

Poder Judicial *vs.* Tribunal Constitucional

Juan Monroy Gálvez

De esta guisa, andando el tiempo, y ojalá sea mucho, cada vez se consultará menos el texto constitucional y más y más los repertorios de jurisprudencia del Tribunal encargado de su custodia. Pero ello se producirá a costa de menguar la valoración de la Constitución, por desplazamiento del propio orden constitucional al conjunto de decisiones que la interpretan y aplican. Esto es, la Constitución sufrirá un proceso de conversión en unas hojas de papel, como diría Ferdinand Lassalle, para pasar la Constitución real y efectiva a sus intérpretes.

ÁNGEL MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN

SUMARIO: I. Advertencia. II. La sentencia No. 006-2006-PC/TC. III. Dos razones para declarar la improcedencia de la demanda. IV. La “Cosa Juzgada constitucional” y la “Cosa Juzgada judicial”. IV.1. El test de la “interpretación correcta”. IV.2. El test del precedente vinculante. V. El así llamado “conflicto de atribuciones por menoscabo”. V.1. La cita de Zagrebelsky. VI. Los Fundamentos Nos. 45 y 46. VII. La sentencia del TC como fuente del Derecho y el “pobre” Kelsen. VIII. La Teoría del Proceso en la sentencia comentada. VIII.1. La “autonomía procesal” y el TC. VIII.1.1. La falacia de petición de principio de un tribunal que todo lo puede. VIII.1.2. Apuntes breves sobre la “autonomía procesal”. VIII.1.3. La “autonomía procesal” en sede nacional. VIII.2. Las instituciones procesales en la sentencia analizada. IX. Algunas conclusiones.

I. Advertencia

No existe país donde la incorporación de un tribunal constitucional destinado a efectuar un control concentrado que asegure la vigencia y primacía de la Constitución, así como la eficacia de los derechos que ella reconoce, no haya producido tensiones entre la nueva institución con el Parlamento, con el Poder Judicial o con ambas. Esta situación tiene una explicación histórica definida. Se trata de la inserción de una nueva manifestación de poder político en la estructura de un Estado que no ha renovado su organización tradicional, lo que hace que la crispación resulte inevitable.¹

¹ Al respecto, Cezar SALDANHA SOUZA JUNIOR afirma: “um Governo, cumulando a chefia de

Sin embargo, dependiendo de la experiencia histórica concreta de cada país, puede ocurrir no sólo que la nueva institución inicie su actuación desarrollando exitosamente los cometidos que la Constitución le encarga y la sociedad necesita, sino que, sobreestimando las expresiones de reconocimiento social por sus funciones, pierda el norte deslizando su actuación más allá de sus límites, produciendo un desplazamiento hacia ámbitos que corresponden a otros protagonistas del ejercicio del poder.

Este exceso funcional, mínimo o grosero, consciente o no, es el factor que coloca a las tensiones naturales originadas por la irrupción del tribunal constitucional en un escenario de conflicto extremo que, en perspectiva, termina siendo pernicioso para el sistema democrático. Si las personas que ejercen poder carecen de la permeabilidad indispensable para respetar las potestades y atribuciones ajenas, se pueden producir conflictos que, desbordados, conduzcan a una situación en la que esos mismos poderes emergentes empiezan a poner en juego, inclusive, su supervivencia. Los recientes casos ecuatoriano y boliviano son una prueba irrefutable de ello.²

El Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) ha sabido, en brevísimo tiempo, de graves sinsabores y merecidos reconocimientos. Cuando en la etapa más intensa de la corrupción (1996-2000) el poder político decidió controlarlo, sólo pudo lograrlo destituyendo a tres de sus miembros. Imposible olvidar cuando éstos, manifestaciones vivas de la dignidad y paradigmas de una ética social que hoy parece en extinción, se negaron a legitimar una nueva reelección presidencial. Por otro lado, el TC ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de gran trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; colocando la linterna donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti*,³ un exceso de exposición en me-

Estado, a qual necessariamente envolve a possibilidade de apelo a algumas atribuições de última instância, não poderá evitar colisões com o Tribunal Constitucional, pois esse também atua na área de última instância. Num sistema de três poderes, em que o Ejecutivo cumula Estado, Governo e Administração, a simples agregação de um Tribunal Constitucional tenderá a agravar a situação de impasse entre os poderes, [...]” (*O Tribunal Constitucional como poder, Uma nova teoria da divisão dos poderes*, Sao Paulo, Memoria Jurídica, 2002, pp. 127 y 128).

² En abril de 2007, el Congreso ecuatoriano aprobó la destitución de los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional, como respuesta a la decisión de éste de ordenar la reincorporación al Congreso de 50 de los 57 legisladores a los que el Tribunal Supremo Electoral había retirado su calidad de congresistas.

En Bolivia, el Presidente Evo Morales, aprovechando un receso del Parlamento, nombró cuatro jueces supremos interinos, disponiendo que el interinato sea indefinido. El Tribunal Constitucional ha decidido que el nombramiento realizado es legítimo, pero que no puede durar más de 90 días. El Presidente Morales, en mayo de 2007, ha considerado que es imprescindible reducir las atribuciones del Tribunal.

³ *Mani puliti* (Manos limpias) fue un gigantesco movimiento surgido del sistema judicial en Italia —el Ministerio Público forma parte de él— que originó, al inicio de la década del noventa del siglo pa-

dios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, han determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones y de sus métodos para obtenerlos resulten seriamente discutibles.

El dato que nos muestra la realidad es que el TC ha aumentado su importancia social y política a una velocidad de vértigo, tanto que muy bien podría ser este ritmo el que le esté impidiendo apreciar con prudencia y humildad su perspectiva histórica. Esta situación, por otro lado, tal vez explique por qué está queriendo ejercer más poder del que le corresponde. Siendo una crisis de crecimiento es, para establecer un paralelismo biológico, una crisis de adolescencia, situación que puede ser la razón por la que, en muchas de sus sentencias, como la que ahora se comenta, pareciera que los jueces del TC, o sus asesores, saben más de lo que comprenden.

No está en cuestión la necesidad que tiene el país de contar con un TC sólido, independiente, creativo y militante en la defensa de los valores sociales vigentes. Sin embargo, es necesario insistir en que tal objetivo no puede obtenerse a costa de la destrucción de otras instituciones, como se aprecia de la resolución que va a ser analizada.

Este trabajo, por otro lado, no tiene por objeto dilucidar si desde el punto de vista académico, jurídico o interpretativo, el Poder Judicial peruano (en adelante PJ) o los demás órganos que ejercitan alguna forma de poder en el Perú son más o menos importantes que el TC. El tema, planteado así, adolecería de una banalidad insoportable.

Lo que está en el centro de este trabajo es la necesidad de discutir el grado de vigencia real de los derechos fundamentales en sede nacional y también la identificación de los órganos y los instrumentos idóneos para perseguir los presupuestos que nos conduzcan a un Estado Constitucional de Derecho. Por ejemplo, conviene precisar si es el TC el órgano más propicio hacia donde las densas franjas de la población, que soportan la afectación a sus derechos fundamentales, deben recurrir cuando el agravio se produzca, o si más bien resulta indispensable que esta demanda sea cubierta por la justicia ordinaria, aquella que se dispensa en los más lejanos y olvidados lugares del país. ¿Seguimos con el sistema actual en donde el TC revisa en definitiva los Amparos, por ejemplo, que llegan a su mesa en cantidades impresionantes, lo que determina que transcurra en promedio más de un año desde que el caso llega al TC hasta que es devuelto, o reservamos la actuación del TC para los procesos de inconstitucionalidad y algún otro en donde su competencia devenga en indispensable? Éste

sado, un ataque severo y profundo a la corrupción enraizada en el poder político y económico. Este movimiento, de gran apoyo popular, consiguió éxitos notables como lo demuestran cientos de funcionarios procesados y condenados (diputados, ministros, algún jefe de estado, militares de alto rango, etc.). Lamentablemente, una sobre exposición en los medios de comunicación de los jueces y fiscales que lideraban el movimiento, entre otros factores, trajo consigo un sensible debilitamiento de su prestigio y, con ello, el fracaso en el saneamiento moral de la sociedad italiana.

es un delicado y trascendente tema de acceso a la justicia cuya respuesta no se agota estableciendo verticalmente una jerarquía entre el PJ y el TC.

Estamos hablando de cómo se concreta en este país el acceso a la justicia y para quiénes se encuentra garantizado este acceso sin aduanas económicas, geográficas o de otro tipo. Sobre todo, nos preocupa el acceso de aquellos a los que la situación económica y social llena de deberes, desventajas, fronteras y frustraciones, mientras la Constitución les concede, simultánea y románticamente, una variedad de derechos llamados fundamentales, es decir, los que, presuntamente, jamás deberían carecer de tutela efectiva en una sociedad jurídicamente organizada.

También es aspecto nuclear de este trabajo, acreditar que la trascendental importancia que tiene el TC en la evolución por cauces democráticos de la sociedad peruana, no está reñida con la actividad que, en la obtención de ese mismo objetivo, realiza el PJ. No es en absoluto imprescindible que la actuación de este último se subordine, directa o indirectamente, a la actividad que realiza el TC. Las funciones de ambos comparten los mismos presupuestos, independencia interna y externa. El recíproco respeto al desarrollo de sus funciones, propicia la estabilidad democrática del país; por cierto, en la misma medida en que un conflicto entre ambos puede crear las condiciones para que se presente un caos en nuestro ordenamiento jurídico y también en nuestro sistema político.

II. La sentencia no. 006-2006-PC/TC

Se trata de un proceso competencial iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el PJ. Según la demandante, el PJ, a través de determinadas decisiones judiciales (sin precisar en la demanda a cuáles procesos se refiere y tampoco entre quiénes), ha afectado esferas de su competencia. Por esa razón pide:

a) que se determine si el PJ puede declarar inaplicables normas que regulan las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas,⁴ cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el TC; y

b) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que afectan distintas normas legales y, de manera genérica, la nulidad de “todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originan conflictos de competencia entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR)”.

⁴ Como la sentencia a ser comentada está referida al tema de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, evitaré suspicacias en torno a los motivos por los cuales redacté este trabajo contando que fui, hace unos años, abogado del Ministerio de Industria, Turismo, Comercio e Integración (MITINCI) en varios procesos ligados a este enojoso asunto. Enfrentado en varios procesos con el hasta ahora suspendido Presidente de la Corte Superior de Lima, recuerdo un hecho curioso: en los muchos informes orales que tuvimos, siempre estaban presentes, en bloque, los directivos del comando de abogados del partido político del que el suspendido Presidente fue personero. Recuerdo también que era época de elecciones.

A continuación se desarrollará un comentario puntual sobre algunos aspectos de la sentencia citada, aunque resulta pertinente advertir que quedarán muchos otros, no menos discutibles, fuera del presente análisis. Esto ha sido intencional, en tanto el objetivo ha sido privilegiar sólo aquellos temas que expresan una grosería inocultable.

III. Dos razones para declarar la improcedencia de la demanda

Lamentablemente, al calificar la demanda el Tribunal no advirtió dos razones contundentes, cada una de las cuales hubiera sido suficiente para declarar la improcedencia de la demanda. Analicemos cada una por separado.

1. La norma que regula los efectos de la sentencia en un proceso competencial prescribe que la afectación a las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de un “acto administrativo”.⁵ A continuación, la misma norma describe las distintas formas con las que suele externalizarse el acto administrativo afectante (“resoluciones, disposiciones o actos”). En síntesis, en sede nacional, el instrumento agresor de la competencia de un órgano, que da origen a un proceso competencial, es siempre un acto administrativo, y sus formatos pueden ser resoluciones, disposiciones o actos.

Lo descrito significa que la norma analizada está dejando fuera del ámbito de protección del proceso competencial al *acto jurisdiccional*. Y no se trata de una interpretación aislada o un descuido del legislador. Como fácilmente se puede colegir, la función jurisdiccional es la manifestación exclusiva y excluyente de un poder del Estado, del mismo modo que la función legislativa corresponde esencialmente al Congreso. Siendo así, sus decisiones no pueden ser discutidas en términos de un ámbito competencial distinto. Un acto jurisdiccional, como una sentencia, o un acto legislativo, como una ley, pueden ser declarados ineficaces por falta de validez procesal o esencial, es decir, porque no se respetó el escrupuloso procedimiento para su creación o porque su contenido es contrario a la Constitución. Sin embargo, ninguna de esas opciones cabe tramitarse en un proceso competencial. Que no se haya advertido una situa-

⁵ Código Procesal Constitucional: “ART. 113.—*Efectos de las sentencias*. La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula *las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia*. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales *actos administrativos*.”

Cuando se hubiere promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas” (El resaltado es del autor).

ción como la descrita genera una duda razonable en torno a las razones que tuvo al TC cuando admitió a trámite un proceso viciado *ab origine*.

Aún cuando pueda reconocerse, en homenaje al carácter discursivo del del Derecho, un mínimo margen de discutibilidad a la tesis de que es posible impugnar en sede de proceso competencial un acto jurisdiccional, el asombro aumenta cuando se advierte que la lengua sentencia comentada no le concede una sola línea a este tema. En otras palabras, el TC no sólo ha decidido que el proceso competencial sirve también para discutir un acto jurisdiccional a pesar que hay norma expresa que dice lo contrario sino que, además, lo ha hecho sin fundamentar cómo se amplía el restringido objeto de la pretensión que se tramita en un proceso competencial de grado único.

2. La demanda tiene un muy particular límite en su petitorio, así nótese que no se pretende la nulidad de cualquier acto jurisdiccional, lo que por sí es improcedente, como ya se desarrolló, sino, específicamente, de actos sobre los que reposa la máxima garantía de indiscutibilidad e inmutabilidad que puede otorgar un Estado de Derecho a una decisión judicial: la autoridad de la cosa juzgada.

La cosa juzgada suele ser estudiada en el derecho procesal aunque su influencia e importancia abarca otros ámbitos como la sociología de la justicia o la ciencia política. Desde cada disciplina se privilegia el ámbito de su influencia en vez del lugar en que se origina, en tanto este criterio importaría una visión reduccionista. Admitiendo que es una definición operativa, se puede decir que la cosa juzgada es un atributo que, al recaer sobre algunas resoluciones judiciales que en el curso de un proceso han adquirido firmeza (no pueden ya ser discutidas), les otorga un rasgo esencial: *su inmutabilidad*.

En el Perú reciben tal calidad las resoluciones judiciales, las del TC y las que expide el Jurado Nacional de Elecciones sobre su materia. Las dos últimas por extensión normativa porque, en rigurosa doctrina, la cosa juzgada sólo recae sobre las resoluciones judiciales. Es el privilegio que ostenta el Judicial por ser el único poder que está obligado a fundamentar lo que resuelve, aunque es un privilegio curioso en la medida en que se transforma en una responsabilidad: el Judicial es el poder que, *in extremis*, debe realizar, a pedido de parte, un control de los actos realizados por los otros poderes reconocidos como tales. Como éstos no necesitan fundamentar sus decisiones, el Judicial termina siendo el Poder más expuesto a discusiones sobre su razonabilidad y eficiencia.

En otras palabras, se puede expedir una ley que contradice radicalmente otra que está vigente sin que el autor del estropicio (legislador) repare en ello, porque la consecuencia de tal error sólo será que la norma anterior queda derogada tácitamente. En cambio, si el Judicial expide una sentencia que enerva lo ya decidido en anterior sentencia que había adquirido firmeza, entonces recae sobre el juez de la nueva sentencia

todos los tipos de responsabilidad que sea posible endosarle (disciplinaria, civil y penal, por lo menos).

Por otro lado, si las decisiones últimas del Judicial no contaran con el prestigio de su inmutabilidad, este poder se derrumbaría cual castillo de naipes, habría perdido su rasgo distintivo y, a su vez, su insignia de poder.⁶ Por eso, *la autoridad de la Cosa Juzgada* es la esencia del acto de impartir justicia y sólo declina, excepcionalmente, cuando en un caso concreto se agravia a la justicia y a la realidad, atendiendo a que el procedimiento o, excepcionalmente, el contenido de la decisión firme son gruesamente espurios. Y aún así, la discusión sobre prescindir de ella en un caso concreto, aun cuando se trata de una situación singularísima, sigue siendo inacabada.⁷

Por todo lo expuesto, cuando el TC admite una demanda en la cual una de las pretensiones consiste en la anulación de sentencias sobre las cuales recae la autoridad de la Cosa Juzgada, lo mínimo que debería haber hecho es sustentar, en la resolución que admitió la demanda, las razones por las que asumía un riesgo y una responsabilidad de tal magnitud. Sin embargo, no lo hizo. Se reservó tal fundamento para la sentencia.

Ahora veamos cómo pulverizó la cosa juzgada.

IV. La “cosa juzgada constitucional” y la “cosa juzgada judicial”

— Un elemental examen del membrete —cosa juzgada constitucional— nos lleva a considerar la existencia de su contrario, la cosa juzgada inconstitucional. Dado que algo es inconstitucional en la medida en que entra en colisión con los postulados acogidos en la Constitución, aparece el primer inconveniente: imaginar que el estado de inmutabilidad al cual ha llegado una sentencia sea inconstitucional. Simplemente

⁶ “A ocorrência da coisa julgada material apresenta-se como o *centro* do direito processual civil, enquanto essa mesma coisa julgada material cria a *segurança jurídica intangível (unverrückbare Rechtssicherheit)* para a singularidade da pretensão de direito material que foi deduzida em juízo.

Em outras palavras: quando se forma, a coisa julgada material apresenta-se como o centro de todos os objetivos do direito processual civil, ao passo que a coisa julgada material, em si mesma, tem a força de criar imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo e resolvida pela sentença de mérito transitada em julgado. A coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo, vale dizer, ajuizada a ação e julgado o mérito, a coisa julgada material ocorrerá inexoravelmente.” (NERY JUNIOR, Nelson, “Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito”, en *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 709).

⁷ El Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió respetar la autoridad de la Cosa Juzgada en un proceso iniciado por una persona que hacía varios años había perdido otro en el que se le declaró padre. En el nuevo proceso el demandante había probado, con la excepcionalmente contundente prueba del ADN, que la imputación de paternidad era falsa.

no podemos hacerlo, todos los ejemplos que se nos presentan hacen referencia, más bien, a la existencia de una eventual afectación constitucional en el procedimiento seguido para obtener la decisión, en el contenido de la sentencia o, eventualmente, en sus efectos, pero jamás en la autoridad que ésta ha recibido.

Como todas las hipótesis de agravio a la Constitución están referidas a situaciones anteriores al momento en que la decisión alcanzó la autoridad de cosa juzgada resulta un imposible considerar que ésta puede ser inconstitucional, es decir, ya en el nombre —si su negación se torna inexistente, su afirmación soporta la misma dificultad, la de no ser— la institución creada se torna un fracaso.⁸

— La sentencia bajo análisis afirma que para que una decisión adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta la presencia de sus elementos formales y materiales.⁹ Entonces ¿qué se necesita? La respuesta viene a continuación y es sencilla pero, además, estremecedora: la sentencia debe, además, respetar las *interpretaciones* que sobre la Constitución haya hecho el TC y también sus *precedentes vinculantes*.¹⁰ ¿Y saben por qué es así? Porque las interpretaciones y los precedentes vinculantes del TC “constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos constitucionales”.

En consecuencia, de ahora en adelante todas las sentencias expedidas por los jueces adscritos al Poder Judicial, son *capitis diminutio*.¹¹ Así, por ejemplo, si se expiden

⁸ “Soa também inexata a locução ‘coisa julgada inconstitucional’. Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela *imutabilidade* —pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aquela e estes. Pois bem: se ‘inconstitucional’ significa “incompatible com a Constituição” (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenómeno que se tem em vista atribuindo à *coisa julgada* a qualificação de “inconstitucional”.

Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição è a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-à que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Directo Processual (Nona Série)*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 236 y 237).

⁹ “En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o en un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; ...” (Fundamento No. 68).

¹⁰ “Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, *no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada*” (Fundamento 69. El resaltado es del autor).

¹¹ “Con esto el Tribunal Constitucional puede desconfiar de todo y de todos, menos de sí mismo, puesto que nadie puede desconfiar de él (sus sentencias son irrecurribles). El juez ordinario siempre

en un proceso ordinario, el cual por organización competencial no es revisado por el TC, *sólo producirá cosa juzgada judicial*, es decir, una inmutabilidad de segundo nivel. Y esto debido a que, para su desgracia, dicha sentencia no recibió ni recibirá un examen de validez y legitimidad que, como acabamos de aprender, sólo puede ser dado por el TC.

En este contexto no va a ser extraño que alguna vez un litigante perdedor decida, varios años después que fue derrotado, pedirle al TC, sea en un proceso competencial o, por que no, en un proceso de amparo, que anule la sentencia añeja debido a que ésta ha transgredido un precedente que el TC impuso. Claro, algún ingenuo podría cuestionar el ejemplo y decir que tal situación no se puede presentar en tanto el plazo prescriptorio para intentar el amparo ya venció. Sin embargo, tal alegato no sería más que una *leguleyada*, si se le compara con el inmenso y profundo agravio a la quintaesencia del derecho peruano que ha significado apartarse de un precedente dictado por el TC. Por otro lado, si se alegara que la sentencia tiene ya algunos años de firmeza en su haber, tal cuestionamiento será también otra tinterillada dado que, en modo alguno, el tiempo transcurrido prohíbe o limita la posibilidad de resarcir el agravio profundo que ha sido proferido al derecho peruano cuando la sentencia de marras no reconoció la vigencia de un precedente vinculante del TC. No faltaba más.

Abandonamos el tema de la cosa juzgada describiendo las consecuencias que respecto de ella ha producido la sentencia comentada: al considerar el TC que es el único órgano en el país que puede concederle a las resoluciones la autoridad de la cosa juzgada, no ha tenido ningún escrúpulo en anular sentencias que habían quedado firmes y que, habiendo resuelto el fondo, habían recibido la autoridad de la cosa juzgada desde hace varios años. Esa autoridad, esencial para la existencia del Poder Judicial, como lo hemos expresado, no las salvó de su destrucción porque para el TC mucho más importante que reconocer y promover la autoridad de la cosa juzgada es sancionar a quienes se aparten de alguna de sus interpretaciones o de alguno de sus precedentes vinculantes. Para no creerlo.

tendrá que estar pendiente de sus decisiones interpretativas. Se acabó la disputa entre la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris* porque, a partir de ahora, sólo prima la *voluntas* del Juez constitucional. Y sus sentencias no es que tengan fuerza de ley, como a determinada clase de ellas les reconoce la Ley del Tribunal Constitucional alemán, sino que la ley tendrá la voluntad que este Tribunal le asigne". MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel, *La Justicia como problema. El Juez como administrador del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 216.

Si bien el comentario está referido a España, resulta significativo advertir la notoria coincidencia entre la conducta del Tribunal Constitucional español y el nuestro, con la diferencia que una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 5.1.) titula al TC español a actuar de esa manera. Ello convierte en más insólito aún, si esto es posible, la actuación del TC peruano a partir del contenido de la sentencia comentada.

— *El insólito Fundamento No. 40*.¹² Sin perjuicio de que el tema del precedente judicial es desarrollado más adelante, resulta importante destacar lo expresado en el Fundamento No. 40 porque, lo que allí se afirma, va a ser determinante para explicar lo que el TC piensa de sí mismo y, por cierto, lo que piensa de los demás poderes, entre ellos el Judicial.

Se dice en este considerando que el carácter vinculante de las sentencias del TC genera consecuencias que van ‘*más allá de los efectos de la cosa juzgada*’. ¿Habría querido decir el honorable TC que un precedente deja sin efecto la cosa juzgada? Sí, eso ha dicho. Mal expresado porque la frase ‘efectos de la cosa juzgada’ es conceptualmente discutible como se explica más adelante, pero la idea es esa. Se trata de una afirmación sin antecedentes en la doctrina y en el derecho comparado. Sin embargo, adelanto conclusiones de este comentario, diciendo que son argumentos como éste —afirmaciones no sustentadas— los que le permiten al TC desembarazarse, sin mucha angustia, de la autoridad de la cosa juzgada.

Dice también el fundamento comentado que la prevalencia del carácter vinculante de sus sentencias, se debe a “que su observancia es no sólo para las partes del proceso” sino para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares. Concediéndole al TC, preñado de dudas, el beneficio de la buena fe, estimo que esta afirmación se origina en su desconocimiento de la doctrina sobre la cosa juzgada y sobre el precedente judicial. Me explico.

La autoridad de la cosa juzgada es una institución de política judicial que otorga a aquella decisión que la ostenta un reconocimiento que alcanza a *todos*, es decir, debe ser respetada en todo el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual ha sido dada. La inmutabilidad que la autoridad descrita produce, entonces, es importante precisamente porque escapa al ámbito procesal, a la sola relación entre las partes. Un ejemplo: en un proceso de reivindicación entre ‘A’ y ‘B’ la Corte Suprema declara que ‘B’ es el propietario. ¿Esa sentencia proyecta su autoridad de cosa juzgada sobre ‘C’, quien se considera propietario del bien que ha sido declarado de ‘B’? Sí se proyecta porque la autoridad de la cosa juzgada es *erga omnes*. Sin embargo, como ‘C’ no ha participado del proceso, los *efectos* de la sentencia no le alcanzan, por eso sí podría demandar a ‘B’, quien al defenderse no podrá oponerle a ‘C’ los efectos del proceso anterior. Esta diferencia entre autoridad y eficacia es esencial para no derrapar en materia de cosa juzgada.

Lo descrito nos permite comprender el gravísimo error dogmático que contiene el fundamento estudiado. El cotejo entre cosa juzgada y precedente tomando como

¹² “40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del TC genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones —*ratio decidendi*—. Ya en sentencia anterior el Tribunal ha señalado que: ...”

criterio para hacerlo su alcance o limite subjetivo, considerando que el primero sólo alcanza a las partes y el segundo abarca mucho más, es como comparar una rosa con una pelota a partir de sus funciones didácticas. Ni la cosa juzgada es *inter partes* como se afirma, ni el precedente tiene eficacia *erga omnes*, como también se dice con ligereza. El tema de a quién o a quiénes alcanza los efectos de una decisión judicial firme corresponde ser analizado a partir de una institución que se conoce como “los límites subjetivos de lo juzgado”, tema que, a su vez, tiene que ver con la *eficacia de la sentencia*, en ningún caso con la cosa juzgada y mucho menos con el precedente judicial.

Sin perjuicio de su desarrollo posterior, quisiera compartir un dato respecto del cual la sentencia comentada prescinde totalmente: en los países donde el llamado precedente vinculante o la doctrina del *stare decisis* tiene una importancia significativa, es decir, vincula al juez inferior, en ningún caso tal conexión significa que lo aturde al punto de que a éste le está vedado discernir sobre la aplicación o no de un precedente. Es decir, en el *common law* es perfectamente válido que un juez se aparte del precedente que le ha sido invocado si, entre otras razones, considera que de emplearlo puede provocar un desastre.¹³

Dejó constancia que el Fundamento No. 40 es uno de los más importantes de la sentencia estudiada, es casi su *ratio decidendi*,¹⁴ sin embargo, por su contenido no debería trascender sino más bien ser prontamente sepultado en el olvido, como *Rookes v. Barnard*.

— Todo lo expresado por el TC sobre la autoridad de la cosa juzgada puede ser sintetizado afirmándose que, en su concepto, hay dos expresiones de ella, una, circunstancial y pasible de ser enervada en cualquier momento (*sine die*), ésta es *la cosa*

¹³ En Inglaterra, la Corte de Apelaciones en el caso *Broome v. Cassell* (1971) no siguió el precedente establecido por la Casa de los Lores en *Rookes v. Barnard* (1964) afirmando lo siguiente: “Creemos que las dificultades presentadas por *Rookes v. Barnard* son tan grandes que los jueces tendrían que dirigirse al jurado según el derecho como fue entendido antes de *Rookes v. Barnard*. Cualquier intento de seguir obligatoriamente *Rookes v. Barnard* lleva obligatoriamente a confusión”. Como se aprecia, el apartamiento de un precedente en países donde funciona la doctrina del *stare decisis* es posible si se fundamenta. Sólo en el Perú —si no hacemos algo pronto con la sentencia en comentario— un precedente va a ser tanto o más importante que una ley del Congreso (sobre cuyo incumplimiento una persona puede ser demandada o procesada, según el caso, salvo que la pretensión o acción penal haya prescrito), en tanto el tiempo no reduce su efecto predador, por lo menos según la curiosa teoría del TC.

¹⁴ “En función de las exigencias, la *ratio* puede ser identificada como la regla jurídica situada en la base de la sentencia, con la justificación expresa de la decisión, con el principio jurídico implícitamente presente en el proceso justificativo realizado por el juez, o con el concepto normativo a propósito del cual, con mayor o menor fundamento, será sucesivamente citada la propia sentencia. De ésta se puede hacer, pues, un uso bastante articulado; cuál de esas perspectivas prevalecerá luego en concreto depende esencialmente del contexto” MORETTI, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en GALGANO, Francesco (coordinador), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Madrid, Fondo de Cultura del Notariado, 2000, p. 39.

juzgada judicial, y otra, que podría ser calificada como la auténtica, en el sentido de que es la única que otorga inmutabilidad y prestigio social a la decisión, esa es *la cosa juzgada constitucional*.¹⁵

Ésta es la razón por la que en el Fundamento No. 70 el TC afirma que lo que la Constitución regula en su artículo 139, inciso 2º es la cosa juzgada constitucional,¹⁶ en tanto ésta sólo existirá cuando una sentencia, además de haber cumplido con todos los requisitos conocidos, es conforme a las interpretaciones realizadas por el TC y a sus precedentes vinculantes. Y no se crea que la afirmación que acaban de leer está referida a los procesos constitucionales que discurren preliminarmente por el sistema judicial, esa sería una interpretación restrictiva que disminuye el poder de poderes que el TC considera tener, es decir, un sinsentido.

El nuevo dogma de la cosa juzgada constitucional y su sucedánea, la cosa juzgada

¹⁵ En ánimo de no complicar los conceptos, es bueno precisar, aunque sea brevemente, que la llamada cosa juzgada constitucional sería un nombre incorrecto porque una institución de política judicial como la cosa juzgada no puede referirse al contenido de las resoluciones que han recibido su prestigio en tanto ello está ligado más bien a su eficacia. Inclusive reconocer una cosa juzgada constitucional importaría tener que admitir una cosa juzgada laboral, familiar, contencioso administrativa y todas las demás.

Sin embargo, suele emplearse el concepto cosa juzgada constitucional para referirse a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad en donde el decisorio impide que lo decidido se vuelva a discutir. Dejamos constancia que inclusive ese uso restringido sería también errado en tanto hace referencia al contenido de la sentencia constitucional y no a la autoridad que subyace en ella.

“A diferencia de ello, la cosa juzgada constitucional se refiere a la incompetencia de la Corte Constitucional para conocer de nuevo de un cargo de inconstitucionalidad contra una norma, ya decidido favorable o desfavorablemente por ella”. BERNAL PULIDO, Carlos, “El precedente constitucional”, en *Memorias del V Congreso de Derecho Constitucional y Administrativo*, Lima, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 142.

¹⁶ “70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2º, es *la cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de los valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. *Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales*” (el resaltado es del autor).

“ART. 139.—*Principios de la administración de justicia.* Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. (...)
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia (...)

3. (...)

judicial, es aplicable a todos los procesos, la circunstancia de que los ordinarios no lleguen al TC juega en su contra, en tanto sólo reciben cosa juzgada judicial, un remedio de cosa juzgada que puede ser enervado por vía de amparo o cualquier otra técnica procedimental como, por ejemplo, ¡el *certiorari*!, próximo *aggiornamento* del TC, si el Congreso se descuida. Como se sabe, el TC viene proponiendo modificaciones constitucionales que ya circulan en las comisiones respectivas del Congreso, en ellas está solicitando que le permitan elegir los casos que conocería.¹⁷ No está demás adelantar que con ello, irónicamente, la cosa juzgada sólo va a existir en el Perú en casos absolutamente excepcionales, aquellos en los que el honorable TC decida depositar su atención y esparcir justicia constitucional.

Con lo expresado en la sentencia comentada y la incorporación del *certiorari*, se consagraría una suerte de impartición de justicia democrática totalitaria, en tanto, sin salirnos de un Estado de derecho formal, contaremos con un tribunal que puede revisar todo o nada del sistema judicial, a fin de colocarse en la cúspide de la toma de decisiones, sobre la base, no expresada pero implícita, de que todas las sentencias judiciales son precarias en tanto no han sido revisadas por él.

Por otro lado, atendiendo a que, según la sentencia comentada, la norma constitucional sólo se estaba refiriendo a la constitucional cuando se refería a la cosa juzgada, ¿podría concluirse que todas las sentencias judiciales expedidas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1993 son pasibles, teóricamente por lo menos, de revisión ante el TC? Si así fuera, ¿tiene conciencia el TC de la puerta que ha abierto?

— Revisemos ahora los dos fundamentos por los cuales, según el TC, la cosa juzgada judicial es una institución inconsistente y precaria en tanto no ha recibido su consagración (uso el concepto en su acepción religiosa no formal) por parte del TC. Consagración que sólo ocurre cuando la sentencia judicial supera los dos test de validez y legitimidad que la sentencia comentada impone: la interpretación correcta (es decir, que no contradiga una interpretación del TC) y su falta de colisión con algún precedente vinculante, del TC claro está.

IV.1. El test de la “interpretación correcta”

Ha quedado definido por el TC que no cabe interpretación de lo que él interpreta. Esto significa que, con el correr del tiempo, lo único que podría ocurrir es un he-

¹⁷ La propuesta de reforma constitucional, promovida por el TC, actualmente en la Comisión de Constitución del Congreso referida al *certiorari*, dice lo siguiente:

“ART. 202.—El Tribunal es competente para:

(...)

4. Resolver en último grado los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver según los criterios que señale la ley.

(...)”

cho excepcional: que el TC recibiera un caso en el que un juez insolente se hubiera apartado ‘irresponsable y temerariamente’ de su interpretación. Y aquí viene el milagro: que una vez revisado el expediente en lugar de la anulación inmediata y categórica, el TC, luego de una profunda autocrítica, decida variar su interpretación. Está posibilidad, muy peligrosa para el *stablishment* impuesto por el TC, importaría que éste empezara reconociendo que se ha equivocado y eso, para quien ha asumido con exclusividad y por autoimposición la tarea de decidir lo que es Derecho en el Perú, sería muy grave.

A nivel dogmático, por otro lado, dificulto que haya una obra valiosa en el último cuarto de siglo que, al tratar el tema de la interpretación jurídica no describa —pero, cuidado, sólo en el capítulo referido al tratamiento histórico del tema— la tesis surgida durante el apogeo del Iluminismo racionalista —específicamente de un sector del positivismo clásico— según la cual, toda norma jurídica tiene ‘una y sólo una interpretación correcta’ y que, por tanto, las técnicas de interpretación deben tener como objetivo permitirle al usuario (juez, abogado, profesor, estudiante) llegar a la meta deseada, la única, exclusiva y excluyente: la ansiada interpretación correcta.¹⁸ Por cier-

¹⁸ Comentando el contenido ideológico de dicha posición, Marina GASCÓN ABELLÁN y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA dicen: “Esta concepción de la interpretación permite mantener la tesis de la *unidad de solución correcta*: el ordenamiento contempla una y sólo una respuesta correcta para cada conflicto jurídico que puede ser recabada (o descubierta) a través de la interpretación. Pero no sólo porque cada norma admite una única interpretación correcta (la coincidente con su significado propio), sino también porque el ordenamiento se concibe como pleno y coherente, de manera que en caso de lagunas existen reglas de integración (la *analogía legis* y la *analogía iuris* o principios generales del Derecho) y en caso de antinomias criterios para su resolución (los criterios de la *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*) que permiten mantener la existencia de una única interpretación correcta.

En suma, en la ideología formalista los problemas de aplicación judicial del Derecho son sólo problemas interpretativos resolubles mediante técnicas jurídicas. Cobra aquí sentido la distinción entre casos fáciles y difíciles, que se cifra en la necesidad o no de interpretar. Estamos ante un *caso fácil* cuando la letra de la ley no plantea problemas, por lo que ni siquiera es necesaria la interpretación. Estamos ante un *caso difícil* cuando el texto legal plantea problemas (ambigüedad o vaguedad) o se presentan lagunas o antinomias. En estos supuestos es necesario interpretar, pero el juez dispone siempre de métodos de interpretación o de guías que garantizan la objetividad de la decisión.

Por lo demás, el modelo formalista del juez automática presenta a éste como un sujeto que actúa con total independencia y objetividad y al que, por lo tanto, no cabe exigir responsabilidad política. Es, pues, un modelo *ideológico* que legitima como neutral cualquier decisión interpretativa: si la actividad judicial responde a una técnica mecánica, si la interpretación es una operación cognoscitiva y en este sentido objetiva, es evidente que el juez (el buen juez, se entiende) es, como el científico, un sujeto que desempeña su labor sin proyectar en ella intereses ni pasiones. Frente a la legislación, que es el ámbito de la política, las valoraciones, la ideología y los intereses, la jurisdicción aparece como el ámbito de lo estrictamente reglado. (*La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005, pp. 112 y 113).

Apoyándose en la autoridad de AARNIO, Milagros OTERO PARGA sustenta la ambigüedad de la llamada interpretación correcta de la siguiente manera: “Aulis Aarnio proporciona un análisis distinto de la

to, se trata de una teoría en absoluto abandono, a pesar de lo cual acaba de ser reivindicada por el TC, probablemente sin quererlo pero como consecuencia de su desbordante autoestima.

IV.2. El test del precedente vinculante

El así llamado precedente vinculante se ha convertido en el instrumento por el cual el TC no sólo consolida sus ideas jurídicas como las guías maestras de lo que debe ser el derecho nacional, sino también, en tanto fuese necesario, es el instrumento que permite declarar la ineficacia de todos aquellos escarceos jurídicos hechos por jueces inferiores —o sea, por cualquier juez, incluida la Corte Suprema— que pretendieran desobedecer las líneas de conducta trazadas —supongo a fuego emanado de fragua sagrada— por el TC.

Para sustentar esta temeraria afirmación, el Fundamento No. 36 de la sentencia contiene,¹⁹ dicho esto con todo respeto, una nueva falacia. Como la Constitución le ha encargado al TC su control, el de la constitucionalidad de las leyes y, además, ser grado final de fallo o instancia única en los procesos constitucionales, éste considera que sus

cuestión de la única respuesta correcta. Según él, este concepto es ambiguo en sus dos versiones: la fuerte y la débil. La primera de ella defiende que para cada caso concreto existe una respuesta correcta que además puede ser encontrada. La respuesta está oculta y la habilidad del juez consiste en hacer explícito lo implícito. Desde la perspectiva de la versión débil existe una única respuesta correcta, pero ésta no puede detectarse siempre. Entre los problemas que plantea esta segunda posibilidad destacan dos: primero ¿cómo se puede llegar a esta respuesta?, segundo ¿es posible estar seguros de haber llegado?

De una manera u otra, estas dos hipótesis sostienen la posibilidad de una única respuesta correcta. Sin embargo, el autor de las mismas, Aarnio, sostiene lo contrario. Afirma que no puede haber respuesta correcta única, y por lo tanto es preciso abandonar tanto la tesis fuerte como la débil. No niega que en un Estado de Derecho sea muy importante la certeza, pero entiende que ésta se garantiza a través de otros medios como son: la división de poderes, la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, la separación entre el derecho y la moral, y el adecuado razonamiento jurídico motivador de las sentencias. Acepta que 'la arbitrariedad y la toma de decisiones al azar son ajenos a la concepción europea del derecho y de la justicia'. Pero a su entender esto no significa, sin embargo, que cada caso particular tenga una respuesta correcta y sólo una. Por el contrario, la idea de razonamiento jurídico racional sólo presupone que las decisiones están (tan) bien argumentadas como sea posible. Nuestra expectativa (de certeza) concierne a la mejor justificación posible, no a soluciones absolutamente correctas." ("La cuestión de la única respuesta judicial correcta", en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, ed. Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela, Santiago de Compostela, Imprenta de la Universidad, 2004, p. 307).

¹⁹ "36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares."

sentencias “no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares”.

La frase citada no usa la palabra “desconocer” en el sentido de no estar enterado sino, como bien sabemos, en su acepción jurídica que es significativamente más grave: está diciendo que todos deben obedecerla, es decir, que todos están vinculados por su contenido, al punto tal que si alguna vez —no importando que tan lejana sea la fecha— alguien actúa o deja de actuar en contradicción con alguna de ellas, deberá sufrir sus consecuencias. La falacia está dada por el hecho de que la sentencia parte de la premisa de que el apartamiento (desconocimiento) de sus decisiones determinará una sanción de nulidad sobre la posición jurídica favorable de quien así se comporte, sin que exista el conector lógico —que, a la sazón, deberá también ser jurídico— que permita extraer tal conclusión de tal antecedente, es decir, estamos ante un razonamiento inválido. Me explico, ¿cuál es el fundamento jurídico por el cuál la decisión que se aparta de una del TC deviene nula? No está en la Constitución y, que sepamos, tampoco en ninguna otra norma del derecho positivo peruano.

Lo curioso del argumento es que en los Fundamentos posteriores (Nos. 37, 38 y 39) el TC ya no hace referencia a todos los procesos en los que interviene, sino sólo a los de inconstitucionalidad que, sin duda, permiten una posibilidad distinta de actuación por parte del Tribunal, como ocurre en la jurisdicción constitucional comparada.²⁰ Este es un defecto que se va a convertir en una constante en la actuación del TC peruano, y consiste en utilizar, de manera genérica para todos los procesos constitucionales, criterios que en la doctrina y jurisprudencia comparadas se usan para los procesos de inconstitucionalidad. Digamos que es una interpretación extensiva por contrabando, en tanto no hay un enunciado normativo al cual se le haya ampliado su base de aplicación por medio de alguna técnica argumental.

— Compartiré algunas afirmaciones sobre el precedente con el propósito no sólo de proveer una idea general sobre lo que realmente es y permite este instituto, sino, sobre todo, para que luego cada quien haga un cotejo sobre lo que el TC cree que son sus precedentes vinculantes.

Primero, resulta imprescindible precisar dos categorías que, presentadas comúnmente como si significaran lo mismo, genera una confusión que es necesario evitar. El

²⁰ “Al igual que el Tribunal Constitucional alemán, nuestro TC, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, ha ido ‘inventando’ resoluciones que despliegan efectos no previstos ni constitucional ni legalmente.” (RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 68).

La clasificación de las sentencias en manipulativas, aditivas o interpretativas es, como se sabe, un desarrollo del Tribunal Constitucional y de la doctrina italianas para los procesos de inconstitucionalidad. Sin embargo, en el Perú este criterio clasificatorio resulta incorporado a cualquier proceso constitucional con todos los peligros que tal acto conlleva.

precedente, en primer término, es una institución que cuando está presente en un ordenamiento jurídico tiene la calidad de fuente de derecho (esto ocurre en casi todos los conocidos), que podrá ser primaria o secundaria, según como se asiente en la familia jurídica —para usar la categoría de David—²¹ que lo asuma. El *stare decisis*, en cambio, es la regla de derecho por la cual un precedente tiene fuerza vinculante en una familia jurídica determinada.²²

En segundo lugar, comúnmente, suele hacerse referencia al precedente en el ámbito judicial, lo cual tiene mucho sentido, pues es donde se ha desarrollado y afirmado en el derecho comparado.²³ Sin embargo, el tema materia de este trabajo está referido

²¹ DAVID, René, *Os grandes sistemas do directo contemporaneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

²² “Fra le differenze che più colpiscono chi si accinga a studiare comparativamente le fonti del diritto nei paesi di common law ed in quelli di civil law, un posto di spicco spetta senz’altro al ruolo del precedente giudiziario. Accogliendo per ora una comune proposizione descrittiva, può affermarsi che negli ordinamenti di common law alla giurisprudenza spetta un ruolo di fonte primaria, mentre in quelli di civil law essa è relegata al più nell’ambito delle fonti secondarie.

Al diverso status della decisione giurisprudenziale sembra logico seguano diverse conseguenze sul piano del regime giuridico: la più nota fra queste è raccolta nella massima, sconosciuta alla tradizione continentale, *stare decisis et non quieta movere*, *stare decisis* è sinonimo di valore vincolante del precedente giudiziario. I sistema di common law condividono fra loro questa caratteristica istituzionale sconosciuta, salve eccezioni quasi trascurabili, nella tradizione romanista.

Il principio *stare decisis* è sovente additato come una delle più profonde caratteristiche del common law. I comparatisti, per esempio, utilizzano questa appariscente diversità nell’individuare la famiglia giuridica di appartenenza dei cosiddetti diritti misti. La massima condensa in sé un modello di risposta istituzionale ad una domanda sociale che si è fatta sentire a diversi stadi della evoluzione di ogni sistema giuridico: la certezza del diritto. Sul continente, si è coltivata l’illusione di una codificazione onnicomprensiva destinata ad un’applicazione meccanica da parte del giudice, tale da consentire un’organizzazione sociale sub lege e non sub homine; pressapoco nello stesso torno di anni la dottrina del precedente vincolante (*stare decisis*) venne elaborata in Inghilterra (e negli Stati Uniti) in tutta la sua portata.

Mentre, tuttavia, sul continente fu sufficiente osservare criticamente il metodo di lavoro dell’*école de l’exegèse*, che continuamente integrava un codice lacunoso, per abbandonare quella particolare illusione, la leggenda dello *stare decisis* attira ancor oggi, e senza segni di ribasso, l’attenzione dello studioso anglo-americano. Per il comparatista, poi, esso è uno dei luoghi privilegiati d’osservazione.” (MATTEI, Ugo, Voz: “Precedente giudiziario e *stare decisis*”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, Quarta Edizione, Torino, Utet, 1997, Tomo XIV, p. 148).

²³ “Observando i tratti che caratterizzano il common law si è già accennato alla autonomia dei giudice delle corti regie, grupo elitario formato sulla pratica dei casi e cooptato nella carriera. Ed è proprio la struttura del mecanismo di cooptazione che favorì la precoce (rispetto a qualsiasi altra esperienza nel continente europeo) affermazione di autonomia del ceto dei giudice rispetto al potere politico ed al sovrano.

Non si può comprendere il significato dell’affermazione secondo la quale il sistema inglese si fonda sulla ‘Rule of Law’ se non si muove dal riconoscimento della autonomia del diritto (law) rispetto al potere. Di tale insieme di regole i giudici sono i ‘custodi’, nel senso che le loro sentenze ‘trovano’ il principio giuridico preesistente al caso e ‘comune’ ai popoli di Inghilterra. Tale costruzione, si noti, consente al contempo di legittimare la decisione del giudice, che si fonda sul riconoscimento di una sorta di consue-

al precedente constitucional que, sin duda, tiene una importancia y características muy particulares. Hay más de un siglo de diferencia entre la aparición del precedente judicial y de los tribunales constitucionales —al margen de las diferencias geográficas, históricas y jurídicas en la aparición de uno y otro—; lo anotamos porque en la actividad de estos últimos se inserta la considerable importancia que ha adquirido recientemente el precedente, al punto de ostentar hoy una indiscutible autonomía el concepto precedente constitucional. Sin embargo, lo que resulta un dato, en ningún caso desdeñable, es que en el *common law*, específicamente en el derecho norteamericano, un sector de la doctrina suele considerar que el *stare decisis* —el efecto vinculante del precedente— tiene una importancia relativa.²⁴

El precedente vinculante u obligatorio, entonces, en los términos de un mandato

tudine praticata, e di mantenerlo in una posizione di immunità rispetto al potere politico. Se il giudice trova, e non crea, il diritto, le interferenze politiche con il suo operato saranno meno agevoli. È evidente che tale legittimazione del ruolo del giudice, che può valere in una società evoluta quale deviene quella inglese a partire dal XIV secolo; ma è in ogni modo rilevante che l'epoca formativa sia stata contrassegnata da tale lettura, che ha potuto fornire, come si è detto, forte legittimazione all'operato delle corti. [...], l'aumento della complessità porterà i giudici a ricercare una ulteriore fonte di legittimazione nel ricorso al precedente, e nell'affermazione del principio per il quale il giudice si atiene ai casi decisi [*stare decisis et non quieta movere*].

Quanto detto spiega alcune caratteristiche della sentenza di common law, e in particolare:

- la cura nel riportare per intero il testo della sentenza, en el describere in modo dettagliato i fatti che hanno originato la questione;
- il fondamento della decisione su di un principio che si ritiene 'ragionevole' formalizzare nella sentenza, e che dovrà ispirare analoghe decisioni future;
- la distinzione fra il principio di diritto che il giudice (o il collegio) pronuncia nella sentenza, detto [*ratio decidendi*], e le altre frasi, narrazioni di fatti, considerazioni [*obiter dicta*], che pur interessando il caso ed essendo riportate nel testo della decisione, non ne formulano il principio di decisione;
- la possibilità che uno o più giudici del collegio dissentano in merito alla decisione asunta dalla maggioranza [*dissenting opinion*]. (AJANI, Gianmaria, *Sistema Giuridici Comparati. Lezioni e materiali*, Torino, G, Giappichelli, 2005, pp. 97 y 98).

²⁴ “Al menos entre los autores el nivel de indiferencia hacia (o inclusive de disgusto por) el *stare decisis* echa sus verdaderas raíces en otro sitio. En parte está en función de la filosofía constitucional que sostiene cada autor. Aquellos que, como el Profesor Tribe, declaran que las cláusulas constitucionales clave poseen ‘textura abierta’ y ‘descubrible’ reconocen la naturaleza contraproducente de toda insistencia sobre el *stare decisis*.”

Esto es verdad, a fortiori, respecto de quienes ven a la Corte Suprema como un ‘médico’ responsable por el cuidado permanente de un paciente ‘vivo’, y uno tiene esperanza de que además esté ‘robusto’ [la Constitución]; difícilmente puede esperarse que ellos reciban con los brazos abiertos los dedos huesudos de la mano muerta del pasado que se entrelazan en la garganta del paciente. Además, el *stare decisis* es simplemente una inoportuna molestia para los autores cuyo interés se centra alrededor de los límites externos y en los expansivos territorios del derecho constitucional. Como estos autores creen que sus construcciones constitucionales favoritas no será demolidas, están empeñados en racionalizar la materia restante de acuerdo con sus creencias individuales. Tal proceso necesariamente involucra algunos aparta-

inexorable que debe ser seguido “sin dudas ni murmuraciones” o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no lo reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo. En el *common law*—sin perjuicio de que su intensidad varíe en cada país— se acogió la doctrina del *stare decisis* que, como se ha descrito, importa que el juez inferior *debe* decidir un caso sometido a su competencia atendiendo al fundamento expresado por el juez superior en un caso anterior similar o idéntico o, respecto del cual, se presente una cuestión jurídica análoga. Es, como se advierte, una especie de *f fuente de derecho para un caso concreto*. Sin embargo, en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente.²⁵

La doctrina del precedente y los límites de su vinculación son fundamentalmente temas que deben analizarse a partir de la teoría del derecho. La tesis acogida por el TC, aunque sin citarla y mucho menos fundamentarla, como ya se expresó, parecería ser que la Jurisprudencia ha pasado a ser una fuente primaria en el derecho peruano y, en consecuencia, tanto o más importante que la ley. Antes de continuar y en la hipótesis de que lo expresado fuera cierto, ¿el TC puede cambiar el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano?, ¿alguien puede tener duda de la gravedad que significaría aceptar una respuesta afirmativa?

En doctrina suele afirmarse que el fundamento del precedente es el principio de igualdad, entendido como el derecho que tienen los justiciables a recibir decisiones idénticas ante situaciones jurídicas similares.²⁶ Siendo así, un tema pendiente de la

mientos de precedentes, y estos autores están dispuestos a abandonar el *stare decisis* ante la oportunidad de alojar sus propias elucubraciones dentro de la Corte.

De modo más fundamental, el rol mínimo que el *stare decisis* cumple en casos constitucionales refleja la correspondiente debilidad que la doctrina posee en la esfera del *common law*. El decano Levi postula que la doctrina norteamericana del *stare decisis* permite a un tribunal realinear casos anteriores conforme ese tribunal percibe los hechos relevantes; la percepción de los hechos del tribunal que establece el precedente, o las doctrinas en función de las cuales se resuelve el caso, o las teorías operativas no obligan al tribunal que con posterioridad debería aplicar el precedente.” (MONAGHAN, Henry P., “Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio”, *Maryland Law Review*, vol. 39, 1979, n. 1, p. 2, en *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina* No. 0003/010404, trad. Alberto F. Garay).

²⁵ “Um precedente judicial pode ser seguido em um caso posterior por possuir considerável poder de persuasão. A pesar de não possuir caráter cogente, dada a excelência do seu fundamento, é aprovado e seguido no caso posterior.

De outro lado, um precedente deve, em regra, ser seguido se, verificada a hierarquia das cortes envolvidas, estão presentes os lineamentos da doutrina do *stare decisis*.

Todavía, mesmo no segundo caso, a própria doutrina do *stare decisis*, desenvolvida com o passar dos anos pela tradição do *common law*, prevê técnicas ou circunstâncias que, cuidadosamente analisadas, implicam a não aplicação do precedente, muito embora, à primeira vista, pareça ser ele de seguimento obrigatório. (ALVES DIAS DE SOUZA, Marcelo, *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*, Curitiba, Juruá Editora, 2006, p. 142).

²⁶ Por cierto que la igualdad a la que se refiere la doctrina no es la igualdad sustancial sino aquella referida a la identidad entre los hechos y el derecho del precedente y los del caso en donde será aplicado.

sentencia comentada ha sido cotejar el principio citado con la independencia judicial, es decir, con la potestad del juez de resolver los casos atendiendo a lo dispuesto en la ley y las otras fuentes del derecho (costumbre, jurisprudencia, etc.) que su criterio (razonabilidad, experiencia y concepción del mundo) le permita emplear para resolver el caso concreto.²⁷

Para no extendernos innecesariamente en el tema, lo que ahora importa es precisar que en los países donde el precedente vinculante es esencial (los del *common law*), en tanto el derecho es creado judicialmente debido a que no se privilegian los ordenamientos escritos extensos y ampulosos (leyes, códigos, etc.) como los del *civil law*, la vinculación no es ni absoluta y tampoco, como ya se anticipó, provoca sanciones como consecuencia de su apartamiento.²⁸ En estricto, lo que existe es el precedente relativamente vinculante, en tanto el juez puede apartarse de un precedente si lo considera incorrecto para el derecho o para la razón, inclusive hay instituciones procesales

Si no fuera así, los famosos casos de *Dred Scott v. Sanford* (1857) o *Plessy v. Ferguson* [1896] (separate but equals) —claras expresiones racistas de la Suprema Corte de los Estados Unidos— no hubieran servido como precedentes.

²⁷ “En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley. De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar.

Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amañó resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera.

Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto del otro dentro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios —igualdad e independencia judicial—, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.

La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho a seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis S.A, 2006, pp. 203 y 204).

²⁸ El Juez Brandeis dijo en *Burnet v. Colorado Oil*: “El *stare decisis* no es, como la *res iudicata*, un mandato universal, inexorable. Aun cuando tiende a la consistencia y uniformidad, no es inflexible. Si debe ser seguido o apartarse de él es una cuestión enteramente a discreción del tribunal que es llamado de nuevo a considerar la cuestión”.

que le permiten sustentar tal separación.²⁹ En consecuencia, una afirmación como la expresada por el TC en el Fundamento No. 43 carece de antecedente en el *common law* y, por cierto, en la sana doctrina sobre la materia.³⁰

Y un tema final sobre el precedente judicial. En los países de la familia del *common law* es tan importante que se le reconoce como el instrumento idóneo para permitir que los jueces provean de uniformidad a la jurisprudencia y, sobre todo, para producir reglas de derecho que, posteriormente, suelen ser traducidas al lenguaje normativo por el Congreso y, aunque eso no ocurriera, suelen ser reconocidas como normas jurídicas por los jueces, abogados y, en suma, por el tejido social. En otras palabras, en dichos sistemas el precedente se comporta como una fuente de derecho primaria. Pero esto ocurre, fundamentalmente, porque siendo un derecho creado en los estrados judiciales, sus jueces personifican la razón fundamental del prestigio de sus decisiones.³¹

Como se conoce, no es extraño citar a jueces entre los juristas norteamericanos más importantes (Oliver Wendell Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Stone, entre otros), situación que es absolutamente extraña en el *civil law*, verbigracia el caso peruano. Que cada lector haga un cotejo de lo que esto significa en la hora actual en el Perú. Aunque, colaborando con la comparación, no deja de ser patético que ni siquiera es-

²⁹ Nos referiremos a dos. El *distinguishing* es una técnica que permite al órgano jurisdiccional de grado inferior reducir la vinculación al precedente judicial invocado, e inclusive eliminar cualquier afectación de éste al caso por resolver, acreditando que hay hechos distintos en la configuración de la *ratio decidendi* respecto de los hechos del caso a ser resuelto.

La regla jurídica *Cesante ratione, cessat ipsa lex* suele ser empleada también por el órgano inferior para apartarse del precedente judicial, afirmando que las circunstancias extra jurídicas que rodean al caso (sociales, políticas o económicas) han variado sustancialmente, por lo que la identidad indispensable para la aplicación del precedente ha desaparecido.

³⁰ “43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.”

³¹ “Nuestro derecho es de sistema legislado, parte de la legislación y la interpreta para aplicarla. Aún los más acérrimos defensores del nuevo derecho tienen como referente a la ley. La jurisprudencia en Colombia siempre ha sido y sigue siendo criterio auxiliar de interpretación. Los precedentes se imponen por su consistencia, contenido y racionalidad. Imponerlos por la fuerza priva al derecho de su vitalidad. De otra parte nadie puede asegurar que la tesis del precedente sea por sí misma mejor o más justa ni más jurídica. En la práctica judicial los precedentes son generalmente acatados sin necesidad de mandato constitucional, con lo que se logra el propósito de unificar la interpretación de la ley. Darle valor de fuente de derecho al precedente implica asimilarlo a la ley”. MONTROYA, Ana María, “Delante de la ley. Variaciones sobre un tema de Kafka a propósito de la polémica entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en *V Jornadas de Derecho...*, op. cit., p. 49.

tos grandes hombres fueron capaces de proponer que sus fundamentos fueran precedentes que vincularan con marca de hierro a los jueces inferiores, como César Landa y mis amigos Javier Alva y Magdiel Gonzáles, entre otros, pretenden de sus fallos.

V. El así llamado “conflicto de atribuciones por menoscabo”

Ya describimos al inicio que la normativa vigente en sede nacional no admite que los actos jurisdiccionales, como la sentencia, puedan ser objeto de la pretensión en un proceso competencial. Sin embargo, aceptando la hipótesis negada de que la sentencia, el resultado de la función jurisdiccional, pueda convertirse en materia de un proceso competencial, sería imprescindible reducir su trascendencia y universalidad, y no alcanzo a comprender cómo podría lograrse ello. Sin hacerla perder su esencia, sin desvirtuarla. Me explico.

En un Estado de Derecho la función del Poder Judicial es actuar como un órgano de cierre de las decisiones que se tomen al interior de cualquier órgano o institución particular o de la organización estatal. Por esta razón, por ser el último sin ser el menos importante (*last but not least*), no existe manera de discutir fuera del ámbito judicial su eventual actuación ilegítima, luego de haber adquirido firmeza, en tanto es precisamente el acto jurisdiccional por medio del cual se expresa, en nombre del Estado, la *decisión definitiva y última* de un conflicto o estado de incertidumbre con relevancia jurídica, social o política, inclusive cuando éste es originado por otro Poder.

Si se aceptara la posibilidad de cuestionar sus decisiones firmes, todo el sistema de solución de conflictos se volvería vulnerable y entonces avanzaríamos raudamente al abismo como sociedad organizada. Un ejemplo: un juez es quien decide en definitiva si un reglamento expedido por el Ejecutivo puede o no ser aplicado. Si esta decisión ya no es definitiva porque puede abrirse la discusión en otro ámbito, el Judicial se habrá convertido en un órgano administrativo más, habrá renunciado a sus fines y los particulares habrán perdido la última posibilidad de frenar los abusos que sobre ellos pueden perpetrar quienes ejercen el poder.

Sabiendo el TC que está entrando en terreno vedado, hace uso de su “poder creativo” —que por cierto nadie le ha concedido, por lo menos en los términos en que cree tenerlo— y reconoce que el proceso competencial que va a resolver es distinto a cualquiera que alguna vez haya resuelto.³² Luego de lo cual le pone nombre a lo que va a resolver. En efecto, desde la sentencia en adelante, aparece la materia de la pretensión: un *‘conflicto constitucional por menoscabo’*. Éste no consiste, por cierto, en la afecta-

³² “17. En la jurisprudencia del TC se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias”. “19. Esta reseña no agota el catálogo de las formas en que puede manifestarse un conflicto constitucional. (...)”.

ción de una competencia —claro, en el caso del Poder Judicial sería una afectación imposible a través de un *¡¡¡proceso judicial precisamente!!!*—, sino se convierte en conflicto la manera cómo el Judicial ha ejercido su competencia.

Por esa razón, es fundada la demanda porque, según el TC, el Poder Judicial por medio de su expresión natural, sus sentencias, ha lesionado atribuciones constitucionales ajenas. ¿Cuáles? Según la demanda, son las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en los incisos 1. y 9. del artículo 118 de la Constitución.³³ ¿Eso ha ocurrido? Veamos.

¿Un juez en el Perú puede controlar la actuación del Ejecutivo? Por supuesto. Para decirlo en términos de una reconocida dogmática constitucional, un juez controla la vigencia, la validez formal y la validez esencial de las normas, es decir, controla que la estructura formal de una norma cumpla con los requisitos esenciales para que adquiera la calidad de acto normativo, también su correspondencia con la jerarquía normativa y, finalmente, la identidad sustancial del contenido normativo con los derechos y valores reconocidos por la Constitución.³⁴

Para el cumplimiento de esas tareas, la actuación del juez no puede soportar controles externos de legalidad o cualquier otra forma de intromisión —limitaciones a su independencia externa— porque, si así fuera, su calidad de contralor último del ejercicio del poder y de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano acabaría en la basura. Se trata de una función en la que es *irremplazable* y sobre la cual no cabe supervisión.

Dejemos claro lo siguiente: podemos discutir si en la hora actual el juez peruano está cumpliendo o no con esta función que consideramos esencial; podemos afirmar, y no sería exagerado, que se trata de una disfunción que está en el núcleo de las causas por las que seguimos formando parte de una democracia inconclusa e imperfecta. Sin embargo, en ningún caso la solución al actual estado de cosas podrá ser la destrucción del Poder Judicial, que es lo que puede empezar a ocurrir con la sentencia de marras. Entre otras razones por una elemental: *existen muchos países democráticos que no tienen tribunal constitucional, pero no es posible dar cuenta de un país sin jueces.*

Cuando un juez declara inaplicable una ley a un caso concreto o cuando en un proceso contencioso administrativo anula un acto administrativo y ordena se le susti-

³³ “ART. 118.—Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. (...)
9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.
24. (...).”

³⁴ Para mayor referencia: GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo, rasgos principales”, pp. 21-39, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. También FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 12 y 13.

tuya por otro que tenga los rasgos que considera adecuados o, finalmente, cuando en ese mismo contencioso administrativo, en ejercicio de actos de plena jurisdicción, declara y ordena la actuación del derecho declarado ¿está provocando “un conflicto de atribuciones por menoscabo”?

La respuesta, para estar a tono con la novísima doctrina sobre la materia del TC, sería que sí. Aunque la explicación ya se convierte en tortuosa, tendría que afirmarse que el juez, al pronunciarse en dichos casos, ha realizado un “ejercicio ilegítimo de su función jurisdiccional”. Y, si se aprecia con cuidado, se advertirá que esta última frase es la creación suprema del TC: la posibilidad de realizar un control de legitimidad de las decisiones judiciales en un proceso concluido, con prescindencia de cuándo éste acabó.

V.1. La cita de Zagrebelsky

En este extremo del argumento, la sentencia hace una cita³⁵ de un jurista y juez excepcional (miembro de la Corte Constitucional italiana), Gustavo Zagrebelsky. Por cierto, se trata de un argumento *ex magistra*: si lo dice el maestro, hay que presumir que es así.

Sin embargo, a continuación comparto otra cita, extraída de la misma obra, pero del capítulo pertinente, la cual permite demostrar que la idea del jurista citado no es, ni por asomo, admitir la tesis de que las funciones del PJ pueden ser sometidas por el TC a un control de legalidad por haber provocado un “conflicto de atribuciones por menoscabo”. Tampoco lo es, por otro lado, que en base a tal control, se puede declarar la nulidad de sentencias que hace años adquirieron la autoridad de la cosa juzgada. Como en el póquer, se ha querido “bluffear” con el maestro italiano.

Para Zagrebelsky la razón de ser del proceso competencial es resolver un conflicto acerca de la distribución constitucional de competencias, pero *en concreto*, sea entre los poderes del Estado o entre el Estado y las regiones, esto para Italia. Siguiendo en el tema el profesor italiano hace la siguiente precisión: en un proceso competencial no es un elemento central la legitimidad de los actos, razón por la cual no hay coincidencia entre un vicio de ilegitimidad constitucional y una lesión a la competencia ajena, por lo que pueden haber actos ilegítimos que no determinan un conflicto de competencia, aunque siempre una lesión competencial se deriva de un acto ilegítimo.³⁶

³⁵ “A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che è controverso è come un potere —della cui titolarità non si discute— viene esercitato, sempre che dall’illegitima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell’ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione (...).” ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, Nuova edizione, 1988, p. 339 (Se reproduce tal cual aparece en la sentencia).

³⁶ “Nel concetto di conflitto non viene in primo piano l’idea del controllo di costituzionalità su atti illegittimi. Questo potrà essere una conseguenza, ma il senso principale del conflitto è la controversia

Si llevamos este análisis a la sentencia comentada, podemos advertir que, a diferencia de lo que afirma el TC,³⁷ para Zagrebelsky ningún análisis sobre el tema competencial puede hacerse en *abstracto*. Pero tal vez la enseñanza más importante que éste comparte es que en ninguna de las hipótesis donde es procedente un proceso competencial es permisible que los conflictos constitucionales, como denomina a los conflictos de competencia, puedan permitir la discusión sobre una decisión judicial, es decir, que un acto jurisdiccional sea el objeto de la pretensión en un proceso de este tipo. No es que lo niegue, sino que en el contexto de su exposición sería, sin duda, una afirmación absurda.

Por otro lado, y éste es un tema de la mayor importancia, la cita a Zagrebelsky en la sentencia corresponde a la parte introductiva de su trabajo sobre los conflictos de atribución. Es recién en el Capítulo VIII, cuyo nombre precisamente es “*I conflitti di attribuzione tra stato e regioni*” (“Los conflictos de atribución entre el Estado y las regiones”), donde el autor desarrolla los casos atípicos que se presentan en aquellas organizaciones estatales en los cuales, por razones históricas, existe una evolucionada descentralización y descentralización del ejercicio del poder político.³⁸ Exactamente lo mismo ocurre con la cita que se hace de dos textos españoles en la misma sentencia. La relación del poder central con las comunidades autónomas en España, por ejemplo, no es comparable con nada de lo que ocurre en el Perú sobre la materia.

VI. Los fundamentos nos. 45 y 46

En Derecho es fácil confundir “lo que es” con lo que “parece que es”. Para evitar errores con esta clásica confusión, la dogmática suele decir que la institución “Y” tiene “los efectos de X”, con lo cual está afirmando que “Y” es un ser distinto de “X” aunque produce sus consecuencias. En Metafísica el asunto sería clarísimo, se trata de

circa la distribuzione costituzionale delle competenze, *non naturalmente in astratto*, ma in relazione all'effettivo operare degli organi e dei soggetti costituzionali. Il giudizio sul conflitto non verte essenzialmente dunque sulla legittimità degli atti, ma sulla spettanza delle competenze costituzionali. Del resto, tra vizio di illegittimità costituzionale e lesione della competenza altrui non c'è coincidenza: ci possono essere casi di atti illegittimi che ciononostante non determinano un conflitto, anche se —al contrario— ogni lesione non può che derivare da un atto illegittimo.” ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1989 (ristampa), p. 33 (el resaltado es del autor).

³⁷ “24. Habiéndose determinado, *en abstracto*, la posibilidad de que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial genere un conflicto constitucional (...)” (Pág. 12)”.

³⁸ Y ya lo que resulta anecdótico es que la sentencia cite a pie de página a Zagrebelsky en su idioma original (italiano), sin perjuicio de que en el contenido de la sentencia aparezca la traducción literal del autor pero sin comillas (Fundamento No. 25). Es cierto que puede ser sólo un olvido o un nuevo estilo literario pero, en cualquier caso, no es elegante dejar de reconocer al autor de una idea. En este caso, Zagrebelsky ha sido vilipendiado en el fondo y también en la forma, impunemente.

no confundir la esencia de un ser con algún otro ente respecto del cual comparte alguna de sus manifestaciones.

— En el primero de los fundamentos materia de comentario³⁹ se afirma que cuando el Poder Judicial alega independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del TC, no sólo se está apartando de dichas ejecutorias sino, *'se está desligando de la Constitución misma...'* Es decir, el TC ha reconducido su calidad de intérprete privilegiado de la Constitución a niveles tan íntimos de identificación con ésta que resulta complicado establecer la diferencia entre el intérprete (TC) y la interpretada (Constitución). Cuando una persona se aparta de una sentencia del TC *'se está apartando de la Constitución! Sólo falta que el TC diga ¡la Constitución soy yo!*, aunque en realidad lo ha dicho pero con algún precario nivel de timidez muy próximo a desaparecer si se aprecia el fundamento siguiente.

Entre las consecuencias que se pueden extraer de afirmaciones como la comentada, podemos encontrar que el TC, después de haber identificado su producto (la sentencia) con la Constitución propiamente dicha, ya no podrá apartarse de sus decisiones. Es decir, no habría manera de justificar que lo que la Constitución (el TC) prescribió en el 2006, por ejemplo, haya dejado de ser un mandato constitucional en el 2007. Es el grave problema de ser poder de poderes, todo no puede ser dicho.

Como el TC tiene claro que todos los que ejercitan algún tipo de poder deben sujetar su actuación al límite impuesto por el ejercicio de otros poderes y, sin duda, por lo que dispone la Constitución, le recuerda al PJ que ninguna atribución constitucional puede interpretarse en términos absolutos. Afirmación que, como bien sabemos, es rigurosamente cierta, tanto que puede complementarse la idea afirmando que no hay poder en un Estado democrático que no esté encauzado en límites que lo hagan susceptible de algún tipo de control, incluido el TC.

— Como la identificación —palabra que significa, literalmente, compartir identidad— entre las sentencias del TC y la Constitución ha devenido en absoluta, lo único que faltaba era afirmarla y así lo hace el TC en el Fundamento No. 46.⁴⁰ De allí

³⁹ “45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto de la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.”

⁴⁰ “46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer control difuso que reconoce el artículo 138 de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado,

en adelante no puede ya sorprender ninguna afirmación que contenga la sentencia, por más estrambótica e insólita que pueda parecer.

Desde que el TC afirma que sus sentencias y la Constitución son lo mismo, ya no es complicado entender —como se comenta más adelante— que las sentencias judiciales sólo adquirirán la autoridad de la cosa juzgada si no afectan alguna interpretación del TC o si no se apartan de algún precedente fijado por éste. Y, finalmente, también será sencillo admitir que la independencia externa del juez sólo podrá ser concebida en la medida en que éste respete, escrupulosamente, las sentencias del TC que son, no olvidarlo jamás, exactamente lo mismo que la Constitución. Ahora resulta que la independencia judicial externa consiste en el sometimiento absoluto a los precedentes del TC.

Por cierto, ahora resulta mucho más fácil, también, entender cómo se pueden anular sentencias judiciales. Un parámetro es un factor necesario para establecer si algo tiene tal calidad o corresponde a tal situación. Según el TC sus sentencias son los “parámetros jurídicos” de la legitimidad constitucional.⁴¹ Siendo así, no ilustran, orientan o enseñan, sino obligan, al punto tal que cualquier acto de cualquier poder que afecte una interpretación o precedente del TC es tan inconstitucional como puede ser un agravio directo a una norma constitucional.

Esto explica por qué cualquier acto que se aparte de dichas sentencias está afectado, en principio, de nulidad. Así es como la sentencia analizada llega a la conclusión que las decisiones judiciales expedidas contraviniendo su interpretación o su precedente son, por principio, nulas.

VII. La sentencia del TC como fuente del derecho y el “pobre” Kelsen

Después de alardear —es difícil encontrar otra manera de calificar tal acto— que sus sentencias son la Constitución misma, presuntamente con el propósito de elevar sus decisiones a niveles míticos, el TC afirma que sus sentencias son fuente de Derecho.⁴²

Las fuentes del Derecho —para referirnos al género— son los actos o hechos al

pues tal como se ha señalado anteriormente...” (El resaltado es para destacar lo antes advertido, la tendencia del TC a resolver los temas discutibles citándose a sí mismo).

⁴¹ “62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son *parámetros jurídicos* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, inclusive, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad. *Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra.*” (El resaltado es del autor).

⁴² “61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpreta-

interior de los cuales se produce la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. Sólo por extensión se les llama también fuentes a los órganos productores de normas y a los factores históricos, sociales, ideológicos o económicos que influyen en la generación de las normas. Tomando como referencia este criterio, a estas últimas se les denomina fuentes en sentido material y a las otras fuentes en sentido formal. Bobbio dice que las fuentes del Derecho pueden ser directas o indirectas, siendo un ejemplo de la primera la ley, en tanto nace deliberadamente con el propósito de producir normas jurídicas; será indirecta la costumbre, en tanto algunos de sus patrones de conducta devienen en normas por influencia de su aceptación continua y del contexto histórico social. Nino casi repite la clasificación de Bobbio, aunque las llama deliberadas y espontáneas, respectivamente. Son fuentes del Derecho regularmente reconocidas como tales, además de la ley y la costumbre, la Constitución, los reglamentos, los principios generales del Derecho, la Jurisprudencia y la Doctrina.

Admitir que las sentencias del TC son fuentes del Derecho, sin reparar que sólo son producto de una fuente, la jurisprudencia, significaría no sólo confundir la fuente con su producto sino, como bien sabemos, importaría no advertir que las fuentes, sobre todo las indirectas, no siempre ni necesariamente producen normas jurídicas, todo lo cual convierte a la afirmación en severamente discutible.⁴³ Sin embargo, lo que resulta incomprensible es que además de tener que aceptar esta acrobacia jurídica, debemos aceptar, también, que las sentencias “vinculen a todos los poderes del Estado”, es decir, que al margen de la contenciosidad que pueda tener como fuente de Derecho, se considere, sin decirlo claro está, que es fuente primaria, es decir, a la par con la ley.

A casi dos siglos de haberse reconocido en sede de derecho continental la primacía de la ley como fuente del Derecho, conviene recordar las dificultades que ha tenido el legislador para regular algún tipo de jerarquía en el sistema de fuentes, así como precisar la fuerza vinculante de cada cual. La famosa pregunta de Geny,⁴⁴ casi nunca

ción de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado.”

⁴³ Aunque suene reiterativo, conviene dejar sentado que el TC, en el Fundamento No. 60, cancela la discusión de que sus sentencias son fuente del Derecho. Sin embargo, para acabar con la discusión, el TC usa uno de sus instrumentos clásicos, la *autocita*. Así: “60. *Este vicio de legitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente del Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado: ...*”. Y luego viene la cita de una sentencia dada por él mismo. Aunque, a decir verdad, la cita califica a la Jurisprudencia como fuente del Derecho y no a las sentencias del TC, una vez más la cita es ajena a lo que se quiere confirmar una práctica que se ha convertido en un rasgo distintivo del TC que, por el bien del Derecho, es de esperar que no sea seguida.

⁴⁴ “¿Puede la ley prescribir la naturaleza, el rango, la fuerza, tanto de las fuentes formales del derecho positivo, como de los procedimientos científicos que han de completarlas de tal modo que asigne a la interpretación sobre estos puntos una dirección inexcusable?”. GENY, Francisco, *Método de interpretación y fuente de derecho privado*, Madrid, Reus, 1925, p. 213).

respondida normativamente (la excepción es el Código Civil suizo), es una demostración de cómo el legislador prefirió eludir el tema ante la significativa gravedad que su tratamiento importaba. No son pocas las legislaciones que prefieren ni siquiera enlistar a la Jurisprudencia como fuente; otras más decididamente le otorgan la calidad de auxilio o complemento.

Y, si se tomara como ejemplo lo que ocurre en el *common law* para sustentar lo que se pretende lograr con la jurisprudencia del TC, se cometería un error histórico de consecuencias inimaginables. La tradición británica en la materia hay que ubicarla en la opción por reivindicar la vigencia de las opiniones de los jurisconsultos romanos, las cuales fueron el punto de partida del *ius publici respondendi* creado por Augusto, seguido por Adriano pero que, en plena decadencia imperial —ya en el imperio bizantino— va a dar lugar a las famosas recopilaciones, tales como las Constituciones de Constantino o el Código Teodosiano. Como sabemos, el corte de esta tradición con el occidente continental europeo va a estar dado por Justiniano quien dispuso su prohibición.

Sin embargo, este derecho de las consultas pasa a las islas británicas y tiene su propia evolución hasta convertirse en lo que ahora conocemos como *common law*. En un año tan lejano como 1610, un juez inglés —Edward Coke— decidió en una sentencia controlar la validez de las leyes dadas por el Parlamento. Actos como ese hicieron posible que dos siglos después y a algunos miles de kilómetros de distancia, en Estados Unidos, se pueda desarrollar y afianzar un control judicial de la constitucionalidad de las leyes al caso concreto. El *judicial review* no es pues un producto surgido por generación espontánea, es consecuencia de un complejo proceso histórico de probar, asumir o descartar que tomó siglos.⁴⁵ Sólo así es posible comprender la poderosa fuerza social y política que representa la Corte Suprema para la sociedad nortea-

⁴⁵ “El marco general favorable al control judicial de las leyes en los Estados Unidos residía en la existencia de un sistema constitucional liberal, basado en una Constitución rígida, lo que no existió en la mayoría de los Estados europeos durante buena parte del siglo XIX, pero contaba además con un sistema jurídico, el *Common law*, predispuesto a un examen de la adecuación de las leyes a las normas tradicionales y con una estructura federal, que favorecía la decisión judicial sobre las leyes por los frecuentes casos de contradicción entre las leyes estatales y las federales. Pero la causa más determinante de la creación de la Justicia constitucional se encuentra en el sistema jurídico de las colonias americanas, inmediatamente anterior a la independencia. Las leyes inglesas (Cartas o Estatutos de la Corona) permitían que las Colonias se dotaran de sus propias normas siempre que no contradijeran a aquéllas, y los Jueces no aplicaban la ley americana cuando contenía alguna norma contraria a la ley inglesa. Tras la independencia, la sustitución de los Estatutos ingleses por Constitucionales propias de los nuevos Estados mantuvo la dialéctica de controlar la adecuación de las leyes a la Constitución en las manos de los Jueces, función que Hamilton incluso había propuesto incluir en la Constitución. Aunque la Constitución federal no la acogiera, algunos Estados la aplicaban y por ello su admisión por el Tribunal Supremo contaba con cierta tradición.” (AJA, Eliseo, “El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja (ed.), Barcelona, Ariel, 1998, pp. XII y XIII).

americana. En la esencia de esta manera de entender las decisiones judiciales está, no lo olvidemos, el consenso social sobre su sistema judicial, es decir, el reconocimiento ciudadano a un órgano que se prestigia en tanto resuelve tomando como sustento las costumbres de su pueblo, una opción que en la Europa continental, como sabemos, fue descartada para privilegiar el mandato abstracto de la ley y su origen mítico, la voluntad popular.

La construcción de un órgano judicial, ordinario o constitucional, de las magnitudes de prestigio e importancia que algunos han alcanzado en los países del *common law*, requiere de algo más que una autodisposición para sentirse importante. La autoestima ayuda, qué duda cabe, sólo que, además, hay que tener la humildad para reconocer que no es suficiente, que las instituciones históricamente trascendentes se esculpen en el tiempo. Interrumpir los procesos de asentamiento de las instituciones puede provocar un desacomodo de tal magnitud que, en la práctica, lo que va a ocurrir es no sólo que la nueva propuesta no va a ser aceptada sino que lo poco que se puede haber avanzado queda destruido. Esto en países pobres como el nuestro se convierte en una doble fatalidad.

Hasta ahora, lo afirmo con todo respeto, me cuesta saber si el TC es consciente que con su propuesta altera de tal forma el sistema de fuentes que, si se admitiera su planteamiento, sus sentencias vincularían a los órganos públicos, entre ellos a los jueces, con más intensidad que las leyes.⁴⁶ ¿Habrán advertido las consecuencias de su propuesta?

Desarrollemos una hipótesis negada. Si las fuentes del Derecho vinculan (y no sus productos), entonces la doctrina, típica fuente del Derecho, vincula u obliga. Ahora, ¿cuál doctrina o qué parte de ella es la que vincula? ¿o vincula en su integridad? ¿Y cómo se explica el caso de la costumbre, fuente clásica del Derecho? Por serlo ¿vincula?, ¿a quién? Tal vez, sólo tal vez, el honorable TC ha confundido Ley como fuente del Derecho con la norma jurídica que es su producto. Es decir, la acepción “ley”

⁴⁶ Comentando una tendencia de la Corte Constitucional colombiana se afirma: “Por otra parte, empero, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional puede interpretarse como un objetable signo de activismo de la Corte Constitucional. En tal sentido, este fenómeno puede concebirse como un ejercicio de activismo del máximo calibre, como una estrategia de la propia Corte para otorgar, al producto del ejercicio de sus funciones, el mayor rango jurídico posible dentro del sistema de fuentes. Desde esta perspectiva, difícilmente puede imaginarse una auto atribución de poder mayor, que la que un órgano jurisdiccional se hace a sí mismo, cuando sostiene que sus actos son una fuente del derecho que se integran en la Constitución, es decir, en la fuente de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que como tales, *dichos actos deben ser obedecidos por todos los poderes públicos y privados y no pueden ser revisados sino por el propio órgano jurisdiccional*. Desde esta óptica, el Legislador habría pagado caro la falta de una regulación específica del precedente constitucional, que reconociese la necesidad de esta figura en el Derecho colombiano. *El precio habría sido el desplazamiento de la ley, por parte de la jurisprudencia constitucional, del lugar de la fuente prioritaria del derecho*”. BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 147 (El resaltado es del autor).

como fuente del Derecho hay que referirla a aquello que Hart denomina “regla de reconocimiento”,⁴⁷ es decir, a aquéllas que deben ser tenidas en cuenta para producir normas jurídicas o para calificar su ingreso o salida de un determinado ordenamiento jurídico, para expresarlo con brevedad.

— El TC considera que sus sentencias son la Constitución. Ahora, como ésta es fuente del Derecho, sus sentencias también lo son. Hasta aquí nos remitimos a lo expresado a propósito de esta curiosa identificación. Sin embargo, ¿por qué ser fuente del Derecho determina que sus decisiones vinculen?

Todos sabemos el avance que significó para la conquista de un Estado constitucional de derecho el reconocimiento de que la Constitución es mucho más que un conjunto de normas programáticas y de política social.⁴⁸ Nadie discute hoy que la

⁴⁷ “La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una ‘regla de reconocimiento’ (*rule of recognition*). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. No hay duda de que como cuestión histórica este paso del mundo prejurídico al jurídico puede ser cumplido en etapas distinguibles, la primera de las cuales es la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Este no es en sí el paso crucial, aunque es muy importante. Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad*, es decir, como la forma *propia* de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, pueden establecerse normas para su posible conflicto estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre, por ejemplo, con la usual subordinación de la costumbre o del precedente a la ley, que es considerada una ‘fuente superior’ de derecho. Tal complejidad puede hacer que las reglas de reconocimiento en un sistema jurídico moderno parezcan muy diferentes de la simple aceptación de un texto revestido de autoridad. Sin embargo, aún en esta forma más simple, tal regla trae consigo muchos elementos distintivos del derecho. Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.” (HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 117 y 118).

⁴⁸ La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importan-

Constitución contiene un conjunto de normas jurídicas que vinculan intensamente a todos (personas, órganos o instituciones) al interior de un Estado. Nadie puede discutir, tampoco, que la Constitución, al afirmar las bases jurídico-políticas de un Estado, se convierte también en fuente del Derecho. Sin embargo, nada de lo dicho es antecedente para concluir que la Constitución, por ser fuente del Derecho, *vincula*. Se trata de dos planos del mismo concepto que no se contradicen sino que tienen su propio ámbito de actuación.

Lo que intento afirmar es que ninguna fuente del Derecho vincula por sí misma, los que vinculan son sus productos, las normas jurídicas. La costumbre es una pauta de conducta social y yo me comporto con arreglo a ella o no, sin afectación jurídica que deba soportar. Pero cuando ésta adquiere la calidad de norma jurídica, sí me vincula, por lo que, si la desobedezco, me expongo a su consecuencia, la sanción por incumplimiento del mandato, como enseña Carnelutti.⁴⁹

— Sin embargo, como la afirmación de que las fuentes del Derecho vinculan a todos los poderes del Estado es muy precaria —en realidad inexistente, como lo hemos demostrado— la sentencia usa uno de sus argumentos favoritos, el *ex magistra*. Así, coloca una cita de un jurista relevante para que el sustento se vuelva sólido. En el

te creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió. Aunque en ésta no faltaba la idea de un *fundamental law*, como ha estudiado Gough, especialmente en alguna decisión procedente del gran juez Coke (así el famoso *Bonham's case* de 1610) y en la doctrina de Locke, lo cierto es que el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria (probablemente basado en la inicial consideración del Parlamento como Tribunal, según la concluyente demostración de Mc Ilwain, y además formulado al hilo de la lucha básica del Parlamento contra el Rey), y con ese principio el correlativo de la inmunidad judicial de las Leyes, terminó prevaleciendo en el siglo XVIII, como Blackstone expuso con toda autoridad muy poco tiempo antes de la Revolución americana, doctrina que ha durado en Inglaterra hasta hoy.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 50 y 51).

⁴⁹ “Se acaba de destacar que la ley jurídica, *strictu sensu*, acaba por resolverse en un mandato. La palabra latina *iussum* indica más claramente el parentesco de lo mandado, la orden, con el Derecho; la teoría imperativa, cuyas bases estoy ahora reconstruyendo, encuentra en esa afinidad verbal una preciosa confirmación. A la palabra *mandato* equivale en uno de sus significados la palabra *orden*, que, teniendo en cuenta su valor etimológico (de *orior*), expresa eficazmente la fuerza causal del mandato.

Un mandato, una orden, no es otra cosa que la *amenaza de una sanción a quien tenga o no tenga una determinada conducta*. No es ésta una manifestación originaria, sino una manifestación secundaria; no es la semilla, sino el germen del Derecho: se puede pensar que el ordenamiento jurídico está constituido por órdenes, como un organismo es un agregado de células; pero tampoco la célula está considerada en biología como un elemento primordial. Como la célula del citoplasma, la orden se desarrolla —del modo que he intentado describir— en fenómenos originarios por la actuación de la sanción contra los violadores del orden ético; su manifestación señala, por tanto, un cierto grado de desarrollo del Derecho”. (CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 57 y 58).

presente caso se trata de Hans Kelsen, figura relevante para el tema en tanto es, como sabemos, gestor de los tribunales constitucionales.

La frase de Kelsen es clara y precisa,⁵⁰ aunque *no dice absolutamente nada respecto a que las sentencias de los tribunales constitucionales sean fuente del derecho o que éstas vinculen a todos los poderes*. Kelsen sólo afirma que la Constitución es el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico y que, su presencia, convierte a éste en una unidad, lo cual permite afirmar —considero que mejor sería teorizar— que los enunciados jurídicos que lo conforman no se contradicen. Si Kelsen piensa como el TC cree que piensa, no lo sabemos, pero queda claro que la frase resaltada no es, una vez más, la prueba de que así sea. En todo caso, la frase se refiere a la función trascendente de la Constitución y no a sus “intérpretes supremos”.

VIII. La teoría del proceso en la sentencia comentada

No hace mucho Calamandrei avizoró que, o la ciencia del proceso se reconducía hasta convertirse en el instrumento por excelencia para garantizar la supremacía de la Constitución y de los derechos allí expresados o acabaría en una torre de Babel de teorías encontradas, castillos conceptuales inútiles contruidos por juristas entrenados para perder el tiempo, aunque con aguzado rigor y seriedad científicas.

A mediados del siglo pasado, precisamente a raíz del cambio de timón propuesto por Calamandrei, la novel ciencia del proceso encontró su razón de ser, por ello hoy se mantiene lozana y vivaz como todo saber científico pasible de cautivar a sus seguidores. Como las experiencias procesales suelen insertarse en la sociedad como un fenómeno social más, su actuación forma parte de las vivencias de muchas personas y, por cierto, de muchos especialistas en diversas disciplinas distintas a la procesal.

El resultado es, en principio, positivo, sobre ‘los juicios’ casi todos los ciudadanos tienen algo ‘qué decir’ y, por consecuencia lógica, hay mucho ‘qué escuchar’. Y desde el Derecho ocurre lo mismo. Siendo el instrumento por excelencia para lograr la eficacia de los derechos llamados materiales, la información científica sobre el proceso, por lo menos la elemental, suele estar difundida hasta convertirse en una necesidad contar con datos preliminares sobre las líneas vectoriales del quehacer procesal.

El rasgo instrumental del proceso no disminuye su importancia, simplemente refleja la esencia de su función. Un malentendido respecto de esta idea genera dos distorsiones. Por un lado, la opinión de que el proceso es un saber de segundo grado, “adjetivo” se le suele llamar, en tanto sólo es la herramienta para hacer eficaz los otros

⁵⁰ “La norma fundante básica (la Constitución) es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen”. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, p. 214.

derechos, “los que realmente importan”, aquellos que titulan a los sujetos respecto de bienes, servicios u otros derechos.

La segunda distorsión es, sin duda, la más perniciosa. Asumiendo que es un saber menor, la sistemática procesal —categorías, instituciones, y los desarrollos teóricos sobre ellos— es concebida como un conjunto de conocimientos precarios, intercambiables, especulaciones pasibles de ser enderezadas en el sentido que mejor corresponda al derecho material cuya eficacia esté procurando el especialista.

Un elenco de ambas distorsiones se encuentra desparramado a lo largo de la sentencia comentada. El proceso puede no ser tomado en serio desde múltiples ópticas jurídicas, sin embargo, cuando esa liviandad ocurre en la construcción de una sentencia, es decir, dentro de una resolución que resuelve un conflicto o elimina una incertidumbre, ambas jurídicas, estamos ante un gravísimo caso de culpa inexcusable.

Antes de desarrollar, en detalle, el libertinaje procesal incurrido en la sentencia, resulta pertinente develar, como cuestión previa, el contenido real de una institución que, según parece y sin que hayan siquiera pensado que tuviese tal efecto quienes la forjaron, es el fundamento supremo que ha permitido —y sigue permitiendo, si esto no se aclara pronto— al TC prescindir de las bases teóricas del proceso y, así, gestar una actividad procesal que no tiene más límite que su voluntad que es, como ya aprendimos, “la voluntad de la Constitución”, ni más ni menos.

VIII.1. La “autonomía procesal” y el TC

VIII.1.1. La falacia de petición de principio de un tribunal que todo lo puede

Una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por su lado, una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida del argumento precisamente aquello que se ha de demostrar. Todo esto viene a cuento a propósito de una actuación tendencial del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC).

Si el lector realiza una microinvestigación de campo con una muestra —una selección aleatoria— de veinte sentencias del TC, en no menos de dieciocho encontrará un fundamento que, con variantes expresivas, es notable por su persistencia: “como ya lo ha dicho este colegiado”. El tema, aunque lo parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo, pues se presenta, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria aparece indispensable.⁵¹

⁵¹ En el caso de la sentencia comentada hay quince (15) autocitas (“como ya lo ha dicho este cole-

Esta curiosa “técnica argumental” se ha convertido en superlativa desde que el TC, como lo vamos a demostrar a continuación, ha elevado sus fundamentos jurídicos a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas inexorablemente) cuya simple reminiscencia (“como ya lo ha dicho este colegiado”) hace inútil cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: el oráculo ha hablado.

Como resulta evidente, detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También se encuentra la presencia de un instituto llamado “autonomía procesal”, cuyo origen, estructura y funciones resulta indispensable develar a fin de evitar que continúen los desvaríos.

VIII.1.2. Apuntes breves sobre la “autonomía procesal”

En los libros recientes de derecho comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable, entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras como límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la enseñanza de Cappelletti en el sentido de que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el derecho comparado ha consistido en que, si alguna vez el derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo los encuentra buscando fórmulas que los integren más allá de las nacionalidades.⁵² Es el caso de la unión europea. Por cierto, esto que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

giado”; “Tal como lo ha establecido este colegiado”; “Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado”; “tal como se ha señalado anteriormente”; etc.). Tratándose de una sentencia de treinta y una (31) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la ‘técnica’ suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

⁵² “Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria —la matriz de la que en seguida hablaremos— están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípeta* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado ‘derecho procesal europeo’.” (CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, EJEA, 1973, p. 11).

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros Estados, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que, inclusive determina que se vean afectadas las decisiones tanto de sus tribunales ordinarios como constitucionales. Con este hecho hay que contar para realizar un análisis de lo que nos puede estar pasando. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que tal hecho pueda significar y producir.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, produciéndose una integración en los sistemas jurídicos nacionales que, sin duda, debe reconocerse provechosa. Y en esta materia, la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia.⁵³

La profesora Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF), una interna (*innere Geschäftordnung*) y otra externa (*aussere Geschäftordnung*). Como es evidente, una regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a realizar actividad

⁵³ “Le frontiere fra gli stati, che all’inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l’incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d’oltre frontiera che gli satati sono risultati incapaci di impedire.

(...)

Il confronto fra gli assetti organizzativi derivanti dagli ordinamenti giuridici dei singoli stati è divenuto così un tema di riflessioni quotidiana per chiunque e profondi movimenti politici o economici si sono sviluppati in modo spontaneo, al di là fuori delle decisioni degli organi costituzionali degli stati, che in taluni casi ne sono stati anzi travolti.

(...)

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno assunto così un’importanza crescente gli organi giurisdizionali —ed in particolare i giudici costituzionali e internazionali— ed anche altri soggetti indipendenti rispetto alle autorità statali che esprimono il núcleo centrale del potere politico.

(...)

Per effetto di questi fattori evolutivi, la funzione del diritto comparato ha cessato di essere una funzione di ordine esclusivamente culturale e si sono manifestate situazioni —ben più frequenti ed importanti di quelle regolate dal diritto internazionale privato— nelle quali norme vigenti in altri paesi, proprie di tradizioni culturali di altri paesi (o comuni ad altri paesi), sono venute ad esercitare, nell’interpretazione o nell’applicazione del diritto positivo, un ruolo che all’inizio di questa vicenda sarebbe stato per esse impensabile.” (PIZZORUSSO, Alessandro, *Comparazione Giuridica e Sistema delle Fonti del Diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 29 y 30).

jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser identificada con la posibilidad de que el TCF realice actos que van más allá de lo puramente reglamentario “*entrando de lleno en el proceso en sentido estricto*”.⁵⁴ Esta actividad, que realiza el TCF por medio de sus fallos y que importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene la característica de ser “cuasilegislativa” y recibe el nombre de *Verfharensautonomie*. Ésta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de “Autonomía procesal” (en adelante “AP”), y a continuación describiremos sus rasgos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional.

Se afirma que el origen de la “AP” reside en que la ley reguladora de las funciones del TCF (en adelante LCTF) es *intencionalmente* incompleta y que, por otro lado, dado el origen reciente y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales —que se comportan tanto como órganos jurisdiccionales siendo órganos constitucionales, aunque también funcionan como órganos políticos atendiendo a lo que expresan en sus decisiones— resulta moneda común que para cumplir sus fines se constate que los métodos de integración tradicionales no sean suficientes para que puedan cubrir los vacíos o lagunas.

Conviene ratificar que las reglas procesales son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan como consecuencia de un vacío o laguna que, entonces, es cubierto jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas, expresadas en un caso concreto, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Explica también la autora citada que, según otra concepción, la “AP” o “configuración jurisdiccional autónoma del proceso”, se presenta sea producto de una delegación especial de la ley o como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso. En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LCTF que permite al TCF hacer más eficaz la ejecución de sus decisiones.⁵⁵ En el segundo, se dice que puede ser explicado a través de una máxima procesal, la *Offizialmaxime*, surgida de decisiones del TCF, es decir, producto de la “AP” y que, en consecuencia, importa el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento.

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando “AP”, ésta no debe ser confundida con una integración de la costumbre *praeter legem*, en tanto ésta impor-

⁵⁴ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Cívitas, 2003, p. 17.

⁵⁵ “ART. 35.—El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución.”

taría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la práctica comúnmente generalizada sea fuente de Derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en el párrafo anterior, no se trata de una integración sea porque hay “delegación” sea porque se actúa sobre una situación regulada, en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

Hasta aquí la descripción sobre lo que, a veces contradictoriamente, se entiende que es la “AP”. A continuación las críticas más destacadas que ésta recibe de la misma doctrina alemana.

— Un cuestionamiento muy importante se refiere a la concesión hecha por el legislador reduciendo intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la “AP”. La objeción obvia es que si hay concesión entonces no hay autonomía, sino la recepción de una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional tanto que, sin una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canaris y en la doctrina mayoritaria, que la laguna es un “vacío inconsciente” (*planwidrige Unvollständigkeit*).

— Ésta debe ser la razón por la cual un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no sea partidario de la “AP”, en tanto considera que lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del derecho procesal constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que se hace de las técnicas de interpretación y su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una “autonomía procesal” en los términos aquí expuestos.⁵⁶

⁵⁶ “En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: ‘Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado’ y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como ‘ley de pluralismo y participación’: los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de ‘información a través del pluralismo’. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por esta autonomía del Derecho procesal constitucional que afirma el profesor Häberle. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora de la ciencia del proceso y también en la científica propiamente dicha. Y aunque sólo fuese por esa tradición, debería haber intuido que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la Teoría del proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional y tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su base teórica.

— Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente de la “AP” proviene de Schlaich quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia entre los métodos convencionales de integración y la “AP”. En opinión de Schlaich lo que hay es una “libertad de decisión discrecional” que es consecuencia de que el TCF cuenta con una ley conscientemente incompleta. Se refiere a la LTCF. Finalmente este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con “AP”, sino que más bien lo que hace es “configurar libremente, en un amplio margen, su proceso”. Y, como colofón, conviene citar a la profesora Rodríguez-Patrón sobre un tema que —comentando la posición de Schlaich— va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la “AP” en sede nacional: “Considera desafortunada la expresión Herr seiner Verfahren que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas —opina—, son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la ‘autonomía procesal’ del TCF. En sentido parecido, E. Klein”.⁵⁷

— Hay una crítica que es muy sólida y didáctica para efectos de comprender el relativo suceso que ha tenido la “AP” que, además, constituye una razón fundamental para que su uso no sólo no haya fructificado sino que deba ser apreciado con extremo cuidado. Existe un principio de legalidad procesal que no sólo tiene la calidad de de-

falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al ‘asunto del Derecho procesal constitucional’, sin que ello vaya en desmedro de los ‘principios’ y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique ‘tendencias de ablandamiento’. Lo mismo vale para la interpretación integral ‘procesal interna’ de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental.” (HÄBERLE, Peter, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004, pp. 49 y 50).

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, *op. cit.*, p. 35.

recho fundamental sino que se expresa también, en forma distinta, en otros tantos derechos fundamentales. En efecto, sobre las normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera cómo se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, entre otros.

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones que van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas “normas” a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (¿se aplica a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales, sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales.

— Una objeción mayor, que se puede tornar insalvable, tiene que ver con el hecho que el acto de legislar en materia procesal es, sin duda, una decisión política, lo que implica que aquello que hemos dado en llamar “AP” está afectando la teoría de la división de poderes desde que viene siendo realizada por un órgano jurisdiccional, aunque sea necesario reconocer, a su vez, que el rasgo peculiar de las decisiones del TCF consiste en que en muchos casos tienen un definido contenido político y social.

— En cualquier caso, recobra vigencia la preocupación de siempre: la prueba definitiva sobre cuándo se afectan los límites de un Estado democrático de derecho está en el hecho de que no debe existir órgano que ejercite poder y que no tenga control. Es necesario, por su trascendencia, relevancia y permanente aumento del número los derechos fundamentales a ser protegidos —hubiera sido impensable hace cincuenta años afirmar que asegurar la calidad del aire es un derecho fundamental— permitir que los tribunales constitucionales puedan actuar en situaciones en donde la norma procesal no provee alternativas. Sin embargo, es necesario recordar que cuando esa situación se presente, la seguridad jurídica exige que esa regla inspiradora nacida de un contexto de oportunidad se convierta posteriormente en un enunciado normativo conforme al procedimiento legislativo vigente.

— Lo que sigue es una apreciación personal sobre el tema de la “AP”. Sobre la base de la información brindada por la profesora Rodríguez-Patrón no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensautonomie* como “Autonomía procesal”. Sin afirmar que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que *procedimiento* es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan

la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El *proceso*, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico.

Entonces, cuando al iniciar sus estudios la profesora Rodríguez-Patrón empezó a encontrar una identificación en el uso de los conceptos *aussere Geschäftordnung* (Reglamento externo del TCF) y *Verfahrensautonomie* (Autonomía procedimental) debió intuir que el TCF lo que estaba haciendo es expandir su facultad reglamentaria externa a ámbitos ligados a aspectos procedimentales (externos, puntuales, precisos) del proceso. Y parece que ese era el sentido, en tanto la expresión *Verfahrensautonomie* —salvo que información doctrinal desarrollada y definida diga lo contrario— no es otra cosa que *Autonomía procedimental*. Si la traducción además de ser literal se hubiera compadecido de las categorías usadas en teoría del proceso, el enredo y su perniciosa importación (como se verá luego) hubieran sido mínimos.

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos en donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del TCF podría ser calificada como *Prozessautonomie*, esto es, *Autonomía procesal*. Nos referimos a aquellos casos excepcionales en donde se modifica el objeto del proceso, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan sino que además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiera sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcita las ideas foráneas, como lo apreciaremos a continuación.

— Finalmente, es bueno recordar, con la ayuda de la profesora Rodríguez-Patrón, que la actuación del Tribunal Constitucional español en materia de “AP” está directamente ligada a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una situación que va a ser ilustrativa para cuando apreciemos la original incorporación de la “AP” en el Perú.

— Hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: “Aunque no ignoramos que —según lo expuesto— la expresión ‘autonomía procesal’ puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su

exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta —sin duda— gráfico”.⁵⁸

VIII.1.3. La “autonomía procesal” en sede nacional

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional “Héctor Fix Zamudio”. En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés —tanto que hasta enseñan— por los estudios procesales. Allí el doctor Mijail Mendoza —asesor del Tribunal Constitucional— presentó una ponencia que intituló: *La Autonomía Procesal Constitucional*.

Tratándose de un trabajo de reciente data (sólo lo separa un mes de la publicación de la sentencia comentada) y realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la “AP”. Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la “AP”, sino que resulta evidente que, ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se han alterado los cimientos del ordenamiento jurídico peruano, aunque es bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que se ha producido.

Ni en su país de origen y tampoco en España, desde donde se nutren de información los asesores del TC, la “AP” ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación. Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC saben que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre una ciencia jurídica, la procesal. Analicemos el trabajo.

— El autor define la autonomía procesal constitucional (en adelante APC, porque para el profesor Mendoza es sin comillas) diciendo que es un principio que “*establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales*” [p. 1]. Sin embargo, más adelante el autor varía su definición sustancialmente y afirma: “*la autonomía procesal constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional*” [p. 5].

Si el autor se quedara con la primera definición, ésta sería ‘el parto de los montes’, es decir, mucho ruido para nada. Si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con las normas del ordenamiento jurídico? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la “AP” se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes. Nótese que ya ni siquiera nos referimos a las técnicas de interpretación, en tanto el presupuesto de la “AP”, no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada.

⁵⁸ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, *op. cit.*, p. 45.

Si el autor se quedara con la segunda definición, significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto por medio de sus decisiones o fundamentos de decisiones —por potestad no explicada pero sobreentendida— pasa a crear *derecho procesal constitucional*, ni siquiera normas procesales específicas, sino ¡derecho procesal constitucional! Ahora, no deja de ser misteriosa la segunda definición, en tanto no dice en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho el profesor Mendoza y no lo hemos advertido, es decir, ¿pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿inclusive puede derogar las vigentes?

En cualquier caso, habrá que esperar que en un próximo trabajo el profesor Mendoza elija con qué definición se queda a fin de refutarlo sin ambigüedades, categóricamente.

— Estamos seguros que el profesor Mendoza sabe que en Derecho ‘reivindicar’ significa recuperar algo que estuvo en nuestro dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF “*se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de ‘Señor del proceso’ (Herr des Verfahrens)*”.

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, ¿alguna vez fue “Señor del proceso” o “Señor del procedimiento” para ser respetuoso de la traducción?, ¿a qué reivindicación se refiere? Lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]), donde acuñó el título comentado, fue variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación del título, el TCF precisó que lo hizo sólo porque si le ordenaba al demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el “Señor del procedimiento”, precisamente para hacer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado. Se trata de una decisión que, por lo demás, compartimos totalmente y que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez se haya, como parece sugerir el uso del título. Lamentablemente la prudencia del TCF no fue advertida en el Perú.

— Transcribamos ahora al profesor Mendoza para ser fieles a su dicho:

El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación con motivo de:

1. La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación)
2. La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración)
3. La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal)
4. La creación de normas procesales constitucionales (creación directa) [p. 3].

Ahora comentemos cada una de las opciones por separado.

1. Tarello enseña a distinguir el documento normativo de la norma⁵⁹ lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un artículo de un código es un documento normativo del cual se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez en un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto. Y ello es en considerable medida correcto.

Entonces, cuando un juez —ordinario o constitucional— interpreta un documento o enunciado normativo y extrae de él una norma y la aplica al caso concreto, crea derecho y ello no importa ninguna novedad, es común a todos los jueces. En consecuencia, no hay razón para atribuirle esa actuación en exclusiva al TC, en tanto podría leerse que los demás jueces están limitados en tal potestad. Inclusive, conviene precisar que la conclusión es válida con prescindencia de si la norma es material o procesal.

El profesor Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan *indeterminaciones* [p. 4]. Sin embargo, la doctrina es pacífica y unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso y emplea un documento o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de éste el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, en apariencia “simples”, en donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es una opción normativa decidida por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentado la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la llamada interpretación literal.

⁵⁹ “Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonchè, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato ai documenti normativi, bensì in una ricerca di norme *oltre* i documenti: in questi casi talvolta si parla di ‘ricerca del diritto’; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello *scegliere, tra* i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di ‘individuazione della norma’. Ma, manche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide.” (TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 102 y 103).

2. Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple.⁶⁰ Esto significa, en consecuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, seguimos insistiendo en que el uso de tales técnicas es patrimonio común del TC y de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado.

Así y todo no deja de sorprender la afirmación del profesor Mendoza en el sentido de que el acto consiste en: “*La integración de lagunas (...)*” porque las lagunas no se integran sino se eliminan o, si se quiere seguir siendo literal, se llenan. Es cierto que integrar es comprender, incorporar, pero en este caso es respecto de la norma creada y no de la laguna.

El Código Procesal Constitucional⁶¹ regula la integración y establece un orden de prelación en donde la analogía ocupa el primer lugar. Según el profesor Mendoza, dado que la analogía tiene “*un grado de creación de mínima magnitud*” [p. 4] y que además la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea “contrario” a los fines de los procesos constitucionales y, asimismo, contribuya “a su mejor desarrollo”, son los modos de integración regulados en la norma luego de la analogía aquellos en donde “*tiene lugar una significativa creación de una norma.*”

El profesor Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía. Son los otros modos integrativos los favoritos del citado profesor, en tanto afirma que dan lugar “*a la creación directa de una norma procesal constitucional*”. Por eso concluye con una frase que bien puede explicarlo todo sobre la APC o nada: “*En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal.*”

⁶⁰ “Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las ‘lagunas’ en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de ‘sistema de normas’. De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado ‘derecho’. Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la ‘laguna’ no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así, justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto.” (CARACCIOLO, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 1999, p. 25).

⁶¹ “ART. IX.—*Aplicación Supletoria e Integración.* En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.”

Lo expresado significa que la APC se concreta en el Perú por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Si es así, entonces —sólo para empezar a entenderla— no tiene nada que ver con la “AP” del TCF alemán y tampoco con lo que se hace en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la “AP” han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación. Como resulta obvio más que una categoría jurídica la APC resulta una entelequia.

Para obtener tal resultado, el profesor Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la “AP” alemana para convertirla en APC y darle por “sustento”: *todas las fuentes de integración conocidas con prescindencia de la analogía*. Ahora algunas preguntas malvadas:

a) Dado que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC —creación del profesor Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la “AP”— consiste en el uso de ellas salvo la analogía, ¿en qué consiste la creación de don Mijail?

b) Dado que don Mijail ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina⁶² afirma la imposibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa el recurso analógico se realiza un procedimiento lógico de generalización y cuando se usa un principio general del derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.

3. El caso de la existencia de una norma autoritativa no tiene nada que ver con el tema de la “AP”, para ello nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la LTCF descrito en la cita No. 55. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino también a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?

⁶² “18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico.” (ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 184 y 185).

4. Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. El profesor Mendoza llama a la APC, lacónicamente, “*creación directa*”, lo que significa según sus palabras, “*la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia*” [p. 3].

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2 cuando el profesor Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por el profesor Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas aludidos en la pregunta anterior no han sido tratados. De hecho ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo expresado no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de policía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando al profesor Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por la identidad que guardan el “oficial de policía” y la “APC” (esta vez con comillas).

— Continúa su ponencia el profesor Mendoza explicando algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Cabía pues la posibilidad que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien explicara los fundamentos jurídicos y la legitimidad que lo titula para emplear la institución estudiada. En el caso Arellano Serquén (Exp. No. 2579-2003-HD/TC) el TC dice: “*dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del ‘estado de cosas inconstitucionales’*”. Luego agrega que: “*es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales*”. Aquí no hay fundamento ni legitimación para hacer nada. Una lástima, el primer caso en donde aparece la APC no dice cuál es su sustento y tampoco su justificación, veamos otro.

— En el caso Anicama (Exp. No. 1417-2004-AA/TC) ya aparece expresamente la APC que comenta el profesor Mendoza. Él afirma que el TC parte de un principio “*conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (...)*”. Una vez más la frase no ayuda a llenar los vacíos y ni siquiera es posible determinar cuál es el principio al cual se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en la concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las “formas” de los actos materiales, razón por la cual se puede “flexibilizar” su empleo.

— En la página 29 de la ponencia se afirma: “*La diferencia sobre el petitum se da cuando se consigna un petitum erróneamente (...)*”. Sin duda el profesor Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el derecho procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es petitório, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se esté haciendo en el TC.

— Y lo que sigue es la cereza de la torta. La bibliografía utilizada por el profesor Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecen a la profesora Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo en borrador, por así decirlo, publicado en una revista en el 2001 y luego su libro —con información corregida— sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado en este trabajo.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón la denomina: *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*, es decir, tal como se ha explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad de la institución.

Sin embargo, aunque parezca increíble, el profesor Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el simple expediente de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo. ¿Qué pensaría el doctor Mendoza si en este trabajo empiezo a llamarlo “doctor” Mendoza? Sería un agravio que descalifica severamente al que lo hace y no al que lo soporta.

En cualquier caso, el propósito de este apartado no es otro que develar el uso de la Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la “AP” como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.

VIII.2. Las instituciones procesales en la sentencia analizada

— Aún cuando se trata, una vez más, de una autocita,⁶³ la idea que subyace en el párrafo a comentar tiene la aparente densidad de un agujero negro y, simultáneamente, el contenido de un cuenco sin fondo. Las categorías e instituciones procesales tie-

⁶³ “Si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho

nen forma y contenido propios, no están vacías. Al formar parte de una teoría, están enhebradas en base a una sistemática que las relaciona y unifica, sin perjuicio, claro está, de reconocer variantes al interior de ellas, generadas en una concepción del mundo distinta, un sesgo ideológico particular o en exigencias sociales (que pueden ser económicas, religiosas, políticas, etc.) surgidas de su empleo en un ámbito de actuación específico.

En consecuencia, es falso que los derechos materiales “configuran y llenan de contenido” a las categorías e instituciones procesales. Éstas tienen estructura y contenidos propios. Lo que parece haber querido decir la cita, con maltratado lenguaje, es que el contenido material del derecho discutido es determinante para la interpretación y posterior aplicación de las normas procesales. Ello no sólo es verdad, sino es absolutamente obvio: las normas procesales poseen un carácter instrumental.

Las instituciones procesales necesitan recibir una interpretación particular, por ejemplo, en el derecho laboral, en dicha disciplina hay principios exclusivos y esenciales que así lo exigen. Sin embargo, principios como el de primacía de la realidad o el *indubio pro operario* no “llenan de contenido a las normas procesales”, su función es orientar metodológicamente su interpretación y posterior aplicación al proceso en concreto. Y así va a ocurrir con cada una de las disciplinas jurídicas de donde se desprendan conflictos que requieren satisfacción procesal. Emplearán el proceso, sus categorías básicas y sus variantes teóricas, pero se apartarán cuando la particular esencia del derecho material discutido así lo exija. Eso es todo.

Entonces, no es patrimonio del derecho constitucional darle forma y llenar de contenido a aquello que tiene estructura propia y está preñado de conocimiento desde mucho antes. El derecho constitucional produce sobre la categoría o instituto procesal a emplearse, entonces, el influjo particular y propio que ejerce cada derecho material sobre el instrumento procesal a fin de afinar su eficacia resolutoria, por así decirlo, adecuándolo a fin de que cumpla la función específica que le corresponde, ni más ni menos.

— Lo que resulta absolutamente inexplicable es la crítica que a continuación se hace al positivismo, se le imputa “desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos

Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)” (Fundamento No. 4).

fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales”. ¿A cuál positivismo se refiere la frase? Estoy seguro que los distinguidos jueces del TC saben que es absolutamente imposible referirse al positivismo jurídico sin precisar a cuál de sus corrientes o variantes se refiere. Por la manera tan genérica e irresponsable que se le cita, podría muy bien tratarse de aquello que Luigi Ferrajoli llama paleo-positivismo.⁶⁴ Si así fuera, sería bueno que precisaran la crítica, así tal vez todos estaremos de acuerdo con el cuestionamiento, claro, siempre que se tuviera la pertinencia de precisar en qué consiste éste en el caso concreto, lo que, por cierto, no se realiza.

¿Los jueces del TC saben que hay positivistas legalistas (creen que lo jurídico nace de la voluntad del poder), positivistas sociologistas (creen que lo jurídico surge de una situación prevaleciente en la sociedad o de la voluntad de un grupo iluminado que combina su pensamiento con lo que le impone la realidad social) y positivistas historicistas (creen que lo jurídico surge de una línea escatológica que debe ser seguida)? Partiendo de la hipótesis no comprobada de que son lo que se creen, sin duda lo saben. Entonces, hubiera sido adecuado, aunque sea por urbanidad, que hubieran identificado al pensamiento criticado. ¿Conocen también que Bobbio se reconoce asimismo como un positivista metodológico? Seguro que sí, por la razón antes anotada.

Finalmente, me resisto a creer que los jueces del TC desconozcan que la teoría jurídica más sólida y exitosa en el último cuarto de siglo es una capaz de ser concebida, simultáneamente, como una teoría del derecho (es decir, como propuesta formal de un conjunto sistemático de conceptos teórico-jurídicos) y, a partir de tal propuesta teórica, convertirse en un instrumento para investigar el fenómeno jurídico desde por lo menos tres opciones distintas. Una concepción que propugna el desarrollo de una dogmática jurídica (donde se investiga la relación entre el ‘ser de derecho’ y el ‘deber ser de derecho’), otra consistente en una concepción sociológica o historiográfica (aquí se investiga la relación del Derecho con la realidad), y, finalmente, una concepción de filosofía política (donde se estudia el fenómeno jurídico a partir de la relación entre Derecho y Moral).

Esta teoría tiene como rasgo característico la afirmación *a priori* de que sus postulados sólo pueden concretarse al interior de un Estado constitucional de derecho. ¿Saben los señores jueces que esa teoría, llamada Garantismo, tiene como su máximo exponente a Luigi Ferrajoli, quien se reconoce plenamente como positivista? Si la

⁶⁴ “Así, mientras en el paradigma paleo-positivista el ‘ser’ del derecho se identificaba con su existencia, en el paradigma constitucional el *ser* del sistema jurídico comprende también su *deber ser constitucional*, el cual, si de un lado no debe confundirse con su deber ser ético-político o externo, tampoco ha de ser considerado ajeno al *ser* del derecho. Ésta es, precisamente, la novedad introducida por el constitucionalismo en el cuerpo mismo del derecho positivo y, por tanto, del positivismo jurídico”. FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 26.

respuesta es afirmativa, significaría que se están apartando de la teoría más exitosa en materia de reconocimiento de la plenitud de la Constitución y de la imprescindible necesidad de que los derechos fundamentales mantengan una vigencia permanente. Si es negativa, significaría que los únicos jueces en el Perú que están obligados a no equivocarse —en tanto son los únicos que producen cosa juzgada “químicamente pura”— no saben lo que dicen. Esto último sería muy grave.

Pero no se crea que este combate contra el positivismo en el proceso fue un exabrupto. Más adelante, en el Fundamento No. 71 se reitera el ataque al positivismo y otras especies, lamentablemente, con la misma inconsistencia ya descrita. Se afirma que el proceso “como instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral...” corresponde a una “práctica propia del positivismo y relativismo procesalista”. Pero, dado que ya se explicó la inconsistente agresión al positivismo, nos preguntamos: ¿qué es el relativismo procesal? Bueno, supongo lo contrario que el ‘absolutismo procesal’ que, como todo absolutismo, lo intuyo nocivo y perverso. En otras palabras, me confieso relativista por oposición a su contrario, el absolutista, aunque confieso no saber qué es uno u otro y, lo que es peor, no haber encontrado en las obras clásicas de la ciencia procesal una referencia a tal clasificación. Parecen ser corrientes doctrinarias que no están todavía desarrolladas en la teoría procesal, lo que no ha sido óbice para que el TC las condene sin perjuicio de que no haya explicado en qué consisten.

— Concluimos este análisis con una frase que sólo puede explicarse en un país ganado por la violencia, aunque, así y todo, no deja de causar asombro cuando se advierte quién la emplea y de qué manera. Dice el honorable TC que “la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del TC...”. ¿La metáfora no corresponde con la idea o la idea no está contenida en la metáfora? Si como producto de su sesuda reflexión el TC elimina la estrechez de un instituto procesal, eso significa que lo amplía, lo hace más claro, lo precisa, lo “ilumina” para usar una palabra que hace pocos años fue en el Perú tanto o más peligrosa que “dinamita”. En cualquier caso, queda claro que las reflexiones del TC no dinamitan nada, pues si así fuera, el instituto quedaría hecho añicos, inservible, como le ocurre a algunas frases corrompidas por su falta de claridad.

— En el Fundamento No. 74 —está en la página 26 y la sentencia tiene 31— se hace referencia a que “en ningún caso, las resoluciones judiciales *antes mencionadas*...”. La afirmación citada es de significativa importancia porque se trata de las resoluciones que posteriormente van a recibir, en el decisorio de la sentencia, sea la sanción de nulidad o la de suspensión de sus efectos.

Sin embargo, el primer dato a destacar es que antes del Fundamento No. 74, *jamás* fueron *mencionadas* las resoluciones “antes mencionadas”. Y no es baladí el defecto incurrido, al contrario, es determinante para comprobar la grave afectación del derecho a una tutela procesal efectiva que están soportando decenas de personas. En

efecto, si se lee la demanda, se advierte que el demandante *tampoco enumera* las resoluciones judiciales que pide sean declaradas nulas, simplemente plantea cinco rangos dentro de los cuales debe de recaer la nulidad de las resoluciones.

Una demanda con ese tipo de pretensión, es decir, la nulidad de un rango —es como pedir que se declaren nulas las resoluciones judiciales dadas en los veranos de los años 1997, 1998 y 1999 en la Región Grau—, dentro del cual hay un número indeterminado de resoluciones, determina que la sentencia proyecte sus efectos sobre un campo absolutamente abierto y difuso, es decir, una ‘pretensión abierta’ en un proceso cuya exigencia teórica es que el conflicto competencial que se propone sea concreto según la enseñanza de Zagrebelsky (?).

— Se han anulado resoluciones pertenecientes a doce procesos seguidos y ganados por personas que jamás fueron emplazadas. Es decir, hace su debut en el derecho peruano, en pleno siglo XXI, *la sentencia invisible*, que es aquella que puede recibir cualquier persona que haya ganado un proceso de manera definitiva, pero que el TC, cualquier día de cualquier año, puede decidir que tal triunfo es nulo, en un proceso seguido impunemente a sus espaldas.

— Aunque parezca extraordinario, el TC ha declarado la nulidad de resoluciones firmes en muchos procesos y también ha declarado la suspensión de los efectos de otras, pero *sin haber tenido los expedientes consigo para su revisión*.

Es necesario dejar constancia, a fin de que se aprecie la magnitud del error, que cualquier juez peruano que hubiera declarado la nulidad de una resolución que obra en un expediente que él jamás tuvo en su despacho para estudio, sería destituido sumariamente por irresponsable y malicioso. Salvo claro que fuese juez del TC.

Una prueba contundente de la irresponsabilidad incurrida —anular lo que no se aprecia— se presenta con la declaración de nulidad de la sentencia expedida por el 63° Juzgado Especializado Civil de Lima en el expediente No. 2153-2004. Este proceso no se encuentra en ninguna de las hipótesis de nulidad desarrolladas por la sentencia. Es decir, el demandante en este proceso ha sido más desgraciado —si cabe tal estado— que los titulares de los otros procesos anulados, se trata de una ‘baja civil’ ante un ataque con dinamita a un número indeterminado de procesos. Si los ataques con bombas inteligentes producen víctimas no queridas, es de imaginar lo que puede producir un ataque desproporcionado e irresponsable a dinamitazo puro.

— Como la sentencia teme que la poda que ha realizado podría no haber sido completa —es decir, que la explosión haya dejado sobrevivientes—, decide amparar la ‘pretensión abierta’ propuesta por el demandante con un decisorio igualmente generoso y expansivo. Declara una nulidad genérica sobre todos aquellos procesos que hayan concluido arrastrando el estigma de haberse apartado de una interpretación del TC o de uno de sus precedentes vinculantes.

— El TC ha declarado la suspensión de algunos procesos. Ahora, la suspensión jamás fue demandada, ¿un juez puede incorporar una pretensión que no se demandó? Me imagino que aquí es donde aparece la crítica al positivismo y relativismo procesal. Para no ser vilipendiado afirmo que sí se puede. Pero cuidado, no se malentienda, aclaro que el único juez que puede agregar pretensiones en el decisorio sin que se discutan en el proceso es el TC. Cualquier juez ordinario sería destituido si se le ocurre realizar semejante barbaridad. ¿Por qué? Porque las pretensiones demandadas merecen ser, en principio, conocidas por el demandado, y luego probadas, alegadas e impugnadas por una y otra parte, eso es el proceso. No hacerlo sería convocar una misa negra, lamentablemente ésta puede ser consagrada en el Perú por el TC.

— El TC ha suspendido procesos hasta que la Corte Suprema los resuelva en definitiva. Ahora, ¿se puede suspender algo que ya se acabó? Aunque la respuesta ingenua es no, los procesos ‘suspendidos’ por el TC en la sentencia comentada acabaron hace varios años. Hacerlo es como reabrir un proceso penal contra un fallecido y luego ordenar que retorne a prisión hasta que la Corte Suprema decida en definitiva su ‘libertad’. ¿Se puede?

Bueno, ganados por los argumentos debemos afirmar que no se puede suspender lo que ya se acabó. Sin embargo, esa imposibilidad sólo alcanza a un juez ordinario, porque si se tratara del TC, cualquier objeción basada en que lo decidido es un asalto a la razón debe ser entendida como producto de una concepción relativista, positivista, neutral, autónoma y científica del proceso, es decir, de una suma de ‘adjetivos perniciosos’ destinados a impedir se advierta y reconozca que el TC lo puede todo.

— Y lo último, aunque no necesariamente lo menos importante, está dado por una frase que en su intrascendente contenido puede mostrarnos las ‘otras razones’ que están detrás de la sentencia comentada. La frase: “*Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial...*”, es antológica. ¿Bajo qué ámbito de discusión jurídica resultan contrarios o idénticos, para el caso lo mismo da, los conceptos ‘académico’ y ‘jurisprudencial’? ¿Habrá querido referirse el honorable TC a los planos teórico y práctico? ¿Tal vez a lo abstracto y lo concreto?

Nunca lo sabremos. Lo curioso es que tratándose de una autocita, un atisbo de modestia hubiera inducido al TC a explicar esta frase enigmática dado que la usa por segunda vez. Aunque claro, no se puede descartar la idea de que más dividendos genera una frase críptica que una didáctica, sobre todo cuando los intonsos somos mayoría.

IX. Algunas conclusiones

La sinfonía No. 94 de Haydn se llama ‘La sorpresa’ y tiene como sobrenombre ‘Golpe de tímpano’. Sin embargo, lo que ha hecho el Tribunal Constitucional por

medio de la sentencia en comentario ni siquiera es una sorpresa, pero puede ser llamado un ‘Golpe de mazo’ al sistema judicial peruano. Otra diferencia es que la de Hayden es una obra maestra.

Al margen de alguna discreta, aunque a veces no tanto, ironía en los comentarios, acto que puede ser explicado como un mecanismo de defensa, en tanto admito —es inconsciente después de todo— que puede haber sido la técnica para intentar desplazar mi estupor e indignación por un documento público tan peligroso como irresponsable, considero que la sentencia materia de este comentario va a pasar a la historia del derecho peruano, pero no por las razones que los miembros del TC hubieran querido, sino porque va a ser demarcatoria del límite de su actuación de ahora en adelante.

Por esa razón, quisiera anotar un inventario de prevenciones o alarmas que me parece indispensable compartir, a fin de que estemos atentos y no suframos sus consecuencias. Aún estamos a tiempo. Lo ocurrido es un caso típico de exceso de poder y, cuidado, no hay poder sin control en un Estado democrático. El reconocimiento y confianza social que puede tener una institución en el país no es patente de curso para el ejercicio abusivo del poder.

Por lo demás, la Constitución ocupa y debe seguir ocupando un lugar preferente en nuestra organización política, jurídica, social y económica. Aquella misma prioridad que tiene en las sociedades contemporáneas más evolucionadas. Hay que defender su vigencia y primacía con todos los medios permisibles. Sin embargo, en la línea de Häberle, todos y cada uno somos los principales encargados de practicar, cuidar y enseñar la más adecuada interpretación y aplicación de la Constitución. El TC *no es el único*, aunque se lo crea. Debe recordar que, como todos, está del lado de los que debemos cumplirla, sus normas también lo vinculan. El día que una institución pretenda colocarse encima de ella o crea ser ella so pretexto de protegerla, habrá iniciado el camino de su violación sistemática. Y cuando eso ocurra —creo que esta sentencia es un mal paso en esa dirección— estaremos espectando, una vez más, que están dadas las condiciones para el ingreso de un nuevo salvador de la patria, es decir, se está provocando, desde el lugar más insospechado, la interrupción de nuestro sistema democrático.

Ahora sí algunas conclusiones puntuales.

1. *Un nuevo brocardo: la sentencia favor iudex.* La sentencia comentada recayó, formalmente, en un proceso originado por un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Sin embargo, concluido el proceso se advierte que, en estricto, no existió un conflicto de competencias o de atribuciones entre los litigantes.

Las sentencias con autoridad de cosa juzgada han sido declaradas nulas o han quedado suspendidas, varios años después de haber quedado firmes, no porque el Poder Judicial afectó directamente alguna competencia o atribución del Poder Ejecutivo, sino porque afectaron una interpretación o un precedente establecido por el TC.

Eso lo ha decidido el mismo TC en un proceso en donde el demandante, Poder Ejecutivo, sólo ha participado de una coartada que lo beneficia de carambola. Ha conseguido por vía extra jurídica aquello que no defendió regular y oportunamente cuando pudo hacerlo y ante quién debió hacerlo.

El TC ha sentenciado un caso con el único fin de afirmar que sus decisiones son y serán absolutamente vinculantes. ¡El TC ha resuelto a su favor en causa ajena!

2. *El “prestigio” del TC con la debacle del Judicial.* Como el TC carece —por razones históricas y de formación jurídica— de la autoridad que tienen los órganos supremos en otros países —el caso de la Suprema Corte norteamericana, por ejemplo, que vincula a los jueces y a la Comunidad con su prestigio—, ha utilizado este proceso para imponer su “jerarquía” y ordenar que sus interpretaciones y precedentes tengan fuerza vinculante absoluta sobre todo el sistema jurídico nacional y, específicamente, sobre las decisiones judiciales que, de esta manera, quedan totalmente desprotegidas de sus presupuestos esenciales —la autoridad de la cosa juzgada, por ejemplo— en tanto pueden ser anuladas en cualquier momento y con prescindencia de su estado.

3. *El TC peruano está más allá del bien y del mal.* Esta autoafirmación de poder omnímodo sobre el sistema jurídico nacional, a pesar de su considerable trascendencia (modifica el sistema de fuentes del derecho peruano), no tiene fundamento constitucional ni de ningún otro origen. Supongo que el TC considera que siendo el ‘supremo intérprete de la Constitución’ —frase de forma y contenido también inexistente en el derecho peruano— no necesita de fundamento constitucional para variar el sistema de fuentes. En cualquier caso, considero que se trata de un *bluff* construido encima de otro.

4. *El TC expresa la única interpretación correcta.* “Recuperando” la importancia de una vieja teoría de la interpretación jurídica, al institucionalizar y sobrevalorar lo que realiza, el TC ha asumido la ciclópea tarea de expresar “la única interpretación correcta” que es posible hacer en materia constitucional. Estamos en la puerta de una actividad interpretativa que además de auténtica va a tener calidad normativa, es decir, fuerza vinculante, casi nada.

Ahora bien, si todavía no se ha advertido el ilimitado poder que el TC se ha autoconcedido, habría que recordar que la Constitución tiene decenas de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales, como resulta evidente, están expresados en normas constitucionales que no han sido concebidas para tener un significado fijo, sino para exactamente lo contrario.⁶⁵ Si estas normas de textura abierta son sometidas al rigor

⁶⁵ “En ese sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa ‘les lignes essentielles de la philosophie politique gouvernementale’. Con respecto a esto, el Tribunal Constitucional se presenta como ‘Vertrauensstelle der Regierung’ porque define el lugar del gobierno *inter alia* a través de la interpretación de reglas constitucionales. La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas. La interpretación constitucional institucionalizada otorga

interpretativo y vinculante de un solo órgano, cuyas decisiones no se discuten y obligan a todos, advierto una terrible consecuencia, en medio de otras: una vez que el TC haya escogido la opción interpretativa que considere, toda concepción dinámica y evolutiva de la Constitución y de los fenómenos sociales habrá quedado desterrada. Y el Derecho habrá entrado —sin que ni siquiera el supremo intérprete (el TC, el causante) pueda hacer nada— en una fase de declive o, en cualquier caso, a ser todo lo contrario de lo que se espera del órgano supremo de control de la primacía y eficacia de la Constitución.

5. *El mito de la cosa juzgada constitucional.* Al ‘crear’ la institución de la cosa juzgada constitucional —concepto que es usado en otras latitudes pero con otro contenido— la sentencia ha relegado a una función meramente preclusiva a la cosa juzgada emanada de las resoluciones judiciales. Con ello ha recortado tal vez el rasgo más esencial que puede tener la impartición de justicia en una sociedad democrática: expedir decisiones que se prestigian con su inmutabilidad y reconocimiento social, que no otra cosa es la cosa juzgada. El TC reclama para sí esta autoridad, lamentablemente con escasa solidez e inexistente información.

6. *TC y tutela procesal efectiva.* La sentencia de marras ha afectado el derecho a una tutela procesal efectiva, es decir, el derecho fundamental de toda persona a participar en un proceso recibiendo un conjunto de garantías mínimas que le aseguren una decisión razonable. En el presente caso, decenas de personas que habían concluido exitosamente sus procesos hace años, tal vez aún no se hayan enterado que las sentencias que les fueron favorables han sido anuladas. ¿Esto puede ocurrir en un Estado de derecho? Inclusive si quienes ganaron los procesos lo hubieran hecho de manera inicua, ¿merecían tal sanción? Si esa fuera la razón de la anulación, estemos claros que el TC ha perdido el derecho de calificar de maquiavélico a nadie.

7. *La “función pedagógica” del TC.* El TC ha insinuado la existencia de una ‘jerarquía’ respecto del PJ. Pero sólo es una insinuación, reducida al ámbito de los procesos constitucionales y por razones de revisión impugnatoria. En todo caso, no sólo no hay jerarquía, no se debe olvidar que la revisión por otro grado es una opción técnica mayoritariamente reconocida pero no una consecuencia de un principio jerárquico inexorable.

Por esa razón, si el TC va a anular procesos contenidos en expedientes que jamás

enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales. Al Tribunal Supremo de EE.UU. se le tiene como un *policy-maker* y la historia de su actividad, desde los tiempos del *New Deal* hasta las recientes decisiones de *desegregation*, demuestra ese papel y el significado cambiante que se atribuye a las reglas constitucionales de EE.UU. El poder de la interpretación constitucional es tan relevante por razón del impacto del contexto funcional sobre el significado de las reglas constitucionales”. WRÓBLEWSKY, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1985, pp. 79 y 80.

los tuvo en despacho para revisarlos, es mejor que se olvide de ejercer, directa o indirectamente, algún tipo de función pedagógica. Los resultados serían perniciosos.

8. *Zagrebelsky citado pero contradicho*. Contraviniendo la enseñanza de uno de los juristas que cita, Zagrebelsky, la sentencia ha resuelto un proceso competencial con un decisorio abstracto, que no otra cosa es una nulidad genérica originada en una pretensión abstracta, como ya se anotó. Con ello, ha resuelto de manera exactamente contraria a la enseñanza puntual del juez de la Corte Constitucional italiana en materia de conflictos de competencia.

9. *El derecho constitucional como ciencia exacta*. No hay manera de encontrar concesiones en la sentencia respecto de la invulnerabilidad de sus interpretaciones y la rigidez vinculante de sus precedentes, de hecho, se sustenta en material pétreo. Ahora bien, salvo algunos aspectos del derecho tributario y tal vez el irrefragable mandato fáctico que surge de una prueba de ADN, no deben ser muchos los casos en los que el Derecho no se presenta discursivo, es decir, abierto a criterios, tendencias, opciones.

El caso del derecho constitucional no es precisamente la excepción. A poco de avanzar en sus conceptos básicos, se descubre que un considerable número de sus categorías e instituciones están conformadas por aquello que la doctrina alemana empezó a llamar ‘conceptos jurídicos indeterminados’, es decir, categorías flexibles cuyo empleo va a depender del contexto histórico (político, social y económico) que rodea al caso y por cierto del ámbito axiológico de aquello que se discute. Conceptos como ‘interés general’, ‘orden público’, ‘contenido esencial’ o ‘plazo razonable’ serán lo que deban de ser en función de los criterios antes descritos y respecto del caso concreto.

Entonces, en una disciplina tan importante como el derecho constitucional, en donde se acrecientan las exigencias al especialista (jurista o juez constitucional) de ser particularmente respetuoso de las opciones planteadas, surgidas de la irrefrenable dinámica social, resulta singularmente preocupante que la sentencia en comentario haya optado por una concepción rígida, casi autoritaria respecto de las decisiones que ya ha tomado. En todos aquellos casos en los que la duda metódica desaparece, la ciencia pierde fulgor, se vuelve un instrumento anacrónico e inútil. Y claro, cuando la discusión creadora es reemplazada por el autoritarismo, el Derecho se reduce a un manual de instrucciones.⁶⁶

10. *El TC y la teoría del proceso*. Aún cuando sólo sea un tema académico, sorprende como la sentencia tiene una concepción minusválida del proceso, entendiéndolo como

⁶⁶ En la sentencia No. T-1165/01, la Corte Constitucional colombiana dijo que los derechos constitucionales fundamentales son conceptos jurídicos indeterminados y que, por tanto, su calificación es un asunto de tiempo, modo y lugar. Eso lo dijo antes de reconocer que el derecho a una vivienda digna tiene tal calidad.

un instrumento limitativo y frustrante para la eficacia de los derechos constitucionales. Sin embargo, como sólo hace referencia a las consecuencias pero no a cómo se producen éstas, por lo menos hasta el momento es posible afirmar que, en materia procesal, la sentencia ha imaginado un monstruo para luego atacarlo, y sin duda lo hecho con éxito. Sin embargo, la incertidumbre sigue latente, o los jueces del TC conocen de una teoría procesal insidiosa —que nadie más conoce— que limita su capacidad de juzgar o, podría ser, que no tengan siquiera un conocimiento elemental de aquello que están criticando.

11. *El TC y el ejercicio de su poder.* Toda persona o institución que ejerce poder, más aún si el origen de su potestad no fueron las urnas, tiene sobre sí una severa responsabilidad, debe legitimarse permanentemente con sus actos. Este es un dogma que acompaña a casi toda la función pública (los jueces, ministros, los miembros de tribunales administrativos, los directivos de los organismos reguladores, entre otros). El cumplimiento de dicha tarea es complicada porque en ese ejercicio cotidiano del poder se puede producir un desgaste o sobre exposición, con lo cual se corre el riesgo de obtener exactamente el resultado contrario.

Del TC la ciudadanía ha recibido más de lo que esperaba en varios aspectos, esto es innegable. Aún más, desde cualquier palestra hay que reconocer su tarea y procurar que la continúe. Sin embargo, todo lo positivo se puede perder si empieza a incurrir en excesos. Anular sentencias judiciales sobre las cuales ha recaído la autoridad de la cosa juzgada es un error gravísimo cuyas consecuencias sólo han pasado desapercibidas debido a la enorme desconfianza social que soporta el Poder Judicial a nivel nacional. Se ha violado la independencia judicial. Bien podemos no darle resonancia a lo ocurrido, pero cuidado, no nos sorprendamos si por esta vía de deslegitimación de nuestras instituciones esenciales, desaparece lo que aun tenemos de Estado de derecho.⁶⁷

⁶⁷ “El estado de derecho significa dar un paso adelante y edificar la relación de poder ya no exclusivamente sobre la base del miedo o de la fuerza sino de la confianza y de la aceptación. La relación de poder se configura ahora en una dimensión horizontal y deja atrás el sesgo vertical y jerárquico que la había caracterizado hasta ese momento. Para el estado de derecho la forma es el medio producido por la voluntad popular con el fin de fijarles límites al ejercicio del poder y evitar su ejercicio arbitrario. La forma tiene aquí, entonces, un *valor* y una *dirección* (el énfasis es nuestro). Un *valor*: luchar contra la arbitrariedad; una *dirección*: ya no es el gobernante de turno el que hace la ley sobre la marcha y de acuerdo con su propia conveniencia o utilidad. Es la ley propuesta por el pueblo la que determina las fronteras dentro de las cuales el gobernante ejercerá su poder. La ley no surge por inspiración divina o por obra del gobernante de turno para salvaguardar sus propios intereses. El gobernante debe ceñirse a la ley y está sujeto a una triple limitación. Una limitación temporal: no podrá ejercer su poder de manera indefinida en el tiempo. Una limitación estructural: el ejercicio del poder habrá de ser realizado conforme al principio de separación de poderes y evitar así su ejercicio concentrado y ajeno a los controles. Una limitación material: el poder tendrá que ejercerse dentro de las fronteras que fijan los derechos de los individuos.” MONTROYA, Ana María, *op. cit.*, p. 58.

12. *El futuro del Poder Judicial.* La sentencia comentada le impone a la Judicatura en general, desde el Presidente del Poder Judicial al Juez de Paz del más alejado villorrio del país, una enorme responsabilidad. Esta consiste en que debe reconocerse y sentirse *Juez* más allá de las afectaciones que una sentencia tan insólita como la comentada puede producir en su independencia funcional y también en su autoestima.

La sentencia comentada es *increíble*, uso el adjetivo sin ningún acento emotivo o fuera de contexto, sólo quiero decir que es *no creíble*, por tanto, no debe ser seguida, bajo cargo de destruir el sistema judicial. La potestad de juzgar como proceso cognitivo y volitivo es aquel acto en donde se mezcla el saber, la experiencia, la creatividad y la prudencia de un ser humano, a niveles pocas veces exigidos para otras actividades del espíritu. Siendo así, ésta no puede ser controlada desde fuera de manera impositiva.

No se puede impartir justicia teniendo un cancerbero que actúa como una máquina demoníaca, guillotinando y tirando al vacío a quien lo contradice. Está en juego la posibilidad de juzgar en libertad, ni más ni menos.⁶⁸ Si el Poder Judicial cede a esta imposición, que es también una afrenta, habrá perdido no sólo la posibilidad de su reivindicación histórica con la sociedad, sino la opción de seguirse llamando Poder.

13. *El futuro del TC y del Poder Judicial.* Finalmente, si los congresistas siguen descendiendo con sus permanentes agravios a la ética parlamentaria y social, como viene ocurriendo, y si, por su lado, el Ejecutivo se sigue enredando en actividades dudosas, muy pronto, fieles a nuestro sino —titulares históricos de una ciudadanía éticamente adelgazada— confirmaremos en los hechos el fracaso de nuestro sistema democrático, endeble y deslegitimado.

Entonces, dentro de unos años, millones de votos cargados de frustración y desprecio elegirán un gobierno “democrático autoritario” que, preñado de populismo, desmontará las conquistas jurídicas y sociales y, por supuesto, copará el Tribunal Constitucional. Y algún oscuro día, más temprano que tarde, ese TC “renovado” recibirá una demanda competencial en donde se pretenda la nulidad de todas las sentencias firmes expedidas por el sistema anticorrupción. Y así, de nuevo instalados en el reino del absurdo, no habrá razón para que esa demanda no sea acogida.

⁶⁸ “Precisamente en el bando de los Juzgados y Tribunales ordinarios, creo que deben liberarse del *complejo de sometimiento*, sin considerarse asfixiados ni capitidisminuidos, sino señores del proceso, en el sentido de plenamente responsables de sus actos, sin desinteresarse de la labor, que le es privativa, antes y después de la creación de este Tribunal, en cuanto obligados a encararse con las peculiaridades del caso concreto, entregándose fervorosamente a la búsqueda de la justicia material, que, en un proceso de inducción, tendrá la adecuada respuesta en el Ordenamiento jurídico aplicable, mucho más rico en soluciones que lo que muchos piensan. Ningún juez debe pensar que con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya todo está resuelto de antemano, ni con la del Supremo tampoco, considerando que el Derecho ya viene mascado y digerido, reduciendo su papel a simples piezas de transmisión”. MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, *Ángel, op. cit.*, p. 217.

Lo terrible, entonces, es que los jueces del TC que expidieron la sentencia han creído que sus sucesores —la elección es por cinco años— van a tener, por siempre, el mismo origen democrático y en consecuencia la misma independencia e identidad con los principios y valores constitucionales que ellos tuvieron. Sea exceso de ingenuidad sea ilusión fáustica, la realidad nos enseña que nada bueno es para siempre, mucho menos en nuestra política criolla, muy sensible a la influencia de demagogos y otras fruslerías.

Estar en desacuerdo con algunas de las decisiones del TC no resta un ápice la importancia y mérito del descubrimiento de la sentencia constitucional como agente de cambio en sede nacional. Sólo esperamos que se advierta que las sentencias del PJ no poseen autoridad ni valor inferior.