencia estimatoria *constitucional*, pero no *inconstitucional*; en consecuencia, puede concluirse, a *contrario sensu*, que una sentencia estimatoria inconstitucional debe ser examinada por el Tribunal Constitucional, configurando esto una excepción a la regla general. La regla general rige en tanto se trate de una sentencia estimatoria constitucional, por el contrario, rige la excepción cuando se está ante una sentencia estimatoria inconstitucional"⁴⁷.

Desde esta perspectiva, sin embargo, la habilitación de la competencia del Tribunal es necesariamente anterior a la calificación de la constitucionalidad o no de la sentencia estimatoria. De manera que si el Tribunal acepta el recurso de agravio está, inevitablemente, adelantando su criterio sobre el fondo, pues de otro modo sería siempre ilegítima su intervención. Este es un problema operativo pero relevante que creo desautoriza la construcción de una argumentación a partir de una interpretación "objetiva" del amparo.

Por su parte, al profesor Luis Castillo no le convence ninguna de las razones que el Tribunal

⁴⁵ Fundamento 16 de la sentencia.

⁴⁶ Esta es la propuesta, si he entendido bien, de Mijail Mendoza. Ver: "Amparo *contra* amparo: la reparación de lesiones de derechos fundamentales en un proceso de amparo". En: SÁENZ DAVALOS, Luis (coordinador). "El Amparo contra Amparo y el recurso de agravio a favor del precedente". Lima: Palestra. 2007.

⁴⁷ *Ibid.*

expone para establecer el AcA por una única vez y de modo excepcional⁴⁸. Cuestiona incluso que se lo llame excepcional, pues considera que todas las reglas consignadas son las de un “amparo normal”⁴⁹. Esta no es una crítica a la regla fundamental del AcA que hemos destacado aquí, y creo que puede contestarse si se toma en cuenta que la excepcionalidad no es una *condición* que quepa en un conjunto de reglas procesales tasadas, sino que hay que construirla en cada caso y también está presente en la propia definición del AcA, que, como ya se adelantó, surge como válvula de escape a la posibilidad de error (constitucionalmente reproducible) de un “amparo normal”. La excepcionalidad hay que ubicarla, pues, precisamente en que no hay AcA *ad infinitum*, como pareciera ser el deseo de Castillo Córdova. Si fuera un amparo “normal”, no sería comprensible tal limitación.

Si hay que resumir las reglas del AcA en pocas palabras, hay que precisamente recalcar su *excepcionalidad*, que debe ser entendida aquí, no como una regla, sino más bien como principio para la actuación de los jueces ante quienes se invoca el segundo amparo. De este modo, la excepcionalidad no se aplica bajo la fórmula “todo o nada”, sino ponderando su necesidad, intensidad y urgencia en el caso concreto. Así, el segundo amparo sólo será legítimo si la agresión a un derecho fundamental que se ha producido en el primer amparo es tan evidente e intolerable que lo justifique ante la mirada elemental del criterio común. La excepcionalidad no es, pues, un conjunto de “reglas procesales”, sino más bien un principio a tener en cuenta por el juez, quien debe ponderar en un espacio en el que los *discursos reglados* son cada vez más escasos y poco operativos.

Si las únicas razones que habilitan el AcA son las violaciones latentes a los derechos fundamentales que se producen en el seno de un proceso constitucional, el criterio para su admisión siempre será la necesidad de poner en la balanza la protección que se ha brindado a través de una sentencia estimatoria en el primer amparo, frente a la alegación de violaciones que sustentan las pretensiones del segundo amparo. De manera que

no hay reglas “precisas” en el AcA, sino, al final de cuentas, también aquí rige una regla general de ponderación que es lo que no todos están dispuestos a aceptar cuando se trata de la tutela, menos teórica y más pragmática, de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia constitucional.

**PRIMERA PARTE DE GIOVANNI PRIORI:
CUANDO EL CONTROLADOR SE DESCONTROLA:
BREVE COMENTARIO SOBRE DOS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se han dictado algunas sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que ponen en el debate nacional el problema del control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales.

II. LAS SENTENCIAS

II.1. Sentencia 3179-2005-PA/TC

El 18 de febrero de 2005, el TC expidió una sentencia en la que señala que una demanda de amparo contra una resolución judicial procede cuando ésta lesione cualquier derecho fundamental, no sólo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Al hacerlo, señala que: “el amparo contra resoluciones judiciales no tiene el efecto de convertir al juez constitucional en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere derechos fundamentales”. Dicho de otra manera, según el TC: las controversias surgidas de la interpretación y la aplicación de la ley son competencia del TC cuando a su juicio se lesione la Constitución y cuando según él se lesione un derecho fundamental; ello supondría, siguiendo con la interpretación *a contrario* del fundamento del Tribunal, que en esos casos está constitucionalmente justificado que el TC se convierta en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, modificando decisiones que

⁴⁸ El Tribunal ha ofrecido como argumentos de la restricción del AcA a una sola vez los siguientes: a) el principio de seguridad jurídica; b) el principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales; c) el principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos; d) el carácter de instancia de cierre del sistema de la jurisdicción interna que representa el TC.

⁴⁹ Este autor se ha detenido a realizar un minucioso análisis sobre las razones que el TC expone para limitar el AcA a una sola vez. Cuestionando tal excepcionalidad dirá: “Lo curioso es que aquello que el Máximo intérprete de la Constitución peruana califica de excepcional, no es sino consecuencia de lo normal”. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El TC como creador de Derecho Constitucional”. Op. cit. p. 10 (cito en separata).

han pasado a la autoridad de cosa juzgada y, dependiendo de los casos, impidiendo la ejecución de las sentencias judiciales que han adquirido tal calidad.

II.2. Sentencia 4853-2004-PA/TC

El 19 de abril de 2007, el TC dictó otra sentencia en la que estableció dos nuevas “reglas” (el término es utilizado por el propio TC) en materia de amparo contra resoluciones judiciales y, en especial, de amparo contra amparo. En este trabajo me detendré sólo en la segunda de ellas, según la cual: el recurso de agravio constitucional, procede no sólo en los casos señalados expresamente por la Constitución, es decir, contra la resolución denegatoria de la demanda de *habeas corpus*, amparo o cumplimiento; sino también en todos aquellos casos en los cuales se haya expedido una resolución judicial de manera contraria al precedente vinculante dictado por el TC; es por ello que este recurso creado por ese órgano ha sido bautizado por él como “recurso de agravio constitucional a favor del precedente”. Para hacerlo, el TC sostiene que “los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces”⁵⁰.

III. LA PLURALIDAD DE VALORES RECONOCIDOS POR EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El estado actual del desarrollo del Estado y de los derechos fundamentales nos coloca dentro de lo que se ha venido en denominar *Estado constitucional*, cuya identificación puede hacerse a partir de dos niveles inseparables⁵¹, sin los cuales es imposible comprender su verdadera riqueza: (i) un nivel formal, en virtud del cual el *Estado constitucional* es un Estado en el que la Constitución se convierte en la unidad de medida del actuar de los poderes públicos y de los ciudadanos⁵², y (ii) un nivel material, que nos permite señalar que el *Estado constitucional* se “(...) caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de

poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales (...)”⁵³.

Desde el punto de vista formal, la Constitución es la norma suprema del Estado, y toda norma jurídica y el actuar de los poderes públicos y de los particulares se somete a ella. Pero la noción de *Estado constitucional* no es una noción eminentemente formal y privada de contenido, pues hay un nivel material que justifica precisamente que la Constitución tenga esa posición preeminente en el ordenamiento jurídico, nivel que comprende los valores supremos de una determinada sociedad que se encuentran reconocidos en ella y que finalmente la legitiman como norma suprema. Todos esos valores y principios reconocidos en la Constitución son la expresión de una sociedad que se identifica en ellos y expresan “un estadio de desarrollo cultural”⁵⁴ de la propia sociedad, de la sociedad plural⁵⁵. El principio rector de una sociedad plural es la tolerancia⁵⁶, al punto de constituir “parte integrante del consenso constitucional básico”⁵⁷. La tolerancia exige que se reconozca la diferencia, se la respete y que el criterio propio sea expresado por medio de argumentos basados en justificaciones racionales que permitan al otro aceptar o no dicho criterio, con base en las mismas consideraciones racionales y de respeto por la diferencia.

Ello supone que los principios y valores constitucionales deben ser interpretados tomando en consideración que la Constitución reconoce otros valores y principios constitucionales que deben ser respetados. El *Estado constitucional* exige que todos ellos sean apreciados en su conjunto. Una apreciación de los valores como absolutos deslegitima la propia aplicación de la Constitución, en la medida en que desconoce al texto constitucional como una expresión plural de valores y principios fundamentales del ordenamiento y provoca que los valores no tomados en cuenta se vacíen de contenido. En ese sentido, “Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a

⁵⁰ Fundamento 25 de la sentencia.

⁵¹ En esa misma línea, Carlos Santiago Nino señala que hay dos sentidos principales de ‘constitucionalismo’: el sentido mínimo y el sentido pleno. El sentido mínimo supone la sola existencia de una Constitución. En cambio, el sentido pleno exige la existencia y vigencia de determinados principios y valores propios de la democracia liberal. NINO, Carlos Santiago. “Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”. Buenos Aires: Astrea. 2002. pp. 3 y 4.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil”. Madrid: Trotta. 1995. p. 34.

⁵³ HABERLE, Peter. “El estado constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. Pág. 3.

⁵⁴ Ibid. p. 5.

⁵⁵ Ibid. pp. 5 y siguientes; ZAGREBELSKY, Gustavo. Op.cit. p. 38.

⁵⁶ “La tolerancia debería ser una de las virtudes más importantes de la sociedad pluralista de riesgo”. KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del derecho”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999. pp. 315-316.

⁵⁷ HABERLE, Peter. Op. cit. p. 5.

ellos. Es el tema de conflicto de valores que querremos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para la *scientia iuris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: por tanto, no mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto”⁵⁸.

Por eso es que se señala que la característica esencial de los Estados constitucionales es su *ductibilidad*⁵⁹, que consiste precisamente en la compatibilidad de todos los principios y valores constitucionales y, en consecuencia, la imposibilidad de que uno de ellos sea absoluto. El Estado constitucional, por ello, no admite la ciega aplicación de un solo principio o valor constitucional. La imposición de una sola norma constitucional sin tener en consideración los demás principios constitucionales es una aplicación que rompe el sentido propio del Estado constitucional. Es más, la sola invocación de la primacía de la Constitución como criterio y justificación para determinada decisión resulta vacía de contenido. El Estado constitucional exige que la justificación de las decisiones encuentre sentido en función de los valores que, en su conjunto, sostienen al Estado constitucional. La aplicación de un determinado criterio invocando la sola primacía de la Constitución en desatención a los valores constitucionales se presenta frente a la sociedad plural como la implacable y arbitraria decisión obligatoria del monarca más representativo del Estado absolutista o la ciega aplicación de la ley propia del juez positivista que la aplica por su solo valor formal, sin discernir sobre su contenido ni sobre la razonabilidad de su aplicación.

Por ello, “si pensásemos, mediante una transposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Pero semejante sustitución no es posible y nos conduciría a un malentendimiento de los caracteres del Estado constitucional actual”⁶⁰.

Eso es lo que ha venido ocurriendo en nuestro país con las sentencias del TC que comentamos. La referencia, por ejemplo, en la sentencia 3179-2004-PA/TC a la eficacia vertical de los derechos fundamentales sin entrar a un análisis de su contenido, y la manera como debe existir una coherencia y correlación entre estos y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso –los que, por cierto, también son derechos fundamentales– no es sino un argumento que apela a la sola fuerza formal pero no material de la Constitución. De esta manera, el TC ha vaciado de contenido a estos dos derechos fundamentales. Ello también se aprecia en la sentencia 4853-2004-PA/TC, al crear el “recurso de agravio a favor del precedente”, porque afectando el procedimiento preestablecido legalmente (derecho fundamental expresamente reconocido en el inciso 3 del artículo 139) y el derecho a la cosa juzgada, el “Tribunal considera que una decisión judicial emitida sin tomar en cuenta los precedentes vinculantes del supremo intérprete de la Constitución aplicables al caso, viola el orden constitucional y debe ser controlado por este Colegiado a través del propio recurso de agravio que debe habilitarse en este supuesto como el medio más eficaz e idóneo para restablecer la supremacía de la Constitución alterada tras una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional”⁶¹. El fundamento para su creación es sólo uno: hay que mantener la primacía de la Constitución (meramente formal)

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 16.

⁵⁹ Esta expresión es propia de Gustavo Zagrebelsky y es precisamente la que da lugar al título de una de las obras más importantes en materia de teoría general del derecho y derecho constitucional escritas a fines del siglo XX. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 14.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 40.

⁶¹ Fundamento 25.

a través del respeto de los precedentes del propio Tribunal. Resulta que el respeto a los precedentes del TC es más importante que el respeto de los valores constitucionales. En un Estado Constitucional, el precedente del TC no vale por el solo hecho de ser precedente, sino que él debe ser sometido al respeto del conjunto de valores y principios constitucionales. Esta regla del TC que crea el recurso a favor del precedente ha sido dictada contraviniendo una serie de valores y principios constitucionales que no han merecido siquiera una mención en la argumentación del TC para su creación. El precedente del TC ha sido puesto por encima de los propios valores constitucionales sacrificados sin mayor explicación por parte del TC en aras de incrementar su poder de control.

IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El contenido de la Constitución como conjunto de valores y principios de una sociedad plural, determina que el proceso de interpretación constitucional los atienda, tratando de maximizar el contenido de todos y cada uno de esos valores en cada aplicación de la Constitución. La situación planteada (el caso) es el gran desafío que se le plantea al intérprete de la Constitución ya que es a partir de ella que se puede establecer la real vigencia del Estado constitucional⁶². Ella debe ser resuelta en función a todos los valores que se encuentran recogidos en el texto constitucional. La solución debe ser el resultado de una interpretación de todos los valores constitucionales puestos en juego maximizando sus contenidos. La situación concreta desafía al Estado constitucional a actuar con la vigente plenitud del complejo de principios que lo conforman. El intérprete puede terminar siendo seducido por la rígida aplicación de un solo valor constitucional, alegando la mera primacía de la Constitución, vaciando con ello de contenido a todos los demás valores constitucionales y, con ello, demostrando que ante la compleja situación planteada el Estado constitucional fracasó en su intento por hacer que todos los valores que lo inspiran puedan desarrollar una eficacia real.

En ese sentido, la doctrina se ha encargado de señalar que existen ciertos criterios que deben ser tomados en cuenta por el intérprete de la Constitución⁶³: (i) en la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad; (ii) en caso de que existan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma; (iii) razonabilidad, entendida como sensatez y flexibilidad frente a nuevas situaciones; (iv) previsión de consecuencias; (v) preferencia por los derechos humanos; y, (vi) fórmula política.

Nada de eso ha sido tenido en cuenta por el TC. Hay valores constitucionales que fueron absolutamente desatendidos en sus sentencias, como los comentados en este trabajo. La sola primacía de la Constitución formal y la primacía de sus precedentes antes que la vigencia de los derechos fundamentales y la de los principios constitucionales que rigen el ejercicio de la jurisdicción por parte del Poder Judicial son la base de sus decisiones.

Por otro lado, la interpretación constitucional en los términos señalados determina que esa tarea esté confiada a una pluralidad de actores, al punto que Haberle ha llegado a sostener que: "(...) en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera conciente y menos *realiter*, un asunto de una "sociedad cerrada": la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea su sociedad"⁶⁴. A pesar de ello, el TC señala que "*los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un*

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. 131 y siguientes.

⁶³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". En: FERRER MAC GREGOR (Coordinador). Derecho Procesal Constitucional. Tomo III. México: Porrúa. 2002. pp. 2684 y siguientes.

⁶⁴ HABERLE, Peter. Op. cit. p. 150.

juego interpretativo por parte de los jueces". Nada plural. Expresión no propia de un Estado Constitucional.

V. LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES DEJADOS DE LADO

V.1. La dignidad de la persona humana

El artículo 1 de la Constitución señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". La especial ubicación de la mencionada norma y su explícito contenido no da margen a ninguna duda sobre el hecho que la persona humana y su dignidad son el centro, la referencia necesaria, el fundamento, la razón de ser de la sociedad y del Estado⁶⁵. La dignidad humana es por ello uno de los fundamentos sobre los que descansa el Estado constitucional⁶⁶. De esta manera, se sostiene que "como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (...) es anterior al 'Estado' y al 'pueblo' y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado"⁶⁷.

La dignidad de la persona humana como criterio inspirador dentro de un Estado constitucional determina que se convierta en un principio fundamental que debe guiar la concepción, regulación, desarrollo y revisión de un proceso judicial. El proceso debe ser un instrumento que respete la dignidad de los litigantes, procurando para ello que en él los derechos fundamentales de las personas sean respetados y no mancillados. En ese sentido: "(...) el proceso, para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre –y no el hombre al servicio del proceso– para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz y la justicia"⁶⁸.

El respeto a la dignidad de la persona humana exige que el proceso que los ciudadanos se ven en la obligación de iniciar sea uno en el que las situaciones jurídicas controvertidas encuentren una efectiva protección. Ella se lesiona si el proceso resulta ser excesivamente largo, engorroso, formalista y uno en el que la decisión del órgano jurisdiccional sobre el conflicto no alcance a satisfacer las expectativas de justicia de las partes. Hacer que el ciudadano tenga que seguir un largo y engorroso proceso al término del cual no se brinde una adecuada y efectiva protección a las situaciones jurídicas de las cuales es titular, es una humillación, un ataque directo a la dignidad de la persona humana, y con ello, al fundamento del Estado constitucional. En nuestra opinión, eso es lo que se produce cuando luego que las partes han concluido un proceso en el que se ha respetado de manera minuciosa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, un órgano jurisdiccional distinto, en un proceso sumarísimo, en el que no ha habido actividad probatoria, ni audiencias, en la que no se ha escuchado a los peritos ni a los testigos, en el que las partes no han tenido plena posibilidad de defensa y prueba, concluye que ha habido una afectación a un derecho constitucional distinto a la tutela jurisdiccional efectiva.

En efecto, si el TC dice que a través del amparo puede revisar decisiones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada a fin de verificar si un derecho fundamental distinto al debido proceso y a la tutela jurisdiccional ha sido lesionado, es porque está considerando que el derecho sobre el que se va a pronunciar en procura de una supuesta tutela es el derecho material sobre el que se ha discutido a lo largo de todo el proceso. Sobre ese derecho es sobre *el que puede actuar como instancia, si a su juicio se ha producido una lesión*. Ello quiere decir que el TC considera que en la vía especial y sumaria del amparo está en la capacidad de determinar que el Poder Judicial ha cometido un error en la apreciación del derecho material sobre el cual las partes han discutido años en un proceso previsto en el ordenamiento jurídico

⁶⁵ "Por consiguiente, podemos decir que este artículo 1 significa varias cosas simultáneamente: que la persona humana es el centro de la sociedad, entendida a su vez como individuo y como sujeto de relaciones sociales. Que la sociedad le debe defensa y respeto a su dignidad, la que consiste, en esencia, en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona". RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. pp. 110 y siguientes.

⁶⁶ "El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana". HABERLE, Peter. Op. cit. p. 172. En el mismo sentido, se pronuncia Francisco Fernández Segado, para quien la dignidad humana es el fundamento de "la totalidad del orden político" y el "principio rector supremo del ordenamiento jurídico". FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La dogmática de los derechos humanos". Lima: Ediciones Jurídicas. 1994. p. 48.

⁶⁷ HABERLE, Peter. Op. cit. p. 174.

⁶⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos fundamentales y proceso justo". Lima: Ara. 2001. p. 69.

con base a una serie de garantías inspiradas en la Constitución. El mensaje que recibe el ciudadano con ello es que ese proceso fue un tránsito innecesario y absurdamente largo, porque era entonces perfectamente posible que a través de un proceso sumario, sin pruebas, ni intermediación, ni amplios plazos para la alegación, defensa, prueba e impugnación, jueces privilegiados resolviesen su controversia. Para el ciudadano, el ordenamiento jurídico se burla de él cuando diseña un proceso específico que en estricto no es capaz de cumplir su cometido, porque con un proceso sumario frente a un Tribunal que no apreció las pruebas, ni estuvo en contacto directo con las partes ni las pruebas, se puede obtener aquello que una de ellas pretendía. El proceso sirve entonces para humillarlo, para jugar con él, porque si todos los procesos se llevaran ante ese Tribunal en un proceso más célere, todo sería mejor.

Como se aprecia, con las sentencias reseñadas se crea en verdad un espejismo de justicia, pues quien gane en el proceso ordinario y pierda en el amparo revisor va a sentirse injustamente tratado. Él sentirá que el sistema no sirve para nada, porque a pesar de que los jueces le dieron la razón en ese proceso que se tramitó conforme a ley, con todas las garantías constitucionales, actuando ponderadamente las pruebas, exponiendo ampliamente las defensas e interponiendo todos los medios impugnatorios previstos en la ley, lo que le permitió que su caso sea analizado por un juez, luego por un tribunal superior y, finalmente, por la Corte Suprema en casación, nada, nada de eso sirve, porque un Tribunal especial, en un proceso más simple, pensado para cosas distintas, se puede tirar abajo todo el proceso, con ello sus derechos y, claro está, su credibilidad en el Estado Constitucional, provocando una justificada sensación de injusticia y de impotencia ante el sistema que lo único que provocó fue pisotear su dignidad.

IV.2 La igualdad ante la ley

La igualdad tiene dentro del Estado constitucional una doble configuración: la de ser un principio y

la de ser un derecho fundamental. Así, en su condición de principio rector del Estado constitucional, se constituye en “un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar”⁶⁹, mientras que en su condición de derecho fundamental confiere “a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación”⁷⁰.

La necesidad de que las personas que se encuentran en igual situación sean tratadas de manera equivalente, determina que una de las manifestaciones de este “principio-derecho” sea la igualdad procesal. Como señala Norberto Bobbio “la dificultad de establecer el significado descriptivo de la ‘igualdad’ está sobre todo en su indeterminación, de manera que decir que dos entes son iguales sin otra determinación significa en el lenguaje político nada, si no se especifica de qué entes se trata y respecto de qué cosa sean iguales, es decir, si no se está en grado de responder a estas dos preguntas: a) ‘igualdad entre quiénes’ y b) igualdad en qué cosa”⁷¹. De esta manera, respondiendo a las preguntas de Bobbio, con la finalidad de determinar el ámbito de nuestra noción de igualdad para el objeto de este trabajo, diremos que a) es la igualdad referida entre las partes de un proceso y b) es el hecho de poder utilizar mecanismos procesales para la defensa de un determinado derecho material.

En efecto, si consideramos que la igualdad procesal “impone al Estado el deber de tratar a los individuos de modo tal que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”⁷², el TC la lesiona gravemente cuando establece que para la defensa de determinado derecho una de las partes está en la necesidad de acudir a un proceso ordinario (sea en calidad de demandante o de demandado), muchas veces el más lato, en el que él y su contraparte tienen la más amplia posibilidad de defensa, prueba e impugnación, logrando convencer al órgano jurisdiccional de su posición respecto al derecho sobre el que se está discutiendo al interior del proceso, luego de lo cual ha obtenido una sentencia fa-

⁶⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Principio de igualdad y derecho de no discriminación”. En: Estudios Constitucionales. Lima: Ara, 2002. p. 96.

⁷⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit. p. 96.

⁷¹ Traducción libre de BOBBIO, Norberto. “Egualianza e libertà”. Turín: Einaudi. 1995. p. 3.

⁷² BERNAL PULIDO, Carlos. “El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 257.

vorable que, además, ha adquirido la calidad de cosa juzgada; sin embargo, su contraparte perdedora está habilitada gracias a la sentencia del TC a iniciar contra él un nuevo proceso, esta vez de trámite especial y sumario, discutiendo el mismo derecho que ha sido objeto de discusión y decisión en el proceso judicial anterior, sin darle la misma posibilidad de alegación, prueba e impugnación, a pesar de lo cual es posible obtener una decisión judicial que está en la aptitud de quitarle efectos a la decisión judicial que adquirió la calidad de cosa juzgada luego de que las dos partes del proceso ejercieron todos los derechos procesales de orden constitucional. El TC ha generado con ello que una de las partes asuma de manera injusta la carga social que supone tramitar un proceso judicial con todas las garantías que permite el amplio e irrestricto ejercicio de los derechos procesales de ella y su contraparte para la protección de un determinado derecho, puesto que la perdedora en dicho proceso está habilitada para promover la discusión respecto del mismo derecho a través de un proceso en el que el perdedor no tiene las mismas posibilidades de alegación y prueba. Tenemos un sistema, entonces, que impone a una de las partes el respeto irrestricto a los derechos procesales de orden constitucional de su contraparte; sin embargo, en los casos en que la parte vencedora del primer proceso es ahora demandada para discutir lo resuelto en el proceso anterior, quien en su momento tuvo que respetar el pleno ejercicio de esos derechos no tiene la misma posibilidad de ejercerlos, con un agravante: este nuevo proceso, ahora sumario, está en la aptitud no sólo de generar una afectación al derecho material que en el proceso anterior obtuvo, sino a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

V.3. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un

órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad. Es importante subrayar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo garantiza el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia, ni se queda en que el proceso sea llevado respetando garantías mínimas, sino que, en aras de hacer real y eficaz la protección que desea dar, garantiza también que el proceso alcance el fin para el que fue iniciado.

De esta manera, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluye el derecho a la efectividad de la sentencia⁷³. Con ello, se garantiza la realización del derecho reconocido o establecido en la sentencia⁷⁴ y de los efectos previstos por ella. Este derecho ha sido lesionado por el TC cuando estableció la posibilidad de que lo resuelto por un proceso judicial en el que dicho derecho ha sido respetado ampliamente, pueda ser revisado en otro, lo que evita que la sentencia judicial despliegue sus efectos y, en consecuencia, que sea eficaz.

Pero no sólo ello, uno de los derechos que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a que el proceso sea resuelto dentro de un plazo razonable. Este derecho fundamental parte de la idea de que si bien es cierto que dentro del Estado Constitucional las partes se encuentran en la necesidad de acudir a un proceso con la finalidad de obtener protección a las situaciones jurídicas de las cuales son titulares, es necesario que el tránsito por el proceso no convierta, en la práctica, en irrealizable el deseo de justicia, sea porque la decisión judicial llegue tan tarde que es inútil o porque el proceso dura más de lo que razonablemente debe demorar a fin de que, por un lado, las partes tengan la posibilidad de es-

⁷³ En ese sentido, para poner énfasis en que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho a la efectividad o ejecución de las sentencias, Jesús González Pérez señala que: "El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia". GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Madrid: Civitas. 2001. p. 57. De la misma manera, acerca de la efectividad de la sentencia, como parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede consultarse a: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "Efetividade e processo de conhecimento". En: Revista Peruana de Derecho Procesal VI. pp. 13 y siguientes; ARIANO DEHO, Eugenia. "La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos". En: Problemas del proceso civil. Lima: Jurista editores. 2003. pp. 583 y siguientes; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. "Debido proceso". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. pp. 602 y siguientes; MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à tutela jurisdiccional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". En: Revista Peruana de Derecho Procesal VII. pp. 199 y siguientes; MORELLO, Augusto. "El proceso justo". Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot. 1994. p. 142; PÉREZ RAGONE, Alvaro. "Tutelas provisionales de derechos en el proceso civil". En: *Ius et Veritas* 21 Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. PICÓ I JUNOY. "Las garantías constitucionales del proceso". Barcelona: Bosch. 1997. p. 69; RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. "Principios constitucionales del derecho procesal colombiano". Medellín: Señal editora. 1999. pp. 229-231; SICA, Marco. "Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza". Milano: Giuffré. 1991. pp. 8 y ss.

⁷⁴ Traemos en este punto una importante frase de Jhering: "La función del derecho, en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser derecho (...)". En JHERING Von, Rudolf. "El espíritu del derecho romano". Volumen I. Biblioteca de Derecho Romano. México: Oxford University Press. 2001. p. 36.

grimir todos sus medios de defensa y, por otro, el juzgador pueda formarse convicción acerca de los fundamentos expuestos por ellas. No se trata, por ello, sólo de que el proceso se convierta en un medio eficaz para la protección del derecho, sino que el ciudadano no se vea humillado con la excesiva e irrazonable duración de un proceso. La no conclusión en definitiva de la controversia sometida por las partes al Poder Judicial y la consiguiente posibilidad de que ésta pueda ser llevada nuevamente a otro proceso con tres instancias más, vulnera el derecho a que el proceso se desarrolle en un plazo razonable. Con la sola existencia de dicha posibilidad y con el inicio del segundo proceso, se está sometiendo nuevamente a las partes a esa tortuosa experiencia que supone el proceso y, lo que es peor, de un proceso sobre otro ya concluido luego de un trámite largo y agotador, que se ha llevado respetando todos los derechos que conforman la tutela jurisdiccional efectiva. De nuevo se tiene que acudir a un proceso y, mientras tanto, para los ciudadanos la controversia sigue sin resolverse. Dos procesos probablemente no sean suficientes, puesto que después de este último todavía es posible que se lleve un amparo contra el amparo anterior. En fin, probablemente gran parte de la vida de un hombre, litigando.

Hay otros tres derechos que forman parte de la tutela jurisdiccional efectiva que se ven vulnerados en las sentencias. Uno de ellos es el derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto al establecido legalmente, el que se lesiona cuando se crea un recurso que no sólo no se encuentra previsto en la Constitución y en la ley, sino que se crea contrariando lo citado por ambas normas. El segundo derecho es el derecho a la debida motivación, que se sustenta en la prohibición de arbitrariedad de todos los actos de poder. Los valores y principios tratados en este trabajo no han recibido un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal a pesar de haberse lesionado. Es claro que en un Estado Constitucional, como se ha dicho, ningún derecho (tampoco los tratados en este trabajo, por cierto) es absoluto, pero sus límites deben ser el resultado de un juicio de ponderación que merece una expresa mención del TC. A ello se suma que la principal fuente de las sentencias del Tribunal es el propio Tribunal, porque las citas de las sentencias que nos permitirían comprender un poco más sobre las *razones de sus decisiones* no son sino citas a sí mismo. Finalmente, se lesiona también el derecho al juez predeterminado en la ley pues el TC asume competencias para conocer asuntos distintos a los que la Constitución le atribuye.

V.4. La cosa juzgada

La cosa juzgada es la calidad que adquieren las decisiones expedidas por los órganos jurisdiccionales en virtud de la cual éstas son definitivas, inalterables, inimpugnables, irrevisables y, por ende, plenamente eficaces, al punto de poder ser ejecutadas en los casos en los que ello sea necesario y posible. No hay por eso ningún otro rasgo que esté en condiciones de identificar tanto a la potestad jurisdiccional dentro de un Estado, como el de la cosa juzgada. De esta manera, la afectación a la cosa juzgada llega a convertirse en un atentado a la esencia misma de la función jurisdiccional. Al ser elemento esencial de la potestad jurisdiccional, es precisamente aquello que nutre de poder a todos aquellos que ejercen tal potestad, entre ellos, claro está, el TC. Por ello, la afectación a la cosa juzgada no sólo es una afectación al Poder Judicial, sino en verdad, a todo aquél que ejerza función jurisdiccional al interior del Estado; y a uno de los valores en los que se inspira el Estado Constitucional.

La cosa juzgada supone, en términos generales, lo siguiente: (i) la decisión que ha adquirido tal calidad pone fin, de manera definitiva, a la controversia que ha sido sometida al órgano jurisdiccional; (ii) lo resuelto en una decisión con tal calidad no puede ser revisado por ninguna autoridad dentro o fuera del Poder Judicial; (iii) la decisión en autoridad de cosa juzgada no puede ser objeto de medio de impugnación alguno; (iv) lo decidido es de obligatorio cumplimiento para las partes del proceso y nadie puede desconocer sus alcances; (v) lo resuelto surte plena eficacia y vincula a todos los poderes públicos, quienes tienen la obligación no sólo de acatar el mandato jurisdiccional, sino de realizar cuanta medida sea necesaria para que pueda desplegar eficacia; (vi) la decisión es pasible de ser ejecutada incluso contra la voluntad del destinatario, poniendo a disposición de la fuerza pública todo lo necesario para que el mandato sea eficaz, y (vii) nadie puede pretender someter a proceso lo ya resuelto ni impedir ni siquiera retardar su ejecución.

Nuestra Constitución reconoce a la cosa juzgada al señalar en el inciso 2 del artículo 139 que ninguna autoridad, incluido por supuesto el TC, puede dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Asimismo, lo hace en el inciso 13 del mismo artículo cuando señala la imposibilidad de revivir procesos fenecidos. La trascendencia de la cosa juzgada como valor dentro

del Estado constitucional es tal que la propia Constitución se encarga de establecer expresamente las excepciones a ella: el derecho de gracia (artículo 139 inciso 2) y cuando se haya dictado contraviniendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 200 inciso 2).

En las sentencias que comentamos dicho valor ha sido afectado porque el TC se ha facultado a sí mismo a revisar asuntos que de acuerdo a la Constitución y a la ley ya adquirieron la calidad de cosa juzgada. En efecto, la decisión en última instancia sobre los derechos materiales discutidos en un proceso de amparo le corresponde única y exclusivamente al Poder Judicial, no al TC; por ende, lo decidido por el Poder Judicial es última instancia, con lo cual su decisión adquiere cosa juzgada. Cualquier revisión posterior sobre ese derecho es una revisión que pretende dejar sin efecto la cosa juzgada en un caso en el que la Constitución no lo habilita. Lo mismo ocurre cuando el Tribunal dice que procede el recurso de agravio en los casos en los que la Constitución y la ley no lo dicen. En estos casos está revisando y, eventualmente, modificando lo irrevisable e inmodificable.

V.5. Valores olvidados

Nuestra crítica no va dirigida a que los principios y derechos constitucionales hasta aquí referidos hayan debido ser apreciados por el TC de manera absoluta o separada, sino que, a nuestro juicio, la apreciación de todos ellos en conjunto hubiese permitido al TC brindar una solución distinta a las dadas. Sus decisiones los han vaciado de contenido y, lo que es peor, no han merecido siquiera un pronunciamiento de su parte. Son valores directamente involucrados en las decisiones adoptadas, pero no merecieron por parte del Tribunal (salvo en un voto singular) pronunciamiento alguno. Fueron simplemente olvidados. El Estado constitucional exigía al menos una explicación de cómo queda el contenido de estos principios constitucionales con las decisiones adoptadas por el TC. Las sentencias del TC no han cumplido con expresar ese diálogo y conjunción de principios y valores constitucionales. El caso los ha vencido. Se han dejado seducir por la argumentación sencilla, aquella que no intenta conciliar valores, sino que los aplica sin más.

VI. LA OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL DE GARANTIZAR LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales forman parte de los valores esenciales del Estado constitucional, cuyo reconocimiento y respeto son al mismo tiempo finalidades primordiales del Estado y la razón que justifica su propia existencia. Un Estado que no los respete ni se preocupe por asegurar su efectiva vigencia pierde la base misma de su existencia y la legitimación en su actuar.

Los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza, pues por un lado desarrollan una función en el plano subjetivo actuando como garantías del individuo; y por otro, desarrollan una función en el plano objetivo asumiendo una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe estar destinado a la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados. De ahí que: "Este doble carácter de los derechos fundamentales (...) caracteriza su esencia. Ambos aspectos, el de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental. Se refuerzan recíprocamente. (...) Poseen pues, una impronta personal y un sello objetivo institucional"⁷⁵. Por ello, una lesión a un derecho fundamental no sólo constituye un atentado contra el individuo o grupo de individuos en quienes recae su titularidad, sino que constituye también un atentado a las bases mismas del Estado Constitucional.

Debido a ello es que el artículo 44 de la Constitución establece como uno de los deberes primordiales del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos". En efecto, la especial posición que ocupan los derechos fundamentales dentro de un Estado Constitucional determina que todos, absolutamente todos, los poderes públicos, ciudadanos y entidades privadas tengan la obligación no sólo de respetarlos, sino de promover y realizar las acciones necesarias para que alcancen su real contenido en el ámbito de la realidad.

El TC, en un Estado Constitucional, se encuentra obligado al respeto de los derechos humanos. Su función de intérprete de la Constitución no lo

⁷⁵ HABERLE, Peter. "La Libertad fundamental en el Estado constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 1997. pp. 55 y 56. Asimismo: PEREZ LUÑO, Antonio. "Los derechos fundamentales". Tecnos: Madrid, 1991. pp. 25, y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La dogmática de los derechos humanos". Lima: Ediciones Jurídicas. 1994. pp. 59-60.

exime en lo absoluto de respetar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, lo compromete a ser el primer llamado a respetarlos. De esta manera, sus decisiones no sólo no deben lesionarlos, sino procurar optimizarlos, mediante la interpretación de la Constitución y la argumentación con base en ella. Ello no se logra con tendenciosas interpretaciones constitucionales. La complejidad de la interpretación constitucional derivada de la pluralidad de valores y principios que recoge la Constitución, permite que sus normas le confieran al intérprete ciertos márgenes relativamente amplios, pero esa amplitud no puede extenderse más allá del contenido esencial de los derechos fundamentales, aquellos que sirven de guía y límite del actuar del TC. No es el TC el que establece el contenido de los derechos fundamentales; ese contenido está dado por la expresión de los valores sociales establecidos en la Constitución. Al TC le corresponde la tarea, interpretar los contenidos en el caso concreto, dirimiendo las controversias sobre ellos y estableciendo la manera como los mismos deben ser interpretados. Eso no lo hace creador de derechos fundamentales, no lo convierte en *poder constituyente*. El TC es un poder constituido más y es el primero llamado a respetar los derechos fundamentales, a realizar todos los principios y valores del Estado constitucional y a procurar en todas sus acciones que realice la defensa de la dignidad de la persona humana. Su labor de intérprete de la Constitución no lo legitima a infringir sus contenidos, ni a desplazar arbitrariamente valores constitucionales en aras de la supremacía formal de la Constitución. La Constitución es la norma suprema en la medida que recoge las aspiraciones de la sociedad plural que se expresa en el reconocimiento de derechos fundamentales, los que deben ser respetados por todos, incluso por el TC.

VII. EL ESTADO DEMOCRÁTICO, LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL CONTROL EN EL EJERCICIO DEL PODER

Otro de los principios que inspira al Estado constitucional peruano es el de democracia, recogido expresamente en el artículo 43 de la Constitución. La esencia de un Estado democrático moderno es, a decir de Marcial Rubio⁷⁶ (i) el gobier-

no representativo elegido periódicamente, (ii) la división de poderes, y (iii) el establecimiento de formas de participación popular directa.

La separación de los poderes es uno de los principios y valores del Estado constitucional. Ello quiere decir que la Constitución reparte el poder entre distintos estamentos del Estado a fin de que ejerzan distintas funciones, evitando de esta manera la concentración del poder en una sola autoridad. Ello supone que un determinado estamento del Estado no puede arrogarse funciones de otro, pues sus actos serían contrarios a la Constitución. A la par, existen modos de control efectivo de ese poder. La supremacía de los valores constitucionales sólo puede asegurarse en la medida que existan medios que controlen la constitucionalidad del ejercicio de ese poder. Esta idea fue expresada por Kelsen: "Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello (...) una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos (...) equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria"⁷⁷. Esos mecanismos de control deben ser: (i) efectivos, y (ii) su aplicación no debe vulnerar la Constitución. El control de la constitucionalidad de los actos de poder no puede estar desprovisto de la exigencia que impera a todo el Estado de respetar los valores y principios constitucionales. El controlador no es un ente abstraído del Estado constitucional, sino sujeto a él.

Los medios de control están establecidos por la Constitución dentro del marco del principio de separación de poderes pues se basan en él. El principio de separación de poderes que inspira una democracia repudia la concentración del poder y esa concentración tampoco puede darse en las funciones de control. Un solo ente controlador de todo el Estado constitucional no sería sino una expresión de un absolutismo que es contraria a la idea misma de democracia y de Estado constitucional. Ningún poder es ilimitado, ni siquiera la función de control. El control también está dividido en un Estado Constitucional y

⁷⁶ RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. Tomo III. p. 36.

⁷⁷ KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la constitución". En: *Ius et Veritas* 9. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 40.

democrático. Su concentración es tan repudiable como la concentración del poder en un soberano. Señalar que las funciones de control son ilimitadas es tan reprochable como decir que el soberano puede ejercer todo el poder sin límites. No hemos transitado siglos de luchas sociales y políticas luego de las cuales la sociedad le arrancó al monarca absolutista del siglo XVIII el ejercicio de todo el poder, para que en el siglo XXI se lo demos a un Tribunal. El primero ejercía ese poder sin límites invocando muchas veces de manera equivocada el nombre de Dios. El segundo no lo puede ejercer hoy invocando equivocadamente el nombre de la Constitución. La arbitrariedad y el abuso son en ambos casos reprochables.

El proceso de amparo es un medio de control al ejercicio del poder, cuando el acto o la omisión provienen de un funcionario o autoridad. La Constitución ha establecido que la competencia para conocer del proceso de amparo corresponde en sus primeras instancias al Poder Judicial y al final al TC. Al TC sólo llega el amparo, según la Constitución, en los casos en los que el Poder Judicial ha establecido que la demanda sea infundada o improcedente. Por lo demás, la Constitución ha señalado que el TC controla la actividad jurisdiccional de los jueces cuando éstos lesionan el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, en ningún otro caso. Los intentos por ampliar la facultad de control en las sentencias comentadas, no es sino un intento por desbordar las competencias constitucionalmente atribuidas al TC y, por ende, un acto inconstitucional. Lesionan las competencias constitucionalmente establecidas y el principio de independencia judicial, así como los demás principios y valores constitucionales referidos en este trabajo.

V. REFLEXIÓN FINAL

La existencia de un TC es fundamental para la vigencia de un Estado constitucional, sin embargo, debe dar señales de ser un órgano que enmarca su actuación al Estado constitucional. Es él el que de manera prudente debe establecer límites a la importante labor que la Constitución le confía, respetando en su actuar los principios y valores constitucionales.

RESPUESTA DE PEDRO GRÁNDEZ A GIOVANNI PRIORI: ¿IDEOLOGÍA PARA UN PROCESO JUDICIAL SIN CONTROL?

1. PRESENTACIÓN DE ARGUMENTOS

Aunque en el punto de inicio de este diálogo no hayamos coincidido con Giovanni Priori (GP) en el enfoque que le dimos al análisis de la sentencia 4853-2004-AA/TC como era la idea inicial; los amigos de THEMIS han insistido en agotar este debate abordando de manera específica, en mi caso, la crítica que GP ya ha realizado a la sentencia en el extremo que posibilita un *recurso de agravio a favor del precedente*, incluso frente a sentencias estimatorias del Poder Judicial. Este será el objeto de este tramo de mi intervención. Para organizar mi exposición, en la primera parte resumiré de la manera más fiel posible, las objeciones realizadas por GP a este extremo de la sentencia, enseguida trataré de poner en evidencia la fragilidad de la argumentación de mi interlocutor, sin que ello necesariamente conduzca a asumir en su integridad la defensa de cada uno de los argumentos del TC.

GP ha “reunido” sus argumentos de dos sentencias: del caso Apolonia Ccollca (Expediente 3179-2004-AA/TC) y del Expediente 4853-2004-AA. Del primer caso, al parecer le resulta cuestionable que el Tribunal haya establecido que, cuando se trata del control constitucional de decisiones judiciales, éstas puedan ser revisadas por el juez del amparo (ojo, no sólo por el TC), no sólo cuando se alegue violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino frente a toda violación de cualesquiera de los derechos que la Constitución garantiza. En el caso de la sentencia que habilita el *recurso de agravio a favor del precedente*, GP ha sostenido básicamente que el Tribunal, al establecer dicho precedente, habría violentado “una serie de valores y principios constitucionales (...), con la única finalidad, “de incrementar su poder de control”. Para validar tal afirmación, ha desarrollado una serie de “argumentos” que en síntesis pueden presentarse del siguiente modo:

a) El argumento del formalismo constitucional.- El Tribunal habría simplemente hecho una lectura

“formal” de la Constitución y no habría ponderado los valores y principios en juego en el caso. Tomando como premisa teórica el modelo del *Derecho dúctil* de Zagrebelsky, GP cree haber encontrado un punto de apoyo conceptual a su discurso, el que presenta como expresión de una Constitución pluralista donde los valores deben ser apreciados en toda su dimensión y en cada caso. Ello es precisamente lo que el TC no habría hecho en el caso que se comenta, puesto que, “afectando el procedimiento preestablecido legalmente (derecho fundamental expresamente reconocido en el inciso 3 del artículo 139) y el derecho a la cosa juzgada”, el TC habría establecido un precedente para sobreponerse, “(...)por encima de los propios valores constitucionales”, los que habrían terminado “sacrificados sin mayor explicación”.

b) El argumento de la dignidad.- Habría un ataque a la dignidad, en la medida que el TC, en las sentencias que se comenta, habría dispuesto la posibilidad de que mediante un proceso especial como el amparo, se pueda revertir lo resuelto en un proceso ordinario “en el que se ha respetado de manera minuciosa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. Ello, a decir de GP, haría que mediante un proceso distinto y sumario “(...) en el que no ha habido actividad probatoria, ni audiencias, en la que no se ha escuchado a los peritos ni a los testigos, en el que las partes no han tenido plena posibilidad de defensa y prueba, concluya que ha habido una afectación a un derecho constitucional distinto a la tutela jurisdiccional efectiva”. Con lo cual se llegaría a la conclusión de que el proceso judicial ordinario, “fue un tránsito innecesario y absurdamente largo, porque era entonces perfectamente posible que a través de un proceso sumario, sin pruebas, ni intermediación, ni amplios plazos para la alegación, defensa, prueba e impugnación, jueces privilegiados podían haber resuelto su controversia”. De este modo, no es sólo la dignidad humana la que resultaría atacada, sino el propio ordenamiento jurídico y, en particular, el proceso judicial, pues éste se presenta ante el ciudadano como un simple ritual que sólo sirve “para humillarlo, para jugar con él, porque si todos los procesos se llevarán ante ese Tribunal en un proceso más célere, todo sería mejor”.

De este modo, se trataría también de una suerte de contienda de procesos, uno angustiosamente largo e improductivo, y otro más célere y eficaz como el amparo. En un escenario tal, quien gana en el proceso ordinario pero pierde en el amparo, a decir de GP, “(...) sentirá que el sistema no sirve para nada, porque a pesar de que los jueces le

dieron la razón en ese proceso que se tramitó conforme a ley, *con todas las garantías constitucionales, actuando ponderadamente las pruebas, exponiendo ampliamente las defensas e interponiendo todos los medios impugnatorios previstos en la ley*, lo que le permitió que su caso sea analizado por un juez, luego por un tribunal superior y, finalmente, por la Corte Suprema en casación; nada, nada de eso sirve, porque un Tribunal especial, en un proceso más simple, pensado para cosas distintas, se puede tirar abajo todo el proceso, con ello sus derechos y, claro está su credibilidad en el Estado constitucional, provocando una justificada sensación de injusticia y de impotencia ante el sistema que lo único que provocó fue pisotear su dignidad” (énfasis agregado).

c) El argumento de la igualdad.- GP considera que con el precedente sentado por el TC, se vulnera flagrantemente el derecho a la igualdad. Básicamente porque, en la misma tónica del argumento de la dignidad, una de las partes sería la “privilegiada”, la que logra revertir los resultados de un proceso judicial *escrupulosamente limpio* y más largo, a través de un proceso rápido y sin el costo que supone acreditar una pretensión en sede judicial ordinaria. Así, GP sugiere la idea de que la regla que establece un amparo contra una resolución judicial por violación de cualquier derecho fundamental y no sólo el de tutela judicial efectiva, se convierte en una suerte de válvula de escape para el perdedor del proceso judicial ordinario, quien podrá esperar a que termine todo el trámite regular sin hacer el menor esfuerzo por defenderse pues sabe que puede volver a fojas cero todo el trámite judicial.

Ello lleva a GP a sostener que en un escenario así, sólo una de las partes asume de manera injusta la “carga social” de litigar con todas las garantías. El amparo contra resolución judicial se convierte, desde esta perspectiva, en una suerte de premio al perdedor que queda habilitado para promover la discusión respecto del mismo derecho a través de un proceso en el que el emplazado no tiene las mismas posibilidades de alegación y prueba. Ello sería, por tanto, un abierto atentado al derecho de igualdad ante la Ley.

d) La tutela judicial efectiva.- Aquí GP no es claro en sus críticas. Al parecer fustiga que un nuevo proceso de amparo impida la ejecución de una sentencia ordinaria; ello se desprende de su crítica a que “lo resuelto por un proceso judicial en el que dicho derecho ha sido respetado ampliamente, pueda ser revisado en otro, lo que evita que la sentencia judicial despliegue sus

efectos...". En un segundo nivel, su crítica redonda en la existencia del proceso de amparo contra resolución judicial vinculándolo a la tutela judicial dentro de un *plazo razonable*, pues considera que la sola posibilidad de reconducir lo resuelto en un proceso judicial ordinario a un nuevo proceso "con tres instancias más, vulnera el derecho a que el proceso se desarrolle en un plazo razonable". Además de constituir un obstáculo a la efectividad de las sentencias y de postergar en el tiempo y, por ende, violar el derecho a un plazo razonable, GP sugiere, también, que las sentencias (aunque no precisa cuál, pues comenta dos como hemos señalado), violan el derecho al procedimiento preestablecido, el de motivación de resoluciones judiciales y el derecho al juez predeterminado en la ley, ya que, según afirma, "el TC asume competencias para conocer asuntos distintos a los que la Constitución le atribuye".

e) La cosa juzgada.- La afectación a la cosa juzgada que denuncia GP, parece el corolario de las demás críticas que plantea respecto de las dos decisiones que analiza. La crítica en este extremo se extiende de nuevo a los dos casos que analiza. En el caso Apolonia Ccollcca, denuncia que el Tribunal se haya convertido en definitiva instancia sobre el "derecho material" discutido, alterando de este modo lo que ya habría sido resuelto de modo "definitivo"; mientras que en el caso del Expediente 4853-2004-AA/TC, cuestiona que la "cosa juzgada" esté siendo revisada cuando la Constitución no lo autoriza. En ambos casos afirma, el Tribunal estaría "revisando y, eventualmente, modificando lo irrevisable e inmodificable".

2. IDEOLOGÍA VERSUS ARGUMENTACIÓN

Presentados así los argumentos de mi interlocutor, quisiera establecer dos niveles de análisis. En un primer momento destacaré las objeciones generales y que alcanzan, en mayor o menor medida, a todos los argumentos presentados por GP. En un segundo momento, quisiera detenerme en algunos de los argumentos analizando su particular inconsistencia.

Con relación a lo primero, lo que resulta transversal a todo el discurso del profesor Priori es su evidente desencanto, cuando no, su declarado rechazo al proceso de amparo como medio de control de las decisiones judiciales. Esto es importante destacarlo, pues si ésta es la premisa ideológica de la que se parte para el análisis de una sentencia que, precisamente desarrolla determinadas pautas para el control de decisiones judiciales, como sucede en el caso Apolonia

Ccollcca, o que establece criterios vinculantes para el caso del control constitucional de decisiones judiciales emitidas en un proceso constitucional como es el caso del "contra amparo"; entonces el resultado es más que previsible: quien no cree en el amparo como mecanismo de defensa de derechos fundamentales eventualmente conculcados o vulnerados por órganos judiciales, no puede sino, para ser coherente con dicha postura, mostrar su desacuerdo con los criterios establecidos en los dos casos que tratan precisamente de amparos contra resoluciones judiciales.

En efecto, GP caricaturiza el amparo contra resoluciones judiciales y halaga las bondades de un único proceso ordinario, "con todas las garantías", un proceso "limpio", que no requiere "otro sumario y distinto" que eventualmente lo pueda invalidar. Cualquier cosa que se asemeje a un nuevo proceso contra una decisión que identifica como firme e "inmodificable" constituye, para GP, un atentado a la dignidad, a la cosa juzgada, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva. El proceso de amparo contra resoluciones judiciales amplía el plazo de todos los procesos, porque precisamente requiere como requisito para su procedencia el que se trate de una resolución judicial firme (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). Ello conduce a GP a sostener que en los casos que analiza, se viola también el derecho al "plazo razonable". No obstante, si se analiza con atención, tales argumentos son también válidos para cualquier proceso de amparo contra resolución judicial, pues siempre será más "eficiente" en términos de tiempos un proceso sin control constitucional. Incluso si el tiempo es el problema, siempre será más eficiente una decisión única sin impugnación alguna, como por lo demás, GP lo ha planteado de manera explícita para el caso de los procesos ordinarios ("Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción". En: *Advocatus* 9). El mundo ideal para GP sería, entonces, un proceso de decisión única, sin impugnación, sin instancias y, por supuesto, sin control constitucional. Tanta fe en jueces infalibles contrasta, sin embargo, con su concepción más bien escéptica sobre la capacidad creativa de los mismos, como veremos más adelante.

Hay entonces en la posición de GP, como premisa ideológica que no puede quedar solapada, una suerte de convicción por la "eficacia" del proceso judicial que es tan fuerte, que es capaz incluso de hacerle renunciar a los controles, tan necesarios y tan irrenunciables para quienes vemos en el Derecho un mecanismo, no sólo racional de convivencia civilizada, sino con frecuencia más costoso que todas las otras estrategias "eficientes" que

se han ensayado con tanta insistencia en nuestro medio. No obstante, el profesor Priori no es un agitador en busca de masas que aplaudan su discurso ideológico. Con el pudor propio de quien pretende persuadir con la razón, el profesor GP necesita presentar su discurso ideológico como un ejercicio docente que se nutre de la mejor doctrina y de los nombres más representativos. Con este cometido, utiliza categorías conceptuales, invoca algunos autores, que incluso pueden resultar algo peligrosos para su propio esquema conceptual, aunque los “acomoda” a sus propósitos.

Es el caso por ejemplo de las citas a Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional Italiana y defensor de una teoría de la interpretación constitucional que no se limita a la lectura literal de los textos, como al parecer sugiere GP cuando cuestiona la habilitación del recurso de agravio a favor del precedente, sin analizar ninguno de los argumentos del TC. Hubiera sido interesante, por ejemplo, que el profesor Priori extienda también el concepto de “ductibilidad” extraído de la obra del profesor italiano para ampliar sus criterios de interpretación, pues es también ahí donde hay un vuelco radical en la obra de Zagrebelsky respecto de los modelos de interpretación decimonónica. El derecho dúctil supone ya no un único soberano en el establecimiento de lo que es Derecho. La pluralidad y la tolerancia que con cierto apasionamiento presenta GP como valores del Constitucionalismo moderno, suponen también pluralidad de fuentes del Derecho y pluralidad de actores en la creación de esas fuentes. Los jueces, y de manera especial los jueces constitucionales, son expresión de esta nueva etapa que vive el Derecho pensado de cara a los casos. Quien se deja seducir por el constitucionalismo no debe olvidar, como nos lo ha presentado Häberle, que se trata de un modelo por excelencia “jurisdiccional de Derecho”, en contrapartida de su antecesor, el modelo “legal-formal de Derecho”, y en directa alusión a la activa presencia de los jueces, y en especial del Juez Constitucional, en la labor de concreción y defensa del sistema jurídico.

En este sentido, el constitucionalismo que presenta GP en su introducción sugiere una lectura parcial del modelo, en el que el juez sigue siendo un “ser inanimado”, como lo describiera alguna vez Montesquieu, en la medida en que no es capaz de construir respuestas a los casos sin caer en el “absolutismo” que éste denuncia. Este hubiera sido el centro de un debate interesante si es que en verdad GP hubiera analizado los argumentos de la sentencia que establece el Recurso

de agravio a favor del precedente. En efecto, en dicha sentencia, hay que partir por preguntarnos qué modelo de juez y qué concepción de interpretación se defiende, pues de otro modo el debate sigue siendo ideológico y no jurídico, si acaso cabe hacerse dicha separación. El constitucionalismo de Zagrebelsky y también el de Häberle que son utilizados en la argumentación de GP, no admiten un juez subyugado ni un legislador onmicomprensivo, ni tampoco aceptan un modelo de interpretación que se cierra en los textos o en las intenciones del legislador o, llegado el caso, del constituyente. Así por ejemplo, la tesis de Häberle sobre la pluralidad de intérpretes constitucionales es, sin duda, la más clara reivindicación de un modelo de interpretación que se revela contra las posturas estáticas o meramente estatistas, para abrirse hacia otros actores de la vida constitucional, convirtiéndolo en un proceso vivo, dinámico y abierto al desarrollo. Aquí el Juez es un intermediario, como diría Zagrebelsky, entre la potestad normativa estatal y las exigencias de la realidad que se plantea a través de los casos. Especialmente en los casos difíciles, la actividad de intermediación del Juez debe decantarse con frecuencia, entre la pura autoridad de las normas y las exigencias sociales que plantan los casos. Por eso es que tampoco resulta apropiado el análisis de un caso, o el debate sobre la solución brindada por el Tribunal, al margen de las específicas circunstancias de aplicación o de interpretación que presenta un determinado caso. GP, sin embargo, ha prescindido del análisis del caso para extraer preconcepciones y prejuicios que los expone como críticas mordaces contra el Tribunal.

3. FALACIAS O ARGUMENTOS

Un segundo aspecto que aparece de manera reiterada a lo largo del trabajo de GP, es su constante exageración o deformación de los hechos del caso y de los argumentos del TC que son materia de su análisis. Esto es, por decir lo menos, extraño viniendo de él, pues quienes conocemos a GP, sabemos de sus virtudes y del celo que pone en la labor académica. De modo que al parecer se trata de nuevo del precompromiso ideológico que se impone por sobre la racionalidad académica lo que “explica”, aunque no justifica, su constante tergiversación de los hechos y los argumentos que dice analizar.

En este sentido, una de las reglas básicas de la discusión crítica racional establece que, “el ataque de una parte en contra de un punto de vista debe referirse al punto de vista que realmente ha sido

presentado por la otra parte⁷⁸. Esta regla impone a quien participa de una discusión o un debate, un mínimo de honestidad intelectual al momento de debatir los puntos en desacuerdo.

Incorre en una falacia argumentativa quien deforma los argumentos de la contraparte, o quien extrae premisas implícitas que no se desprenden efectivamente de la argumentación presentada por el oponente, o quien deliberadamente deforma los argumentos presentados por el adversario en la discusión.

Estas reglas se pueden aplicar a cualquier discusión, y desde luego, también son válidas para el caso del análisis y debate de los argumentos de las sentencias de un Tribunal. Aquí la obligación de quien rebate o discute las tesis del Tribunal, es respetar lo que el Tribunal realmente ha establecido en sus argumentos y no desfigurarlos adrede. GP ha infringido innumerables veces esta regla básica.

Ha sostenido, por ejemplo, que el TC habría establecido que, “en la vía especial y sumaria del amparo está en la capacidad de determinar que el Poder Judicial ha cometido un error en la apreciación del derecho material sobre el cual las partes han discutido años en un proceso previsto en el ordenamiento jurídico *con base en una serie de garantías inspiradas en la Constitución*”. O cuando afirma que el Tribunal habría generado un mensaje de desaliento para el ciudadano respecto del proceso judicial ordinario, al haber dispuesto que, dicho proceso, “que se tramitó conforme a ley, con todas las garantías constitucionales, actuando ponderadamente las pruebas, exponiendo ampliamente las defensas e interponiendo todos los medios impugnatorios previstos en la ley (...) nada, nada de eso sirve porque un tribunal especial, en un proceso más simple, pensado para cosas distintas, se puede tirar abajo todo el proceso (...)”. ¿Ha sostenido en algún extremo de las dos sentencias, semejante argumentación? Si se tratara de un proceso judicial, como señala GP, en el que se hubiera respetado “todas las garantías constitucionales”, estaríamos más bien ante un típico supuesto de improcedencia *in limine*, conforme a la doctrina reiterada del propio TC, según la cual, no procede el proceso de amparo contra decisión judicial que emana de un proceso con tanta regularidad como el que describe GP. De modo que aquella decisión judicial

no sólo sería válida y el amparo improcedente, sino que además, la actuación de la parte que impugna tal decisión a través del proceso de amparo, constituiría un claro supuesto de actuación temeraria que debiera merecer una sanción pecuniaria (artículo 56 del Código Procesal Constitucional).

4. LOS DERECHOS EN CUESTIÓN

Además de las cuestiones ideológicas ya destacadas y de la permanente incursión en el mundo de las falacias, GP ha presentado sus argumentos imputándole al TC una serie de violaciones de derechos. Sin embargo, las generalizaciones y abstracciones en sus juicios se han hecho notar de nuevo, expresándose en inconsistencias que quisiera resaltar aquí, refiriéndome sólo al caso del derecho de igualdad y al caso de la cosa juzgada.

Si nos detuviéramos en el caso de la STC 4853-2004-AA/TC, por ejemplo, nos encontraríamos con que el TC intenta dar respuestas a un problema latente que tiene que ver con derechos concretos, como el derecho a la igualdad. GP analiza el caso de la igualdad, pero lo hace de cara al reparto de lo que llama las “cargas sociales” que implicaría el desarrollo de un proceso. En este sentido, considera que cuando se permite un nuevo amparo contra una sentencia estimatoria de segundo grado, se estaría trasladando de manera injusta el costo del proceso sólo a una de las partes: la que hace el primer proceso.

Este es, sin embargo, un razonamiento falaz, porque de nuevo impone una premisa falsa: esto es, la “convicción” de que el primer proceso es siempre limpio y de que la sentencia que se estaría anulando sería una que ya tenía la calidad de cosa juzgada.

El verdadero problema con relación a la igualdad en realidad es, sin embargo, otro, y que GP no analiza. Este problema se encuentra en la sentencia y puede formularse del modo siguiente: ¿qué pasa cuando en una sentencia estimatoria de segundo grado se violenta de manera flagrante un derecho fundamental de quien resulta vencido en dicho proceso? La Constitución en su artículo 202.2 ha establecido la competencia del TC sólo para el caso de las sentencias “denegatorias”, con lo cual los derechos de una persona que ha sido vencida

en un proceso constitucional en segunda instancia, ya no tendrían reparación y tampoco tendrían acceso al Tribunal. El TC ha respondido afirmando que el recurso de agravio sólo se habilitaría, en estos supuestos, para el caso del desacato manifiesto a un precedente por parte de las instancias judiciales, pero el mismo problema y de modo más clamoroso aún, se presenta en el caso de la violación de derechos, para cuyo supuesto el TC ha dejado abierto el “contra amparo”. ¿Cómo es posible, pues, que en un proceso de amparo, que por lo demás procede también entre particulares, sólo los “recurrentes” tengan derecho a llegar hasta el TC mientras el emplazado queda liquidado a mitad de camino? Aquí, GP, sin embargo, no ve un problema de igualdad. Verlo significaría preguntarse sobre las posibilidades interpretativas del artículo 202.2, pues una lectura literal, como se ha venido haciendo, no resuelve el problema.

Otra de las acusaciones de GP al TC es que en las sentencias que comenta, se estaría violando la cosa juzgada, esto porque según sostiene, “(...)los derechos materiales discutidos en un proceso de amparo le corresponden única y exclusivamente al Poder Judicial (...) por ende, lo decidido por el Poder Judicial es última instancia, con lo cual, su decisión adquiere cosa juzgada (sic). Cualquier revisión posterior sobre ese derecho es una revisión que pretende dejar sin efecto la cosa juzgada en un caso en el que la Constitución no lo habilita”.

Aquí debe sorprender a los procesalistas la confusión de términos y conceptos. Pues no es lo mismo el que algo sea decidido en “última instancia” y que goce al mismo tiempo de la calidad de “cosa juzgada”. Tampoco es cierto que una decisión adoptada en última instancia por el Poder Judicial, por ese solo hecho, no sea ya materia de revisión en sede constitucional respecto de los “derechos materiales”. Primero, porque los “derechos materiales” no se excluyen sin más del conocimiento de los procesos constitucionales, y en segundo lugar, porque lo que llamamos “material” para diferenciarlo de aquello que es procesal o adjetivo, es cada vez más oscuro en el ámbito de los procesos de tutela de derechos. Así por ejemplo, en el ámbito del control constitucional del proceso penal, la determinación judicial de la pena (derecho material) puede decirse, en principio, que es competencia exclusiva del juez penal. No obstante, tras la incorporación del test de proporcionalidad como medio de control, no sólo del legislador penal sino también del Juez de mérito, es perfectamente posible el control en el extremo en que la sentencia resulte desproporcionada o incluso cuando los hechos analizados

por el juzgador han sido arbitraria y malintencionadamente tergiversados para imponer un castigo a un inocente. De modo que aquellas separaciones “metodológicas” entre derecho “material” y “procesal”, no tienen sustento en la práctica de la justicia constitucional o, en todo caso, se presentan demasiado ambiguas como para servirnos de “separador” de funciones entre juez constitucional y juez ordinario.

En todo caso, GP quiere protestar por el hecho de que el TC haya establecido en Apolonia Ccollca, la posibilidad de que a los jueces, como a cualquier otro funcionario, se les pueda imputar también la violación de cualquier otro derecho distinto al de la tutela procesal efectiva, pero en ese afán construye un nuevo fantasma: el Tribunal quiere también decidir sobre el fondo de los procesos. Nada más alejado de la realidad, el caso Apolonia Ccollca, responde a otro problema. ¿Qué pasaba por ejemplo cuando un juez violaba con su sentencia el derecho de propiedad, al otorgar una medida cautelar por encima de lo que se solicitaba en el proceso principal? Una sentencia aparentemente argumentada pero desproporcionada con la finalidad del proceso principal, un proceso además donde se han respetado minuciosamente todas las garantías procesales. Si se interponía demanda por amenaza latente al derecho de propiedad, los jueces contestaban de inmediato: “tratándose de amparos contra resoluciones judiciales, éstas sólo proceden respecto de derechos de naturaleza procesal, en el que no se incluye el derecho de propiedad”.

Al parecer, es esa falta de coherencia discursiva la que el TC intenta responder en el caso Apolonia Ccollca. No es pues una orden para que el juez del amparo decida las cuestiones de fondo presentadas en un caso en particular, como distorsionando los argumentos pretende presentar GP, sino más bien, se trata de ampliar la defensa de los derechos que pudieran eventualmente verse amenazados por obra de los propios jueces y, ante la solicitud de su defensa, vuelvan a caer en los formalismos de un razonamiento tan reducido como muestra el ejemplo. De ahí, sin embargo, no se puede deducir más que un intento por dar coherencia a la doctrina jurisprudencial del TC con relación al control constitucional del poder público sin excepción.

En resumen, creo que GP, en su esfuerzo por rebatir los argumentos del TC, ha construido fantasmas que luego se ha encargado, él solo, de combatirlos. En la medida que ha dado prioridad a sus propias convicciones ideológicas, en desmedro de un más acucioso análisis de los argumentos

del Tribunal; creo que, al final, todos hemos perdido.

RESPUESTA DE GIOVANNI PRIORI A PEDRO GRÁNDEZ*

No hay nada más reconfortante en la actividad académica que leer las críticas que otros puedan esgrimir en torno a los trabajos propios. Por ello, cuando Themis me invitó a participar de este ejercicio de debate no dudé en aceptar esta experiencia. Mi primer texto fue crítico hacia las sentencias del Tribunal Constitucional, como se nos había pedido, el de Pedro más bien tocaba un tema no controvertido. Es recién en el segundo texto de Pedro en el que he podido apreciar una actividad crítica pero no hacia las sentencias del Tribunal Constitucional, sino más bien hacia mi primer artículo que forma parte de este debate.

Debo confesarle al lector que la lectura del segundo texto de Pedro me ha hecho dudar sobre mi claridad al escribir, porque él señala que digo cosas que nunca he dicho y que tampoco pienso. La tarea que ahora me propongo es intentar aclarar algunos conceptos esbozados en mi primer trabajo y referirme a algunas críticas formuladas por él.

Pedro señala: "lo que resulta transversal a todo el discurso del profesor Priori es su evidente desencanto, cuando no, su declarado rechazo al proceso de amparo como medio de control de las decisiones judiciales". He releído mi texto y no encuentro en qué parte de él he dicho ello, por el contrario, señalo expresamente que: "la Constitución ha señalado que el TC controla la actividad jurisdiccional de los jueces cuando éstos lesionan el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, en ningún otro caso". En ninguna parte de mi artículo manifiesto rechazo alguno al amparo como medio de control de las decisiones judiciales, sino que, por el contrario, lo reafirmo como tal; lo único que he intentado hacer –aparentemente sin éxito– es señalar mi opinión en el sentido que ese control tiene que ser realizado conforme a los límites establecidos en la Constitución y que esos límites se desprenden no sólo del propio enunciado del artículo 200 inciso 2 de la Constitución, que señala que cabe amparo contra resoluciones judiciales sólo cuando éstas se han expedido en un proceso irregular (lo que interpreto como una resolución que contraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva), sino también del conjunto de valores y

principios constitucionales cuya interpretación nos lleva a determinar que cuando el Tribunal Constitucional establece que el control de una resolución judicial puede basarse en la lesión de un derecho fundamental distinto a la tutela jurisdiccional, está excediendo los límites a la potestad de control que el constituyente le ha dado. Por ello, mi crítica en ningún momento ha estado dirigida al amparo contra resoluciones judiciales, sino a la aplicación que el Tribunal Constitucional tiene de él.

Es curioso por ello que se me impute una ideología que no tengo ni he proclamado y que se sostenga, además, que "esto es importante destacarlo, pues si ésta es la premisa ideológica de, que se parte para el análisis de una sentencia que, precisamente desarrolla determinadas pautas para el control de decisiones judiciales (...) o que establece criterios vinculantes para el caso del control constitucional de decisiones judiciales emitidas en un proceso constitucional como es el caso del "contra amparo"; entonces el resultado es más que previsible: quien no cree en el amparo como mecanismo de defensa de derechos fundamentales eventualmente conculcados o vulnerados por órganos judiciales, no puede sino, para ser coherente con dicha postura, mostrar su desacuerdo con los criterios establecidos en los dos casos que tratan precisamente de amparos contra resoluciones judiciales".

A nadie –menos a mí– se le ocurría sostener algo similar a lo que Pedro señala que yo pienso. Según Pedro, como yo no creo en el amparo contra resoluciones judiciales, entonces estoy en desacuerdo también con cualquier regla que se le imponga. Mi posición no ha sido tan simplista como la expone Pedro, es algo un poco más elaborada, y es probable que mi impericia con el lenguaje escrito haya hecho descubrir en algún lector que pienso algo que jamás he dicho. Por ello, señalo que sí creo en el amparo como medio para controlar las resoluciones judiciales, como creo haber dicho expresamente en mi artículo, pero creo también que la Constitución establece que ese control está limitado a la vulneración de algunos derechos fundamentales (en concreto, a los que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva). Lo contrario supondría ejercer un control lesionando una serie de principios y valores constitucionales. Con ello, so pretexto de un control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales, se estaría en verdad infringiendo la Constitución. Sobre esta real afirmación, sin embargo, Pedro no dice nada.

* El doctor Priori modificó su respuesta al doctor Grández para contradecir los argumentos, no sólo del primer texto del doctor Grández, sino también del segundo.

Es claro que, como se me ha imputado una ideología que no tengo y de ahí se ha desprendido toda la crítica a mi artículo, sería suficiente haber aclarado este punto, para no señalar nada más; sin embargo, a este punto, creo que es mejor insistir en aclarar algunas otras cosas.

Luego se me imputa lo siguiente: “GP caricaturiza el amparo contra resoluciones judiciales y halaga las bondades de un único proceso ordinario, “con todas las garantías”, un proceso “limpio”, que no requiere “otro sumario y distinto” que eventualmente lo pueda invalidar”. “Caricaturizar”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es “representar por medio de caricatura a alguien o algo”. “Caricatura”, por su parte, es: “dibujo satírico en que se deforman las facciones o aspecto de alguien; obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto”. Ni he dibujado, ni he ridiculizado; he expuesto una realidad. Lo que ocurre es que la realidad del modelo implementado por el Tribunal Constitucional que Pedro defiende, es tan cercano a lo ridículo, que se piensa que el que ridiculiza soy yo. Es preocupante por ello que no se vea la realidad y que no se sea crítico frente a las decisiones del Tribunal Constitucional. Pero lo que es curioso es que se me diga con ánimo de crítica que halago un proceso ordinario con todas las garantías, limpio, que no requiere de un sumario posterior que lo invalide. ¿Es que acaso eso no es digno de halagar?

Luego se señala que: “ello conduce a GP a sostener que en los casos que analiza, se viola también el derecho al “plazo razonable”. No obstante, si se analiza con atención, tales argumentos son también válidos para cualquier proceso de amparo contra resolución judicial, pues siempre será más “eficiente” en términos de tiempos un proceso sin control constitucional”. Esto sí es correcto, eso sí he dicho; si hay un amparo contra una resolución judicial, la solución de la controversia llevada al proceso dura más, sino lo hay, dura menos. Si la solución de la controversia toma más tiempo que el necesario para que las partes puedan exponer sus razones y el juez pueda resolver, entonces se lesiona el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, excediendo de manera irrazonable el plazo para resolverla. Como la duración razonable es un derecho fundamental, su infracción para ser constitucionalmente legítima debe estar justificada en la protección de otro derecho fundamental. Lo que digo es correcto, vale para

cualquier amparo contra resolución judicial. Es por ello que un amparo contra una resolución judicial debe ser excepcional y justificarse sólo en los casos en los que la lesión del derecho fundamental es de tal naturaleza, que justifica vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y los demás principios y valores constitucionales que con esa revisión se comprometen (y que ampliamente hemos desarrollado en nuestro primer trabajo) y seguir en la discusión judicial de la controversia. Lamentablemente, la crítica a mi trabajo adolece de los mismos defectos que las sentencias del Tribunal Constitucional que Pedro defiende y yo cuestiono; no hace un análisis del problema a partir de una interpretación conjunta de todos los valores constitucionales involucrados, sino de una visión parcial que los lleva a conclusiones tendenciosas e inaceptables en nuestro marco constitucional. Esperaba en verdad una crítica a partir de la lectura del conjunto de valores constitucionales.

Debo hacer, sin embargo, una precisión. Mi crítica no se basa en el valor *eficiencia*, que es otra palabra que no he utilizado y que Pedro ha puesto en mi texto, sino en los valores y principios constitucionales ampliamente descritos en mi primer artículo. Ello es importante porque luego Pedro dice: “incluso si el tiempo es el problema, siempre será más eficiente una decisión única sin impugnación alguna, como por lo demás, GP lo ha planteado de manera explícita para el caso de los procesos ordinarios (“Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus* 9)”. Otra vez crítica algo que no he dicho. Ya he explicado que el valor eficiencia no ha sido utilizado por mí, eso es algo que Pedro me imputa como un argumento que no sólo no me corresponde, sino que jamás utilizaría. Mis argumentos han sido los diversos derechos, principios y valores fundamentales que Pedro recuerda en su resumen de mi postura, pero que luego olvida en su crítica. Es cierto que con base precisamente a esa interpretación en conjunto de los derechos fundamentales he criticado también el derecho al doble grado de jurisdicción; pero no es verdad que he propugnado que todos los procesos ordinarios tengan una sola instancia, sino que, como señalo en el artículo de *Advocatus* 9 citado por Pedro, debe apreciarse en qué casos la sociedad está dispuesta a asumir la dilación del proceso que supone el derecho a la doble instancia⁷⁹. Pero si no hay espíritu crítico frente a las decisiones del Tribunal Constitucional, no se puede pedir que exista respecto de los mandatos constitucionales.

⁷⁹ “Si la impugnación es una garantía siempre de quien pierde, entonces solo debería existir cuando lo que se puede perder tiene un valor tan grande o es tan fundamental para todo el ordenamiento jurídico que se hace necesario revisar, en esos casos, y solo en esos casos, la decisión”. PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. *Advocatus* 9. p. 420.

Luego se me dice: “el mundo ideal para GP sería, entonces, un proceso de decisión única, sin impugnación, sin instancias y, por supuesto, sin control constitucional”. Esto es algo que sostiene Pedro, pero que nunca he dicho. Pero ahora que Pedro lo menciona, como muy bien él dice, ese sería el mundo ideal, un mundo en el que estamos muy lejos de vivir, como lo demuestran las decisiones del Tribunal Constitucional.

“Tanta fe en jueces infalibles contrasta, sin embargo, con su concepción más bien escéptica sobre la capacidad creativa de los mismos como veremos más adelante”. No es que tenga fe en jueces infalibles, por el contrario, creo firmemente en la falibilidad de ellos, en especial de los magistrados del Tribunal Constitucional; por ello someto a crítica sus decisiones y no las sigo como dogmas de fe. Creo también en su capacidad creativa, siempre que ésta tenga sustento en la Constitución y la respete.

No sólo se me imputa una ideología que no tengo, sino que se me acusa de manipular citas: “con este cometido, utiliza categorías conceptuales, invoca algunos autores, que incluso pueden resultar algo peligrosos para su propio esquema conceptual, aunque los “acomoda” a sus propósitos”. Como si ello fuera poco, cita un ejemplo de esa actividad manipuladora –quizá la única que encontré–: “es el caso por ejemplo de las citas a Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional Italiana y defensor de una teoría de la interpretación constitucional que no se limita a la lectura literal de los textos, como al parecer sugiere GP cuando cuestiona la habilitación del recurso de agravio a favor del precedente, sin analizar ninguno de los argumentos del TC”. Todo mi artículo se sustenta en propugnar una interpretación de la Constitución que tenga en cuenta todos los valores y principios que rigen al Estado Constitucional y que eviten dotar de un ilimitado poder al Tribunal Constitucional. Lo último que se me puede criticar es pretender dar una interpretación literal. Precisamente mi crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional es que sin considerar la manera como los demás valores constitucionales se ven sacrificados, el Tribunal decide ampliar su control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, más allá de lo permitido por la Constitución; para hacerlo no sólo leo el artículo 200 de la Constitución, sino que explico largamente el contenido de los demás principios y valores constitucionales que con esas decisiones se lesionan, algo que ni el Tribunal Constitucional ni Pedro, hacen.

Se me imputa ser infiel con Zagrebelsky: “hubiera sido interesante, por ejemplo, que el profesor Priori

extienda también el concepto de “ductibilidad” extraído de la obra del profesor italiano, para ampliar sus criterios de interpretación, pues es también ahí donde hay un vuelco radical en la obra de Zagrebelsky respecto de los modelos de interpretación decimonónica. El derecho dúctil supone ya no un único soberano en el establecimiento de lo que es derecho. La pluralidad y la tolerancia que con cierto apasionamiento presenta GP como valores del constitucionalismo moderno, suponen también pluralidad de fuentes del derecho y pluralidad de actores en la creación de esas fuentes. Los jueces, y de manera especial los jueces constitucionales, son expresión de esta nueva etapa que vive el Derecho pensado de cara a los casos”. Es verdad que el concepto de ductibilidad de Zagrebelsky da un vuelco radical a las formas de interpretación jurídica, es seguramente esa una de las partes más importantes del celebrado texto del profesor italiano. Sin embargo, ese concepto no autoriza a interpretar lo que al intérprete se le antoja, sino que se propugna una interpretación judicial que vaya del caso a la norma, y luego de la norma al caso; una interpretación con base a principios y no a reglas y una interpretación que tenga en consideración todos los valores y principios constitucionales, única forma de hacer que la Constitución tenga una real vigencia en la sociedad. Ductibilidad no supone decir todo lo contrario a lo que la Constitución o la ley dicen, por el solo purito de hacerlo. Ductibilidad no supone resolver a espaldas del Derecho. Eso es lo que Pedro parece decir y lo que es peor, lo que dice que Zagrebelsky dice. En aras de que el lector no se lleve una mala impresión del ilustre profesor italiano, es necesario citar sus propias palabras, ya que si algo se ha demostrado en este debate es que no soy capaz de que algún lector entienda lo que realmente escribo, así que dejemos que sea el propio Zagrebelsky el que se defienda: “Eliminar cada uno de estos dos aspectos supone o negar la vinculación de la actividad judicial al derecho positivo, transformándola en resolución equitativa de casos, o negar su carácter práctico, transformándola en una mera descripción sistemática de reglas válidas por sí mismas. En el primer caso no estaríamos ante una verdadera interpretación del derecho, sino ante una creación ocasional del mismo por parte del juez que resuelve la concreta controversia. En el segundo, la interpretación se cerraría en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser. Quien así procediera adoptaría lo que se ha definido como el *método del no-saber sobre el propio hacer*. Un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formula-

ciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que estas dirigen su fuerza normativa, serían obras "extravagantes de juristas puros" (como existen no pocos orgullosos e inútiles), que no deberían interesar a nadie⁸⁰. A continuación sostiene: "Según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta definición se pone de relieve el carácter *bipolar* de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un estado satisfactorio para ambas. El intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra"⁸¹. Sigue el maestro Zagrebelsky: "En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado *círculo interpretativo*) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas"⁸². Finalmente señala: "Cuando el resultado interpretativo no violenta ni una ni otras puede decirse que se ha logrado la interpretación, Pero cuando esto no sucede, se ponen de manifiesto las diferencias entre la concepción actual del derecho y la dominante en la época del Estado de derecho decimonónico. Allí era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación. Operaba la máxima *dura lex sed lex*, que es la quinta esencia del positivismo acrítico. Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella composición abre una cuestión que no afecta ya la interpretación de la ley, sino a su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en su juicio de constitucionalidad al que la ley viene sometida"⁸³.

Si me he extendido en la cita de Zagrebelsky es para que luego no se me diga que sólo uso parte

del texto y que uso las citas que me convienen, y cualquier otra acusación similar que se me pretenda hacer. Las citas hechas son importantes porque demuestran la verdadera concepción de Zagrebelsky. La tarea interpretativa es una actividad compleja que supone reconocer la trascendencia de los casos acompañada de la importancia de la regla jurídica. El juzgador no puede interpretar de espaldas ni al caso ni a la norma. La ductibilidad no supone por ello, darle la espalda a la norma. Supone reconocer que los casos le exigen respuestas y soluciones a la norma y desafían al derecho positivo; por ello, señala el autor que: "un texto que sobre el papel y a la luz de la experiencia parecía claro, puede oscurecerse ante el surgimiento de un caso nuevo"⁸⁴. Cuando el caso exige al ordenamiento a tal punto que sus normas no parezcan claras para darle una solución, es preciso darle un sentido a esas normas acudiendo a los valores constitucionales. Ese desafío hace entonces que tengamos que reconocer los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, aquellos que sirven de sustento a las propias normas, es decir, los principios y valores constitucionales y extraer de ellos, aquellas soluciones que el caso exige. Pero el acudir a los valores supone extraer del conjunto de ellos las soluciones a los casos que se le plantean al intérprete. No es un solo valor el que debe justificar la decisión, sino la apreciación conjunta de todos ellos. Zagrebelsky por ello sostiene que: "es razonable la categorización de los hechos **que toma en cuenta todos los principios implicados**"⁸⁵ (el resaltado es nuestro). Por ello, *el argumento para ser considerado correcto en un Estado Constitucional debe ser el resultado de la apreciación conjunta de la integridad de los valores constitucionales comprometidos ante un caso*. No puede resolverse con base a uno de ellos, **sin justificar ni argumentar qué pasa con el resto de valores constitucionales comprometidos cuyo contenido se vacía por dar una determinada solución a un caso**. Esa es la posición que he planteado, y creo que en ello consiste la principal deficiencia de las criticadas sentencias del Tribunal Constitucional que Pedro tanto defiende. La solución no es tanto la cuestionada; la forma de llegar a ella, sí. En lo personal, creo que la solución es incorrecta, pero creo que lo más grave para el Estado constitucional es que se haya dado una solución

⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. "El derecho dúctil". Madrid: Trotta. 1992. p. 133.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibid. Op. Cit. pp. 133-134.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibid. p. 139.

⁸⁵ Ibid. p. 147.

controvertida sin dar ninguna explicación acerca de cómo quedan los demás principios y valores constitucionales frente a la solución dada. La sola referencia a uno o dos no es suficiente. Las consecuencias de las decisiones cuestionadas por mí y defendidas por Pedro en el funcionamiento de las instituciones del propio Estado Constitucional me parecen graves. La interferencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y el grave atentado a su independencia me parecen un delicado ataque a uno de los principios básicos del Estado Constitucional. Y no es que crea (me disculpará el atento lector si constantemente tengo que detenerme a aclarar cosas que pueden desprenderse del conjunto del texto, pero dadas las críticas formuladas a mi anterior trabajo, es mejor hacerlas) que se ponga en riesgo la independencia judicial cuando el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, pero sí creo que ese principio (la independencia judicial) se afecta cuando ese control se realiza más allá de los límites impuestos por la Constitución al Tribunal Constitucional.

Mi preocupación principal ha sido esa precisamente, tratar de plantear que el Tribunal Constitucional tiene límites en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución le confiere. La Constitución le da expresamente al Tribunal Constitucional la facultad de controlar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, pero al hacerlo le pone ciertos límites que la Constitución exige que se respeten, pues de lo contrario, quedamos a expensas de un incontrolado órgano, y del incontrol al descontrol hay ya sólo un paso.

Me permito seguir con el profesor Zagrebelsky, para terminar de compartir con el lector sus conclusiones finales que son absolutamente relevantes en el presente análisis. Debo aclarar (porque seguro ese es un ataque que se pueda pensar hacer) que no es que esté sustentando mis posiciones en sólo lo que dice Zagrebelsky ni que esté acudiendo a su autoridad para fundamentar mis posiciones. Soy un gran admirador de la obra del profesor italiano, y lo sigo en gran medida, pero soy conciente también de las críticas que su obra ha merecido. Baste revisar el epílogo de la edición española citada en este trabajo para darse cuenta de esto, elaborado por Gregorio Peces - Barba. Sin embargo, Pedro me ha acusado de tergiversar

citando para poder sustentar una posición, y esa es una crítica muy grave para un académico, de lo que estoy seguro Pedro no es conciente. Por ello, quiero demostrarle al lector que mis impresiones sobre la base del texto de Zagrebelsky se ajustan a él o en todo caso a una equivocada interpretación que yo tengo de tan importante libro, pero jamás a una tergiversación.

Italia, como el Perú, tiene una Corte constitucional, de la que Zagrebelsky precisamente ha sido Presidente y magistrado, ocasión en la que tuve el enorme honor de conocerlo en Roma. Al final de su libro, hace una reflexión acerca de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. En ellas, el distinguido profesor italiano señala, criticando el intento del uso alternativo del derecho surgido a comienzos de los años setenta, de establecer que en la tensa relación jurisdicción-legislación siempre deba ganar la primera, que: "Dicho intento consistía en derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede judicial como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador. (...) El uso alternativo del derecho consistía, en lo esencial, en una amputación, es decir, en la categorización de sentido y de valor del caso a la luz de la Constitución y en la deducción de la regla a partir de sus principios, como si estos constituyesen un sistema cerrado sin espacios para el legislador. (...) Cuando la propia Corte establece la regla que extrae directamente de la Constitución y la indica sin ninguna alternativa, termina dando una interpretación cerrada del marco constitucional, debilitando los derechos del legislador y el carácter político de su función y reduciendo sus leyes a tímidas propuestas facultativas"⁸⁶. Un control más allá de los límites impuestos por la propia Constitución, por ello, antes que consolidar el Estado constitucional democrático, termina por debilitarlo. Por ello, el profesor italiano sostiene: "Se justifican así las reservas no solo en relación a las llamadas sentencias-ley, mediante las cuales la Corte constitucional determina la norma conforme con la Constitución que debe sustituir a la declarada inconstitucional, sino también en relación con las motivaciones de las sentencias constitucionales que constriñen y limitan excesivamente la pluralidad de elecciones legislativas futuras y en relación con los "mandatos" dirigidos al legislador que a veces establecen los jueces

constitucionales”⁸⁷. Ello es peligroso para el propio Estado Constitucional: “El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución. En este caso hay verdaderamente un riesgo de excesiva de “juridificación” y “constitucionalización” de la vida política, riesgo que no puede silenciarse en nombre del consenso sobre los contenidos de las normas establecidos por la Corte constitucional (...). En síntesis el legislador debe resignarse a ver las leyes tratadas como “parte” del derecho y no como “todo el derecho”. Pero puede pretender tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. **Si este derecho no se respetase tal vez tendríamos un Estado constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional-democrático**”⁸⁸. (El resaltado es nuestro).

En mi opinión, lo mismo ocurre si el Tribunal Constitucional se entromete en la labor de los jueces. Los jueces están sometidos a la Constitución y ellos están llamados a resolver los casos aplicando no sólo las normas legales, sino especialmente los valores y principios constitucionales. Los casos resueltos deben expresar una solución que represente la expresión en la realidad de la síntesis de los valores y principios constitucionales comprometidos. La independencia de los jueces precisamente les garantiza esta posibilidad, que consiste en que sean ellos los que establezcan la manera como el caso concreto que se le somete a su conocimiento sea resuelto a la luz de los valores y de los principios constitucionales. La intervención del Tribunal Constitucional en el control a esa actividad judicial debe estar limitada en nuestro modelo constitucional, a establecer cuándo la actividad judicial no ha cumplido con respetar los principios y derechos que permiten que el proceso sea considerado como el válido escenario para la discusión de las posiciones de las partes; ello es, cuando se vulneran los derechos relativos a la tutela jurisdiccional efectiva. Ingresar al análisis y la discusión de los hechos, pruebas y posiciones relativas a los derechos que fueron objeto de discusión en un determinado proceso, o, lo que es peor, no hacerlo –por no permitirlo la vía del amparo–, pero pronunciarse sobre los derechos

involucrados y resueltos en un anterior proceso judicial, es interferir en la actividad que la Constitución confía a determinado órgano (el judicial), por ende, exceder los propios límites que la Constitución, con base al respeto de la integridad de los valores que la inspiran, ha impuesto. Así como el Tribunal Constitucional no puede legislar, tampoco puede ingresar a sentenciar sobre derechos que han sido objeto de pronunciamiento de un juez en un proceso en el que se han respetado todas las garantías que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no sólo excede los límites del control establecidos por la Constitución, sino que ha llegado al extremo de sostener, como lo denunciarnos en nuestro primer trabajo, que: “*los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces*”. Ello supone afectar el contenido esencial de su potestad, y con ello lesionar su independencia. Los jueces podrían en este esquema interpretar la Constitución y la ley, pero no los precedentes del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional se pone a sí mismo como *señor* del Derecho. Sin límites en el ejercicio de la potestad de controlar la actividad judicial, el Tribunal Constitucional le da una prevalencia exagerada a sus decisiones. Sobre esto Pedro no ha mencionado nada; es lamentable, pues ese era el centro de mi posición. Aquí me permito citar al propio Zagrebelsky nuevamente, en la frase con la que termina su libro: “**Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es el objeto de propiedad de uno, sino que deber ser el objeto del cuidado de todos**”⁸⁹ (el resaltado me corresponde). No es pues el Tribunal Constitucional el amo y señor del Derecho.

A pesar de todo lo expuesto, no existe ni en la sentencia del Tribunal Constitucional ni en Pedro una expresión de razones que tengan en cuenta todos los valores y principios constitucionales comprometidos con la decisión del Tribunal. Eso es lo que precisamente he intentado criticar en mi primer trabajo. Si no los hay, no tengo sobre qué pronunciarme. Sin embargo, Pedro me cuestiona el no pronunciarme sobre argumentos

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustav. Op. Cit. p. 153.

⁸⁹ Ibid.

que precisamente no existen. Pero qué opina Pedro de todo esto. No lo sabemos. No hay argumentos, solo existen ataques que, por cierto, no se basan en argumentos.

Sin embargo, siguen las puestas en mi boca de frases que no me corresponden: “en este sentido, el constitucionalismo que presenta GP en su introducción, sugiere una lectura parcial del modelo, en el que el juez sigue siendo un “ser inanimado”, como lo describiera alguna vez Montesquieu, en la medida en que no es capaz de construir respuestas a los casos sin caer en el “absolutismo” que éste denuncia. Este hubiera sido el centro de un debate interesante si es que en verdad GP hubiera analizado los argumentos de la sentencia que establece el recurso de agravio a favor del precedente. En efecto, en dicha sentencia, hay que partir por preguntarnos qué modelo de juez y qué concepción de interpretación se defiende, pues de otro modo el debate sigue siendo ideológico y no jurídico, si acaso cabe hacerse dicha separación. El constitucionalismo de Zagrebelsky y también el de Häberle que son utilizados en la argumentación de GP, no admiten un juez subyugado ni un legislador onmicomprensivo, ni tampoco aceptan un modelo de interpretación que se cierra en los textos o en las intenciones del legislador o, llegado el caso, del constituyente”. Leyendo el texto de Pedro, he pensado por momentos que ese autor GP que tanto cita no soy yo, porque dice cosas tan ajenas a las que yo pienso y tan contrarias a las que están escritas. Para comenzar, en Pedro existe una enorme falacia, pues habla de todos los juzgadores, pero en realidad se refiere sólo al Tribunal Constitucional. Ahora bien, Pedro dice que yo creo en un juez subyugado, cuando he defendido en todo mi artículo precisamente la independencia del juez de cualquier cosa que pretenda atar e incluso restringir su actividad de juzgamiento, abogando por la independencia de los jueces, incluso frente a los deseos incontrolados del Tribunal Constitucional de intervenir inconstitucionalmente en su misión. No creo en un juez subyugado al valor formal de la ley, ni de los intentos inconstitucionales del Tribunal Constitucional de entrometerse en su labor. Creo en un juez absolutamente independiente, creador de derecho, con base al respeto de los principios y valores constitucionales. No puede pretender Pedro convertirse ahora en defensor de la independencia judicial ni de la creación libre del derecho mediante la jurisprudencia, cuando defiende una sentencia que anula la actividad juris-

diccional de los jueces. El poder que el Tribunal Constitucional reclama para sí y que Pedro tanto defiende, no es algo que se aplique a todos los jueces como con astucia argumentativa pretende hacer ver Pedro. Es algo aplicable al Tribunal Constitucional solamente porque éste le ha negado a los jueces toda posibilidad de interpretación, al precisamente crear el recurso de agravio a favor del precedente, con una frase que está en la parte de los argumentos de la sentencia del Tribunal (que Pedro dice que no he citado) y que he citado precisamente en mi primer artículo como la más clara muestra de que en el modelo del Tribunal Constitucional, los jueces no participan de esa pluralidad de fuentes a las que se refieren Zagrebelsky y Häberle, porque se considera que lo que dice el Tribunal es para los jueces una regla que no admite interpretación. Esto no es ductibilidad. Esto no es apostar por jueces creadores del derecho, como pretende aparecer ahora Pedro; eso es negarles toda posibilidad de interpretación y además de considerarlos como un poder subyugado a las decisiones de un descontrolado Tribunal.

Luego, se me acusa de ser exagerado y, por ende, de no respetar las reglas de la argumentación, para ello se sostiene: “un segundo aspecto que aparece de manera reiterada a lo largo del trabajo de GP, es su constante exageración o deformación de los hechos del caso y de los argumentos del TC que son materia de su análisis. Esto es, por decir lo menos, extraño viniendo de él, pues quienes conocemos a GP, sabemos de sus virtudes y del celo que pone en la labor académica. De modo que al parecer se trata de nuevo, del precompromiso ideológico que se impone por sobre la racionalidad académica lo que “explica”, aunque no justifica, su constante tergiversación de los hechos y los argumentos que dice analizar”. Por cierto, se me dice además que tergiverso hechos y los argumentos que digo analizar. Y luego se pretende dar unas lecciones de argumentación. Nada más lesivo de los principios de la argumentación que la crítica a la persona, antes que al argumento, que imputar ideas distintas al adversario para criticarlo y apoyar en esas ideas creadas toda la base de su crítica. Hubiese deseado que este debate se formule con base a ideas y que los argumentos hayan sido identificados correctamente por él, para que pueda de esta manera rebatirlos. Una de las bases de la argumentación es señalada por Alexy en los siguientes términos: “Toda fundamentación es buena solo en tanto lo son las premisas en que se asienta”⁹⁰. Las pre-

misas de Pedro son equivocadas en la medida que me imputa ideologías que no tengo, y argumentos que no he esgrimido. De ello adolece principalmente su crítica.

Finalmente, y con el propósito de cuestionar mi –según él– concepción de *cosa juzgada*, utiliza una frase que me ha sorprendido: qué dirían los procesalistas. Esta es probablemente la más clara muestra de cómo su crítica carece de argumentos que puedan ser calificados como correctos en un debate académico. La corrección a la que me refiero no tiene que ver con lo no errado de sus enunciados, sino con su validez para ser considerado si quiera como un argumento. La frase *qué*

dirían los procesalistas, es una frase llamada a tener un impacto en el público, a crear un cierto impacto en el lector, pero que no aporta en lo absoluto nada al debate académico. No sé qué dirían los procesalistas, pero tampoco sé qué ha dicho Pedro. Su frase de impacto es suficiente para desvirtuar su argumento. No existe *una razón*, exigible en cualquier debate académico, sino la *búsqueda de una sensación en el lector*.

Sólo quiero terminar esperando que este debate haya provocado en el lector una reflexión en torno a las decisiones expedidas por el Tribunal Constitucional que han sido objeto de él.