

# Revista

AÑO 6, N° 11

julio - diciembre 2005

DIRECTOR

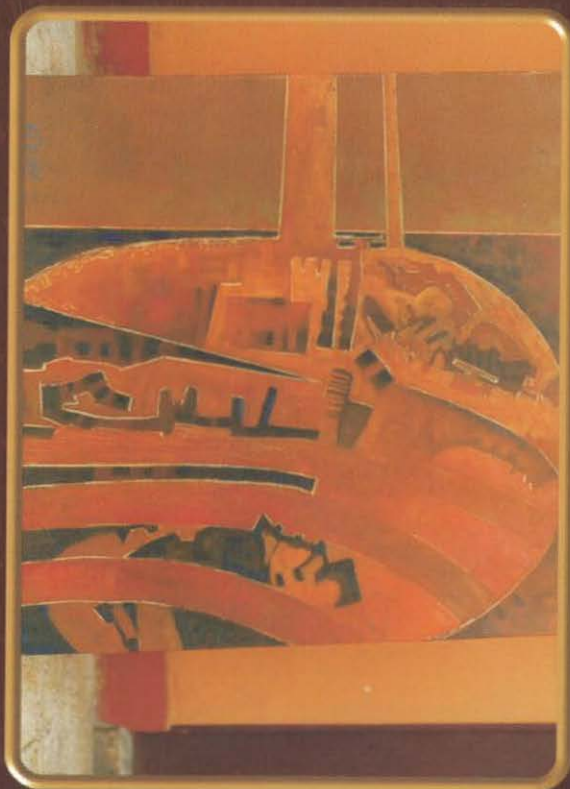
DOMINGO GARCÍA BELAUDE

SECRETARIO

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

# Peruana

## DE



# DERECHO PÚBLICO

Administrativo  
y Constitucional



GRIJLEY

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO PÚBLICO

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

# REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 6, Número 11 • Julio-diciembre de 2005

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren  
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich

Secretario de Redacción

José F. Palomino Manchego

Comité Asesor Internacional

- Alemania : Peter Häberle  
Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés,  
Alejandro Pérez Hualde  
Brasil : Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides  
Chile : Humberto Nogueira Alcalá  
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahíta, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro  
Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Muñoz  
Costa Rica : Rubén Hernández Valle  
EE.UU. : Robert S. Barker  
España : Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de  
Enterría, Luciano Parejo Alfonso  
Francia : Louis Favoreu (†), Franck Moderne  
Italia : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro  
México : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés  
Panamá : César Quintero (†)  
Portugal : Jorge Miranda  
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge  
Alfredo Quispe Correa  
Gustavo Bacacorzo



AGRADECIMIENTO



ASOCIACIÓN PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

**Carátula de Nicolás Gracey**

Solicitamos canje cuando se solicita  
Tauschverkehr erwünscht  
Sollecitiamo scambio  
We would like exchange  
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:  
Av. José Gálvez 200 (Corpac)  
Lima 27 - PERU  
E-mail: [jpalomino@terra.com.pe](mailto:jpalomino@terra.com.pe)

Suscripciones, aviso y distribución:  
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.  
Jr. Lampa 1221  
Telf.: 427 3147 / Telefax: 427 6038  
Web: [www.grijley.com](http://www.grijley.com)  
E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)  
Jr. Azángaro 1077 - Lima I, Perú  
Telf.: 321-0258

## SUMARIO

Editorial .....	9
-----------------	---

### ESPECIAL SOBRE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

– ARELI VALENCIA VARGAS Los principios constitucionales tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	13
– HUMBERTO UCHUYA CARRASCO Tribunal Constitucional, debido proceso y tercero registral .....	35
– LUIS R. SÁENZ DÁVALOS La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos (Supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional) ...	53
– LENY PALMA ENCALADA Tribunal Constitucional: ¿Legislador positivo? (Comentarios a través de la jurisprudencia) .....	87
– MIGUEL PEDRO VILCAPOMA IGNACIO Tribunal Constitucional: De la no ratificación de los magistrados al desamparo .....	97
– IVÁN MEINI Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	111
– LUIS CASTILLO CÓRDOVA El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano .....	127

- PERCY GARCÍA CAVERO	
La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano .....	153
- JUAN MANUEL SOSA SACIO	
El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	165
- EDGAR CARPIO MARCOS	
Los derechos no enumerados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	185
- JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	
El control constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente? .....	205

## NOTAS

- ALLAN R. BREWER-CARIÁS	
Nota sobre Arequipa en la historia del Perú .....	227
- ANA NEYRA ZEGARRA	
Una mirada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional .....	233

## NECROLOGÍA

- PETER HÄBERLE	
Konrad Hesse (1919-2005) .....	237
- SERGIO DÍAZ RICCI	
Werner Kāgi (1909-2005) .....	243

## ENTREVISTA

- PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO	
Un jurista del tiempo de los derechos (Entrevista al profesor Eduardo García de Enterría) .....	249

## DOCUMENTO

- ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO	
La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias .....	269

## EDITORIAL

El presente semestre se ha presentado cargados de noticias y de incógnitas. La primera que debe ser saludada es el nombramiento de Beatriz Merino en la Defensoría del Pueblo, que merece una sincera congratulación. Beatriz Merino no sólo es una profesional acreditada, sino que adicionalmente ha tenido una muy pulcra actuación durante su paso por la administración pública y luego en el alto cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, si bien no muy comprendida. Se enfrenta con un gran desafío, pues por un lado va precedida por años de interinazgo de Walter Albán, decididamente exitoso, y el ejercicio del primer titular que fue Jorge Santistevan de Noriega, que sentó sólidas bases para el ejercicio del cargo y además lo hizo pulcramente y en muy adversas situaciones.

Las incógnitas que se presentan son decididamente en el ámbito electoral. A menos de un año de las elecciones generales, nada queda claro y menos aun las candidaturas y sobre todo los temas de la campaña. Mucho ruido y poca efectividad es lo que aparece, acompañado por una prensa ignara que ni forma ni informa.

Y dentro de nuestro ambiente académico y constitucional, se realizó con gran éxito el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional en la ciudad de Arequipa (22,23 y 24 de setiembre) organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Santa María de Arequipa y el Ilustre Colegio de Abogados, contando con el respectivo apoyo de sus Decanos Enrique Delgado Paulet y Luis Velando Puertas. El auspicio y apoyo corrió, como en los anteriores congresos, a cargo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Al Congreso asistieron y se inscribieron más de 1,200 participantes, entre alumnos, abogados, jueces y fiscales. Y un total de dieciséis profesores extranjeros, que dieron realce al evento. Durante los días del Congreso se entregó, debidamente impreso, un volumen de más de 700 páginas que contenían casi todas las ponencias, y que se agotó rápidamente. Puede decirse que en esta oportunidad, en donde asistieron más de 30 profesores nacionales de la disciplina, fue un verdadero éxito y constituyó un suceso del que hay que agradecer no sólo a los que participaron, sino a los organizadores que lo hicieron posible desde la hermosa ciudad de Arequipa.

Lima, noviembre de 2005.

El Director



ESPECIAL SOBRE  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

---

# LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Arelí Valencia Vargas <sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Los principios constitucionales tributarios en la Constitución de 1993. III. Naturaleza jurídica de los principios constitucionales tributarios. IV. El principio de legalidad y reserva de ley. 1. El principio de legalidad/reserva de ley en el artículo 74° de la Constitución. 2. Distinción jurisprudencial entre reserva de ley y principio de legalidad. 3. Extensión de la reserva en el ordenamiento jurídico peruano. V. El principio de igualdad. VI. El principio de capacidad contributiva. VII. el principio de no confiscatoriedad. 1. La evaluación de la confiscatoriedad en el proceso de Amparo. VIII. El respeto a los derechos fundamentales. IX. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

El transcurso de los últimos años, ha podido dar cuenta de un mayor desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; afirmando de este modo, su legitimidad como intérprete supremo de la Constitución.

Ciertamente, el desarrollo actual de la justicia constitucional, se encuentra caracterizado por una mayor labor creadora en la jurisprudencia

---

(\*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

de los tribunales y cortes constitucionales del mundo, a través de diversos tipos de sentencias <sup>(1)</sup>, reconocidas como verdaderas fuentes de Derecho. Esta avanzada –que no es ajena al propio Tribunal Constitucional peruano– se contrapone en algunas ocasiones, a la antigua visión kelseniana de un Tribunal Constitucional como suerte de «legislador negativo», la cual, viene siendo superada abiertamente en estos días, en aras de revalorizar la fuerza normativa de la Constitución, no sólo desterrando las impurezas del sistema sino armonizando la interpretación constitucional a fin de lograr un orden de convivencia más justo, en los casos que por su trascendencia ameriten una mayor intervención de este órgano.

Y es que, un Tribunal Constitucional, no sólo se limita a decir si una norma con rango de ley es constitucional o no, sino antes bien a realizar una labor valorativa del sistema a través de la interpretación, lo cual, resulta innegable y necesario, en la medida que la Constitución es una norma de reglas, valores y principios<sup>(2)</sup>, que desde luego, en el caso de estos últimos, necesitan ser precisados por el supremo intérprete de la Constitución para vincular a todo el sistema jurídico, con la interpretación definitiva de los mismos.

Los principios constitucionales tributarios, resultan mandatos no sólo de la producción normativa formal sino del contenido material de las normas creadoras de tributos, y nuestro Tribunal Constitucional, ha tenido oportunidad de desarrollarlos con mayor profundidad y de manera vinculante, a propósito del cuestionamiento de algunos tributos, como en el caso del Impuesto a los casinos y máquinas tragamonedas, el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN), el Anticipo Adicional al Impuesto a la Renta (AAIR), el artículo 61º de la Ley del Impuesto General a las Ventas y el Impuesto

---

(1) A estos efectos, recomendamos los siguientes textos: De la Vega, Augusto Martín: *La sentencia Constitucional en Italia*, CEPC., Madrid, 2003. Rolla, Giancarlo: «El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectiva de reforma», en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 3, (enero-abril 1998). Hernández Valle, Rubén: «La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 41, (Mayo-Agosto 1994). Romboli, Roberto: «Tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Núm. 48, (Setiembre-Diciembre 1996). Noriega Alcalá, Humberto: «Consideraciones sobre la sentencia de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur», en *Revista Ius et Praxis*, Año 10, Núm. 1, 2004.

(2) Pérez Luño, Antonio: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Técnos, 6ª. Edición, págs. 287-295.

Selectivo al Consumo; así como, recientemente, respecto de las Ordenanzas que regulan el régimen de arbitrios municipales.

No será materia del presente trabajo hacer un desarrollo teórico sobre la tipología de sentencias constitucionales, sin embargo, haremos un recorrido por las últimas sentencias del Tribunal peruano en materia tributaria, a fin de dar a conocer el contenido otorgado a los denominados principios constitucionales tributarios, que rigen el estatuto del contribuyente en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho adoptada por nuestra Constitución; y a la vez, evaluar lo que aún queda como agenda pendiente para su posterior desarrollo por dicho órgano constitucional.

## II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Los principios constitucionales tributarios recogido en el artículo 74<sup>o</sup> de la Constitución de 1993 –reserva de ley, igualdad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad y respeto a los derechos fundamentales– forman parte de todo el conjunto de principios rectores de lo que se denomina la Constitución económica y financiera; es decir, aquellas directrices que en conjunto orientan la forma cómo el Estado y los individuos deben actuar o intervenir en la economía de nuestro país.

Siendo así, lo primero a tomar en cuenta para entender su función y delimitar su contenido, es el modelo de Estado que nuestra Constitución establece. De este modo, conforme lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional de una interpretación conjunta de los artículos 3<sup>o</sup> (*numeros apertus*) y 43<sup>o</sup> (Estado social y democrático) <sup>(3)</sup> de la Constitución; el Estado peruano presenta las características básicas de un Estado Social y Democrático de Derecho; y, claro está, que lo es, en tanto se reconoce la protección de ciertas libertades económicas, tales como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en el marco de una economía social de mercado, debiendo ser interpretadas en función al valor supremo de nuestro Estado constitucional, cual es, el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 1<sup>o</sup> Const.).

En el Estado Social y Democrático de Derecho, se busca conciliar los legítimos intereses de la persona, de manera individual, con aquellos intereses de la sociedad y el Estado; y es ahí, donde derechos como el de

<sup>(3)</sup> STC 0008-2003-AI/TC (Constitución Económica).

propiedad –cuya afectación es lícita a efectos de la tributación– no sólo se entienden y respetan en tanto derecho privativo de la persona sino en cuanto a su función social.

Es bajo el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, desde donde debe entenderse la función del tributo y el ejercicio de la potestad tributaria. Lo que implica que por un lado, el Estado deba ejercer dicha potestad dentro de los límites formales y materiales que la Constitución establece, promoviendo una distribución justa de la carga tributaria y el gasto; e impidiendo la afectación de derechos fundamentales; mientras que, por otro, los ciudadanos deban asumir su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Cabe resaltar que, el *deber de contribuir*, constituía regla expresa en el artículo 77º de la Constitución de 1979; sin embargo, ello no es óbice, para que no se invoque en la actual Constitución como un principio implícito del artículo 74º; toda vez que, el fundamento de la imposición no sólo se centra en la potestad del Estado para crear tributos –en sus distintos niveles de gobierno– sino en el propio deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado de acuerdo a su *capacidad económica*, con la cual, justamente se concadena.

Pensar exclusivamente en lo primero, obligaría a situarnos bajo una concepción estrictamente liberal del fundamento de la imposición, básicamente concebida en la protección del ciudadano contra la tributación excesiva impuesta por el Estado, lo cual, evidentemente no se condice del todo con nuestro ideal de Estado actual, donde la tributación no sólo es eso, sino también cumple una función de solidaridad social.

Queda sin embargo por definir, a nivel jurisprudencial, los alcances de este principio. Así pues, en ordenamientos jurídicos, donde resulta ser un principio expreso, como en el caso español (artículo 31.1 de la CE)<sup>(4)</sup>, su Tribunal Constitucional lo ha definido en los siguientes términos: «...*para los ciudadanos este deber constitucional implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (...) una situación de sujeción y de colaboración con la administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos (STC 76/1990, fj 3)*».

(4) Artículo 31.1 de la Constitución Española: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad, progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

En consecuencia, podemos resumir el rol de los principios constitucionales tributarios en el marco de la Constitución Económica y Financiera, en función del cumplimiento de 3 finalidades básicas: *a)* como límites al ejercicio de la potestad y conjuntamente como programa constitucional para el legislador, *b)* como garantía de protección de los derechos fundamentales, y *c)* como directrices para la actuación de la administración.

En el primer caso, porque no solo representan el parámetro de actuación al legislador para crear, modificar y exonerar tributos; sino que, al insertarse como principios dentro de la Constitución Económica y Financiera, obligan al establecimiento de un sistema tributario coherente y justo, en función a los objetivos económicos y políticos del Estado, donde el ingreso y el gasto deben guardar un equilibrio razonable.

En el segundo caso, porque tras estos principios se busca la protección de concretos derechos fundamentales como los de propiedad privada e igualdad, cuya protección puede accionarse vía el Proceso de Amparo o el contencioso tributario, cuando este último constituya una vía idónea igualmente satisfactoria. Claro está que, aún cuando propiamente en el caso de las personas jurídicas, no pueda hablarse de derechos fundamentales, la tributación excesiva también puede afectar su propiedad y por ende, extenderse como una obstrucción a la libertad de empresa.

Finalmente, en el Estado constitucional, la fuerza normativa de la Constitución no sólo obliga al juez constitucional sino a toda la actuación de la Administración Pública. Y en esa medida, la cláusula de los derechos fundamentales como un deber de actuación del Estado, se extiende también a la actuación reglamentaria; por lo que, la administración tributaria en los procesos de fiscalización y en el procedimiento contencioso administrativo, está obligada a respetar por lo menos, el debido procedimiento y sus elementos esenciales, entre otros derechos.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

La Constitución de un Estado, representa el orden jurídico fundamental del mismo, donde no sólo se establece la forma cómo los órganos constitucionales o poderes públicos ejercen el poder o las competencias que les son atribuidas (parte orgánica), sino el ámbito de libertad reservado a los ciudadanos (parte dogmática).

De este modo, «una Constitución no es en rigor una norma, sino más bien un conjunto de ellas, pues su carácter abierto y general, hace que

contenga normas que antes de ser reglas de aplicación directa, se traten de principios generales, jurídicamente indeterminados»<sup>(5)</sup>. Ejemplos de ello, son en nuestra Constitución, la existencia de proclamaciones tales como: «la Constitución no ampara el abuso del derecho» (artículo 103º), «el Estado reconoce el pluralismo económico» (artículo 60º), e incluso, los propios principios constitucionales tributarios (artículo 74º), cuyo contenido no deviene directamente del texto constitucional sino que encuentra referente en la doctrina y la jurisprudencia constitucional, adquiriendo vinculación para todo el ordenamiento jurídico, justamente gracias a la interpretación suprema que haga de ellos el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho alusión a la categoría de *conceptos jurídicos indeterminados* para referirse al principio de no confiscatoriedad (STC 2727-2002-AA/TC, fd. 5), con lo cual, se reconoce un primer elemento característico de este tipo de norma constitucional.

La doctrina a su vez, desde el punto de vista de su estructura y su funcionalidad, les ha otorgado los siguientes rasgos<sup>(6)</sup>:

- a) *Son preceptos normativos de alcance general.* En ese sentido, presupone la existencia de otras normas específicas, respecto de las cuales va orientar su aplicación. Por ejemplo, cada vez que se cree un tributo deberá observarse en su ley de creación, el respeto a los demás principios (capacidad contributiva, no confiscatoriedad, igualdad).
- b) *Cuentan con relativa indeterminación* (son denominados conceptos jurídicos indeterminados). Pues por si mismos, no llegan a suministrar decisiones en los casos concretos sino que necesitan que el interprete los dote de contenido.
- c) *Indican cómo debe aplicarse las normas específicas.* Una vez dotados de contenido, advierten que alcance dar a una norma. Por ejemplo, gracias a lo que se interprete por «afectación desproporcionada de propiedad», podrá señalarse en que caso un tributo es confiscatorio según nuestro ordenamiento jurídico.

Tales características, de ninguna manera podrían interpretarse en el sentido de restarle la debida obligatoriedad a los principios en ciernes,

---

<sup>(5)</sup> Aragón Reyes, Manuel (coordinador): *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, págs. 23-25.

<sup>(6)</sup> AA.VV.: *Garantías constitucionales del contribuyente*, Tirant le Blanch, Valencia, 1998, pág. 130.

pues por el sólo hecho de estar recogidos en el texto constitucional, gozan de fuerza vinculante. La única salvedad, es que a diferencia de otras normas constitucionales de eficacia directa, estas adquieren un mayor grado de eficacia gracias al desarrollo jurisprudencial.

Así, todos y cada uno de estos principios del programa constitucional tributario, deben necesariamente encontrarse engarzados de manera conjunta, *contrario sensu*, no podría justificarse la constitucionalidad de un tributo; y es por tal razón, que el último párrafo del artículo 74º de la Constitución, sanciona con nulidad aquellas normas dictadas en violación de lo que establece la Constitución.

Veamos en las siguientes líneas cual ha sido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano respecto a los principios de legalidad, reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad y no confiscatoriedad.

#### IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY

Los principios de legalidad y reserva de ley, constituyen principios básicos y garantías esenciales del Estado de Derecho. Resultan la plasmación del principio político de la primacía de la Ley –hoy superado por el de supremacía constitucional (art. 51 de la Constitución)– el cual, reconoce que la expresión de la voluntad del pueblo debe darse a través del órgano que los representa; es decir, el Parlamento y en consecuencia, mediante Ley. En otras palabras, implica que la regulación de determinados ámbitos de libertad de los ciudadanos dependa exclusivamente de sus representantes.

En materia tributaria, responde a la idea de la auto imposición, visto en la medida de que todo tributo debe ser consentido por los propios contribuyentes; y en tal sentido, un tributo podrá exigirse válidamente, en tanto y en cuando, sea creado por sus representantes (el Parlamento), de ahí, el aforismo inglés: *no taxation without representation*. Con lo cual, la reserva de ley, es ante todo una *cláusula de salvaguarda* frente a la posible arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos<sup>(7)</sup>.

La reserva de ley, constituye de esta manera un límite formal para la producción normativa de tributos en los 3 niveles de gobierno: Central, Regional y Municipal. En estos dos últimos casos, opera para la creación

---

(7) Alguacil Mari, Pilar: *Discrecionalidad técnica y comprobación tributaria de valores*, Edit. Diálogo S.L., Valencia, pág. 27.



de contribuciones y tasas, dentro de su jurisdicción y con *los límites que señala la ley*.

Como se observa, en el caso de los Gobiernos Regionales y Municipales, la propia Constitución deriva las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de sus normas tributarias, a la Ley; estando de esta manera, sujetas a la observancia de las reglas que se derivan del *Bloque de la Constitucionalidad* para cada caso. (STC N° 007-2002-AI/TC, STC N° 0041-2004-AI/TC, STC 0053-2004-PI/TC).

### 1. El principio de legalidad /reserva de ley en el artículo 74°

El artículo 74° de la Constitución respecto al principio de reserva de ley señala: *«los tributos se crean, modifican, o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley, o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo (...). Los gobiernos regionales y gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley (...). Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria»*.

En este artículo se consagra el mandato de la reserva de ley con determinados matices respecto al *tipo de ley y el órgano de gobierno*, estableciéndose potestades originarias y derivadas. Pero sobretodo se establecen dos prohibiciones concretas: la materia tributaria no puede estar contenida ni en Decretos de Urgencia ni en leyes de presupuesto. Asimismo, se establece una exclusión del ámbito de reserva, en el caso de aranceles y tasas, al permitir su regulación vía Decreto Supremo.

Cabe adicionalmente, incidir, que no sólo la creación del tributo está reservada a ley sino los supuestos de exoneración. Y a propósito de ello, hacemos mención a la STC 0042-2004-AI/TC, donde el Tribunal excluye del ámbito de exoneración del Impuesto a los espectáculos públicos no deportivos, a los espectáculos taurinos, por encontrarse expresamente afectados con una tasa del 15%, conforme al artículo 56 de la Ley de Tributación Municipal. Resultaba que, vía interpretativa, un órgano administrativo como el Instituto Nacional de Cultura (INC) incluía a este tipo de espectáculos en el rubro de *folcklore nacional*; y con ello, les otorgaba la calificación de cultural, beneficiándolos con la exoneración dispuesta en el artículo 54 de la referida Ley, en una clara atribución de facultades que no le competen a un órgano de tal categoría.

## 2. Distinción jurisprudencial entre reserva de ley y principio de legalidad

Pese a que comúnmente la doctrina suele utilizar ambos términos de manera indistinta, el Tribunal Constitucional ha señalado que no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley (STC 2302-2003-AA/TC y 0042-2004-AI/TC)

Según el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad, en sentido general se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a las leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida al control de legitimidad por los jueces. En cambio, la reserva de ley, está referida a la regulación de determinadas materia, solo por ley.

El Tribunal resalta esta distinción por lo siguiente: «*mientras que el principio de legalidad supone la subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la reserva de ley, no sólo es eso, sino que impide que el Ejecutivo entre a través de disposiciones generales a regular la materia que constitucionalmente se ha reservado al legislativo*».

## 3. Extensión de la reserva de ley en el ordenamiento jurídico peruano

Si bien, en la STC 1311-2000-AA/TC el Tribunal se pronunció respecto al principio de reserva de ley, no es sino hasta la STC 2762-2002, en la que a propósito del caso concreto, desarrolla los criterios que hoy son vinculantes en esta materia.

La controversia se suscitó al aumentarse la tasa del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) aplicable a los cigarrillos, de 100 a 125 vía Decreto Supremo, amparándose en el art. 61 de la Ley del Impuesto General a las Ventas (IGV) e Impuesto Selectivo al Consumo (ISC), según el cual, el Poder Ejecutivo está facultado a modificar vía Decreto Supremo tasas y/o montos fijos, así como bienes de los apéndices (III y IV) de dicha ley.

En el desarrollo de dicha controversia, el Tribunal inicia su fundamentación precisando que «*...la reserva de ley en materia tributaria es, prima facie, una reserva relativa. Salvo para el caso previsto en el último párrafo del art. 79 de la Constitución*<sup>(8)</sup>, que está sujeto a una reserva

(8) Último párrafo, Art. 79° Constitución 1993: «sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país».

*absoluta de ley (ley expresa), para los supuestos contemplados en el artículo 74 de la Constitución, la sujeción del ejercicio de la potestad tributaria al principio de ley –en cuanto al tipo de norma– debe entenderse como relativa, pues también la creación, modificación, derogación y exoneración tributaria puede realizarse previa delegación de facultades, mediante Decreto Legislativo...(fd. 6)».*

Luego, en sus siguientes fundamentos, admite que las leyes de creación de tributos pueden dar remisiones a normas reglamentarias, las cuales, en todo caso deben desarrollarse con subordinación a la ley.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional admite una *doble vertiente de la reserva de ley*, partiendo de dos preguntas: *a) ¿qué tipo de ley está sujeta a reserva?, y b) ¿qué elementos están sujetos a reserva?*

En el primer caso, estamos en el plano de la reserva de ley horizontal, el TC ha señalado que la misma es relativa porque la potestad es compartida por distintos órganos de manera originaria y derivada, pues nuestra Constitución admite el ejercicio de la potestad tributaria del Ejecutivo de manera derivada, mediante ley autoritativa del Congreso y exclusivamente por las materias y el tiempo establecido en dicha ley (la denomina reserva de acto legislativo).

En el segundo caso, estamos en el plano de la reserva de ley vertical. Aquí el Tribunal sugiere analizar el grado de concreción material de la reserva, es decir, ver hasta donde puede llegar la ley en la regulación de elementos esenciales y su posible derivación al reglamento. En este caso, ha señalado que las exigencias dependerán de cada caso concreto y dependiendo de la naturaleza del tributo.

Señala en su fundamento 8, haciendo símil a la teoría del contenido esencial que: *«...podrá decirse que se ha respetado la reserva de ley, cuando vía ley o norma habilitada, se regulen los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal (hechos imponibles, sujetos, objeto y cantidad de la prestación)...».*

El Tribunal permite como válida la colaboración del reglamento siempre y cuando se establezcan los parámetros en la propia ley, es decir, no admite remisiones en blanco pues representaría una deslegalización de la materia. El riesgo es, que una ausencia total de parámetros decisorios implicaría una renuncia del órgano legislador a favor de la Administración Pública, para que sea ella la que regule la materia, es decir, se produciría lo que justamente la Constitución no permite que ocurra.

Siguiendo la jurisprudencia del TC pueden observarse ejemplos de casos proscritos y casos permitidos.

- a) Casos proscritos: remisiones abiertas para crear y regular tasas vía Decreto Supremo respecto al Impuesto Selectivo al Consumo, amparadas en el artículo 61° de la Ley del Impuesto General a las Ventas y Selectivo al Consumo (STC 2762-2002-AA/TC y 1746-2003-AA/TC).
- b) Casos permitidos: derivaciones reglamentarias para regular las tasas en los casos de aportes por regulación de servicios públicos, debido a que en el artículo 10° de la Ley de creación, Ley N° 27332, se establece el tope máximo de la tasa en 1% (STC 3330-2003-AA/TC).

El Tribunal Constitucional peruano, claramente, ha dado un avance en su jurisprudencia al desarrollar la materia, sin embargo, abre una caja de pandora pues no ha precisado qué elementos del tributo pueden ser derivados al reglamento, más allá del caso de la alícuota del impuesto.

La influencia de la doctrina y jurisprudencia española en el desarrollo del contenido de la reserva de ley por el Tribunal peruano, es notoria. Tan es así, que en su fundamento 15, cita textualmente el criterio sentado por dicho órgano constitucional en las STC 83/1984 y STC 19/1987. Justamente ello, nos obliga a una reflexión –para el caso de la denominada reserva vertical– y es que, la jurisprudencia española ha desarrollado este concepto tomando como base el artículo 31.3 de su Constitución, el cual, a diferencia de nuestro texto constitucional que utiliza la terminología *exclusivamente por ley o decreto legislativo*, establece que solo podrán establecerse prestaciones con *arreglo a ley*.

Es así que, dada esa aparente flexibilidad terminológica, su jurisprudencia ha señalado: «...el artículo 31.3 (...) por sí solo no determina una legalidad tributaria de carácter absoluto, pues exige que exista conformidad con la ley de las prestaciones personales o patrimoniales que se impongan, pero no impone, de manera rígida, que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de ley...» (STC 6/1983, Fj. 4).

Desde luego, este es un aspecto que ameritará una mayor precisión a futuro, de acuerdo a las circunstancias de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Finalmente, en materia de tributación municipal, el Tribunal concluye en la obligatoriedad de anexar el informe técnico sobre la estructura de costos del arbitrio a las Ordenanzas de creación, al ser este, un elemento sustancial del tributo y cuya inobservancia afectaría el principio de reserva de ley (STC 0053-2004-AI/TC).

## V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En términos generales, el Tribunal Constitucional ha establecido que «*la igualdad además de un derechos fundamental es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.(...). La aplicación, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables*» (Fd. 61, STC 0048-2004-AI/TC, caso regalías mineras).

Asimismo, alega que dicha igualdad, implica lo siguiente: «*a) la abstención de toda actuación legislativa o jurisdicción tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificada y no razonables; y, b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas*» (STC 0018-2003-AI).

En cuanto a la materia tributaria, el principio de igualdad es un principio de justicia en la imposición y parte también de este marco interpretativo de la Constitución. En esa medida, exigirá concretamente que a iguales supuestos de hecho económicos (mesurables) se apliquen iguales consecuencias jurídicas.

Teóricamente, pueden identificarse dos planos de este principio: *a) igualdad en el plano horizontal; b) igualdad en el plano vertical*<sup>(9)</sup>.

En el primer caso, se identifica con el principio de generalidad; y es que, no hay igualdad donde la ley no sea dotada de generalidad. Esto quiere decir, que a igual capacidad contributiva, el impuesto debe ser igual; o, en otras palabras, a igual manifestación de riqueza, el impuesto debe generalizarse a todos por igual, con cuantías idénticas, sin excepciones ni privilegios.

En el segundo caso, se identifica con la proporcionalidad y con la capacidad contributiva, y en ese sentido, a distinta capacidad contributiva, distinta será la afectación del impuesto, pues la contribución debe darse en proporción a la riqueza.

A este nivel, se le vincula con la progresividad en la imposición, principio legitimado en la solidaridad social –no expreso en el artículo 74º de

<sup>(9)</sup> García Belsunce, Horacio (cordinador): *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, págs. 278-290.

nuestra Constitución— en base al cual, se busca el logro de una sociedad más igualitaria mediante la ley y ya no ante la ley; permitiendo al legislador hacer pagar proporcionalmente y progresivamente más, a aquellos con mayores recursos.

El Tribunal Constitucional ha hecho algunas referencias a este principio, sin entrar a un mayor análisis exhaustivo por el momento. Así, en el fd. 14 de la STC 0042-2004-AA/TC, en alusión al caso de beneficios tributarios, se determinó que las finalidades políticas que podrían justificar un trato excepcional de promoción a determinadas actividades o personas, no es ni puede ser enteramente discrecional pues podría llevar a supuestos de desigualdad injustificada. Asimismo, se admite la tributación extrafiscal, considerando que no es contrario a la Constitución el hecho que el legislador establezca una finalidad extrafiscal de los tributos, siempre que ella esté de acuerdo con los principios rectores de la política social, económica e incluso, cultural del Estado.

En consecuencia, se admite que este principio no tiene carácter absoluto, pues permite relativizarlo en el caso de privilegios tributarios como las exoneraciones, inafectaciones, entre otros, los cuales desde ya, resultan afectaciones «justificadas» al principio de igualdad, en la medida que admiten tratos preferentes y temporales, por considerarlo necesario para el logro de otros fines constitucionales. Por ejemplo, el artículo 19º de la Constitución consagra una inmunidad fiscal de todo impuesto directo e indirecto, a favor de universidades, institutos superiores y demás centros educativos, pues lo que se busca es la promoción y protección de la actividad educativa.

Este carácter relativo, abarca también la hipótesis contraria, es decir, la de los denominados «impuestos extrafiscales», que permiten afectar hechos económicos con mayores cuantías por tener efecto disuasivo. Por ejemplo, el Tribunal hace referencia a ello, en el fd. 2 de la STC 009-2001-AI/TC, cuando concluye: *«las restricciones a la libertad de empresa a un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas»*.

Es evidente y lógico, que en estos casos, a fin de evitar la ludopatía con consecuencias económico y sociales nefastas, el Estado establezca mayores condiciones restrictivas a la empresa. En esa misma línea, también se ha pronunciado respecto al Impuesto Selectivo al Consumo de los juegos de azar y lotería (fd. 18, STC 2302-2003-AA).

Claro está, que la falta de razonabilidad y proporcionalidad en estos casos, sí podría constituir –aun con el carácter disuasivo que el Estado pretenda– una afectación a la capacidad contributiva; por lo que, tanto el legislador, y de suyo el juez constitucional, al revisar el caso, deberán evaluar estas consideraciones.

## VI. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

Conforme lo hemos señalado, el principio que exige la observancia a la capacidad contributiva de lo individuos para la imposición, se encuentra estrechamente ligado al principio de igualdad en el plano vertical.

Nuestra Constitución de 1993, no lo consagra como principio expreso –omisión que se repite en el caso del deber de contribuir y el principio de progresividad en la tributación– sin embargo, resulta un principio implícito derivado no sólo del principio de igualdad, sino como contraparte de principio de no confiscatoriedad. De modo que, no podría evaluarse la tributación excesiva o desproporcionada, sin antes verificar que el hecho económico afecto constituye una real manifestación de riqueza.

El Tribunal Constitucional, en la evaluación de la inconstitucionalidad del Anticipo Adicional al Impuesto a la Renta (AAIR), señaló: *«la capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, que siempre que se establezca un tributo, este deberá guardar íntima relación con la actividad económica de los sujetos obligados, ya que solo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar...»*(STC 033-2004-AI/TC).

Asimismo, y pronunciándose sobre su viabilidad en la aplicación del principio para el resto de figuras tributarias, sostuvo: *«... para que el principio de capacidad contributiva sea exigible, no es indispensable que se encuentre expresamente consagrado en el artículo 74º de la Constitución, pues su fundamento y rango constitucional es implícito en la medida que constituye la base para la determinación de la cantidad individual con que cada sujeto puede/debe en mayor o menor medida, contribuir a financiar el gasto público (...) ¿es la capacidad contributiva un principio implícito e inherente a todo tipo de tributos?, consideramos que la respuesta en afirmativa en el caso de los impuestos pues ello se desprende del propio hecho generador; sin embargo, en el caso de las tasas y contribuciones, su alegación no se niega, pero es claro que ella no podría derivarse directamente del hecho generado, sino que, de ser invocada, deberá fundarse en otras consideraciones»* (STC 0053-2003-PI/TC arbitrios municipales).

La sentencia que acabamos de citar, se pronuncia respecto a la producción normativa municipal de los arbitrios –materia de constantes quejas contra los Municipios, por parte de los vecinos contribuyentes en los últimos años– generando mucha controversia y opiniones discrepantes al haberse extendido los efectos del fallo a todos los Municipios del país en función del artículo 78<sup>o</sup> del Código Procesal Constitucional. Al respecto, nos permitimos hacer dos breves comentarios.

Primeramente, conforme se ha citado, el Tribunal no descarta la apelación a la capacidad contributiva, en el caso de los arbitrios municipales –y con ello al uso del valor de predio como criterio de distribución de costos– en la medida que no sea este, el hecho generador del tributo. Por ello, en la misma sentencia, reconociendo la complejidad de esta figura tributaria, al confluir tanto el interés individual y colectivo, que imposibilitan hablar en términos reales de cuantificación en función al costo efectivo del servicio, establece que: *«dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de cada municipio, la invocación de la capacidad contributiva con fundamento en el «principio de solidaridad» puede ser excepcionalmente admitida, en tanto y en cuanto se demuestre que se logra un mejor acercamiento del principio de equidad en la distribución»*.

Lamentablemente, las autoridades ediles han asumido una lectura sesgada de la sentencia, increpando que los criterios de distribución de costos referidos por el Tribunal, involucrarían que la distribución del arbitrio sea más alta para el caso de los contribuyentes con menores recursos y más baja para aquellos con mayor capacidad de pago. Toda vez que, antes de la sentencia, solían utilizar el criterio valor de predio (autovaluo) para la distribución de costos y con ello se trasladaba el mayor costo del arbitrio a quienes ostenten mayor riqueza.

En ese sentido, nos preguntamos si dichas autoridades, revisaron la sentencia en sus verdaderos términos, la cual, permite excepcionalmente la invocación al principio de solidaridad debiendo asumir el traslado de costo, en primer lugar el Municipio y luego los vecinos con mayores ingresos. Asimismo, nos preguntamos si revisaron la normatividad legal y doctrinaria de la figura tributaria tasa, que imposibilita su cobro en base a la capacidad contributiva, por lo cual, el Tribunal no pudo más que aceptar su invocación de manera excepcional atendiendo a la realidad social de cada municipio.

En el mismo sentido, nos preguntamos, si será cierto que el arbitrio se verá encarecido para algunos, o es que ese debió ser siempre su costo real. Como quiera que sea, es indudable que en el caso peruano, este tema ge-



neró mucha incomodidad entre los vecinos contribuyentes, al verse incrementados los costos del arbitrio sin explicaciones lógicas por parte de los Municipios, en los últimos años; y en consecuencia, guste o no a propios o extraños, la sentencia del Tribunal ha puesto coto al desorden.

Creemos que el problema no se centra tanto en los criterios de la distribución de costos, sino antes bien, en los rubros y conceptos que utilizan los municipios para determinar el coste global del servicio, pues es allí, donde suelen manipularse cifras y utilizar el pretexto del arbitrio para costear gastos corrientes que nada tienen que ver con la prestación real del servicio.

En segundo lugar, respecto a la modulación temporal del fallo, el Tribunal decidió no otorgar efectos retroactivos a su sentencia; y en consecuencia, no se admiten devoluciones y se deja sin efecto cualquier cobranza de deuda por los periodos no prescritos; con la salvedad que las mismas podrían ser cobradas pero sobre la base de nuevas ordenanzas elaboradas siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal. Ante ello, se increpó que el Tribunal estaba permitiendo la cobranza retroactiva de deudas.

La irretroactividad en materia tributaria, parte de la premisa de impedir el cobro de una capacidad contributiva ya agotada. Evidentemente, este no fue el caso de los arbitrios municipales, pues la deuda tributaria se configuró con anterioridad, por un servicio real o potencial brindado, por tanto, existiendo una obligación de pago ya generada, lo que hace el Tribunal es reemplazar una norma inconstitucional por otra constitucional, a efectos de habilitar su cobranza.

## VII. EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD

Este principio refuerza la garantía de la propiedad privada como institución frente al poder tributario. En efecto, la tributación resulta ser una afectación lícita al derecho de propiedad en la medida que responda a la capacidad contributiva de las personas y no la exceda de manera desproporcionada.

Así, el principio de no confiscatoriedad resulta ser el parámetro tope hasta donde puede llegar la imposición del Estado, sin embargo, determinar cual es ese límite –como alguna vez lo hizo la jurisprudencia argentina estableciendo un tope de 33% tanto para la imposición a la renta como para el capital– no es una tarea de fácil realización.

Y en ese sentido, algunos más bien, apuestan por una evaluación de la confiscatoriedad, atendiendo más bien al conjunto de tributos que soportó un contribuyente, considerando que solo ahí podrá determinar si dicha carga tributaria es excesiva; en el entendido que varias cargas, si bien moderadas, en conjunto pueden resultar excesivas<sup>(10)</sup>. Otros sin embargo, la tildan de inoperativa por su complejidad y concluyen en que hay confiscatoriedad si la extracción progresivamente llega a sustraer el 100% de la propiedad<sup>(11)</sup>. En nuestra opinión, es claro que, hoy en día no puede permitirse apriorísticamente un límite absoluto sino variable en el tiempo y en las circunstancias.

Y ello por cuanto, en términos generales podrían existir indicios de cargas excesivas, por ejemplo a través de la alícuota, sin que ello determine necesariamente los efectos confiscatorios del impuesto en todos los casos. Por ejemplo, una tasa de 50% de un Impuesto a la Renta puede resultar impensable en un país en desarrollo, pero no así en el denominado Estado de Bienestar, en el cual, justamente el Estado asume de manera eficiente la cobertura de necesidades básicas como salud y educación, para las cuales, el ciudadano tributa. En nuestro país sin embargo, la persona natural está sujeta a deducciones presuntas (7UIT) en el impuesto a la renta, y en la mayoría de los casos deberá asumir aquellos gastos que el Estado no proporciona, los cuales, podrían superar incluso el límite de dicha presunción.

El Tribunal Constitucional en las STC 2727-2002-AA/TC, 0004-2004-AI/TC (ITF), 2303-2003-AA, ha dado algunos alcances de este principio, los cuales pueden resumirse en lo siguiente:

- El principio de no confiscatoriedad responde a la categoría de concepto jurídico indeterminado. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado en cada caso concreto, teniendo en consideración la clase de tributo y circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo.
- No obstante, se puede afirmar en términos generales, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad, cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho

<sup>(10)</sup> García Belsunce, Horacio (coordinador): *op. cit.*, págs. 258-261.

<sup>(11)</sup> STC 150/1990 Tribunal Constitucional español.

subjetivo de propiedad y, además se ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica.

- Es preciso distinguir entre la eventual confiscatoriedad de un tributo en atención a su incidencia concreta respecto a las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario.
- La confiscatoriedad no se configura por sí misma, si un mismo ingreso económico sirve de base imponible para dos impuestos, sino más bien, en estos casos, lo que deberá analizarse es si, a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando negativamente su patrimonio.

Respecto a este último criterio, hay que considerar que en vista del proceso de descentralización del Estado Peruano, nuestra Constitución establece que la potestad tributaria se ejerce en los tres niveles de gobierno: central, regional y municipal. Justamente en estos casos de distribución de la carga tributaria es donde se presentan los mayores supuestos de confiscatoriedad por sumatoria y habrá que estar alerta de cara al futuro.

La confiscatoriedad por sumatoria, fue tratada en la STC 2302-2003-AA/TC, al cuestionarse el doble peso que suponía asumir, por un lado, el Impuesto a los Juegos (administrado por la municipalidad) y el Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas (administrado por la Sunat).

En ese caso, el Tribunal admite que una misma actividad pueda ser gravada por dos impuestos distintos pues la capacidad contributiva es una sola y tendrá que verse si en conjunto es afectada. Da cuenta asimismo, de la dificultad de evaluar la confiscatoriedad en el caso de los impuestos selectivos al consumo; y finalmente, rechaza la demanda en el extremo de confiscatoriedad por superposición, por insuficiencia de medios probatorios.

Pero, ¿qué hubiera sucedido de comprobarse la confiscatoriedad en este caso?, ¿cuál de los dos tributos hubiera sido el inaplicable? ¿cuánto sería el monto del exceso? Claramente, el tema presenta una serie de difi-

cultades que tendrán que ser resueltas por el Tribunal en la medida que llegue a sus manos, un caso con tales características.

### 1. La evaluación de la confiscatoriedad en el Proceso de Amparo

Ciertamente, el Proceso de Amparo, debido a su carácter sumario, resulta ser una de las vías más atractivas para cuestionar supuestas afectaciones de propiedad por tributos confiscatorios; sin embargo, tal evaluación presenta una seria dificultad técnica, toda vez que el Amparo no cuenta con etapa probatoria, lo que determinaría a nuestro juicio, la imposibilidad de revisión de estos casos en esta vía, más aún, cuando nuestro Código Procesal Constitucional, establece en el artículo 5.2 que no procede el Amparo: «...cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado...».

Claro está, que el tema se centra en la capacidad de probar el supuesto de confiscatoriedad, capacidad que lógicamente no tienen los jueces en este proceso. De modo que, de optar por esta vía, quien alega los hechos debe asumir la carga probatoria (artículo 196° Código Procesal Civil). Ese ha sido el criterio del Tribunal cuando afirma: «...para que se acredite de manera fehaciente la vulneración de derechos en este tipo de controversias, y tomando en cuenta que debido a la naturaleza del proceso no es posible llevar a cabo un peritaje especial que demuestre la confiscatoriedad alegada en este caso; es necesario que los medios probatorios que se actúen, no sólo den certeza de las afectaciones económicas declaradas por los demandantes, sino que demuestren su relación con la aplicación del impuesto cuestionado; de igual forma, que no dejen duda en cuanto a la imparcialidad de quien elabora los estados financieros...» (STC 2776-2004-AA/TC, STC 2770-2004-AA/TC).

Contrariamente, para el caso de los arbitrios municipales, el Tribunal apela a la teoría de la carga de la prueba dinámica para sustentar la inversión de la misma, estableciendo que: «...será la Municipalidad quien asuma el mayor peso de la carga probatoria, debiendo ser ella quien demuestre la razonabilidad entre el costo del servicio y el monto exigido al contribuyente en cada caso específico» (STC 0053-2004-PI/TC punto D §2).

Finalmente, advertimos una mayor complejidad en la evaluación de los efectos confiscatorios en el caso de los impuestos al patrimonio, pues el Tribunal sostiene que este tributo debe cumplirse independientemente del estado de ganancias y pérdidas de la empresa. Sin embargo, que pasa-

ría si al tener pérdidas consecutivas, finalmente se llega al punto de hacer uso del patrimonio para pagar la obligación tributaria. Otro supuesto, es cuando se establecen impuestos a los activos sin permitir deducciones razonables. Por ejemplo, puede ser que mi patrimonio valga hipotéticamente 100 pero al mismo tiempo tengo una deuda de 100 –la cual asumí justamente para adquirir dicho patrimonio– consecuentemente, en puridad no tengo patrimonio, no obstante ello, estoy obligado a contribuir en función a un patrimonio inexistente. Claro es que en este supuesto el impuesto tienen evidentes efectos confiscatorios.

### VIII. EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La invocación al respeto a los derechos fundamentales en el ejercicio de la potestad tributaria podría sonar redundante pues en realidad, todo el ordenamiento jurídico se encuentra inspirado en el respeto a los mismos, constituyendo valores superiores de nuestro ordenamiento desde una dimensión objetiva. Sin embargo, no resulta demás su registro expreso, para recordar que su observancia no sólo está en manos del legislador, sino en toda la actuación administrativa, la cual, en el ejercicio de sus facultades de recaudación, fiscalización y sanción –coadyuvantes al ejercicio de la potestad tributaria– deberá respetar y promover, entre otros, el debido proceso administrativo y presumir la buena fe del contribuyente.

Así, en el Estado de supremacía constitucional, ya no es admisible del todo, la sola al principio de legalidad para la aplicación literal de reglamentos y leyes inconstitucionales argumentando que la Administración únicamente está sujeta a dicho principio. Poniendo un ejemplo extremo, recordemos que en el régimen nazi, las autoridades también ejecutaban lo dispuesto en las leyes, las cuales, eran abiertamente violatorias a los derechos humanos. Ello, ya no es admisible en la concepción del Estado constitucional.

A ese respecto, el Tribunal concluye: «...*el hecho que el Tribunal Constitucional ostente la función suprema y definitiva de la interpretación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, no significa desde luego, que cualquier otro órgano o poder político no deba observar la Constitución en la ejecución de sus actos o cumplimiento de sus funciones*». En efecto, conforme lo ha dispuesto el propio Tribunal Constitucional peruano: «...*no significa que a este órgano resulte privativa la defensa de la Carta Fundamental, pues, tal como se encuentra reconocido en su artículo 38º, ese es un deber residente en «todos los peruanos». En tal sentido, el artículo 201º*

de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino «suprema». No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la «única» interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la «definitiva» (STC 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC).

Es razonable pues, que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no sea una tarea exclusiva del Tribunal Constitucional, sino que la compartan, in *suo ordine*, todos los poderes públicos<sup>(12)</sup>, siendo que, en dicho esquema, las sentencias del Tribunal Constitucional al contar con eficacia mayor, dada su fuerza vinculante, constituirán *el eje rector de la interpretación*, y de este modo: a) una vez declarada la inconstitucionalidad de una norma, ninguna autoridad podrá aplicarla, ni desconocer la interpretación hecha para estos efectos por el Tribunal Constitucional (art. 82º CPConst.); b) una vez sentada jurisprudencia en calidad de precedente, todo juez se encuentra obligado a respetar las reglas establecidas (art. VII, del TP del CPConst.); y, c) en la interpretación de las leyes, normas con rango de ley y reglamentos, los jueces se encuentran obligados a seguir la interpretación que de los mismos haga el Tribunal Constitucional<sup>(13)</sup> (últ. párf. Art. VI del TP del CPConst.).

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

La revisión de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria, a través de los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, nos permite concluir en que hay una obligación de entender el ejercicio de la potestad tributaria y la función del tributo bajo el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual, dista mucho de aquellas primeras visiones de la Constitución de 1993, que la enfrascaban en un corte neoliberal.

De ello, principios como el de progresividad –de la mano con el de capacidad contributiva– y el deber de contribuir al sostenimiento de gastos públicos, aunque no expresos en el artículo 74º, resultarían perfectamente invocables en nuestro ordenamiento jurídico a suerte de principios implícitos, lo que resulta válidamente admisible, pues como bien lo he-

<sup>(12)</sup> STC 0006-2003-AI, Fundamento I.

<sup>(13)</sup> Con lo cual, no sólo el fallo los vincula, sino la *ratio decidendi*, es decir, los motivos o razones que justifican el fallo y sin los cuales, este, no podría existir.

mos señalado, cada uno de los principios constitucionales tributarios, se concadenan uno con otro y en muchos casos, unos y otros forman parte de su propio contenido. Asimismo, existe una referencia, aunque aun débil, a que la justicia en la imposición obliga sobretodo a un equilibrio adecuado entre ingresos y gastos.

Finalmente, queda aún una agenda pendiente para el Tribunal, en algunos casos específicos. Así, en cuanto al principio de reserva de ley en su dimensión vertical, evaluar qué elementos están sujetos a reserva; pero la mayor tarea –a nuestro entender– la presentan la evaluación de los efectos confiscatorios del impuesto, pues es muy fácil apelar a la confiscatoriedad y difícilmente puede ser demostrada. En ese sentido, el Tribunal tendrá que determinar en su jurisprudencia, si es posible su evaluación vía el Proceso de Amparo a la luz del vigente Código Procesal Constitucional, y de ser el caso, precisar en calidad de precedente, cuáles serían los medios probatorios admisibles.

Lima, octubre de 2005.

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DEBIDO PROCESO Y TERCERO REGISTRAL

Humberto Uchuya Carrasco<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Nota preliminar. II. Introducción. III. Posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional con relación al debido proceso. IV. El tercero registral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. V. Conclusiones.

## I. NOTA PRELIMINAR

El Tribunal Constitucional por primera vez se pronuncia jurisprudencialmente respecto del supremo principio de la fe pública registral emanado por el Art. 2014 del C.C., que configura la ficción jurídica del Tercero registral, conforme la sentencia de 13 de abril del 2005, que declaró fundada la demanda de Amparo contra una resolución judicial de adjudicación a favor de don Oscar Manuel Benalcázar el predio rústico denominado «La Esmeralda», el cual había sido anteladamente hipotecado al Banco Continental por su propietaria doña Blanca Martínez

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional peruano y Derecho Procesal Constitucional en las Universidades San Luis Gonzaga de Ica, Alas Peruanas y Garcilaso de la Vega.



Benvenuto, a fin de garantizar el pago de una deuda de su hijo, don Alfredo Mendiola Martínez<sup>(1)</sup>.

Motivan este análisis la circunstancia de haber recibido invitación de la Revista Peruana de Derecho Público de comentar sentencias del Tribunal Constitucional, que revistan notas de novedad y trascendencia nacional; por lo que hemos creído conveniente tratar acerca de la primera sentencia del Tribunal Constitucional que en un proceso de Amparo contra resolución judicial, aplica y describe los caracteres, requisitos, elementos o condiciones para alcanzar la situación jurídica de «tercero registral», que es la absoluta e invulnerable seguridad jurídica que brindan los Registros Públicos a quienes se acogen a su Amparo.

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 13 de abril del 2005, el pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzáles Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Teresa Mendiola de Claux contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, su fecha 04 de junio del 2004, que había desestimado la Acción de Amparo; declarando, a su vez, fundada la misma y, en consecuencia nula la adjudicación a favor de Oscar Manuel Benalcázar del mencionado predio, efectuada en el proceso 63-95 ante el Primer Juzgado Civil de Ica.

Para dar una visión pormenorizada del caso, precisamos que doña María Teresa Blanca Martínez Benvenuto, con fecha 22 de diciembre de 1992, constituyó hipoteca de segundo rango sobre el indicado predio rústico, a favor del Banco Continental, a fin de garantizar el pago de una deuda de Alfredo Mendiola Martínez frente al mencionado Banco.

Que, con fecha 13 de enero de 1995, el Banco Continental inicia proceso de ejecución de garantía real, el cual culmina con la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, su fecha 07 de octubre de 1998, mediante la cual se adjudica el inmueble ejecutado a favor de don Oscar Benalcázar Coz.

---

(1) Ex Diputado por Acción Popular en el segundo Gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry (1990-1995).

Ocurre que con fecha 15 de mayo de 1996, doña María Teresa Martínez Benvenuto fallece intestada; acontecimiento por el cual, de conformidad con lo prescrito por el Art. 660º del Código Civil, la propiedad de la causante por su mero fallecimiento e imperio de la ley, se trasmite la propiedad del fundo a sus herederos; declaración normativa que se formalizó jurisdiccionalmente, mediante el proceso de sucesión intestada, cuya sentencia corre inscrita en los Registros Públicos, según Asiento de 12 de setiembre de 1996.

Con fecha 30 de noviembre de 1998, María Teresa Blanca Mendiola de Claux –coheredera de la nombrada causante– interpone demanda de Amparo contra el titular del Primer Juzgado Civil de Ica, solicitando que se deje sin efecto el auto de adjudicación expedido en el proceso No. 63-95, el cual contiene la intimación para que los ejecutados hagan entrega del bien inmueble materia de ejecución al adjudicatario, bajo apercibimiento de lanzamiento; y que, en consecuencia, se ordene dejar sin efecto los actos procesales expedidos en dicho proceso a la muerte de su madre.

Los fundamentos de la demanda –según refiere el Tribunal Constitucional– se basan en que el mencionado predio rústico perteneció a su madre, doña María Teresa Blanca Martínez Benvenuto, quien falleció el 15 de mayo de 1996; que, producido su fallecimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 660 del Código Civil, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen herencia se transmiten a los sucesores, y que habiendo fallecido su señora madre durante el proceso de ejecución de la garantía hipotecaria que pesaba sobre el bien de su propiedad, debía notificarse a la sucesión, por ser la nueva propietaria del inmueble, lo que no se hizo, a pesar de que en dicho proceso obra la partida de defunción.

Mediante sentencia de fecha 01 de agosto del 2003, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica declara infundada la demanda de Amparo, por considerar que la resolución que se cuestiona ha sido emitida en un proceso regular; resolución que fue apelada.

Por sentencia de fecha 04 de junio del 2004, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, confirma la apelada estimando que al no ejercer los emplazados su derecho de contradicción en el proceso de ejecución, permitieron que se expidiera la resolución mediante la cual se ordena el remate del bien dado en garantía; y que al haberse realizado el pago íntegro del precio, se realizó la transferencia de propiedad, en virtud de una resolución judicial dictada en un proceso regular, por lo que no existe contravención del derecho de propiedad; agregando que tal como se aprecia de la copia de la ficha registral, el

Primer Juzgado Civil de Ica ordenó la inscripción de la demanda de sucesión intestada formulada por Miguel Alfredo Mendiola; sucesión de la cual también es parte la demandante doña María Teresa Mendiola de Claux, y que, habiéndose establecido judicialmente la existencia de una obligación de su causante que resulta imputable a la masa hereditaria, tampoco existe vulneración del derecho a la herencia, así invocado.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de 13 de abril del 2005, declara fundada la demanda de Amparo y, en consecuencia, nula la adjudicación a favor de don Oscar Manuel Benalcazar del predio rústico denominado «La Esperanza».

Los argumentos estipulados por el Tribunal Constitucional, inciden en que, habiéndose transmitido la herencia por sucesión intestada, el inmueble materia de ejecución pasa a formar parte del patrimonio de la sucesión; situación que obliga a notificar a los integrantes de la sucesión que no habían sido parte del proceso, en concordancia con el Art. 108, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe que, fallecida una persona que sea parte del proceso, esta es reemplazada por su sucesor.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que se debió notificar a doña María Teresa y doña María Rosario Mendiola Martínez, en calidad de herederas de la referida causante y, al no haberse observado tal obligación legal, se le ha vulnerado el derecho de defensa, a tenor de lo señalado en la jurisprudencia del Tribunal (STC 1231-2002-HC/TC): *«El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos»*<sup>(2)</sup>.

Luego, al no hacerlo se ha violentado tanto el derecho de defensa, cuanto al debido proceso, que obliga al órgano jurisdiccional a declarar fundada la demanda de Amparo. Pero, el Tribunal Constitucional en el octavo considerando de la sentencia dice textualmente lo siguiente:

«8.- Sin embargo, es necesario señalar que, según consta de la ficha registral que obra en autos, con fecha posterior a la adjudicación del

---

<sup>(2)</sup> Fueron declarados herederos de doña María Teresa Martínez Benvenuto, doña María Teresa Mendiola Martínez, doña María Rosario Mendiola Martínez y don Alfredo Mendiola Martínez.

inmueble a favor de don Oscar Manuel Benalcazar Coz, se ha efectuado traslación de dominio a título oneroso del referido inmueble a favor de Inversiones Victoria S.A.C.; en consecuencia, de acuerdo con la fe pública registral, reconocida en el Art. 2014 del Código Civil, la nulidad que se pueda declarar de la adjudicación no enerva el derecho válidamente adquirido por el actual propietario, quien adquirió su derecho del derecho de propiedad del adjudicatario que se encontraba válidamente inscrito».

Esto es, el Tribunal Constitucional se pronuncia, no sólo respecto de la inexorable obligación de aplicar el principio de la fe pública registral preceptuado por el Art. 2014 del C.C., sino de los efectos jurídicos de quien asume la condición de tercero en el registro, es decir del *tercero registral*, que es materia del presente comentario.

### III. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN AL DEBIDO PROCESO

*In limine*, como premisas silogísticas, es recurrente estipular que, según la doctrina y la jurisprudencia, el *debido proceso* opera esencialmente en cuatro ámbitos: *a)* el jurisdiccional, *b)* no jurisdiccional de solución de conflictos (Arbitral), *c)* el administrativo y *d)* el particular; permitiendo de este modo la existencia de un debido proceso jurisdiccional, un debido proceso no jurisdiccional de solución de conflictos, un debido proceso administrativo y un debido proceso particular; y, atendiendo la naturaleza de lo que es materia de análisis, nos limitaremos a considerar las características del debido proceso jurisdiccional.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisa que el *proceso* «es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia», según la Opinión Consultiva OC/16/99, del 01 de Octubre de 1999.

Ahora bien, para que un *proceso* se convierta en *debido*, la misma Corte Interamericana ha estipulado en la sentencia del 29 de Enero de 1997, a raíz del caso Genie Lacayo, que el debido proceso «abarca las condiciones que debe de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración jurisdiccional».

A su vez, en el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha establecido que el *debido proceso* es, esencialmente, «el derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar al inte-

rior de una institución política del Estado, el respeto de aquel conjunto de principios fundamentales procesales (excepcionalmente sustantivos) y por lo demás relevantes, para que un proceso, pueda ventilarse, resolverse y ejecutarse con auténtica justicia».

*En este contexto, aplicando el concepto del debido proceso postulado tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional peruano, el debido proceso jurisdiccional, que corresponde al presente caso, se define como «el derecho que tienen todo justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional, el respeto de fundamentales principios procesales y, en algunos casos sustantivos, para que una causa se ventile, resuelva y ejecute con verdadera justicia».*

Sentadas estas premisas jurídicas, un proceso jurisdiccional no puede constituirse sólo en un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, sino en un instrumento fundamental rodeado de principios elevados a rango constitucional para que el resultado sea justo o inobjetable, pues, conforme lo precisa la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 02 de Febrero del 2001, a propósito del caso Ricardo Baena y otros, «cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal».

Ahora bien, estos principios los encontramos en el ámbito nacional, principalmente en el Art. 139° de la Constitución Política del Estado, bajo la forma de principios y derechos, entre otros los siguientes: «derecho al arbitraje expresamente pactado» (Inc. 1), «el derecho a los procedimientos pre-establecidos» (Inc. 3), «el derecho a la cosa juzgada» (Inc. 2), «derecho a la motivación escrita de las resoluciones» (Inc. 4), «derecho a la instancia plural» (Inc. 6), «derecho de defensa» (Inc. 14), derecho a la gratuidad de la administración de justicia (Inc. 16 Art. 139), etc.

Sin embargo, no sólo el Art. 139° de la Constitución contiene normas que puedan considerarse como pertenecientes al *debido proceso*, sino que, también se les puede ubicar en otros dispositivos. Basta con repasar el Art. 2°, inciso 2 (igualdad ante la norma), 10, 11, 24-a (principio de extensión difusa de la norma); etc., así como los consagrados en determinadas declaraciones o pactos internacionales del cual el Perú es suscriptor, conforme ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, que según la literalidad del Art. 55° de nuestra Constitución Política forman parte del Derecho Nacional.

*Consecuentemente, sólo puede considerarse un procedimiento jurisdiccional como regular, cuando éste ha respetado escrupulosamente todos los principios referidos en los párrafos anteriores; caso contrario, estaríamos frente a un procedimiento no debido y, por ende, irregular que da lugar a la procedencia de una demanda de Amparo, conforme lo corrobora la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional.*

Finalmente, cabe agregar que el sustento doctrinario de la protección del *debido proceso jurisdiccional*, radica en respeto de los principios que rigen el Estado democrático de Derecho, esto es, el de supremacía constitucional, vigencia de los derechos fundamentales y control del poder.

#### IV. EL TERCERO REGISTRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El presente caso bajo comentario, requiere primeramente al análisis del principio de la fe pública registral, que es la esencia de la seguridad jurídica absoluta de nuestro sistema registral, y el que fundamenta la ficción legal del *tercero registral*, regulado por el Art. 2014° del Código Civil, para posteriormente, comentar la sentencia de vista, que constituye un ejemplo ilustrativo de jurisprudencia de Derecho Registral, en los cruciales momentos del gran impulso que viene tomando la referida disciplina.

Decimos que el fundamento del principio de la fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones contractuales de los terceros y que se hayan producido confiados en el contenido del Registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales.

##### 1. Concepto y caracteres del tercero registral

El Art. 2014° del Código Civil precisa los caracteres, requisitos o condiciones de la fe pública registral, cuyo cumplimiento configura la ficción legal que la doctrina denomina con elocuente unanimidad esta norma legal, como novedad ha incorporado la buena fe, que anteriormente sólo tenía vigencia jurisprudencial, con las consecuencias jurídicas inherentes, y que indicamos a continuación:

- a) Que se adquiriera el derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo; es decir, que exista apariencia de justo título registral.
- b) Que la adquisición sea a título oneroso.

- c) Que el adquirente inscriba su derecho.
- d) Que del Registro no aparezcan causales de nulidad, rescisión o resolución del derecho transferido, y
- e) Que exista buena fe en el adquirente, quedando comprendido en este nuevo carácter legal, la condición de que el que pretende acogerse a la fe pública registral, inscriba su derecho con anterioridad y que no haya intervenido en el acto o contrato contra el cual se opone el tercero, como se verá al tratar de este carácter.

En la configuración del *tercero registral*, los caracteres o requisitos deberá presentarse copulativamente; pues, de faltar uno cualquiera desaparece la figura del tercero, o mejor, dicho, aquel no llega a constituirse en Tercero registral. Por esta razón estimamos que no es legal, ni doctrinaria ni técnicamente válida la afirmación escueta, por ejemplo, que es *tercero registral* aquel que no ha sido parte en el acto o contrato inscrito, contra el cual se opone. Esto sólo significa considerar o hacer resaltar uno de sus caracteres, porque en todo caso deberá necesariamente partirse de la concurrencia de sus demás requisitos, sin los cuales la figura quedaría incompleta.

Debe tenerse presente que el principio de fé pública registral legislado por el Art. 2014° del C.C. que es el fundamento legal del *tercero registral*, está ubicado en el Título I, que trata de las Disposiciones Generales de los Registros Públicos a que se refiere el Libro IX del C.C. En consecuencia, el principio de fe pública registral, y, por lo tanto, el Tercero registral que configura, son aplicables en relación a todo nuestro Sistema Nacional de los Registros Públicos, extendiéndose a la naturaleza y efectos de cada registro. Por ejemplo, tratándose del Registro de Propiedad, en cuanto a la inscripción de la modificación o extinción de derechos reales. Como sería el caso de compraventa de inmueble, lo que en realidad se inscribe, no es el contrato de compraventa en sí, es decir, la obligación de transferir la propiedad de un inmueble determinado mediante el pago del precio en dinero, que es de naturaleza personal, sino la transferencia del derecho de propiedad, que es el de naturaleza real; asimismo, en el caso de la hipoteca, lo que realmente se inscribe es el gravamen que garantiza una obligación cualquiera, y esto es tan cierto, que no es inscribible el simple contrato de mutuo o préstamo dinerario. Por estas razones, un contrato de arrendamiento de inmueble, que es de naturaleza personal, por el hecho de su inscripción, no se convierte en un derecho real; en este caso, el principio de fe pública registral, sólo da derecho al arrendatario registr. <sup>1</sup> de tener preferencia sobre otros acreedores quirográficos en cuanto a la entrega del inmueble.

### A) Apariencia de justo título registral

Este carácter está expresado en el Art. 2014° del C.C., con la frase «adquiere...algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo». De su texto, fluye que este carácter se relaciona con el principio de tracto sucesivo y, de otro lado, que no es condición esencial que el transferente esté investido real y verdaderamente de las facultades que publicita el Registro, bastando al efecto sólo la *aparencia* de los libros o fichas del Registro, independientemente de la realidad jurídica extraregistral. En esta frase y principalmente en el significado de la palabra *aparece*, está la esencia del principio de la fe pública registral. Para la cabal aplicación del principio; es indiferente que no exista adecuación, coincidencia o exactitud entre la realidad registral y la realidad extraregistral o, más aún, que exista inexactitud o inadecuación entre ambas, si se cumple con los requisitos o condiciones de la fe pública registral, y, en consecuencia, de la configuración del *tercero registral*. Como hemos manifestado al tratar del principio de la fe pública registral, la ley le confiere una presunción *juris et de jure* es decir que no admite prueba en contrario, por tratarse de una ficción legal.

Para mayor claridad, conviene dilucidar qué se entiende por *justo título*. Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, *justo título* tiene una acepción genérica y una específica. Como acepción genérica es el fundamento que determina que una persona posee o ha adquirido legítimamente un derecho; comprende tanto los actos jurídicos como los contratos. En la segunda acepción o específica, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para ser válidos, sin consideración a la condición de la persona de quien emana.

### B) Título oneroso de la adquisición

La doctrina, entre las diversas clasificaciones de los contratos, señala aquella que diferencia por ser unos a título oneroso y otros a título gratuito. Son contratos a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les son concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle a la otra; en cambio, son contratos a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independientemente de toda prestación de su parte.

El Art. 7° de la Ley del 2 de enero de 1888, que creó la institución de los Registros Públicos, no contenía exigencia del requisito de onerosidad



para la existencia del principio de fe pública registral. Entonces, es el Art. 1052° del C.C. de 1936, es el que introduce el requisito de onerosidad en la estructura de ese principio registral, el mismo que ha sido ratificado en el Art. 2014° del C.C. vigente.

En esta consideración, el requisito de onerosidad presupone un contrato, es decir, un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, con prestaciones recíprocas, según los textos concordados de los Arts. 1351° y 1426° y ss. del C.C. En consecuencia, por interpretación o contrario, quedan excluidas de la entelequía del *tercero registral*, las transferencias a título gratuito, como las donaciones, sucesiones hereditarias, anticipo de legítima o de herencia, etc.

De lo expresado anteriormente, con relación al transferente registral, se puede presentar dos casos: *a)* que el transferente haya adquirido a título oneroso, en cuyo supuesto no existirá ninguna duda respecto a la plena facultad de disposición de su derecho inscrito; *b)* que el transferente registral haya adquirido el derecho a título gratuito, en cuyo caso existirá razonable duda, en razón de que nadie puede transmitir un mejor derecho que el que tiene y que el adquirente debe tener la misma protección registral que su transferente.

Sin embargo, estas razones, que se fundamentan en los principios de publicidad, legitimidad y juricidad registral, se subordinan al principio de fe pública registral, para el cual sólo es necesario que la transferencia a título oneroso corresponda al contrato entre transferente y adquirente.

Tanto en el caso de donación cuanto en el de sucesión hereditaria, el donatario puro y simple y los sucesores son propietarios del derecho inscrito; el primero por constituir la donación un título que transfiere la propiedad, y, los segundos por ser los continuadores jurídicos de su causante. Con relación a los legados y anticipos de herencia a favor del transferente registral, no deben estar sujetos a condiciones o a la obligación de colacionar, a los efectos de tener derecho a la libre disposición, como se verá más adelante.

Asimismo, no cumple el requisito de onerosidad, es decir, no puede constituirse en tercero registral, quien adquiere no en virtud de actos jurídicos, sino, de hechos jurídicos, como es el caso de la prescripción, la cual es un modo de adquisición mas no un título, según hemos dejado establecido anteriormente, y por consiguiente, tal hecho no puede ser calificado de oneroso o gratuito. Tal prescripción adquisitiva inscrita se encuentra

protegida, no por el principio de la fe registral, sino por el principio de legitimidad preceptuada por el Art. 2013° con el efecto de cancelar el asiento del antiguo dueño conforme autoriza el Art. 952° del C.C.

### C) Inscripción del título

Este carácter está contenido en la frase «una vez inscrito su derecho» del Art. 2014° del C.C. La expresión involucra dos cuestiones: a) cuál en la extensión del término «inscrito» y b) desde qué momento surte efectos registrales el asiento de inscripción.

Referente a la primera cuestión la Exposición de Motivos ha dilucidado cualquier eventualidad, interpretando el término inscripción en su sentido más lato, esto es, que comprende tanto las inscripciones propiamente dichas, cuanto las anotaciones preventivas en general, incluyendo las anotaciones marginales.

Así pues, tanto el inscribiente como el anotador preventivo están amparados por los mismos principios registrales ya analizados, con la única diferencia de que el primero es en forma definitiva y el segundo en forma provisional.

Tocante al momento desde el cual surte efectos la inscripción y la anotación preventiva, ello está resuelto por el Reglamento de las Inscripciones que dispone que los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación. Obviamente, el asiento de presentación juega un rol determinante en el principio de propiedad registral, pues es el que, en última instancia define la antigüedad y, por lo tanto, la prioridad de una inscripción.

### D) Que no aparezcan de los registros públicos causales de nulidad, rescisión y resolución

Teniendo este requisito legal relación con el requisito de la buena fe, lo trataremos dentro las implicancias de la buena fe.

### E) La buena fe

Como lo venimos reiterando, el principio de fe pública registral, es el fundamento legal del *tercero registral*, por lo que los requisitos, caracteres, elementos o condiciones de aquel son los mismos que concurren para configurar el *tercero registral*. Conviene precisar que, si bien todos los

elementos de la fe pública registral y, por consiguiente, del tercero, son objetivos en el sentido de normas o preceptos positivos, los tres caracteres tratados anteriormente en primer lugar, pueden calificarse de objetivos en el sentido de reales, es decir, fundados en causas externas o materiales, a diferencia del carácter de buena fe, que es esencialmente subjetivo y personal.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, buena fe es la creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferir el dominio; también, «convicción de que el acto realizado es lícito»; y, además, «confianza en la certeza o verdad de un acto o hecho jurídico». Todas estas acepciones pueden válidamente aplicarse al carácter de buena fe para la configuración del *tercero registral*. El problema surge en cuanto a los alcances o efectos de la buena fe respecto a una eventual inexactitud registral, y que es lo que trataremos a continuación.

#### *A.1. Ambito de la buena fe registral*

La buena fe legislada como novedad por el Art. 2014° del C.C., requiere ser interpretada en cada caso, para su pertinente y cabal aplicación en la configuración del *tercero registral*.

Nosotros estimamos que puedan darse dos interpretaciones al ámbito de la buena fe registral: la primera, sostenida por la Exposición de Motivos, que podríamos llamar extensiva, consistente en que las causales de nulidad, de rescisión o resolución que prueban en contrario o desvirtúan la buena fe de la inexistencia de inexactitud del Registro, se extiende no sólo a la publicidad por los Registros, sino a las causas que no aparecen de los Registros Públicos, vale decir, a causas extraregistrales o simplemente civiles; la segunda, sostenida por nosotros, que podríamos llamar restrictiva, consiste en que las causales de nulidad, rescisión o resolución que prueban en contrario o desvirtúan la buena fe de la inexistencia de inexactitud, se extienden única y exclusivamente a los Registros Públicos.

En otros términos, en cuanto a la inexactitud registral, el criterio de la Exposición de Motivos incide mayormente en su conocimiento o desconocimiento, sin importar que la inexactitud conste en el Registro o en relación a la realidad extraregistral; nosotros ponemos el acento en la existencia o inexistencia de la inexactitud registral, pero sólo en el ámbito registral, y cuyo conocimiento de la existencia de la inexactitud, si bien se presume de pleno derecho, debe ser probado por el eventual opositor.

Es evidente que la inexactitud registral puede ocasionarse ora en relación a los antecedentes registrales de la misma partida o ficha y a los asientos de otros Registros, ora en relación jurídica extraregistral. La prueba o constatación jurisdiccional de la inexactitud *in Registro*, se realiza fácilmente; basta con presentar el certificado respectivo con el cual se prueba plenamente que el pretendiente a tercero «conocía la inexactitud del Registro», que es la condición «sine qua non» para que no funcione el principio de la fe pública registral y, en consecuencia, no se configura el tercero registral.

En cambio, sí como interpreta la Exposición de Motivos, la inexactitud se extendiese al ámbito extraregistral, nada se habría ganado en tratar bajo la fe pública que brinda el Registro, habida cuenta que todo contrato estará sujeto a causales de nulidad, rescisión o resolución extraregistrales, bastando para desvirtuarlo un documento en contrario o hasta una declaración venal, con el agregado de la incapacidad intelectual o arbitrariedad del órgano jurisdiccional, para dejar sin efecto la seguridad del tráfico registral.

La prueba en contrario que admite la presunción de buena fe, es decir, «mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro», no puede llevarse a tales extremos de inseguridad, en que la realidad extraregistral perjudique la realidad que brinda la fe pública de los Registros, lo que significaría la desnaturalización del sistema, toda vez que se le restaría confianza y seguridad.

Al respecto, debe tenerse en consideración que el carácter de buena fe del *tercero registral*, necesariamente tiene que vincularse con los principios registrales de publicidad y de legitimación o legitimidad. Con el principio de publicidad en cuanto la ficción legal de conocimiento del contenido de las inscripciones, sin que admita prueba en contrario, es decir, que no se admite la prueba de desconocimiento. Y, en cuanto al principio de legitimación, en tanto en cuanto se presume cierto el contenido de las inscripciones y producen todos sus efectos y, además, que lo no inscrito no existe para el Registro.

Un ejemplo práctico ilustrará las posiciones referidas anteriormente: A propietario registral, ofrece en venta a B un inmueble de su propiedad; B antes de prestar su consentimiento, constata en el Registro de Propiedad Inmueble la realidad del derecho de A, y que el precio de la compraventa aparece pagado íntegramente; pero, además, se cerciora que en el Registro Personal, de Mandatos y Poderes, de Testamentos, etc. no existe

ninguna causal de nulidad, rescisión o resolución. En esta situación, A y B formalizan el contrato de compraventa e inscriben la transferencia de la propiedad B cree que al adquirir bajo la fe del Registro, ha adquirido un derecho seguro; pero ello no sería así según el criterio de la Exposición de Motivos en cuanto a la buena fe, porque sucede que, posteriormente C –ex-propietario y transferente del inmueble a favor de A– demanda judicialmente la nulidad de la compraventa a favor de A y la compraventa de éste a B, alegando que el pago del precio de la primera compraventa no se ha realizado, por cuanto la letra de cambio con que se pagó el precio, no ha sido realizada, amparándose en el Art. 1233° del C.C., adjuntando como medio probatorio la sentencia que ordena dicho pago, C prueba por declaración testimonial que B tiene conocimiento del no pago del precio mediante la letra de cambio.

Se produce entonces una inexactitud entre lo que publica el Registro en cuanto al pago del precio y la realidad extraregstral. Tratándose de derechos de distinta naturaleza, se aplica las normas del derecho común o extra registral, en el cual B perderá la propiedad del inmueble, porque sencillamente no podrá alegar ser tercero registral, por faltarle el requisito de la buena fe, que se ha extendido hasta el ámbito de la realidad extraregstral.

Por el contrario, de acuerdo a nuestra interpretación de la restringida extensión de la buena fe registral, la solución del caso supuesto es radicalmente distinta. La adquisición de B, por aplicación de los principios de publicidad y legitimidad registrales, y, habiendo, además, cumplido con los otros caracteres, requisitos o condiciones del principio de la fe pública registral y, por consiguiente, del tercero registral, no puede ser afectado por la eventual inexactitud en relación de la realidad extraregstral, conforme se desprende del análisis conceptual de la palabra *Registro* empleado en el Art. 2014° del C.C.

Es recurrente estipular que el legislador emplea exprofesamente la palabra *Registro* tres veces en la indicada norma legal, dos en singular y una en plural. El primer empleo es en número singular y ya lo hemos analizado al tratar del carácter de la apariencia de justo título registral, o sea, adquirir el derecho de persona que en el Registro aparece con derecho para otorgarlo. Evidentemente, el término *Registro* hace referencia a la partida del Libro o a la Ficha en el que aparece inscrito el derecho del otorgante y en el que debe inscribirse el título del adquirente.

El segundo empleo del término es en número plural y condiciona la fe pública registral a que las causas de nulidad, rescisión o resolución que

la desvirtúan, no consten en los Registros Públicos, haciendo clara y expresa referencia a todos los Registros que conforman el Sistema Nacional Peruano, es decir única y exclusivamente a la realidad registral; interpretación que está en concordancia con la naturaleza y finalidad de nuestro Sistema Registral.

Finalmente, el tercer empleo del término es en singular, y condiciona la presunción de la buena fe del tercero, a que no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Esta eventual inexactitud tiene que determinarse necesariamente en el ámbito registral, partiendo de la apariencia de justo título registral, que es el primer uso singular del término, para luego contrastarla con las inscripciones en los otros Registros Públicos, y, en caso de existir inexactitud, el pretendiente a tercero no lo conseguirá por falta de buena fe, pero sólo a condición de que en los otros registros aparezcan causales de nulidad, rescisión o resolución; mas, en ningún caso por inexactitud con la realidad extraregistral.

Por lo demás, la interpretación restrictiva está conforme y se condice con lo dispuesto por el Art. 1051° del C.C. –la referida en el C.C. de 1936, subsumida en el Art. 2014 del C.C. vigente– la nulidad que se declare no afectará al que ha adquirido un derecho al amparo de los Registros, salvo, además de los otros casos de título gratuito y mala fe, cuando la causal de nulidad aparezca claramente del contenido mismo de la inscripción preexistente.

La frase «tercero que de buena fe...» con que inicia el legislador el Art. 2014° del C.C., es sumamente clara, en cuanto al alcance personalísimo del carácter de buena fe del tercero; y así lo ratifica la Exposición de Motivos. En consecuencia, este requisito atañe sólo al adquirente registral y debe ser cumplido única y exclusivamente por éste, no importando la circunstancia de que el transferente del derecho tenga buena o mala fe a los efectos de impedir o permitir el adquirente ampararse en la fe pública registral y, por lo tanto, ser *tercero registral*.

En cuanto al tipo de conocimiento que debe tener el pretendiente a tercero de la inexactitud registral para desvirtuar la presunción de buena fe, también discrepamos de la interpretación que brinda la Exposición de Motivos, la cual lo hace extensivo a la realidad extraregistral, involucrando hechos y actos jurídicos que no constan en los Registros Públicos, como consta en la afirmación de que «quien quiera impedir la aplicación de este principio tendría que probar que el adquirente conocía, *aun cuando no se aprecian del registro*, la existencia de las razones de nulidad, rescisión o resolución», interpretación extensiva que la misma Exposición de Moti-

vos ratifica en estos términos «si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, *que no aparecen del registro*, ellos deben ser además desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado». Este criterio nos llevaría a la prueba del desconocimiento de un acto jurídico extraregistro, que, por intrincada e ilimitada, la doctrina la ha calificado como «prueba diabólica».

En cambio, nuestra interpretación restringida del tipo de conocimientos, la consideramos más adecuada a la naturaleza y finalidad de nuestro Sistema Registral, al circunscribirla a los efectos de los principios registrales ya estudiados, principalmente el de publicidad, según el cual el conocimiento del contenido de las inscripciones no admite prueba en contrario y, de otro lado, que lo no inscrito, no existe para el Registro ni para quienes se acogen a la publicidad negativa.

Veamos un ejemplo basado en el Art. 1135° del C.C., que ilustra nuestra posición: A, propietario registral, vende el mismo inmueble sucesivamente a B y C, mediante sendas escrituras públicas. C, adquirente posterior, se entera que B ha comprado anteriormente pero ha omitido inscribir la transferencia a su favor: entonces C, para obtener la preferencia de su derecho y obviamente con la intención de perjudicar a B, inscribe su título en la partida o Ficha correspondiente. C, evidentemente conocía la realidad extraregistro en el sentido de que B ya era el propietario del inmueble, pero se acoge a los principios de publicidad y legitimidad para constituirse en tercero registral y convertir su situación jurídica en invulnerable en cuanto a la inexactitud de que tuvo conocimiento.

## A.2. Oportunidad de la existencia de la buena fe

Ya hemos visto que tanto el requisito de buena fe –cuanto el tipo de conocimiento de las causas de nulidad, rescisión o resolución– deben interpretarse en sentido restrictivo, esto es, única y exclusivamente en referencia a la realidad jurídica del Sistema Registral. Esto significa que la buena fe exigida por la ley al *tercero registral*, es de naturaleza objetiva, lo que se infiere de la condición de que las causas de nulidad, rescisión o resolución del derecho del adquirente *no consten en los Registros Públicos*, siendo indiferentes, por lo consiguiente las causas subjetivas de la buena fe.

El problema que surge es cómo precisar el momento de la existencia y, por lo consiguiente, de la exigencia de la buena fe, entre el momento de la adquisición del derecho que *inter partes* se realiza extraregistroalmente

y que consiste en el acto jurídico previsto en la frase inicial del Art. 2014<sup>o</sup> del C.C., expresado en tiempo presente del verbo adquirir, y el resultado del procedimiento registral consistente en la fecha de la inscripción del título y que se expresa en la frase «una vez inscrito».

En referencia al problema del momento en que, o desde que, debe exigirse la buena fe del pretendiente a tercero, no puede dejarse librado a la inseguridad de medios probatorios extraregistrales como documentos no inscritos, declaraciones de testigos, peritajes, etc., sino a medios probatorios que brinden seguridad absoluta como es el principio de publicidad registral, el mismo que, por estar protegido por una presunción *juris et de jure* no admite prueba en contrario; vale decir, que es la seguridad absoluta del conocimiento de la eventual inexactitud registral a que hace referencia la norma legal.

En consecuencia, la buena fe del que adquiere un derecho de quien en el Registro –en singular– aparece con derecho para otorgarlo, si bien es cierto que tal adquisición se produce en el instante de celebrarse el acuerdo de voluntades y que se materializa en documento datado, no es menos cierto que la buena fe del adquirente debe estar referida a la publicidad de los asientos existentes en ese momento en los Registros Públicos –en plural– cuyo conocimiento le impone la ley, aunque en la realidad jamás se haya constituido a una oficina registral. Es la garantía y seguridad absoluta para el adquirente registral y la comunidad en general.

Si el simple hecho de auscultar la conciencia, voluntad e intención de la persona humana, es una tarea llena de dificultades, es un imposible fáctico la certeza de la buena fe, habida cuenta su intimidad. Es la razón de ser de las presunciones que confiere el Art. 2014<sup>o</sup> del C.C., una, con el carácter de *juris et de jure* en cuanto al principio de la fe pública registral; y, otra, con el carácter de *juris tantum* en relación a la buena fe del pretendiente a tercero.

Ahora bien, tratando de precisar aún más el momento o desde cuando existe la buena fe del pretendiente a tercero, tenemos que distinguir cuatro momentos en el proceso administrativo correspondiente: primero, la fecha de la minuta o documento privado *ad hoc* que, según el caso, puede tener o no fecha cierta; el segundo, la data de la escritura pública u otro documento público, en caso de que la ley exija este requisito para la inscripción, los cuales contienen fecha cierta; el tercero, la fecha y hora del asiento de presentación, el cual desde ese momento ya está bajo la garantía del principio de publicidad; y finalmente, el cuarto momento consistente en la fecha del asiento de inscripción.



Estando a los principios registrales ya considerados y, principalmente, al principio de publicidad, estimamos que la buena fe del tercero sólo puede determinarse con seguridad absoluta, y, por lo consiguiente, exigirse a quien pretenda constituirse en tercero, al momento del asiento de presentación de su título. Exigirlo antes, sería sumamente controversial e inseguro, y exigido en el momento de la inscripción, sería ineficaz, habida cuenta que la fecha del asiento de inscripción, por mandato legal, se retrotrae a la fecha del asiento de presentación.

Atendiendo estas consideraciones, en caso de conflicto, para quien pretenda ser tercero será fácil corroborar la presunción de su buena fe; bastando para ello presentar un certificado negativo de inscripción del acto o contrato que se alega como inexactitud registral; y, para el opositor igualmente resultaría fácil desvirtuar la presunción de buena fe del pretendiente a tercero, pues sería suficiente presentar el certificado de inscripción del acto o contrato causante de la inexactitud registral alegada.

Así pues, inexactitud registral para los efectos del principio de la fe pública, es decir, para el tercero, es exclusivamente inexactitud entre asientos de los diferentes Registros Públicos; en cambio inexactitud registral para otros interesados es, además, inexactitud con la realidad extraregistral.

## V. CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional siguiendo una tradición jurisprudencial declara fundada la demanda de Amparo contra una resolución judicial cuando esta ha violentado el derecho de defensa, que configura uno de los principios de la tutela procesal efectiva, prescrita por el Art. 4 del Código Procesal Constitucional.
2. Por primera vez el Tribunal Constitucional se pronuncia en forma expresa respecto del supremo principio de la fe pública registral emanado del Art. 2014 del C.C. que configura la ficción jurídica del *tercero registral*.
3. Sin embargo, el Tribunal Constitucional transfiere la decisión final si Inversiones Victoria S.A.C. tiene o no la condición de tercero registral al órgano jurisdiccional, mediante un proceso ordinario con etapa probatoria.

# LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES PROGRAMÁTICOS (SUPUESTOS TEÓRICOS, AVANCES JURISPRUDENCIALES Y PERSPECTIVAS DENTRO DEL MODELO IMPLEMENTADO POR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

Luis R. Sáenz Dávalos (\*)

SUMARIO: I. A modo de introducción. II. Los derechos constitucionales operativos y programáticos. Variantes. III. El Estado Social de Derecho y los derechos programáticos. IV. La regla de la progresividad y sus alcances. V. La protección procesal de los derechos programáticos. VI. La posición de la norma constitucional. VII. El camino de la Ley N° 23506 y la primigenia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. VIII. La perspectiva jurisprudencial del actual Tribunal Constitucional. IX. Las opciones de protección de cara a lo establecido en el Código Procesal Constitucional.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos en los que definitivamente existe notoria distancia entre lo previsto por el Código Procesal Constitucional y lo normado en su día por el régimen de la Ley N° 23506 y demás normas conexas,

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

tiene que ver con el tratamiento de los llamados derechos programáticos y el modelo de defensa o tutela procesal eventualmente aplicable en relación con los mismos.

De una lógica esencialmente restrictiva en lo que respecta a la defensa de tales atributos hemos pasado a una opción hasta cierto punto de vista permisiva, que incluso y de alguna forma ya venía siendo auspiciada jurisprudencialmente, si nos atenemos a lo que recientes pero decisivos fallos del Tribunal Constitucional, han venido postulando en relación con el tópico aquí enunciado.

Sin lugar a dudas y de cara a lo que dicho cambio representa para el esquema procesal constitucional, estaríamos en condiciones de afirmar, que muy a pesar de lo que el modelo de Estado recogido por la Constitución de 1993 pretendió establecer, por lo menos dentro de una perspectiva rigurosamente positiva, nos hemos colocado en un contexto en el que difícilmente alguien podría negar que somos un Estado Social de Derecho, en el que las obligaciones de protección económico social aparecen como un postulado incuestionable.

Lo curioso del caso, es que el giro de percepción del que hoy hablamos, no aparece como una fórmula directa o explícita. Aparece más bien como algo escondido o implícito y cuyo reconocimiento en todo caso, invita a un trabajo de construcción jurisprudencial del que estamos seguros, de a pocos iremos obteniendo respuestas.

Para comprender de mejor manera lo que tal cambio representa, intentaremos en este breve trabajo recordar algunas de las premisas elementales sobre las cuales se ha venido trabajando en esta temática y desde luego, proyectar los alcances a los que se podría arribar en función de las opciones jurídico procesales de las ahora y gracias al Código Procesal Constitucional, disponemos.

## II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES OPERATIVOS Y PROGRAMÁTICOS. VARIANTES

Como es bien sabido, el reconocimiento que toda Constitución realiza de los derechos no significa que todos ellos respondan a una misma naturaleza ni tampoco que dentro de su estructura jurídico normativa los mismos resulten pasibles de similares alcances o análogos efectos de aplicación<sup>(1)</sup>.

---

(1) Como es bien sabido, una Constitución no sólo está conformada por derechos, sino por normas con distinto alcance. Aún en el caso específico de los derechos, sus conteni-

En el caso del Perú y aún cuando pueda considerarse, que todos los derechos reconocidos por nuestra Constitución, revisten el carácter de fundamentales, no en todos los casos puede asumirse que tales atributos tengan los mismos niveles de eficacia. Ello debido en unos casos, a la diferente naturaleza jurídica que los caracteriza, en otros, a la distinta perspectiva que ofrece su defensa o protección frente a un eventual desconocimiento.

En lo que respecta al grado de aplicación que les suele caracterizar y que es lo que en particular, aquí nos interesa comentar, conviene recordar lo que desde hace mucho ha venido postulando la doctrina en torno a la distinción entre los llamados derechos constitucionales operativos y los denominados derechos constitucionales programáticos. Mientras que para el ejercicio de los primeros sólo resulta necesaria la voluntad o decisión del titular del atributo o libertad, sin que por otra parte, el Estado tenga porque intervenir (salvo que la Constitución, excepcionalmente disponga lo contrario), para el ejercicio de los segundos resulta insuficiente la sola voluntad o decisión del destinatario del derecho, siendo bajo tales circunstancias no sólo necesaria sino prioritaria la intervención del Estado a través de actuaciones positivas o medidas prestacionales<sup>(2)</sup>.

Cabe precisar que mientras los atributos operativos se encuentran asociados a los derechos individuales y políticos (libertad individual, libertad de conciencia, derecho al sufragio) los derechos programáticos lo suelen estar a aquellos otros, de naturaleza económica, social y cultural (protección al consumidor, derecho al trabajo, derecho a la educación). Tal esquema, desde una perspectiva distinta, permite detectar en la idea de los derechos operativos, cierta vinculación a la primera gran oleada o generación de atributos de la persona, mientras que en la correspondiente a

---

dos representan una diversidad de posibilidades y efectos que, desde luego, el intérprete jurídico está obligado a precisar, a partir de sus peculiaridades específicas. *Cfr.* Nieto, Alejandro; «Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional», *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Enero-Diciembre de 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 371 y ss.

<sup>(2)</sup> *Cfr.* Alexy, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid 2002; págs. 186 y ss. Aún cuando resulte perfectamente válido considerar que la regla de abstención estatal frente a los derechos operativos y de actuación frente a los de tipo programático admitan variables excepcionales según la lógica garantista de cada ordenamiento. Al respecto el interesante trabajo de Curtis, Christian; «Los derechos sociales como derechos» en AA.VV. *Los Derechos fundamentales*; Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política; Editores del Puerto; Buenos Aires 2003; págs. 198 y ss.

los de tipo programático, un nexo con los derechos históricamente considerados como de segunda o hasta de tercera generación<sup>(3)</sup>.

Los derechos programáticos, por otra parte, pueden ser clasificados de diversas formas. Si nos atenemos a lo que aparece de nuestro ordenamiento jurídico, podríamos hablar de derechos programáticos que exigen la implementación de condiciones esencialmente técnicas (legislativas o en su caso administrativas)<sup>(4)</sup>, derechos programáticos que requieren condiciones económico-sociales (habilitación presupuestal)<sup>(5)</sup> y derechos programáticos que requieren tanto condiciones técnicas como económico sociales<sup>(6)</sup>. En cualquiera de tales hipótesis<sup>(7)</sup>, queda claro que el Estado ocupa un papel primordial, pues en la lógica del cumplimiento de sus responsabilidades, reside el mecanismo de motorización o impulso eficaz del derecho<sup>(8)</sup>.

No se piense sin embargo, que todos los derechos programáticos exigen los mismos requisitos en lo que respecta a su forma de aplicación o suponen similar grado de dificultad en su proceso de habilitación. Como veremos luego, es evidente que si se habla de un derecho programático que sólo requiere condiciones técnicas, el proceso de aplicación no pasa por una discusión en torno a la infraestructura o las posibilidades socio económicas del Estado. Se trata de algo mucho más elemental que tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones que desde un punto de

(3) Cfr. Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*; Ed. Tecnos; Madrid 1995; págs. 115 y ss.

(4) Es el caso del derecho de huelga reconocido en el inciso 3) del Artículo 28° de la Constitución que, a tenor de lo establecido en dicho dispositivo, exige ser regulado de manera integral.

(5) Es el caso del derecho al trabajo reconocido en el Artículo 23° de la Constitución que en lo esencial y a los efectos de su fomento, exige la creación de condiciones materiales.

(6) Es el caso del derecho a la seguridad social previsto en el Artículo 10° de la norma fundamental que no solamente exige precisar sus alcances de acuerdo a ley (cobertura) sino habilitación presupuestal a fin de materializar sus alcances.

(7) Esta clasificación no necesariamente es la única. Tratándose de derechos de tipo económico, por ejemplo, puede llegarse a otras formas de diversificación, como lo hemos intentado precisar en un trabajo anterior. Cfr. Sáenz Dávalos, Luis; «La defensa del consumidor en el Derecho Constitucional» en *Revista Jurídica del Perú*; Año LIII; N° 42; Trujillo, Enero de 2003; págs. 129-130, publicado también en «Reforma y Procesos Constitucionales» *Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional*; Año XII; N° 07; Huancayo 2005; págs. 220-221.

(8) Cfr. Bidart Campos, Germán; *Las obligaciones constitucionales*; Ediar, Buenos Aires 1987; págs. 81 y ss.

vista más bien formal, encomienda el ordenamiento a los poderes públicos. Legislar en el caso del Parlamento, reglamentar o administrar en el caso del Poder Ejecutivo. Distinto es el caso, cuando se trata de un derecho programático que requiere condiciones económico sociales. En este supuesto, es prioritariamente el elemento económico o el acondicionamiento presupuestal, el referente de obligatoria observancia, si lo que se pretende es conseguir la funcionalidad o aplicación del derecho.

La distinción entre los derechos programáticos, no es por lo demás un asunto meramente académico, pues como apreciaremos más adelante, de ella depende en gran medida la técnica de protección a utilizar<sup>(9)</sup>.

### III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS

Para poder entender cómo es que el Estado asume las consabidas obligaciones representadas por los derechos sociales, económicos y culturales, conviene detenerse muy brevemente, en el origen de lo que hoy se concibe por Estado Social de Derecho.

Cuando el constitucionalismo matriz y las declaraciones de derechos que le acompañaron fueron concebidos en sus inicios (fines del Siglo XVIII), el factor de preocupación central residía en imponer al Estado todo tipo de limitaciones en la lógica de evitar hasta donde fuese posible, el que sus poderes pudieran inmiscuirse en las esferas de libertad o participación reconocidas sobre los individuos. Se hablaba entonces de un típico Estado Liberal (Estado policía, para algunos) y de un principio de limitación del poder compatible con las características de dicho modelo. Sin embargo, con el paso de los años y en la medida en que ese mismo Estado tuvo que hacer frente a las grandes demandas o exigencias motivadas en sus propias transformaciones (masificación, pobreza creciente, industrialización,

---

<sup>(9)</sup> Es la distinción entre los derechos de tipo programático la que les permite a algunos estudiosos, postular la legitimidad de mecanismos de control para ciertos casos y en cambio cuestionarla, frente a otros. En la doctrina, por lo demás, es frecuente que la mayor parte de autores que se pronuncian a favor de la fiscalización frente a las omisiones, asocien dicha alternativa al incumplimiento de obligaciones de carácter técnico y no tanto así al de las obligaciones de carácter económico o social. Así el tema de la inconstitucionalidad por omisión es desarrollado preferentemente por referencia a los incumplimientos de tipo legislativo. *Cfr.* Fernández Segado, Francisco; *La dogmática de los Derechos Humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)*; Ediciones Jurídicas; Lima 1994; págs. 328 y ss.

hipertrofia administrativa, etc., perfiladas sobre todo hacia principios del Siglo XX) los supuestos de no intervencionismo, no sólo fueron variando, sino que terminaron por transformarse radicalmente. De un esquema esencialmente abstencionista, pasamos a uno de tipo intervencionista, en cuyo contexto empieza a perfilarse el denominado Estado Social (o prestacional como lo denominan algunos). Este último, ya no tiene como eje central un principio de restricción, sino al revés, uno de justificación o legitimación del poder. Este, antes que limitarse, debe actuar promoviendo condiciones de bienestar<sup>(10)</sup>.

La existencia de este Estado Social o prestacional, se solventa en los diversos y cada vez más variados roles que le corresponde asumir. Dentro de los mismos, ocupan un papel primordial los derechos sociales, económicos y culturales. Su reconocimiento y sobre todo su consecución o materialización, es lo que hace que un Estado pueda ser considerado como uno de tipo social y lo que por contrapartida, exige asumir responsabilidades que antaño no eran, digámoslo así, auténtica o incuestionable prioridad.

Lo que principalmente caracteriza al constitucionalismo de hoy (y sobre todo al de los países subdesarrollados como el nuestro), no es pues solamente el reconocimiento de los clásicos derechos de tipo individual o político, sino la presencia de una cantidad cada vez más amplia de derechos de tipo social, económico y cultural<sup>(11)</sup>.

Conviene puntualizar que aunque en nuestro ordenamiento constitucional, no existe una cláusula expresa que (a diferencia de lo que ocurría con la Carta de 1979) nos establezca la existencia del consabido Estado Social, ello no significa que no sea posible su reconocimiento implícito. Como lo ha puesto de relieve nuestro Tribunal Constitucional en sentencias como las recaídas en los Expedientes N° 008-2003-AI/TC (Caso 5000 Ciudadanos), N° 2945-2003-AA/TC (Caso Meza García) o N° 1956-2004-AA (Caso Combe Rivera), entre otras, los componentes sociales de nuestro Estado, se derivan de los Artículos 3° y 43° de la norma fundamental, referidos, entre otros principios, al «Estado democrático de Derecho» y a nuestra connotación como «República...social».

<sup>(10)</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*; Alianza Editorial, Madrid 1996; págs. 13 y ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán; *Para vivir la Constitución*; Ediar; Buenos Aires 1984; págs. 397 y ss.

El sólo hecho de que pueda reconocerse el Estado Social apelando a una construcción como la aquí descrita y más aún, que esta haya sido ratificada por el Supremo Intérprete de la Constitución, permite concebirlo como un elemento de vital importancia en la orientación de nuestro constitucionalismo y por tanto invocable *prima facie*, en los diversos aspectos que este supone.

#### IV. LA REGLA DE LA PROGRESIVIDAD Y SUS ALCANCES

Se hace imperioso reconocer que aún cuando el Estado Social sea una máxima del constitucionalismo moderno, no puede decirse lo mismo, cuando se trata de contrastar las realidades existentes entre los diversos países que lo reconocen. Mientras que en aquellos evidentemente desarrollados, tal modelo funciona como una máquina solvente o muy bien engrasada, en los países subdesarrollados (o en vías de desarrollo, como algunos prefieren denominarle) la susodicha máquina simplemente no funciona o, si lo hace, es de un modo acentuadamente deficitario.

Los recursos no los genera el derecho ni ninguna proclamación emblemática, como parece obvio deducir, sin embargo no ha sido este un pretexto para que las constituciones, sobre todo en Estados similares al nuestro, se hayan sentido inhibidas de reconocer cláusulas programáticas de todo tipo. Por el contrario, si algo caracteriza a las normas fundamentales de nuestros países pobres, es precisamente el hecho de reconocer preceptos en torno de los grandes objetivos de desarrollo<sup>(12)</sup>.

La pregunta de oro que desde hace mucho tiempo se vienen haciendo los estudiosos, se ha vuelto reiterativa o cada vez más frecuente ¿estarán nuestros países en condiciones de garantizar la eficacia de cláusulas programáticas por el sólo hecho de considerarlas derechos? Aparentemente no si las entendemos como atributos inmediatamente disponibles, pero si por el contrario, las asumimos como prestaciones en proceso de implementación (en vías de habilitación) las cosas resultan bastante distintas.

No es lo mismo exigir la eficacia inmediata de una norma que demanda un despliegue de condiciones materiales a su alrededor, que postular

---

(12) A decir del profesor Sagüés, esta tendencia permite considerar un amplio catálogo de «Constituciones Promesa» presentes sobre todo en la mayor parte de países subdesarrollados. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro; «Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica» en *El Derecho*; T. 108; Buenos Aires 1984; pág. 950.



su cumplimiento paulatino, en tanto y en cuanto el Estado vaya generando recursos para ello.

Precisamente porque este y no otro es el único escenario en el que la funcionalidad de los derechos programáticos puede hacerse una realidad, es que la mayor parte de constituciones (sobre todo en países pobres como el nuestro) cuentan con una cláusula de desembalse o salvación, cláusula que no es otra que la famosa regla de la progresividad.

En la Constitución Peruana vigente dicha regla se encuentra contenida en la Disposición Final Undécima que a la letra prescribe «*Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente*».

Lo que nos quiere indicar dicha cláusula, es en esencia, que cuando se trata de normas constitucionales para las que se hace impostergable la generación de recursos, dicho proceso habilitador, ha de operar en forma paulatina, esto es, de menos a más y siempre en la lógica de facilitar que la implementación de las citadas normas se produzca lo más eficientemente posible.

Aunque la realidad ofrezca como panorama rutinario, no precisamente el enfoque progresivo que la norma fundamental auspicia, es esa y no otra la única opción<sup>(13)</sup>, pues de lo contrario tendría que asumirse que el cumplimiento de los derechos programáticos dependería de la absoluta discrecionalidad (en realidad, de la buena voluntad) del Estado y sus poderes públicos.

En el fondo, lo que se busca es que el Estado se comprometa con sus objetivos de una manera sensata y razonable. No se le obliga a cumplir de inmediato pues como ya se señaló, las realidades no se cambian por que el Derecho así lo establece, pero si se le impone que sus compromisos se efectivicen en un tiempo y circunstancia prudencial, que no tiene otro referente que la propia idea de progresividad, la que por otra parte no supone un determinado *quantum* apreciable monetariamente como algunos lo piensan, sino tan sólo el hecho de que exista una mínima o elemental escala de crecimiento.

<sup>(13)</sup> Lo que significa que la Constitución, *strictu sensu*, no justifica u otorga legitimidad a formulas estacionarias o mucho peor regresivas, como lamentablemente ocurre en nuestra realidad.

## V. LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS

Aún cuando se acepta que los derechos programáticos retienen una determinada fuerza normativa que, como aquí se ha visto, los hace pasibles de exigibilidad bajo determinados criterios, en lo que se ha venido polemizado por años, es en el hecho de reconocer o no la posibilidad de una incuestionable protección procesal dispensable en sede constitucional<sup>(14)</sup>.

Los argumentos principales en torno de dicha polémica, casi siempre han estado referidos a la conveniencia de politizar o no determinados temas, como particularmente, aquellos que tienen que ver con la discrecionalidad del Estado para la adopción de específicas medidas de corte político o económico<sup>(15)</sup>. Se ha pensado, en otros términos, que como el Estado es quien decide la prioridad de sus gastos o la pertinencia de sus decisiones de gobierno, no puede llevarse al escenario judicial la evaluación en torno de la procedencia de tales medidas.

La corriente mayoritaria en la doctrina y buena parte de la legislación comparada, desde muy temprano se inclinó por cuestionar la posibilidad descrita en el entendido de que la legitimación de la judicatura para evaluar dichos temas, la terminaría acercando más a la política, que al Derecho. Incluso y casi como un peligro de dictadura judicialista, es que algunos conciben la opción de un mecanismo de tutela de los derechos programáticos.

Las concepciones así graficadas no han impedido sin embargo la presencia de algunos precedentes muy importantes y la recepción de modelos permisivos en el derecho comparado.

Es bastante conocido el viejo precedente alemán en el caso de la iguación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales<sup>(16)</sup>. En aquella

---

<sup>(14)</sup> Cfr. el panorámico estudio de Cascajo Castro, José Luis; *La tutela constitucional de los derechos sociales*; Cuadernos y Debates; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid 1988; especialmente págs. 29 y ss.

<sup>(15)</sup> Un interesante inventario de las diversas razones por las que se suele cuestionar la existencia de un control jurisdiccional frente a las omisiones, la tenemos (aunque fundamentalmente aplicada al caso español) en el panorámico texto de Fernández Rodríguez, José Julio; *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*; Editorial Civitas; Madrid 1998; págs. 164 y ss.

<sup>(16)</sup> Una glosa bastante completa de la sentencia emitida con fecha 20 de Enero de 1969 por el Tribunal Constitucional Alemán, la tenemos contenida en el texto de Pina, Rolando

ocasión y como bien se recuerda, se discutía acerca de lo que tras un prolongado periodo de tiempo, no hizo el Parlamento Alemán, pese a lo que la Constitución le imponía.

Dicha norma fundamental dispuso desde el año 1949 que «*Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos*» (Artículo 6º, Acápito 5). Lo que se buscaba desde entonces y al compás de lo que por nefasta tradición se había apreciado en el ordenamiento jurídico alemán, era acabar con la discriminación de los hijos por razones de origen. Para tal efecto, se consideró conveniente encomendarle al legislador ordinario, el emitir normas que tuviesen por objeto posicionar en igualdad de condiciones a los hijos, dejando de lado buena parte de las disposiciones que por entonces había establecido el Código Civil (BGB).

Lo que sucedió sin embargo, fue de lo más irónico y paradójico. Pese al mandato del constituyente, el legislador ordinario hizo caso omiso del mismo. El tiempo fue prolongándose de semanas a meses y de meses a años, sin resultado positivo alguno. Mientras que en el Poder Judicial, los reclamos sustentados en la referida pretensión constitucional, simplemente eran desatendidos bajo el argumento, por demás discutible, de la supuesta discrecionalidad del legislador para decidir el momento en que a su conveniencia se pudiese, algún día acatar el mandato.

Tras haber pasado, un promedio de casi veinte años, sin que nada se hubiese podido observar, una ciudadana decidió llevar un reclamo originado en una controversia judicial común, al escenario de la jurisdicción constitucional especializada. En tales circunstancias, la respuesta del máximo intérprete de la Constitución alemana no pudo ser más emblemática y significativa. Frente a la inercia en la que por años había venido incurriendo el Parlamento se sostuvo, entre diversas consideraciones, que «*...Mediante la jurisprudencia de la Corte Federal Constitucional ya ha sido aclarado que la norma constitucional contiene un encargo obligatorio para el legislador; cuyo cumplimiento no es cuestión de si es de su agrado o no... el legislador más bien está obligado a cumplir con la indicación del art. 6, inc. 5, GG. Viola la Constitución si no cumple con el mandato de la misma dentro de un término prudente.... o si promulga leyes que no están de acuerdo con el espíritu de la Constitución....*», por lo que «*...Si el legisla-*

---

E.; *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.; Buenos Aires 1973; págs. 69 y ss.

*dor, en perjuicio de la Constitución, deja pasar el tiempo..., entonces obtiene pleno significado el principio del art. 1, inc. 3, GG, y se hace necesaria la realización de la voluntad constitucional en lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador». En cualquier caso, el mismo Tribunal especifica que «...los órganos de la administración de justicia pueden establecer una falta a la Constitución, recién cuando la pasividad del legislador dura tanto que tomando en cuenta su libertad de acción y reconociendo todas las razones justificables además de posibles motivos mitigantes, ya no se puede tolerar por más tiempo. No está lejos suponer que se ha llegado a la fecha del plazo adecuado si el legislador 20 años después de la puesta en vigor de la Constitución todavía no se ha despachado sobre las normas de una parte elemental de la vida... ...aunque es cierto que en el mismo lapso ha despachado numerosas leyes, las que desde el punto de vista del orden –valor de la Constitución– eran menos significativas y menos urgentes. La doctrina predominante es que el plazo concedido al legislador ha vencido...». Por consiguiente, se considera que «...el legislador hace justicia al mandato constitucional del art. 6, inc. 5 GG, únicamente si despacha la reforma del derecho de ilegitimidad dentro del marco del Derecho Civil, en este mismo periodo legislativo...».*

Lo que en otras palabras se dejó establecido con este pronunciamiento, es que a la Constitución no solo se le vulnera cuando se hace aquello que objetivamente prohíbe, sino que también se le vulnera cuando no se hace aquello que expresamente manda. Y si lo que la norma fundamental impone no es cumplido tras un largo e injustificado periodo de tiempo es obligación de la judicatura constitucional, detectar la inconstitucionalidad producida y en su caso, obligar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones. Para tal efecto y conforme a la lógica manejada por el fallo, se dejó establecido como plazo máximo de cumplimiento el correspondiente a la legislatura en el que dicha sentencia era pronunciada, lo que como bien se sabe, originó que poco tiempo después el Parlamento alemán emprendiese todas las reformas injustificadamente omitidas durante más de veinte años<sup>(17)</sup>.

Pero no sólo se trata de precedentes jurisprudenciales sino que a nivel del derecho comparado fórmulas legitimadoras de procesos de inconstitucionalidad por omisión las encontramos en diversos países. Tal es

(17) *Cfr.* Frisch Philipp, Walter & Torres Eyra, Sergio; «Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México» en *Anales de Jurisprudencia*; Tomo 138; Año XXXVI; Enero-Febrero-Marzo de 1970; págs. 295-334.

el caso de Portugal<sup>(18)</sup>, Brasil<sup>(19)</sup>, Argentina (a nivel provincial)<sup>(20)</sup>, Costa Rica<sup>(21)</sup> e incluso si bien de forma aún embrionaria en España<sup>(22)</sup>. Aunque no en todos estos casos se trata de procesos configurados en forma autónoma ni tampoco de pronunciamientos que retengan el mismo tipo de efectos, queda claro que en todos ellos subyace la idea común de habilitar formas de fiscalización frente a las omisiones inconstitucionales por parte del Estado.

La respuesta a la necesidad de establecer mecanismos procesales de protección frente a las omisiones, la ha dispensado pues la propia realidad que, al margen de los argumentos contestatarios, ha ido perfilando de una manera cada vez más creciente, la tendencia hacia su plena legitimación.

## VI. LA POSICIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

En nuestro medio, hay que advertir que la alternativa de mecanismos jurisdiccionales de control frente a las omisiones de los poderes públicos, no ha sido desarrollada a nivel legal, lo que no significa sin embargo, que tal posibilidad resulte imposible de configurar, por lo menos si nos atenemos a una interpretación construida de conformidad con la Constitución.

Aún cuando pueda oponerse el consabido argumento de las potestades discrecionales por más de un doctrinario<sup>(23)</sup>, lo real es que la Constitu-

<sup>(18)</sup> Cfr. Miranda, Jorge; «A fiscalizacao da inconstitucionalidade por omissao no ordenamento constitucional portugues» en Bazán, Víctor (Coordinador) *Inconstitucionalidad por Omisión*; Editorial Themis S.A.; Santa Fe de Bogotá; Colombia 1997; págs. 153-171; Fernández Rodríguez, José Julio; *La inconstitucionalidad...*; págs. 249-272.

<sup>(19)</sup> Cfr. Bazán, Víctor; «Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: El control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina» en Bazán, Víctor (Coordinador) *Inconstitucionalidad...*; págs. 41-108; Fernández Rodríguez, José Julio; *La inconstitucionalidad...*; págs. 273-298.

<sup>(20)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro; «La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de Provincia de Rio Negro» en Bazán, Víctor (Coordinador) *Inconstitucionalidad...*; págs. 109-122.

<sup>(21)</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio; *La inconstitucionalidad...*; págs. 300-302.

<sup>(22)</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio; *La inconstitucionalidad...*; págs. 335 y ss. Aún cuando en este último país no exista norma positiva que faculte tal variante de control, este podría habilitarse en ciertos casos vinculados a la defensa específica de derechos. Al respecto Rebato Peña, María Elena; «Inconstitucionalidad por omisión y Libertad Informativa» en Espín Templado Eduardo & Díaz Revorio, Javier (Coordinadores) *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*; Tirant lo Blanch; Valencia 2000; págs. 119 y ss.

<sup>(23)</sup> Normalmente se piensa que porque los poderes políticos tienen su origen en el mandato popular, tal condición los reviste de una protección especial frente a los órganos

ción Política del Perú, norma suprema e indiscutible por excelencia, ha dejado establecido, que buena parte de los denominados procesos constitucionales de la libertad, proceden no sólo contra hechos (actos) sino también contra omisiones (también, por cierto, contra amenazas).

En el caso del Amparo, que es el instrumento que particularmente aquí nos interesa resaltar, el inciso 2) del Artículo 200° ha definido dicho proceso constitucional como aquel «...*que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución...*».

Dicho en términos distintos, no sólo son los comportamientos positivos que generan afectaciones a los derechos los que legitiman la opción del Amparo constitucional, sino que también lo son las conductas negativas o de abstención. Lo que es más importante, la misma Constitución, no excluye dentro de los eventuales agresores, a ninguna variante en particular, pues queda claro que dentro del concepto autoridad, funcionario o persona, se pueden encasillar, según el caso o el enfoque que se quiera otorgar, a quienes formen parte o representen un órgano constitucional o poder estatal.

La argumentación de las potestades absolutamente discrecionales que retienen los poderes públicos, queda decididamente neutralizada, si se toma en consideración que el reconocimiento que el ordenamiento realiza de los poderes públicos y sus funciones, no es solamente un asunto de competencias, sino de obligaciones imperativas frente a las mismas.

Lo dicho quiere significar que junto al reconocimiento de una potestad, viene aparejada el reconocimiento de una obligación. El Parlamento, por ejemplo, no sólo es un órgano que ejerce la potestad legiferante, en el Estado de Derecho, tal función es inexorablemente una obligación a cumplir. Similar razonamiento puede decirse del Poder Judicial, quien no sólo administra Justicia sino que tal función no puede ni debe dejar de ser dispensada. Lo propio puede decirse del Poder Ejecutivo y en fin, del resto

---

jurisdiccionales (de naturaleza esencialmente técnica). Tal consideración, propia del constitucionalismo decimonónico, es sin embargo insostenible en nuestros días, pues la eficacia del Estado de Derecho justamente reside en viabilizar los controles (en hacerlos más operativos) y no en neutralizarlos. Discrepamos por ende, de aquellas concepciones que so pretexto de la invocación al principio de la «división de poderes» cuestionan la presencia del control frente a las omisiones inconstitucionales.

de poderes u órganos de relevancia constitucional, que no sólo tienen competencias sino también obligaciones<sup>(24)</sup>.

Ahora bien, si esto es lo que se constata de una interpretación de la Constitución coherente consigo misma (con sus diversas finalidades), conviene preguntarse que cosa es lo que desde la perspectiva de la ley y de la jurisprudencia se ha venido haciendo hasta la fecha.

Para reflexionar sobre esta interrogante, podemos ubicarnos hasta en tres momentos distintos. El de la Ley N° 23506, el de la jurisprudencia preliminar expedida mientras dicha norma estuvo en vigencia y aquel que tiene que ver con la jurisprudencia posterior y las perspectivas que a la luz de esta última ofrece el Código Procesal Constitucional.

## VII. EL CAMINO DE LA LEY N° 23506 Y LA PRIMIGENIA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En torno de la Ley N° 23506 (y desde luego, de las normas concordantes con la misma) la tutela de los derechos programáticos debe ser enfocada desde una doble perspectiva, coherente por lo demás, con la clasificación que momentos atrás habíamos realizado.

Si se trata de concebir los derechos programáticos como atributos para cuya eficacia sólo se requiere la presencia de condiciones técnicas, es evidente que la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo no contemplaba una norma que *strictu sensu*, proscribiera la posibilidad de promover un proceso constitucional en defensa de tal variante de derecho.

Por el contrario, como se ha señalado anteriormente, la Constitución Política habilitaba plenamente (como hasta hoy, desde luego) la interposición de los procesos de tutela de derechos frente a conductas omisivas independientemente de donde estas se originaran.

Al compás de la misma lógica, el Artículo 2° de la citada Ley N° 23506 reconocía que «*Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio*».

---

(24) Concebimos la existencia de obligaciones constitucionales al igual como lo hiciera (y sistematizara con rigor) años atrás el desaparecido y notable jurista argentino Bidart Campos, enfatizando en la profunda relación existente entre el cumplimiento de aquellas y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. *Cfr.* Bidart Campos, Germán; *Las Obligaciones...*; Buenos Aires, 1987.

Aunque ciertamente había quienes interpretaban que las condiciones técnicas necesarias para efectivizar un derecho, no eran actos de cumplimiento obligatorio, dicha tesis era discutida por la doctrina<sup>(25)</sup>, pues no podía concebirse que los poderes públicos tuviesen carta blanca para reservarse *ad infinitum* la facultad de ponerlas en marcha.

En el dilema de que una interpretación *ad pedden literae* pudiese enervar lo que la Constitución no proscribía, sino que antes bien, habilitaba en cuanto a su exigibilidad y protección jurisdiccional (en caso de desconocimiento) el Tribunal Constitucional se atrevió a esbozar su punto de vista en la sentencia recaída en el Expediente N° 0083-1992-AA/TC. Caso Asociación de Servidores Civiles del Ejército<sup>(26)</sup>. En aquellas ocasión y pese a que finalmente optaría por declarar la existencia de sustracción de materia, dejó claramente establecido que, en efecto, «...se puede tornar exigible una norma que solo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable...»<sup>(27)</sup>, no siendo imposible «...demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los Poderes Públicos... en tanto... a la Constitución no solo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer»<sup>(28)</sup>.

Tiempo después, aunque de un modo bastante moderado, el mismo Tribunal Constitucional ratificaría esta misma tesis, aún cuando reconduciéndola hacia el ámbito de las competencias reglamentarias omi-

(25) Tal es el caso del profesor Borea Odría quien en todo momento y desde los días en que se discutió la elaboración de la Ley N° 23506 argumentó en pro de la necesidad de reconocer mecanismos de control del poder frente a sus omisiones. Cfr. Borea Odría, Alberto; *Evolución de las garantías constitucionales*; Editorial Fe de Erratas; Lima 2000; págs. 301 y ss. En la misma línea y con reiterados trabajos sobre la misma problemática, tenemos también el caso del profesor Eto Cruz, quien ha postulado para nuestro país la conveniencia de habilitar un proceso autónomo de inconstitucionalidad por omisión. Cfr. Eto Cruz, Gerardo & Carpio Marcos, Edgar; *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado (Reflexiones a propósito del caso peruano)*; Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política; Querétaro, México 2004. Antecede Prólogo de José F. Palomino Manchego.

(26) Cfr. Morón Urbina, Juan Carlos; «La omisión legislativa y su tratamiento jurídico» en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*; Año I; N° 1; Tribunal Constitucional; Lima 1999; págs. 479-481. Hay que recordar, no obstante, que dicha sentencia fue emitida hacia fines del año 1997, mientras el Tribunal Constitucional contaba únicamente con cuatro de sus Magistrados y en una época en que se venía sufriendo los embates del poder autocrático, iniciados con la destitución de tres de sus más notables integrantes.

(27) Cfr. Fundamento 4°.

(28) Cfr. Fundamento 7°.



tidas que afectaran los mandatos establecidos en la ley (Expediente N° 1365-2000-AC/TC Caso Asociación Colegio Profesional de Profesores del Perú). En esta ocasión, el Supremo Colegiado, tras detectar que por años no venía siendo cumplida una Ley que ordenaba al Poder Ejecutivo constituir una comisión encargada de elaborar los estatutos de un colegio profesional y la aprobación de tales estatutos mediante decreto supremo, dentro del término de noventa días calendario, declaro fundada la demanda constitucional interpuesta disponiendo expresamente «...cumplir con los mandatos establecidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Tercera de la Ley N.º 25231 y, por lo mismo, proceder al nombramiento de una comisión encargada de elaborar el Estatuto del Colegio Profesional de Profesores del Perú y, en su momento, iniciar los trámites a efectos de su aprobación mediante decreto supremo...»<sup>(29)</sup>.

La respuesta a la interrogante de si las normas programáticas que requerían condiciones técnicas, podían ser exigidas, aparentemente se encontraba ya definida, aunque para ser consecuentes con la verdad, tampoco resulto mayormente utilizada, quien sabe si por desconocimiento o verdadera indiferencia<sup>(30)</sup>.

La situación, en cambio, era distinta si se trataba de derechos programáticos cuya eficacia requería de condiciones económico sociales. En este supuesto, la legislación optó desde un principio, por una opción absolutamente restrictiva graficada sin mayor discusión por el Artículo 25º de la derogada Ley N° 23506.

Como bien se recordará, dicho dispositivo dejó claramente establecido que «no dan lugar a la Acción de Amparo los derechos a los que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución». La disposición constitucional a la que dicha norma legal se refería era naturalmente la que en su momento incorporó la Carta de 1979 y que posteriormente (aunque con cambios meramente cosméticos) volvió a reiterarse en Undécima Disposición Final de la Carta de 1993 ya mencionada anteriormente y que a la letra nos dice que «las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente».

<sup>(29)</sup> Cfr: Parte resolutive.

<sup>(30)</sup> Salvo en el caso piloto que en algún momento promoviera el profesor Alberto Borea durante la década de los años 80 frente a la omisión de regular el Art. 70º de la entonces vigente Carta de 1979. Cfr: al respecto Borea Odría, Alberto; *Vox Populi*; Centro de Estudios Legislativos, Económicos y Sociales; Lima 1988; págs. 207 y ss.

La intención de la cláusula señalada, era pues incuestionable. Simplemente no podía judicializarse aquellos reclamos que tuviesen que ver con la eficacia de los derechos programáticos que requerían condiciones económico sociales. Dichos atributos, en otras palabras, podían ser cualquier cosa, menos derechos exigibles. La doctrina, por su parte, no dejó de enfatizar la necesidad de que ese y no otro fuese el tratamiento, pues de lo contrario y como ya se ha dicho, los jueces correrían el riesgo de convertirse en árbitros políticos antes que auténticos agentes jurídicos.

En la lógica de evitar dicha discusión, el antiguo Tribunal Constitucional, así como reconocía la posibilidad de exigir normas programáticas en caso de ocio legislativo, proscribía en cambio, la de invocar las normas cuya operatividad demandara condiciones de tipo económico o social. En la ya citada Sentencia recaída en el Expediente N° 0083-1992-AA, terminaría enfatizando que *«...si bien... se puede tornar exigible una norma que solo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable, no se puede aplicar el mismo criterio, esto es, el de demandar la exigibilidad de una norma, cuando aquella, además de la reglamentación, demanda la creación de condiciones económicas, como ocurre en el presente caso, ya que ello, no es ni podría ser, materia de evaluación conforme a criterios jurisdiccionales, sino de exclusiva competencia política. Asumir una idea contraria (subraya el TC) sería obligar a los jueces, ya sea ordinarios o especializados a emitir fallos no precisamente ajustados a Derecho sino a la discrecionalidad correspondiente sólo a los órganos políticos»*<sup>(31)</sup>. Más adelante y tras glosar el consabido Artículo 25° de la Ley 23506 remataría diciendo que *«...Es... la idea de la «progresividad» y no, la de la inmediatez, la que explica el carácter de normas, como la que aquí se analiza»*<sup>(32)</sup>.

La línea de razonamiento, estaba pues configurada del modo descrito y ella se sustentaba no sólo en lo dispuesto en la ley sino en la propia jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución. Sin embargo, eso que hasta hace unos pocos años, era una verdad incontestable y aparentemente inmutable, terminaría por cambiar en algún momento.

(31) Cfr: Fundamento 4°.

(32) Cfr: Fundamento 5°.

## VIII. LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL ACTUAL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aún cuando muchas puedan ser las razones por las que el cambio de jurisprudencia se hizo imperioso, hay que reconocer que desde el punto de vista formal, ello se vio facilitado por la distinta perspectiva o enfoque que, respecto de diversos temas constitucionales, impusieron los magistrados del actual Tribunal Constitucional, tras su recomposición en el año 2000 y posterior renovación en el año 2002<sup>(33)</sup>.

Con el advenimiento de nuevos vientos en favor de su autonomía, el Tribunal Constitucional buscó la ocasión precisa para pronunciarse sobre lo que hasta ese momento parecía un asunto zanjado por la ley. Y la oportunidad se dio precisamente en un caso (hoy puede decirse emblemático) de su repertorio jurisprudencial.

En la Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC (Caso Meza García)<sup>(34)</sup> el Tribunal dejaría sentada su posición frente a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se trataba en resumidas cuentas de una demanda de Amparo constitucional promovida por una persona que venía atravesando por severas afectaciones en su estado de salud motivadas a consecuencia de la enfermedad infecto contagiosa que padecía (Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida), a lo que se añadía el hecho de que no contaba con recursos económicos como para poder acceder a un tratamiento médico particular, debiendo conformarse con el tipo de prestaciones que le venía otorgando el Estado y que a juicio de la recurrente, resultaban absolutamente insuficientes.

Lo que la entonces demandante solicitaba era, que ante el tratamiento consistente únicamente en la administración discontinua de medicamen-

---

<sup>(33)</sup> En muchos de los fallos del actual Tribunal Constitucional se observa un distanciamiento radical en cuanto a las concepciones del anterior pleno jurisdiccional. Ello es especialmente sintomático en lo que respecta a la protección de los derechos sociales, pero también respecto de los derechos económicos (al respecto nos permitimos remitir a un trabajo nuestro en vías de publicación: *Cfr.* Sáenz Dávalos, Luis; «La protección del consumidor y el usuario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano»). El resultado de esta transformación nos ha colocado en un escenario en el cual se observa un Tribunal altamente activista, rol que aunque algunos cuestionan, no creemos que sea distante del que vienen cumpliendo organismos similares en el Derecho Comparado.

<sup>(34)</sup> Sentencia emitida con fecha 20 de Abril del 2004.

tos menores, se procediera, dada su carencia de recursos económicos y grave estado de salud<sup>(35)</sup>, a otorgarle un tratamiento mucho más especializado y permanente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7º de la Constitución Política del Estado, referido al derecho a la protección de la salud y el Artículo 7º de la Ley N° 26626, relativo a lo que en dicha norma se denominaba como protección integral de la salud. Sus pretensiones eran a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del Hospital Dos de Mayo (donde se venía tratando), y b) La realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad lo requiera. El Tribunal Constitucional procede a resolver dicha demanda no sin antes ubicarse bajo determinadas premisas teóricas, justificadoras de su decisión.

En la lógica de definir lo que son los derechos económicos y sociales se pregunta, en primer término, acerca del carácter programático de los mismos y en particular, respecto de la naturaleza exigible que con frecuencia les resulta discutida. Tras admitir en nuestro ordenamiento la existencia incuestionable de un Estado Social de Derecho y de los elementos que lo integran (la existencia de condiciones materiales mínimas y su identificación con los fines de su contenido social), el Colegiado precisa que *«...cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución»*<sup>(36)</sup> sin embargo *«No se trata... de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente»*<sup>(37)</sup>. Agrega que *«Si bien...la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del*

<sup>(35)</sup> Lo que incluso se complicaba por el hecho de que a la entonces paciente, se le había detectado adicionalmente cáncer de tiroides.

<sup>(36)</sup> Cfr. Fundamento 10º, párrafo segundo.

<sup>(37)</sup> Cfr. Fundamento 11º, párrafo primero.

*Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población»<sup>(38)</sup> por lo que «...los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución»<sup>(39)</sup>. En resumidas cuentas «El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho»<sup>(40)</sup>.*

Como se puede apreciar, no le convence *strictu sensu* al Tribunal, la denominación «derechos programáticos» en el entendido de que con ella se pretende condicionar la eficacia inmediata del derecho. A su juicio, antes que hablar de un carácter programático en el derecho, es preferible considerar la satisfacción de un mínimo vital, como presupuesto de todo derecho social o económico, pues es dicho elemento el que acarrea responsabilidades (verdaderas obligaciones) sobre el Estado y también sobre la sociedad.

Aún cuando creemos que la polémica en torno de la dichosa nomenclatura, es más cosmética que real (el hablar de derechos programáticos, no significa que no sean exigibles, como lo hemos precisado líneas atrás) apuntemos que lo que le preocupa al Tribunal (y ello si es de relieves) es no caer en terminologías que puedan conducir a interpretaciones desmerecedoras en la eficacia del derecho.

Un segundo *item* al cual se le presta atención en esta sentencia tiene que ver con el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, norma que como hemos tenido oportunidad de apreciar, reconoce el principio de progresividad.

Tras haberse invocado por la parte demandada que el citado principio no puede desvincularse del (también) principio de legalidad presu-

<sup>(38)</sup> *Cfr.* Fundamento 12°.

<sup>(39)</sup> *Cfr.* Fundamento 13°.

<sup>(40)</sup> *Cfr.* Fundamento 14°.

puestaria y que, por consiguiente, no puede atenderse favorablemente lo que la parte demandante solicita, el Tribunal estima que «...aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos»<sup>(41)</sup>. Puntualiza el mismo Colegiado que tal consideración se sustenta en que «...la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos»<sup>(42)</sup>.

De la lógica descrita se llega a la conclusión que «...el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues... ...la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas»<sup>(43)</sup>. Por lo demás «Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas»<sup>(44)</sup>.

Es dicha línea de razonamiento la que enseguida le permitiera afirmar que «...como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de

(41) Cfr: Fundamento 35°, párrafo primero.

(42) Cfr: Fundamento 35°, párrafo segundo.

(43) Cfr: Fundamento 36°.

(44) Cfr: Fundamento 37°.

*salud, per se, consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión»<sup>(45)</sup>.*

De este segundo grupo de consideraciones puede apreciarse que el principio de progresividad no es a entender del Tribunal, una norma que sin más, legitime al Estado a una suerte de invocación discrecional como pretexto a la carencia de habilitación económica o presupuestal que exigen las normas concernientes con los derechos prestacionales.

De lo que se trata es pues de considerar su aplicación como un mandato, bien que paulatino, plenamente obligatorio, tanto más si se toma en cuenta que la eficacia de los derechos económicos y sociales depende de ello. Se subraya incluso, coherente con dicha línea de razonamiento, que la lógica de captación presupuestal, no es un fin en cuanto tal (el Estado no se sirve a sí mismo, como a veces parecen creerlo algunos) sino un instrumento para la consecución de objetivos, el primero de los cuales resulta siendo la protección de los derechos.

El Tribunal repara en el sentido de autolimitación de la Disposición Final Undécima de nuestra Constitución. No es a su juicio, una norma que pueda invitar a la indeterminación y a la correlativa inercia del Estado. La progresividad requiere a los efectos de determinarse, la adopción de plazos razonables en el cumplimiento de los objetivos y la presencia de acciones concretas, que objetivamente patenten el esfuerzo del Estado por efectivizar o dar cumplimiento a los mandatos constitucionales.

Es la lógica descrita la que permite que los jueces constitucionales ingresen a evaluar si el comportamiento asumido por el Estado se compadece con el cumplimiento de sus obligaciones a partir de la existencia o no de acciones concretas, relievándose que de verificarse la inexistencia de las mismas, se podría estar hablando de una indiscutible situación de inconstitucionalidad por omisión.

---

(45) *Cfr.* Fundamento 39°.

Un tercer grupo de consideraciones se orienta por el análisis de lo que constituye el tipo de protección reclamada por la demandante y que es en realidad lo central de la presente controversia. A este nivel y tras recordar que es la propia Constitución la que se encarga de reconocer el derecho a la salud y la responsabilidad del Estado por diseñar una política nacional en dicha materia (Artículos 7º y 9º), el Tribunal pasa revista al modo como es encarada dicha responsabilidad por nuestro ordenamiento jurídico.

Considera a este respecto que *«mediante la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26626 se encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual... destacando, entre ellos, el artículo 7º de la referida norma, en cuyo texto se reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera»*<sup>(46)</sup>. Puntualiza asimismo que *«La atención integral de una enfermedad –conforme se ha establecido mediante ley– debe entenderse como la provisión continua de la totalidad de requerimientos médicos (exámenes, medicinas, etc.) para superar sus consecuencias; por ello, este Tribunal no comparte los argumentos de la procuraduría del Ministerio de Salud cuando, invocando una disposición reglamentaria, señala que únicamente las madres gestantes infectadas y los niños nacidos de madres infectadas recibirán tratamiento antiviral gratuito»*<sup>(47)</sup>. Agrega que *«La Ley N.º 28243, publicada el 01 de junio de 2004, modifica la Ley N.º 26626 estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema»*<sup>(48)</sup> y que *«Esta disposición está en consonancia con los principios de justicia y equidad en un Estado de Derecho, pues evidentemente la satisfacción de necesidades debe enfocarse de manera prioritaria en aquellos que no pueden cubrirlas por sí mismos cuando se encuentran en situaciones de pobreza extrema»*<sup>(49)</sup>. Concluye, por lo tanto en que *«el Ministerio de Salud ha iniciado una campaña de tratamiento gratuito de terapia antirretroviral para los pacientes de bajos recursos afectados con el VIH/SIDA, que representa una de las primeras acciones*

(46) Cfr. Fundamento 47º.

(47) Cfr. Fundamento 48º, párrafo primero.

(48) Cfr. Fundamento 48º, párrafo segundo.

(49) Cfr. Fundamento 48º, párrafo tercero.



*que se viene adoptando para cumplir con el derecho a la atención integral que estas personas requieren»<sup>(50)</sup>.*

Tomando en consideración, los referentes normativos antes descritos, y la inercia con la que el Estado viene actuando en relación con el caso de la demandante, pese a que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el Sida, el Tribunal *«concluye concediendo protección jurídica a un Derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan»<sup>(51)</sup>.* Agrega por lo demás que dicho *«...pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente...»<sup>(52)</sup>.*

De lo que aparece señalado en los párrafos aquí glosados queda claro que para el Supremo intérprete de la Constitución, el derecho a la protección integral a la salud se encuentra claramente definido en la ley, de conformidad con lo establecido en la norma fundamental. Por dicho atributo, no se entiende únicamente la posibilidad de acceder a un tratamiento después de determinados periodos de tiempo, sino la facultad de recibir de manera continua o permanente todos aquellos requerimientos médicos necesarios para superar (o en su caso, atenuar) el mal que se padece y que comprenden consultas, exámenes, medicinas, etc. Dicho en otras palabras, el tratamiento es mucho más omnicompreensivo en incluso progresivamente gratuito en los casos antirretrovirales, especialmente cuando se trata de personas que –como la demandante– atraviesan por situaciones de extrema necesidad económica.

Puntualiza el Colegiado que el argumento exhibido por el Estado en el sentido de que una norma reglamentaria (Artículo 10° del Decreto Supremo N° 004-97-SA) condiciona dicho tratamiento integral únicamente para el caso de las madres gestantes infectadas con VIH y todos niño naci-

<sup>(50)</sup> Cfr: Fundamento 48°, párrafo cuarto.

<sup>(51)</sup> Cfr: Fundamento 50°, párrafo primero.

<sup>(52)</sup> Cfr: Fundamento 50°, párrafo segundo.

do de madre infectada, no merece ser tomado en cuenta. Aunque no lo dice expresamente en esta ocasión, tal perspectiva tiene mucho que ver con la idea (reconocida por lo demás en antiguas sentencias constitucionales) del respeto por el contenido esencial de cada derecho o la necesidad de que la potestad de regulación no termine desnaturalizando lo reconocido en la norma regulada.

Habiéndose constatado que el Ministerio de Salud viene realizando una campaña de tratamiento gratuito de terapia antiretroviral para quienes además de atravesar por la consabida carencia de recursos, se encuentran afectados con el grave mal del Sida, considera el Tribunal que dentro del grupo de pacientes beneficiados con dicha medida, necesariamente debe ser considerada la demandante, sin que de por medio y como ya se ha señalado, se pueda anteponer como argumento la presunta carencia de recursos.

Es importante puntualizar que al momento de declararse fundada la demanda y ordenar la inclusión de la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán el denominado tratamiento integral, el Colegiado estima pertinente exhortar a los poderes públicos al cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 8° de la Ley N° 26626, bajo la lógica de considerar como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA. Dicho modo de obrar, sin lugar a dudas, patentiza en la práctica la voluntad de proceder en una forma decididamente positiva y activista respecto de lo que tradicionalmente y por lo menos en nuestro medio, se ha considerado un campo de reserva exclusivamente política, inmune al control jurisdiccional<sup>(53)</sup>.

Tras la emisión de esta primera sentencia, que acomete con profundidad el problema que acarrea la protección de los derechos económicos y sociales y la formula pasible de adoptarse bajo tales circunstancias, el Tribunal, meses después, volvería a conocer de un caso prácticamente idéntico a raíz del Proceso de Amparo tramitado en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC (Caso José Luis Correa Condori)<sup>(54)</sup>.

---

(53) Se trataría, según algunos, de una cuestión política no justiciable. El Tribunal Constitucional creemos que para bien, no lo ha considerado así, tomando en cuenta su incidencia directa sobre la eficacia de los derechos fundamentales. Sobre el tema de las cuestiones políticas, existe abundante bibliografía. En nuestra doctrina local nos permitimos remitir a Landa Arroyo, César; «Justicia constitucional y political questions» en *Pensamiento Constitucional*; Año VII; N° 07; Escuela de Graduados. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima 2000; Págs. 111 y ss.

(54) Sentencia expedida con fecha 05 de Octubre del 2004.

En esta segunda ocasión, el Tribunal reitera al pie de la letra la misma línea de razonamiento expuesta en la sentencia primigenia. Nuevamente enfatiza en los conceptos e ideas respecto de los derechos económicos y sociales, el sentido de la cláusula de progresividad, y sobre todo, en la necesidad de que se considere al demandante de este nuevo caso, como pasible de la protección integral a la salud. Se presume que este precedente volverá a reiterarse en tanto se produzcan supuestos de hecho iguales o análogos a los que les dieron origen.

Un último pronunciamiento que ha permitido afianzar (consolidar) la idea que mantiene el Colegiado respecto de la tutela de los derechos sociales y económicos (también culturales), se ha producido dentro del proceso de Amparo con Expediente N° 1956-2004-AA/TC (Caso Martha Olinda Combe Rivera)<sup>(55)</sup>.

La discusión, en esta oportunidad, tiene que ver con un reclamo formulado en favor de una paciente afiliada al seguro social (ESSALUD) que tras haber sido internada en un hospital del Estado debido a su delicada condición de salud (esquizofrenia paranoide crónica y secuela de hemiplegia), resulta sin embargo, por decisión médica, pasible de sufrir una eventual deshospitalización, pese a no haberse demostrado de manera fehaciente su estado de rehabilitación o recuperación.

Aún cuando buena parte de la discusión se ha centrado en determinar lo contradictorio que resultan los informes médicos y sociales, es ilustrativo repasar cómo en este caso, el Tribunal opta por privilegiar la duda existente en favor de los derechos reclamados a partir de lo que representan los roles que le corresponden al Estado Social de Derecho.

Nos dice el Colegiado que *«Existe...en el Estado social y democrático de derecho una estructura sustentada en la consecución de objetivos antes que en una reserva de actuaciones. Lo que el poder tiene de abstención opera en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos, lo que, en cambio, tiene de dinámico se reconduce al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución. Esta lógica permite considerar que así como el Estado incumple la Constitución cuando de la inobservancia de las prohibiciones frente a los derechos individuales y políticos se trata, de igual modo la incumple o la deja de lado cuando se*

---

(55) Sentencia expedida con fecha 05 de Octubre del 2004.

*abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, económicos y sociales le impone el ordenamiento. La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y queda claro que en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional»<sup>(56)</sup>.*

La concepción que tras esta argumentación se refleja, permite considerar que para el Supremo Intérprete de la Constitución, el Estado Social impone compromisos de actuación constante frente a los derechos sociales, económicos y culturales, los que sin embargo no dependen de una simple voluntad discrecional de los poderes públicos, sino de auténticas obligaciones de carácter imperativo. La presencia de aquellas permite considerar que a la Constitución se le vulnera tanto cuando dichos poderes se comportan en forma contraria a lo que aquella prohíbe, como cuando no cumplen (se abstienen) con lo que la norma fundamental, expresamente manda. Parece pues implícito, en tal raciocinio el mensaje que muchos años atrás dejara sentado el Tribunal Constitucional alemán.

Al igual como se hiciera en el caso Meza García, se considera indispensable evaluar cada caso en el que se encuentren involucrados los derechos prestacionales según sus particularidades o características. No es pues que cualquier incumplimiento sea pasible de considerarse inconstitucional, sino aquel que resulte notoriamente irrazonable, lo que, como es evidente y aquí se señala, obliga a ponderar cada controversia en particular.

En relación con el derecho fundamental reclamado, el Colegiado puntualiza en dos aspectos centrales, su posición y contenido en el ordenamiento y su alcance jurídico. En cuanto a lo primero enfatiza que *«...el reconocimiento y promoción del derecho a la salud ocupa un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso...el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progre-*

<sup>(56)</sup> Cfr. Fundamento 5º.

*siva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes»<sup>(57)</sup>. En cuanto a lo segundo, subraya que «...si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes a su nombre lo representan, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de los mismos, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen del mismo»<sup>(58)</sup>.*

No duda pues el Tribunal, en enfatizar la naturaleza especial del derecho a la salud, como atributo prestacional. No solamente repara en su importancia y el modo como tal derecho incide sobre el ser humano y una serie de atributos que le son colaterales (vida, integridad, etc.), sino que individualiza con toda nitidez el rol que frente al mismo, al Estado corresponde cumplir. Para quienes gozan de tal derecho, se trata de una protección inmediata en caso de desconocimiento, para quienes aún no gozan del mismo, de una habilitación progresiva, sin que de por medio (otra vez no los reitera) pueda anteponerse la lógica de la discrecionalidad absoluta.

---

<sup>(57)</sup> Cfr. Fundamento 7.

<sup>(58)</sup> Cfr. Fundamento 8.

Termina señalando el Colegiado, en cuanto al asunto controvertido, que *«Se aprecia, del informe médico...y del informe social...», así como de la epicrisis..., expedidos por el Hospital Hermilio Valdizán, que la enfermedad de la paciente no solo tiene carácter crónico, sino que, por su condición y por la propia conducta que asume, lleva múltiples hospitalizaciones a lo largo de los años que la viene padeciendo. En los mismos documentos (particularmente en el informe social) se puntualiza, además, que «la paciente vive sólo con su madre» y «que se encuentra en silla de ruedas», así como que los ingresos económicos percibidos no son altos, lo que evidentemente deja entrever que aquellos no alcanzarían para cubrir las necesidades elementales que pudiese presentar una paciente con una enfermedad de las características detalladas. Finalmente, entre las sugerencias y recomendaciones del informe médico, se subraya la «necesidad de cuidados de enfermería», y de «contar con un tratamiento permanente ambulatorio», lo que no se condice con el informe social (que, como se dijo, puntualiza en la necesidad de realizar una serie de gastos) ni con la propia evaluación médica que se hizo, ya que el solo hecho de necesitar de un cuidado especializado (el de una enfermera) indica que se debe estar pendiente de la paciente»<sup>(59)</sup>. Ante tal circunstancia «... el hecho de que el hospital haya dado de alta a la paciente sin tomar en consideración que de sus propias conclusiones y sugerencias se desprende la necesidad de un tratamiento que, aunque tenga carácter ambulatorio, asume naturaleza permanente, demuestra contradicciones irresolubles entre los informes que expidieron sus diversas dependencias, lo que no permite verificar que la entidad emplazada (EsSalud) haya obrado con los suficientes elementos y la debida ponderación de circunstancias para limitar las prestaciones de salud a las que la persona en cuyo favor se interpone la demanda tiene derecho. En dicho contexto, queda claro que, efectivamente, se estaría atentando contra los derechos constitucionales invocados»<sup>(60)</sup>. Aunque el Tribunal agrega que «... al adoptar la presente decisión, lo hace privilegiando las dudas existentes en favor de la persona por cuyos derechos se reclama, ...ello se debe, adicionalmente, no solo a la importancia de los derechos eventualmente comprometidos, sino a la necesidad de viabilizar los roles del Estado social y democrático de Derecho, proclamado en más de una oportunidad en diversas de sus sentencias, y traducido*

(59) Cfr: Fundamento 14º.

(60) Cfr: Fundamento 15º.

*en una lógica de permanente como razonable protección material, y no simplemente en un esfuerzo de prescripción formal o meramente legal»<sup>(61)</sup>.*

Como decíamos líneas atrás, en el presente caso, no existe la certeza plena de que la persona por cuyos derechos se reclama, se encuentre en la condición de restablecida de los males que la aquejan o que, cuando menos, haya mostrado una evolución que por sus evidencias patentice incontrastablemente la necesidad de que se le suspenda el tratamiento hospitalario que venía recibiendo. El informe médico por el que se le da de alta lejos de ser concluyente, es contradictorio asimismo, al recomendar cuidados de enfermería y tratamiento ambulatorio permanente, para quien reconoce, no existe aún síntomas de mejoría. Contradictorio también con el informe social que puntualiza en la carencia de recursos por parte de la paciente para enfrentar el mal que padece con un tratamiento desde su domicilio.

Frente al cúmulo de dudas generadas, el Colegiado prioriza el rol tutelar no sólo por encontrarse comprometidos derechos esenciales de la persona, sino a partir de lo que representan las funciones de protección inherentes al Estado de tipo social, especialmente acentuadas cuando de los derechos prestacionales se trata. Bajo dichos elementos de discernimiento y tras declarar fundada la demanda, ordena a la institución hospitalaria, la continuación del proceso de hospitalización de la paciente, mientras no se defina con claridad y precisión, que su estado de salud, pueda ser objeto de atención médica ambulatoria.

Con este pronunciamiento, queda claro que la posición del Tribunal Constitucional en relación con la tutela de los derechos programáticos o (para ser consecuentes con el Colegiado) prestacionales, se ve notoriamente reforzada. Naturalmente y aún cuando todavía pueda resultar prematuro hablar de una línea doctrinal absolutamente definida, creemos que ya se han sentado las bases para desarrollarla con amplitud en los próximos tiempos.

## **IX. LAS OPCIONES DE PROTECCIÓN DE CARA A LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

Como decíamos al principio de este trabajo, en materia de protección de los derechos programáticos, el Código Procesal Constitucional

---

<sup>(61)</sup> Cfr. Fundamento 16º.

nos ha colocado en un escenario diferente al establecido por el marco procesal derogado.

El primer y más notorio cambio tiene que ver con la supresión definitiva de todo criterio similar al establecido en su día por conducto del Artículo 25° de la Ley N° 23506. El Código, para ser más exactos, ha optado por no definir el tema de una manera que permita convalidar o dar por existente el esquema restrictivo que caracterizó a la norma derogada.

Aún cuando podría especularse que tal supresión no significaría tampoco el habilitar la procedencia de mecanismos de tutela frente a los derechos de tipo programático, consideramos nosotros que tal parecer no sería estrictamente correcto, pues eliminada la consabida restricción, automáticamente y por la lógica del principio *pro homine* (usualmente expandible en todos aquellos ámbitos en los que exista mayor posibilidad de protección) quedaría legitimada la opción de reclamar por todo tipo de derechos, incluidos naturalmente los prestacionales, siempre que, como es obvio, nos sujetemos a las propias reglas (incluido el principio de progresividad) establecidas por la Constitución.

Cabe aquí considerar el tipo de mecanismo procesal a utilizarse. Si asumimos sin discusión alguna la opción de tutela directa de los derechos económicos, sociales y culturales, queda claro que al no existir una vía procesal autónoma o exclusiva para tal cometido, el proceso constitucional destinado a tal propósito sería, por la naturaleza de los atributos involucrados (distintos a la libertad estrictamente individual y a la autodeterminación informativa), la estructura de tramitación que lo caracteriza (el más amplio de los procesos de tutela de derechos) y el tipo de conducta transgresora (omisiones de los poderes públicos) el Amparo, como por lo demás ha venido ocurriendo, según los precedentes anteriormente glosados.

Dicho proceso, por lo demás, permitiría (como ha ocurrido hasta la fecha) enfocar del modo más idóneo los diversos problemas compatibles con el tipo de pretensión planteada. Sin correr el riesgo de mandatos con resultados generales que de pronto si pudiesen resultar nocivos, sobre todo por tratarse de normas que en su mayoría requieren de condiciones económico sociales, el Amparo permitiría resolver cada causa, según la particularidad e incidencia ofrecida por cada situación, siempre bajo las reglas de la sensata ponderación y dentro de los estándares de razonabilidad y proporcionalidad, a los que con frecuencia el propio Tribunal Constitucional, ha venido recurriendo.



Un segundo cambio, notorio a nuestro juicio, tiene que ver con el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Hoy en día y como bien se sabe, muchos de los atributos pasibles de defensa, se han redimensionado en sus alcances, otros tantos se han incorporado al elenco de derechos ya reconocidos. El Código Procesal Constitucional, en suma, ha querido perfeccionar el modelo de protección para cada proceso, a partir de un novedoso o más integrado catálogo de atributos esenciales<sup>(62)</sup>.

Dentro de dicho contexto conviene reparar en algunas variantes de suma relevancia detectables tras una lectura integral del Artículo 37° del citado cuerpo normativo (referido como se sabe, al proceso de Amparo). De lo que allí se consigna, puede fácilmente deducirse que ya no se trata solamente, de tutelar la libertad de trabajo como en antaño se decía. Ahora y con mucha mayor precisión es el derecho al trabajo (con todos los alcances que este supone) el atributo susceptible de protección. Tampoco se trata únicamente, de escoger el tipo y centro de educación o en su caso, de impartirla conforme a los principios constitucionales, como en su momento se postulaba, se trata hoy en día, conforme a la lógica incorporada, de un omnicompreensivo y sustancial derecho a la educación (con todas las implicancias que tal derecho trae consigo).

Si antes se guardaba un silencio absoluto respecto de diversos derechos sociales, hoy el Código nos dice que la seguridad social, la pensión o la salud, forman parte del catálogo de atributos susceptibles de protección mediante el Amparo<sup>(63)</sup>. Independientemente que en cada uno de estos casos se haga necesario precisar el contenido esencial de tales atributos, resulta incuestionable la necesidad de reparar en su naturaleza esencialmente prestacional.

El esquema descrito, en suma, permite aventurar un nuevo panorama de protección. No es que este último legitime judicializar cualquier petitorio de esta naturaleza y que por consiguiente se pueda reclamar por

(62) Cfr. Sáenz Dávalos, Luis; «Panorama general de los procesos constitucionales y su ámbito de protección en el Código Procesal Constitucional» en Sáenz Dávalos Luis & Meléndez Sáenz, Jorge, *El ámbito de protección de los procesos constitucionales y el habeas corpus*; Cuadernos de Trabajo N° 1; Centro de Estudios Constitucionales; Tribunal Constitucional; Lima 2004; págs. 9 y ss.

(63) Un interesante inventario del modo como el Código desarrolla los diversos derechos sociales lo encontramos explicado en el trabajo de Castillo Córdova, Luis; *Comentarios al Código Procesal Constitucional*; Universidad de Piura, ARA Editores; Lima 2004; págs. 478 y ss.

un derecho programático, con sólo desearlo, pero tampoco es cierto que no existan perspectivas radicalmente distintas a las que nos ofrecía el modelo procesal anterior. Hoy en día y bajo determinados presupuestos consideramos que si es posible invocar por la tutela de los derechos programáticos, siempre que quede demostrada una manifiesta y totalmente injustificada omisión inconstitucional.

La adopción de tal temperamento posibilita a nuestro juicio aventurar nuevos tiempos en los que el principio de supremacía constitucional alcance niveles mucho más integrales, en los que ya no sea posible (o por lo menos tan sencillo) anteponer la política como valla infranqueable frente al Derecho.

Lima, octubre del 2005.

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿LEGISLADOR POSITIVO? (COMENTARIOS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA)

Leny Palma Encalada<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Nota preliminar. II. Naturaleza jurídica de los Tribunales Constitucionales. III. Competencias y límites del Tribunal Constitucional. IV. El Tribunal Constitucional y la función legislativa. V. Consideraciones finales.

## I. NOTA PRELIMINAR

Es insostenible negar, hoy en día, la creciente expansión que se viene observando en las competencias de los Tribunales Constitucionales actuales. Su originaria concepción como «legislador negativo» se ha visto evolucionada a un plano donde asume roles mayores a la sola reserva de eliminar de los ordenamientos jurídicos las leyes incompatibles con la Constitución.

La falta de una eficiente funcionalidad del Poder Legislativo y la necesidad de superar omisiones o carencias legislativas, han abierto puertas para que entidades ajenas a dicha función constituyente respondan en

---

(\*) Abogada con estudios de maestría en Derecho Constitucional. Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

favor de la salvaguardia de intereses superiores con riesgo de afectación o de desprotección. Entre ellos, han sido los Tribunales Constitucionales quienes atendiendo a su rol de máximo guardián de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes los que con mayor legitimidad han asumido el desafío de cubrir tales deficiencias, aunque muchas veces hayan sido pasibles de severas críticas y cuestionamientos por los «atrevimientos» irrogados<sup>(1)</sup>.

No es extraño así, encontrar ahora algunos fallos emitidos por nuestro Tribunal Constitucional donde se aprecia la participación de este organismo como parte del *iter* legislativo. Hemos visto, por ejemplo, no hace mucho, cómo el Tribunal Constitucional ha procedido en el caso de la inconstitucionalidad de la Ley N° 28568<sup>(2)</sup> (Exp. N° 0019-2005-PI/TC), en el cual se advierte notoriamente que el supremo intérprete de la Constitución no sólo actuó como «legislador negativo», es decir como intérprete de decir si la ley se ajusta o no a la Constitución; sino también como un verdadero «legislador positivo» que reguló los alcances de dicha ley, aún cuando ésta –incluso– ya había sido derogada por el propio Parlamento<sup>(3)</sup>.

Aunque existen fundadas críticas al Tribunal Constitucional por haberse pronunciado con respecto a la constitucionalidad de una ley ya derogada, también fue justificable dicha actuación para evitar el riesgo de que los efectos que se produjeron mientras estuvo vigente dicha norma pudieran extenderse a la validez del resto del ordenamiento jurídico penal<sup>(4)</sup>. Se tenía que precisar aspectos normativos que el Legislativo omitió

---

(1) Las objeciones más saltantes han estado orientadas al riesgo de que con tales atribuciones se estaría quebrantando la teoría de la división de poderes, toda vez que si los tribunales constitucionales asumieran funciones normativas a través de la emisión de sus sentencias, se estaría desnaturalizando y superponiendo a la función legislativa.

(2) Esta Ley, en su Artículo Único modificó el artículo 47° del Código Penal, el cual equiparó indebidamente el arresto domiciliario con la detención preventiva y la pena privativa de libertad.

(3) El pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 28568 «Ley Wolfenson» aún cuando ya estaba derogada dicha ley, se justificó, al decir del propio Tribunal, en que «la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad».

(4) Entre algunos aspectos, en el caso referido, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente: «ningún Juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado (la «ley Wolfenson») por haber cesado en sus efectos». Y con respecto a las solicitudes que han presentado los acusados para la aplicación de la mencionada norma, y que aún no han sido resueltas por el Poder Judicial, el fallo del Tribunal dispuso que estas «deberán ser desestimadas».

tanto en el momento de dar la ley como cuando la derogó<sup>(5)</sup>. No olvidemos que cuando se está ante el conflicto de favorecer la soberanía de la ley o la supremacía de la Constitución, se tiene que optar por preservar el orden constitucional.

Ahora bien, la admisión de la presencia de sentencias normativas supone la necesidad de establecer límites a esta extensión de las facultades de los Tribunales Constitucionales, toda vez que si se dejara abierta dicha potestad, nos encontraríamos ante el peligro de habilitar una vía legislativa paralela a la que cumplen los parlamentos, lo cual sí sería atentatorio a la forma republicana de gobierno<sup>(6)</sup>.

En tal sentido, una conclusión de pronto preliminar, nos hace sostener que sí es posible hablar de una competencia «legislativa positiva» de los Tribunales Constitucionales, pero entendiéndola como una facultad de hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución –a través de su función jurisdiccional– y nunca como una potestad superpuesta o sustitutiva de la actividad legislativa de los Parlamentos.

Es en este contexto que presentamos el presente trabajo a efecto de contribuir con el estudio y afianzamiento de las competencias de los Tribunales Constitucionales que hasta el momento siguen siendo materia de consolidación.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Tratar sobre la naturaleza jurídica de los Tribunales Constitucionales conlleva virar hacia sus orígenes e implica abordar básicamente dos temas: *a)* Independencia de la Magistratura, y *b)* Órgano jurisdiccional especializado. Sin embargo, antes que recapitular temas bastante ya trabajados en la doctrina, conviene más bien reflexionar, a partir de la verdadera razón de ser de estos organismos y del rol que actualmente les toca desempeñar en los ordenamientos jurídicos, cómo y con qué categoría se presentan en los modernos Estados de Derecho.

<sup>(5)</sup> No olvidemos que en materia penal rige el principio de la ley más favorable al reo. Sin embargo, en el caso comentado, con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se anuló todos los efectos derivados de la «Ley Wolfenson», como la excarcelación de los hermanos Moisés y Alex Wolfenson; todo con el claro interés de no favorecer a la corrupción.

<sup>(6)</sup> Cabe precisar que una cosa es que los Tribunales Constitucionales respondan legislativamente ante una inconstitucionalidad por omisión y, otra es, que actúen superponiéndose a la labor parlamentaria propiamente dicha.

En primer lugar, debemos precisar que los Tribunales Constitucionales son organismos de Derecho Público con independencia organizativa y funcional dentro de los Estados, cuya existencia supone ineludiblemente un mecanismo de control de poder y de máximo guardián de la Constitución.

Tienen naturaleza jurisdiccional y se someten únicamente a la Constitución como el cuerpo que contiene las normas sustantivas de su mandato, y a sus leyes orgánicas que establecen las normas adjetivas que dirigen el procedimiento de su actividad. Y que está circunscrita al control de constitucionalidad y se ubica como el «punto de cierre» de la interpretación constitucional; sin embargo no es un «supra poder», pero sí un órgano de capital importancia en la estructura democrática de toda nación para conducir y conservar todo el ordenamiento jurídico dentro del marco de la constitucionalidad.

En los actuales Estados constitucionales toda la actividad de los Tribunales Constitucionales se encuentra orientada a hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución en su actividad jurisdiccional, superando la concepción de contralor negativo, ya que tiene también la función de realizar los valores y principios constitucionales, dentro de los límites de su función contralora que no sustituye la función de los demás órganos constitucionales.

Ahora bien, asumiendo la progresiva expansión de las facultades y competencias de los Tribunales Constitucionales y dejando su tradicional concepción como mero «legislador negativo» ¿podría admitirse que han adquirido también una naturaleza legislativa o ejecutiva? En principio, la respuesta tendría que ser negativa, toda vez que pese a existir una interrelación entre las funciones primordiales del Estado: Ejecutiva, Legislativa y Judicial; cada organismo estatal preserva con autonomía e independencia sus roles fundamentales. Sin embargo, observando algunos fallos, en el caso concreto de nuestro Tribunal Constitucional, se puede advertir ciertas características normativas y ejecutivas con las que actúa el supremo intérprete de la Constitución. Así, se ha visto, por ejemplo, cómo el Tribunal Constitucional –a manera de exhortación– dispone que el Legislativo emita una determinada ley o que el Ejecutivo diseñe o reevalúe políticas gubernamentales<sup>(7)</sup>.

<sup>(7)</sup> Encontramos tales exhortaciones, por ejemplo, en los expedientes N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC.

No obstante, no debemos catalogar tales actuaciones como prerrogativas legislativas o ejecutivas propiamente dichas, sino como herramientas de continuidad o integridad constitucional, y admisibles sólo cuando así lo exija la necesidad del caso en concreto en salvaguardia de fines y objetivos constitucionales.

### III. COMPETENCIAS Y LÍMITES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las competencias que se han atribuido de forma legítima y exclusiva a los Tribunales Constitucionales vienen desde su aparición en el modelo austríaco de 1920. Su posicionamiento como órganos exclusivos de control de la constitucionalidad delimitó sus funciones a las de expulsar del ordenamiento jurídico toda norma que contravenga la Constitución («legislador negativo» como lo llamaba Kelsen) o de decir si la ley se ajusta o no al texto constitucional.

Sin embargo, hoy en día, atendiendo a los nuevos riesgos de afectación de los derechos fundamentales y del orden constitucional, a la cada vez más creciente inactividad legislativa y la interposición de las denominadas demandas de «inconstitucionalidad por omisión»; los Tribunales Constitucionales han asumido roles más dinámicos y protagónicos en el desarrollo de los Estados modernos con régimen democrático-constitucional. De meros controladores de la constitucionalidad de las leyes han pasado a ser agentes activos en el proceso de composición y restablecimiento del orden constitucional, siendo en muchos casos artífices y creadores de Derecho Constitucional.

Este ineludible posicionamiento y en definitiva «poder» que han adquirido estos organismos, los sitúa en la cumbre del ordenamiento constitucional con facultades cada vez mayores que las asignadas originariamente, lo cual nos hace pensar en poner ciertos límites para que dicho poder no sobrepase la voluntad del constituyente originario. Todo «poder» tiene que tener límites, sino, se convierte en arbitrario y despótico a sus propios fines y a los que se hace extensivo.

En este sentido, surge la necesidad de demarcar los límites que deben considerar los Tribunales Constitucionales al momento de someter a su juicio una decisión constitucional. Este límite no puede ser otro que el propio marco constitucional, es decir las mismas normas supremas serán quienes le indiquen por qué ámbito moverse y hasta dónde. De tal forma que se busque dentro y no fuera del contexto constitucional la solución a los conflictos constitucionales. Para ello, son los Tribunales Constitucio-

nales quienes deben entender en primer orden la esencia de la Constitución, identificarse con ella, comprender la orientación de sus disposiciones y tener en consideración las condiciones sociales, económicas y políticas existentes en el momento en que tenga que desentrañar el sentido mismo de los preceptos constitucionales, antes que hacer una abstracción lógica formal de la misma. Así, los Tribunales Constitucionales interpretarán la Constitución y, a la vez, establecerán el sentido constitucional de todo el ordenamiento jurídico.

#### IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

El principio de división de poderes constituye una de las mayores construcciones del Derecho Público de los últimos siglos. A través de éste se consolidaron de manera definitiva las funciones que le correspondía asumir a cada uno de los «poderes» del Estado Republicano: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Montesquieu, su propulsor, distinguió de manera substancial las competencias de cada uno de éstos órganos y no admitió la intervención de uno con respecto al otro. Sin embargo; hoy en día, es totalmente admisible reconocer la interdependencia y relaciones que existe entre estos tres «poderes» y el control que ejerce uno con respecto del otro. Así, por ejemplo, el Poder Judicial a través de la magistratura constitucional controla la constitucionalidad de las leyes emitidas por el Legislativo; el Ejecutivo da cuenta de la política general de gobierno al Parlamento; el Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Ejecutivo; el Judicial exhorta al Ejecutivo o Legislativo para un mejor y efectivo cumplimiento de sus funciones, etc.

No obstante, debemos entender esta interrelación no como una multifuncionalidad de facultades, sino, como una colaboración entre ellos. Por ello, hoy en día, es más ajustada a la realidad la interpretación de este principio de separación de poderes de acuerdo a lo expresado por Madison, en virtud del cual, lo establecido por Montesquieu no es tanto que un órgano no pueda ejercer otras funciones distintas a las de su propio «poder», sino que todo el poder de un órgano no sea ejercido por quien posea todo el poder de otro órgano<sup>(8)</sup>.

En este orden de ideas, admitir al Tribunal Constitucional como un «legislador positivo» no resulta excesivo y no significa conferirle facul-

(8) En: *El Federalista*, N° XLVII, pág. 206.



tades legislativas propiamente dichas, sino, la posibilidad de dictar sentencias normativas que integren un vacío o deficiencia legislativa, en tanto y en cuanto, dicha situación genere grave perjuicio o contravención al orden constitucional o cuando así lo exija la defensa de los derechos fundamentales.

Ahora bien, esta facultad tiene límites y lo constituye el propio marco constitucional. Así, el Tribunal Constitucional so pretexto de salvaguardar la armonía constitucional o de defender algún derecho fundamental, no podrá transgredir, con tal fin, otro valor o principio superior o saliéndose de lo que dispone ella. No está justificado la defensa de algún precepto constitucional sacrificando para ello la vulneración de alguna otra parte de la misma.

Hemos visto con lamentable y cuestionados resultados cómo en algunos casos, nuestro Tribunal Constitucional se ha excedido en sus facultades constitucionales y ha justificado la constitucionalidad de determinadas leyes vulnerando otros principios supremos. Tal es el caso de su pronunciamiento en el expediente N° 002-2005-AI/TC, donde declara la constitucionalidad de la Ley N° 28374 que entrega al Gobierno Nacional la administración de predios que ya habían sido entregados a los Gobiernos Regionales de conformidad con la Ley de Bases de la Descentralización-Ley N° 27783. Si bien la Constitución faculta al legislador expedir leyes especiales –porque así lo exige la naturaleza de las cosas– éstas no pueden violar aspectos sustantivos de la Constitución o de otras leyes dictadas conforme a la Constitución. En el caso en concreto, el Tribunal Constitucional no advirtió –o pasó por alto– que al declarar la constitucionalidad de la Ley N° 28374 se estaba afectando la autonomía política, económica y administrativa de las Regiones en los asuntos de su competencia, conforme lo dispone el Artículo 197 nuestra Constitución. No se pudo justificar la constitucionalidad de una ley violentando la vigencia efectiva de una u otra norma constitucional.

Un caso similar se observó en el pronunciamiento que hizo en los expedientes acumulados N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, donde se cuestionó la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3° de la Ordenanza Regional N° 031-GRC/CRC, y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH<sup>(9)</sup>. En este caso, el Tribunal Consti-

<sup>(9)</sup> La Ordenanza Regional del Cusco reconocía como zonas de producción de carácter legal de la Hoja de Coca en los valles de La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo, y declaraba a la planta de la Hoja de Coca,

tucional exhorta, entre otros, al Congreso de la República, incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N° 28477; toda vez que las ordenanzas regionales dictadas fueron resultado, entre otros, de la inactividad legislativa.

En este sentido, la facultad de los Tribunales Constitucionales de controlar la constitucionalidad de las leyes debe concebirse como un poder limitado y no superpuesto a la actividad legislativa; como un poder contiguo que salve las deficiencias u omisiones legislativas cuando de por medio esté la defensa de la Constitución o los derechos fundamentales de la persona, y no como un poder que de mutuo propio abarque funciones legislativas. Si la potestad de juzgar estuviera unida a la legislativa, el Juez sería al propio tiempo legislador y juzgador de sus propios actos, lo cual conllevaría abusos de poder y arbitrariedad sobre la vida y la libertad de los ciudadanos.

Así las cosas y dentro del esquema distributivo de facultades, corresponde a los Tribunales Constitucionales, por regla general, la función de «legislador negativo» y por excepción, cuando esté por medio la defensa del orden constitucional, la posibilidad de actuar como «legislador positivo», pero sin superponerse a la labor de los Parlamentos y sólo para salvar o encausar la función legislativa. Sólo así estará justificada una intervención constituyente de un determinado Tribunal Constitucional.

Pero ¿dónde encontramos la legitimidad constitucional del Tribunal Constitucional para actuar con tales facultades legislativas? La consideración del Tribunal Constitucional como «legislador positivo» descansa en su reconocimiento como máximo órgano de control de la Constitución<sup>(10)</sup>. Si bien no lo manifiesta explícitamente con tales expresiones, se infiere que el Tribunal Constitucional está facultado para responder ante todo acto que implique una contravención o amenaza de vulneración a su integridad normativa, no obstante, toda construcción dirigida a defender la

---

como patrimonio Regional Natural-Biológico-Histórico del Cusco y Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales. Del mismo modo, las Ordenanzas Regionales de Huánuco, disponían la legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en su jurisdicción y la reconocía como patrimonio cultural. El Tribunal Constitucional declaró fundadas las demandas de inconstitucionalidad contra dichas Ordenanzas Regionales.

<sup>(10)</sup> Así lo establece el artículo 201 de la Constitución Política del Estado: «El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución...».

Constitución debe estar circunscrita dentro del marco de la propia Constitución y sin salirse de ella.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional deberá valerse solamente de los propios mecanismos y facultades que le confiere el propio texto supremo, interpretando y decidiendo únicamente sirviendo a lo dispuesto por la Constitución<sup>(11)</sup>, aún cuando las reflexiones políticas e intereses sociales exijan lo contrario, puesto que, dentro y no fuera del orden constitucional es donde debe buscarse el remedio<sup>(12)</sup>.

Cabe precisar que la Constitución no sólo se infringe cuando se hace lo que ella prohíbe, sino también, cuando no se hace lo que ella manda. Por eso, es que ante una omisión legislativa que surge la técnica de la «inconstitucionalidad por omisión» y donde generalmente los Tribunales Constitucionales actúan como «legislador positivo». No todas las normas constitucionales tienen un mismo destinatario, algunas se dirigen al ciudadano y otras a los poderes públicos. Es en este último caso, cuando los poderes públicos no hacen lo que la Constitución les manda, donde interviene el órgano de control de la Constitución para hacer cumplir su fuerza normativa. Sin embargo, se requerirá que previamente «alguien»<sup>(13)</sup> haya denunciado tal omisión. El Tribunal Constitucional nunca podrá actuar de oficio, al menos en nuestro ordenamiento jurídico; lo contrario significaría un grave riesgo y dotarle de poderes muchos más grandes de los que tiene la «voluntad del constituyente».

Por último, la admisión de «legislador positivo» del Tribunal Constitucional no debe entenderse como actividad legislativa propiamente dicha, sino, como pura interpretación o integración constitucional.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Tanto la crisis de los Parlamentos como la admisión de las facultades normativas de los Tribunales Constitucionales ya no pueden considerarse

(11) Al respecto, ya desde 1819 el Juez John Marshall manifestó la célebre frase: «we must never forget that it is a constitution we are expounding», que traducido a nuestro idioma equivaldría a decir: *no debemos olvidar nunca que es la Constitución la que estamos interpretando* (o exponiendo), y por ello debería tenerse cuidado.

(12) En sentido similar: Otto Bachof, en: *El Juez Constitucional entre Derecho y Política*. Universitas (Revista Alemana de Letras, Ciencia y Arte), Edición Trimestral en Lengua Española, Vol. IV, Año 1966, N° 2, Stuttgart/P.O.B. 40/ Alemania, Editor: Dr. H.W. Bähr.

(13) De acuerdo a lo dispuesto por nuestra Constitución, sólo están facultados para interponer Acción de Inconstitucionalidad, aquéllos a los que se refieren en su Artículo 203.

como fenómenos aislados. Uno es consecuencia del otro y de la necesidad de favorecer la defensa y supremacía de la Constitución frente a acciones u omisiones que supongan afectación de su normativa.

Admitir la presencia de un Tribunal Constitucional con facultades de «legislador positivo», es resultado, como bien lo diría Peter Häberle, de que hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución; y, de que nuestra civilización se eleva desde la legalización del ordenamiento jurídico a la constitucionalización del Derecho; de la Carta Fundamental como enunciado programático de reglas positivas a la Constitución en cuanto expresión de valores positivizados, con fuerza normativa inmediata y vinculante para el legislador; del Juez sumido en contiendas de Derecho privado a una Judicatura con aplomo para resolver también litigios que involucran al Estado y decidirlos a favor de los ciudadanos; en fin, de la futilidad o fracaso del control parlamentario de la constitucionalidad de las leyes a una marcha triunfal.

Si bien, una intervención positiva de los Tribunales Constitucionales en la norma para sanar su inconstitucionalidad puede generar perplejidades, puede resultar útil para resolver problemas concretos en defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales de las personas.

Un Tribunal Constitucional con visión garantista de la legalidad constitucional no puede adoptar una postura restrictiva en cuanto a la interpretación y defensa de la Constitución, sino, más bien, debe considerar todos los aspectos que sean necesarios para resguardar la vigencia efectiva de la Ley Suprema y la integración del resto del ordenamiento jurídico al marco constitucional.

En tal sentido, será admisible la intervención legislativa de un Tribunal Constitucional sólo cuando se trate de salvar o proteger el orden constitucional y cuando el legislador ya haya agotado o dejado vencer sus facultades de actuación, valiéndose para tal efecto del método de ponderación de valores, cuya condición necesaria es el juicio de constitucionalidad del asunto cuestionado y la legitimidad de la actuación del juzgador constitucional.

Lima, octubre de 2005.

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: DE LA NO RATIFICACIÓN DE LOS MAGISTRADOS AL DESAMPARO

Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El Tribunal Constitucional y las resoluciones de no ratificación. III. La falta de fundamentación y las resoluciones de no ratificación. IV. La desconfianza argumentada. V. Las resoluciones de no ratificación y el debido proceso. VI. El derecho a la defensa.

## I. INTRODUCCIÓN

Los magistrados del Poder Judicial, a partir de los años sesenta del siglo pasado, han estado sometidos a procesos de ratificación por el Ejecutivo. Muchos de ellos a consecuencia de rupturas constitucionales y en otros no; como lo ocurrido últimamente por el Consejo Nacional de la Magistratura, donde la ratificación significa continuar en el cargo, mientras que la no ratificación constituye la separación del mismo.

Con respecto a este tema conviene hacer una pequeña retrospectiva histórica hasta la época de la dictadura militar de Juan Velasco Alvarado, quien después de haber irrumpido en el cargo de Presidente de la Repú-

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes (Huancayo-Perú).

blica el 3 de octubre de 1968, violentando el Estado de Derecho que amparaba la Constitución de 1933, con un discurso de carácter político y popular, criticó severamente al Poder Judicial de aquella época, sosteniendo que este organismo había servido a los intereses nefastos del gamonalismo y del latifundio. Planteaba la dictadura que tal comportamiento jurisdiccional no estaba, por ningún lado, de acuerdo a la verdadera justicia que tenía que aplicarse a favor de los campesinos y los trabajadores, obviamente sectores marginados en la sociedad peruana. De esta forma, el gobierno castrense llevó a cabo un proceso de ratificación que permitió la separación de muchos magistrados que no estaban de acuerdo con el credo de la revolución militar.

Es de conocimiento general, que la Constitución de 1979, no instituyó ninguna ratificación periódica de magistrados como sí lo hace la Carta de 1993, en su artículo 154.2; pero, en su decimotercera disposición transitoria, la Carta del 79, ordenó un proceso de ratificación por única vez; pero, de todas maneras ratificación, que permitió también al poder político de aquella época la separación de magistrados que colaboraron con el régimen militar en sus dos fases.

El gobierno de emergencia y reconstrucción nacional instituido después del golpe de Estado de Alberto Fujimori con fecha 5 de abril de 1992, también procedió a la ratificación de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, significando la separación de muchos ellos. Todas estas ratificaciones han sido medidas políticas y no por ellas mejoró la estructura, menos la imagen del Poder Judicial ni del Ministerio Público.

Los constituyentes de 1993, optaron por la ratificación periódica de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. El Congreso Constituyente Democrático, al discutir las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, aunque los proyectores iniciales establecían que los magistrados debían ser oídos y las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, motivadas adecuadamente, aprobaron en sentido contrario el texto constitucional (Art. 154.2).

Aquí, teniendo en cuenta los antecedentes negativos de estas medidas políticas habría que reflexionar en base a las interrogantes que nos permitimos formular: ¿Ha sido indispensable para el Poder Judicial y el Ministerio Público establecer ratificaciones periódicas? ¿Estas medidas en algún modo contribuyen o contribuyeron a la buena imagen y la eficiente función de los órganos comprometidos en esta medida? Podemos afirmar que gracias a estas medidas los órganos jurisdiccionales gozan hoy del aprecio de la colectividad. Estamos convencidos que las respuestas son

obvias y el Poder Judicial como el Ministerio Público, están ahí, donde se encuentran, por decir lo menos.

Hay que tener presente que las ratificaciones siempre han significado la separación de los magistrados. Y como medida política, no ha contribuido absolutamente al mejor funcionamiento o desenvolvimiento de la justicia; tampoco ha modificado la imagen de ella; por el contrario, ha constituido sólo una medida política que ha favorecido en algo a cada régimen de turno. Medida en el que el poder político ha reiterado y se pretende reiterar, no obstante, sus consecuencias no saludables para la justicia, pero efectivas para el control político de la misma.

Dentro del mismo concepto se ha instituido la ratificación periódica de los magistrados en la Constitución de 1993, las que se han producido sin la observancia de las garantías del caso, en una sociedad democrática.

Algunos sostienen que las ratificaciones son necesarias para separar a jueces que no merecen continuar en la alta magistratura de la justicia, otros argumentan que las ratificaciones no deben existir, puesto que ella no garantiza la permanencia de los magistrados en el cargo. Consideramos que puede ser cierta la primera afirmación; pero, nos preguntamos, debe separárseles a jueces y fiscales sin explicarles debidamente sobre los motivos que justifican tales medidas; sin que, la resolución que no les ratifican, no explique adecuadamente tal motivo. Al respecto el Tribunal Constitucional tiene la respuesta. Claro, puede responder indicando que para eso se ha establecido las destituciones que establece el artículo 152.3 de la Carta de 1993; pero, el Tribunal, ha señalado que las medidas de no ratificación no son disciplinarias, por tanto, no merecen motivación alguna. Pero estas respuestas propaladas en varias resoluciones del Tribunal no satisfacen ni a los interesados menos a la colectividad.

## II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS RESOLUCIONES DE NO RATIFICACIÓN

El Tribunal de Garantías Constitucionales que tuvo su origen en la Constitución de 1979, sí podía conocer de los procesos de Amparo vía recurso de casación. Esto significaba que las instancias establecidas para el proceso en mención eran las siguientes: Se interponía el recurso de apelación a la Sala Civil, luego procedía recurso de nulidad a la Sala Civil de la Corte Suprema de la República y de ahí procedía el recurso de casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, así se había diseñado el procedimiento en aquella época. Actualmente el Tribunal Constitucional,

en aplicación del Código Procesal Constitucional, conoce vía de recurso de agravio constitucional.

Conforme ya indicamos, la Constitución de 1979 no instituyó la ratificación periódica de magistrados; pero, es necesario precisar que la indicada Carta en su decimotercera disposición general y transitoria establecía la ratificación de los magistrados, los mismos que no podían ser separados sin previa citación y sin ser oídos. Luego agregaba que las resoluciones tenían que ser fundamentadas.

Consideramos que era una expresión realmente más democrática a las ratificaciones que los constituyentes habían considerado necesarios; obviamente, tampoco eran sanciones, sino medida política; pero, sujeta a una explicación contenida en la misma resolución. Si admitimos necesaria la aplicación de medidas de este género al interior del Poder Judicial y del Ministerio Público, consideramos que la mínima exigencia es que nos expliquen las razones de las no ratificaciones, porque así debe funcionar la democracia.

La Constitución de 1993, establece la ratificación periódica de los magistrados, cada siete años; sin embargo, no ha precisado en su texto que la mencionada resolución esté motivada; es decir, que se explique al magistrado el motivo de su no ratificación; pero tampoco existe una norma prohibitiva al respecto, por el contrario sostenemos que las resoluciones deben ser motivadas, teniendo presente la filosofía del artículo primero de la Constitución, donde se establece la razón de la persona humana antes que del Estado y de la sociedad.

El Tribunal Constitucional basándose en esa particularidad de la Carta de 1993 ha sostenido que no existe la obligación de fundamentar las resoluciones de no ratificación de magistrados, por cuanto, ella no es una medida disciplinaria, sino sólo un acto discrecional de retiro de confianza. Pero, por más que no se le denomine sanción, sus consecuencias son similares y hasta más desastrosas que las medidas disciplinarias, porque el no ratificado ignora las causas de tal decisión, en otros términos, al respecto se mantiene en la zozobra; mientras que el destituido sabe los motivos de ella. Mantener en la zozobra o duda por ningún lado es respuesta democrática de respeto a la dignidad de la persona humana.

### III. LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE NO RATIFICACIÓN

El Tribunal Constitucional, con lo que respecta a la falta de motivación de la resolución de no ratificación ha sentado su posición, al resolver



los recursos extraordinarios, hoy recursos de agravio constitucional según el Código Procesal Constitucional, interpuesto por Luis Felipe Almerara Bryson (Exp. N° 19941-2002-AA/TC), Leoncio Martiarena Gutiérrez (Exp. N° 1464.2002-AA/TC), Mario Antonio Urello Álvarez (Exp. 2209-2002-AA/TC) y otros.

Los miembros del Tribunal Constitucional con respecto al tema han sostenido que la historia del Derecho Constitucional peruano, que las constituciones de 1920, de 1933 y de 1979 establecieron, como parte del proceso de ratificación judicial, la obligatoriedad de la motivación de la resolución correspondiente; pero, tal exigencia no está incorporado en el texto de la Constitución de 1993, en razón de que la no ratificación se diferencia de la destitución, porque la primera es un voto de confianza que nace del criterio de conciencia de cada Consejero y que se expresa mediante voto secreto, sobre la manera como se ha desenvuelto durante los siete años; mientras que la destitución viene a ser una medida disciplinaria donde existe la obligación de la motivación.

Al respecto, Samuel Abad, refiere que las decisiones de ratificación no han contado con motivación alguna, limitándose las resoluciones a tener como parte considerativa un recuento del procedimiento de evaluación, así como una enumeración de las normas legales relativas al mismo; y la parte resolutive, un listado de magistrados no ratificados. Agrega el citado, que los magistrados no han podido saber con exactitud qué fue lo que motivó su cese y la consiguiente prohibición de por vida de reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público. Esto resume meridianamente todas las resoluciones de ratificaciones donde no existe ninguna explicación sobre la no ratificación de los magistrados.

Los miembros del Tribunal argumentan que la no ratificación no es una medida disciplinaria como puede ser la destitución, por tanto, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, no están obligados a motivar sus resoluciones. Ciertos hechos, no es necesario que sean denominadas medidas disciplinarias para percibir con objetividad sus consecuencias funestas. Si no se denomina medida disciplinaria como se explica que el magistrado no ratificado no disponga de un centro de trabajo o se le prive de un centro de trabajo, no perciba sus remuneraciones mensuales; que no pueda reingresar al Poder Judicial, porque el Tribunal Constitucional admite que puede concursar; además, cuando solicita al Poder Judicial el pago de su CTS, por resolución administrativa le resuelve pagarle la irrisoria suma de veinte soles mensuales y si esa cantidad no está presupuestada es imposible de cobrarlos. Cómo las llama-

mos a estas consecuencias de maltrato de una persona que pasó por la magistratura, que no se retiró voluntariamente, por tanto, sin explicarles siquiera los motivos de su no ratificación. Esa diferenciación para justificar que no merece motivación o explicación de las resoluciones de no ratificación no tiene sustento sólido que pueda convencer a los interesados, menos a los ciudadanos.

Justificar que el Consejo Nacional de la Magistratura no explique en sus resoluciones el motivo o los motivos por los cuales, los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, porque la medida no es disciplinaria, es un fundamento que en el fondo no explica una exigencia de principio razonable. Es amparar el desamparo de los magistrados.

Se argumenta que viene a ser una medida de confianza o de desconfianza. Podemos estar de acuerdo con tal fundamento; pero eso no significa que la desconfianza como criterio no se haya elaborado sobre situaciones objetivas que requieren ser explicadas a los interesados como a la colectividad. Pues el Consejo Nacional de la Magistratura para la ratificación tiene que haber evaluado la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones de Abogados, los antecedentes que han acumulado sobre su conducta, etcétera. Si la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y el Reglamento de Evaluación y Ratificación establecen esos parámetros los que deben ser evaluados en todos los procesos de ratificación, es coherente que en la resolución el Consejo explique los motivos por el cual se le retira la confianza; es decir, explicando quizás que no registró una producción de acuerdo a la carga procesal que se le confió, que su comportamiento no es idóneo con el cargo que ostenta, que hay quejas múltiples del Colegio de Abogado sobre su desempeño jurisdiccional, que registra muchas medidas disciplinarias, etcétera. Si la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y el Reglamento de Ratificaciones establece ciertos parámetros de observación, no podemos indicar que los votos emitidos por los Consejeros son plenamente de conciencia y en un acto discrecional de carácter constitucional y justo.

Los interesados como la colectividad requieren, a última instancia, conocer el motivo por el que no fueron ratificados y si existe sustento para tal medida. La no explicación del motivo de su no ratificación se encuentra en colisión con su condición de persona humana del magistrado.

El Tribunal Constitucional al resolver el caso de Gonzáles Ríos (Exp. N° 2409-2002-AA/TC) de fecha 7 de noviembre del 2002; es decir, antes

de resolver el caso de Almenara Bryson con respecto al artículo 142 de la Constitución sostuvo: «En el fondo no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de los valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales de los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro texto fundamental».

En un punto aparte agrega: «En dicho contexto, si este Tribunal estima una situación como la descrita viene aconteciendo, puede, como lo hace ahora, ingresar a evaluar el tema de fondo sin que, como contrapartida, pueda alegarse ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos».

El razonamiento del Tribunal está bien; es decir, está fijando su competencia en caso de la vulneración de esos derechos y principios que garantizan a la persona humana. Al mismo tiempo está admitiendo la existencia de principios, valores y derechos que no podían ser soslayados por el Consejo Nacional de la Magistratura, porque ella se encuentra obligada a su cumplimiento como órgano del poder constituido. En breves palabras el Tribunal Constitucional está indicando, si se produjera cualquier vulneración de esos principios, valores y derechos, él está para ejercer el control constitucional que establece la Constitución en sus artículos pertinentes.

Sin embargo, este criterio originario, a nuestro parecer no es tomado en cuenta al momento de resolver los expedientes de Almenara Bryson tampoco en el de Mario Antonio Urrello Álvarez (Exp. N° 2209-2002-AA/TC) de fecha 12 de mayo de 2003 y otros expedientes resueltos. En sí, sin una explicación realmente fundamentada admite que los miembros del

Consejo Nacional no están obligados a motivar las resoluciones de no ratificación de magistrados.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, sostiene también que no todo acto administrativo expedido al amparo de un potestad discrecional, siempre y en todos los casos, debe estar motivado; ejemplificando en el caso de Urrelo Álvarez sostiene: «Así sucede por ejemplo, con la elección del lugar idóneo para la construcción de un parque público por parte de las autoridades locales competentes, o lo que sucede con la elección del lugar donde se construirá una losa deportiva, cuya validez, como es obvio, no depende de que sean motivadas».

Nos preguntamos, el caso de las no ratificaciones de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, por más que sean actos administrativos ¿pueden ser comparados con actos administrativos de determinación de un lugar para la construcción de un parque público o de una losa deportiva? ¿Los magistrados han dejado de ser personas humanas para ser comparados con simples determinaciones de áreas geográficas? ¿Los actos administrativos no ingresan a diferenciar en sus resoluciones que se trata de simples objetos o de personas humanas concebidas dentro de los parámetros de la nuestra Carta y dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los cuáles el Perú es suscriptor?

El problema lo consideramos que está ahí, cuando con las resoluciones del Tribunal Constitucional se llega a una situación de cosificar a los magistrados. Con argumentos reiterados de que la Constitución diferencia entre no ratificación que no es sanción, sino que viene a ser una expresión de confianza o desconfianza donde no se exige una motivación, sino sólo un voto discrecional de conciencia sin límite ni control alguno. ¿Puede admitirse una discrecionalidad absoluta en un orden democrático de un Estado de Derecho de carácter constitucional?

En el punto 23 de la resolución de Urrelo Álvarez se lee el siguiente texto: «El establecimiento de un voto de confianza que se materializa a través de un voto de conciencia de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sobre la base de determinados criterios, *que no requieren ser motivados*, no es ciertamente una institución que se contraponga al Estado Constitucional de Derecho y los valores que ella persigue promover, pues en el Derecho Comparado, existen instituciones, como los jurados que, pudiendo decidir sobre la libertad, la vida o el patrimonio de las personas, al momento de expresar su decisión no expresan las razones que la justifican». (El resaltado con cursivas es nuestro).

De lo que conocemos algo, sobre el sistema de los jurados esta institución funciona sobre todo en el sistema del *common law*, en un sistema completamente distinto al nuestro, aunque se ha instituido en algunos países de nuestro sistema como Argentina, Paraguay, España, los mismos no han funcionado. La discusión está presente de lo inconveniente del jurado. Por tanto, el ejemplo no es lo más ilustrativo para que no exista una motivación en las resoluciones de no ratificación de los magistrados.

#### IV. LA DESCONFIANZA ARGUMENTADA

El discurso político, orientado a justificar las medidas de ratificaciones que se producían cada cierto tiempo en nuestra vida republicana, siempre argumentaron que tales medidas son de confianza y desconfianza con respecto a los magistrados. Estas medidas de confianza o desconfianza se adoptan sobre todo con los Jefes de Gobierno o sus Ministros dentro del Derecho Comparado, sobre todos en el sistema parlamentario; en nuestro caso con el Primer Ministro y su Consejo o cada uno de los ministros. Consideramos que este diseño está bien por tratarse fundamentalmente de medidas que se producen en los fueros del poder político; pero inadecuadas en el Poder Judicial por ser un órgano que desarrolla función jurisdiccional y goza de autonomía e independencia.

Debemos partir de que los cargos de la magistratura no son cargos de confianza, sino vienen a ser cargos que provienen de concurso público para su acceso, para ejercer función jurisdiccional; por tanto, la medida que posibilite su apartamiento por más que sea expresión de una medida de desconfianza debe ser explicada en la resolución por más que ella no constituya una sanción disciplinaria equiparable a la destitución.

El Tribunal Constitucional, en el caso Luis Felipe Almenara Bryson, Mario Antonio Urrelo Alvarez y otros, ha sostenido que la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años. Agrega el Tribunal que dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivizada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva. Al mismo tiempo indica, que en el caso de la no ratificación, sólo se sustenta en un conjunto de indicios que, a juicio de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, tornan inconveniente que se renueve la confianza para el ejercicio del cargo. Por último, concluye indicando, que por ello, el Tribunal Constitucional considera que, en la medida en

que la «no ratificación» no obedece a una falta cuya responsabilidad se ha atribuido al magistrado, sino sólo a una muestra de desconfianza de la manera como se ha ejercido la función para la que fue nombrado durante siete años, no existe la posibilidad de que se afecte el derecho de defensa.

Consideramos que sostener que la no ratificación se sustenta en un conjunto de indicios, que a juicio del consejero, tornan inconvenientes que se renueve la confianza; no constituye ningún fundamento que justifique la falta de motivación de las resoluciones de no ratificación. Habría que preguntarnos ¿indicios de qué o en qué? Si se sostiene que la no ratificación es consecuencia de indicios, se está planteando que existe hechos no conocidos pero que se infiere su existencia desde el indicio. Esto es más grave, pues se está retirando la confianza en supuesto hechos no probados, en algo completamente subjetivo sin elemento probatorio firme que conduce a la medida de no ratificación. Esto en todo caso resulta más funesto que la sanción disciplinaria en el que se le indica al magistrado el motivo de su separación; mientras que en la no ratificación, se sostiene que no es medida disciplinaria, pero no se le explica donde radica el motivo de la desconfianza.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, está de acuerdo con el carácter discrecional de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura, cuándo éstas no tienen ni siquiera la obligación de motivar sus resoluciones de no ratificación.

## V. LAS RESOLUCIONES DE NO RATIFICACIÓN Y EL DEBIDO PROCESO

Los órganos, específicamente el Consejo Nacional de la Magistratura, como parte del poder constituido no sólo está obligado al cumplimiento estricto de las normas internas sino también a la observancia de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que de acuerdo a lo establecido por cuarta disposición transitoria de la Constitución vigente. En otros términos, el Consejo Nacional de la Magistratura no puede obviar lo preceptuado por el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o denominado también Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por el Perú mediante Decreto Ley número 22231 de fecha 11 de julio de 1978. Instrumento que también fuera ratificada constitucionalmente por la decimosexta disposición general y transitoria de la Constitución de 1979.

El Consejo Nacional de la Magistratura como el Tribunal Constitucional han obviado tener presente lo establecido por el numeral uno del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que establece con suma precisión: «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o *de cualquier otro carácter*. (...)». (Lo resaltado con cursivas es nuestro).

Alguien podrá sustentar que la disposición citada está establecido sólo para ser observados en asuntos judiciales; pero, del propio texto del numeral citado se desprende literalmente que la disposición amplía también el marco de su aplicación para otras situaciones distintas al del carácter judicial. Por esa misma razón la Corte Interamericana de Derechos Humanos al contemplar el caso Ivcher Bronstein, al argumentar sobre el proceso administrativo, en el numeral 105 de la sentencia ha establecido lo siguiente: «105. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que *alguna autoridad pública, no judicial*, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos». (Lo resaltado con cursivas es nuestro).

Este criterio del Tribunal Constitucional no ha sido mantenido al momento de resolver el caso de los magistrados no ratificados. Es cierto que el TC acepta la observancia del debido proceso en ámbito de los procedimientos administrativos; sin embargo, a continuación, sostiene que no se aplica a todo procedimiento administrativo, que no en todos los procedimientos administrativos se titulariza el derecho al debido proceso. Concluye que en las no ratificaciones sin motivación alguna el acto no ocasiona directamente un perjuicio en la esfera subjetiva.

El mismo Tribunal Interamericano al resolver el caso Baena Ricardo y otros, procedente de Panamá, ha fundamentado de la siguiente manera: «127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida del cumplimiento de este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas».

En conclusión, la Corte Interamericana ha interpretado que los alcances del numeral uno del artículo 8° de la Declaración Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ha sido interpretada en el sentido de que toda persona tiene el derecho de ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, hay que entender que se refiere a cualquier autoridad pública, esto quiere decir administrativa, legislativa o judicial. Obviamente que nuestro Tribunal Constitucional no está de acuerdo con tal interpretación de la Corte Interamericana, manteniéndose que el Consejo Nacional de la Magistratura no está obligada a motivar las resoluciones que expide en materia de no ratificación de magistrados.

## VI. EL DERECHO A LA DEFENSA

Si, a través de indicios, se va decidir el alejamiento del magistrado de su función jurisdiccional que se le confía por siete años, por qué razón no se le va permitir defenderse frente a la imputación de indicios; puesto que cada uno de ellas será es factible de explicación por parte del supuesto autor de los indicios en una actitud de defensa frente a la imputación.

En una sociedad democrática, donde prima los derechos fundamentales a partir del artículo primero de la Constitución, no puede admitirse que la no ratificación prime sobre la voluntad discrecional de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura y no sobre una adecuada motivación que explique la razón de la no ratificación. En una sociedad democrática no puede aceptarse margen para la sola voluntad de los consejeros.

Actualmente, contra la opinión del Tribunal Constitucional, el Código Procesal Constitucional ha establecido la procedencia de los procesos constitucionales contra las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura que no hayan sido motivadas; conforme podemos observar el artículo 5.7 del mencionado Código que establece la improcedencia de los procesos constitucionales. En sí la norma se resume en los siguientes términos: no procede procesos constitucionales contra las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, *siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado*. Este dispositivo está contra el criterio del Tribunal Constitucional, esperamos que no argumente que ella está contra el espíritu de la Constitución y oír su inaplicación.



Esperamos que en lo sucesivo se supere esta deficiencia que constituye el maltrato a los magistrados y si ello ocurriera, que la aplicación del Código Procesal Constitucional sea un correctivo que permita tutelar los derechos fundamentales.

Lima, setiembre de 2005.

## FINES, CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL<sup>(\*)</sup>

Iván Meini<sup>(\*\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Los fines del régimen penitenciario: reeducación, rehabilitación y reincorporación del sujeto a la sociedad (art. 139, inc. 22). II. El cumplimiento de la pena privativa de libertad: el caso del beneficio penitenciario de semi-libertad. A. Naturaleza jurídica de la semi-libertad, criterios para su concesión y su no concesión como decisión no arbitraria. B. Aplicación temporal de leyes de ejecución penal. A la luz de la aplicación de la Ley 27770 (Ley que establece que para los casos de delitos de corrupción, la solicitud de la semi-libertad requiere el cumplimiento de 2/3 de la pena y no una mitad). III. El cumplimiento de la pena privativa de libertad: el caso del pago de la reparación civil proveniente del delito. IV. La ejecución de la pena privativa de libertad: el caso de la cadena perpetua.

---

(\*) Algunas de las ideas que forman parte de este trabajo fueron expuestas en la conferencia pronunciada el 31 de mayo de 2005, en el Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

(\*\*) Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## I. LOS FINES DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO: REEDUCACIÓN, REHABILITACIÓN Y REINCORPORACIÓN DEL SUJETO A LA SOCIEDAD (ART. 139, INC. 22)

1. El art. 139.22 de la Constitución [en adelante Const.] se refiere a la reeducación, rehabilitación y reincorporación en la sociedad del penado como los fines que persigue el régimen penitenciario. De una simple lectura de este precepto constitucional puede entenderse que la cárcel reeduca, rehabilita y prepara al condenado para su reinserción en la vida social. De demostrar lo utópico y absurdo de esta idea se han encargado innumerables estudios de orden criminológico, que de la mano de reconocer que el aislamiento en una cárcel en condiciones de hacinamiento e insalubridad, en donde tienen vigencia códigos de justicia paralelos, no pueda preparar para la reinserción social. Además, la propia concepción del Estado social y democrático de derecho impide que la sanción estatal pueda legitimarse con arreglo a consideraciones de índole educativa, propias de un Estado que impone formas de pensar antes que formas de comportamiento.

En efecto, el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad son pilares básicos en el Estado de derecho. No es válido entonces pretender que la reeducación, rehabilitación y la reincorporación signifiquen que el sujeto tenga que internalizar y compartir en su fuero interno los principios jurídicos que rigen la vida en sociedad. Si fuera así, tales fines de educación, rehabilitación y reincorporación en sociedad se verían trancos, sobre todo en aquellos casos, como terrorismo, en que se habla de «delincuencia por convicción». Pues el delincuente por convicción tiene bien en claro por qué delinque, y resulta meridianamente claro que internándolo en un centro penitenciario no va a cambiar de forma de pensar. Por eso, si los conceptos de rehabilitación, reeducación e reincorporación son interpretados en el marco de un Estado de derecho, sólo resulta válido pretender que con la pena se pretende que el condenado entienda que la sociedad democrática no tolera determinados comportamientos, con independencia de que comparta las razones de dicha intollerancia. Reeducar y rehabilitar significan, pues, que el sujeto conozca que su comportamiento es reprobado por la sociedad, y que para conseguir los objetivos que perseguía con su delito tiene que hacer uso de los instrumentos democráticos. O como lo expresa el Tribunal Constitucional [en adelante TC]: «El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle

una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir»<sup>(1)</sup>.

Sólo desde esta concepción es posible compatibilizar la pena estatal con la Constitución. De otro modo se tendría que incurrir en la contradicción que significa justificar la pena estatal sobre la base de que el condenado incorpore a su escala de valores aquellos principios que rigen a la vida en sociedad, con el consiguiente atentado contra la libertad de pensamiento que ello presupone; además de ser algo de imposible demostración. Pero, si con la imposición de una pena se persigue únicamente que el sujeto respete las reglas de convivencia social, luego es posible pensar que la pena, por más trágica y cruel que pueda ser, sí puede alcanzar los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación.

2. Lo dicho no releva de apreciar que la forma cómo opera la pena privativa de libertad. Pues no es lo mismo que la pena estatal sea compatible en un plano formal con la Constitución cuando se dice que no se trata de inculcar valores al condenado sino de que aprenda a respetar los valores democráticos, que responder a la interrogante de cómo aprende el condenado, recluido en un centro penitenciario, a hacer un uso responsable de su libertad. Esto cobra especial relevancia a la luz de los beneficios penitenciarios y la consiguiente posibilidad de excarcelación antes del cumplimiento íntegro de la condena. Al respecto, el TC ha manifestado que «los conceptos de reeducación y rehabilitación suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos»<sup>(2)</sup>.

Es decir, a la luz de la concepción del TC, habría que determinar cuándo el condenado ha aprendido ya a hacer un uso responsable de su libertad, pues dicho momento representa la oportunidad de excarcelación. A partir de dicho momento, siguiendo la línea argumentativa del TC, la vigencia de una pena no sólo no tendría sentido, sino que quedaría deslegitimada. Esta idea, consistente en vincular la duración de la pena privativa de libertad a la obtención de los fines de reeducación, rehabilitación y rein-

(1) STC de fecha 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708, 25880 y sus normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista) (argumento 188)

(2) Exp. N. 0842-2003-HC/TC, de fecha 04 de febrero de 2005, fundamento 7.

corporación del penado en la sociedad, choca frontalmente con la realidad, puesto que cuando la condena se cumple íntegramente no cabe prolongarla, aun cuando se tenga la certeza de que el penado no ha aprendido a hacer un uso responsable de su libertad y delinquirá de nuevo. En estos casos el Estado simplemente no tiene legitimidad para intervenir, al menos no bajo en la concepción del Derecho Penal liberal que reprime *ex post* y no ante las expectativas de comportamiento criminal.

3. Se reconoce a nivel doctrinario que la pena no puede perseguir únicamente fines terapéuticos o pedagógicos, sino también fines de protección social. Para decirlo con otras palabras: el Derecho Penal no puede ser concebido exclusivamente como el conjunto de garantías del delincuente frente a la actividad sancionadora del Estado –o como postulara Liszt, que el Derecho Penal es la carta magna del delincuente–sino que así como el Derecho Penal limita y formaliza la pena estatal frente al delincuente, cumple también fines de protección de la sociedad frente a éste: La pena persigue no sólo fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación, sino también fines de protección de la sociedad. El propio TC hace suyo este punto de vista cuando sostiene que «la justificación de las penas privativas de la libertad es, en definitiva, la de proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo»<sup>(3)</sup>.

Resulta interesante que en la sentencia citada en el párrafo anterior, el TC haya hecho hincapié en que la justificación de la pena privativa de libertad es «en definitiva, la de proteger a la sociedad contra el delito». Esto podría ser interpretado como un cambio de orientación en lo que a los fines de la pena privativa de libertad se refiere o, simplemente, como que a través de la reeducación y rehabilitación del penado se termina protegiendo a la sociedad. Estimo que se trata más de un cambio de paradigma, o de enfoque, pues ni la reeducación y rehabilitación, ni la protección de la sociedad son conceptos absolutos que *per se* y de manera aislada puedan legitimar la intervención punitiva estatal.

4. Las ideas hasta aquí desarrolladas conllevan a reconocer que el aprendizaje de un uso responsable de la libertad que realiza el condena-

<sup>(3)</sup> Exp. 010-2002-A1/TC ... Exp. 1084-2003-HC/TC, de fecha 2 de julio de 2004, fundamento 7; Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de diciembre de 2003, Fundamento 11; Exp. N. 0842-2003-HC/TC, de fecha 04 de febrero de 2005, fundamento 6.

do, opera mediante la llamada prevención especial negativa; que es tanto como recurrir a la intimidación para lograr que el delincuente no reincida. Esta opción es, en mi concepto, la única absolutamente coherente con el respeto a la libertad de pensamiento del sujeto. Ya que cualquier intento de utilizar la pena como mecanismo de imposición de ideas, valores o principios –por muy loables que sean– termina acotando el ámbito de libertad de pensamiento y libre desarrollo de su personalidad.

Intuyo que el propio TC asume esta concepción cuando se refiere al art. 139.22 Const. en los siguientes términos: «no por su condición de principio, carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutan las penas o en el momento de establecer el *cuántum* de ellas»<sup>(4)</sup>. Es decir, los fines de reeducación y rehabilitación que persigue el régimen penitenciario, si bien guardan una estrecha relación con los fines de la pena, constituyen, sobre todo, pautas de actuación dirigidas a la administración pública. A partir de este postulado se derivan, por lo pronto, dos ideas. La primera se refiere a que los fines de reeducación y rehabilitación se asemejan más a una declaración de principios que orienta la actuación de la administración pública encargada del régimen penitenciario, y no a metas a alcanzar en la ejecución de la pena. Lo que se demuestra con la idea apuntada anteriormente: aun cuando se crea que el condenado reincidirá después de cumplir su condena, no se le pueda mantener en la cárcel. La segunda idea tiene que ver con la relación entre los fines del régimen penitenciario y la concesión del beneficio penitenciario de semi-libertad.

## II. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: EL CASO DEL BENEFICIO PENITENCIARIO DE SEMI-LIBERTAD

### A) Naturaleza jurídica de la semilibertad, criterios para su concesión y su no concesión como decisión no arbitraria

1. En cuanto a la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios, el TC a sostenido «que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, por-

(4) STC de fecha 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708, 25880 y sus normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista), argumento 151 ss.

que su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujeto a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituye un factor decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para su reincorporación a la sociedad»<sup>(5)</sup>. Sin embargo, el TC ha especificado su postura para reconocer que «si bien el Código de Ejecución Penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión [de un beneficio penitenciario], un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no»<sup>(6)</sup>. La semilibertad no es pues un derecho de los internos, sino una prerrogativa que tienen los jueces para excarcelar a un condenado.

2. En cuanto a quién y por qué lo otorga, el TC ha establecido que el informe del Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penitenciario en que se encuentre recluido el interno no tiene competencia para determinar la excarcelación del condenado vía semilibertad (aunque esto, en realidad, se trata de una interpretación literal de la ley). Así, el TC a sostenido que «lo verdaderamente trascendental al momento de resolverse una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual sólo tiene un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del juez a evaluar sólo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al Juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete»<sup>(7)</sup>.

Es pues el Juez quien deba tener certeza «de que el tiempo en prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten concluir que el interno está apto para reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena»<sup>(8)</sup>. Es decir, tanto para la

(5) Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 11.

(6) Exp. 1181.2002-HC/TC, de fecha 20 de junio de 2002, fundamento 3.

(7) Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 17.

(8) Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 11; Exp. 1607-2003-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2003, fundamento 1.

liberación condicional, que regula el art. 55 del Código de Ejecución Penal [en adelante CEP], como para la semilibertad, que regula el art. 50 CEP<sup>(9)</sup>, rige el principio que el Juez tiene que analizar hasta qué punto se han cumplido los fines de reeducación, rehabilitación del condenado que reconoce el art. 139.22 Const. al régimen carcelario. Y los criterios que utiliza el Juez para realizar dicho análisis son: *a)* la naturaleza del delito cometido; *b)* la personalidad del agente; y, *c)* su conducta dentro del establecimiento penitenciario. Es más, según doctrina del TC, no obstante se hayan cumplido los requisitos formales, se ha de denegar el beneficio penitenciario cuando «no existe la seguridad de que el peticionante no vuelva a cometer otro delito»<sup>(10)</sup>. No se trata entonces de que no se pueda probar que el sujeto volverá a delinquir, sino que no se puede probar que el sujeto no lo hará. Esto es absolutamente compatible con la naturaleza jurídica del beneficio penitenciario, y sólo puede generar rechazo por parte de quien confunde un beneficio con un derecho adquirido.

3. En cuanto a la no concesión del beneficio penitenciario, el TC ha manifestado que «si bien el Código de Ejecución Penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión, un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no, sin que esto suponga un acto arbitrario, antes bien, la resolución por la que se resuelve esta petición puede ser impugnada para ser revisada por el órgano superior jerárquico»<sup>(11)</sup>. Esto significa que en la medida en que el Juez fundamente su resolución de conformidad con lo establecido en el art. 139.5 Const., puede perfectamente rechazar la solicitud de excarcelación por beneficios penitenciarios si es que a su criterio, y así lo fundamenta en la resolución, no se han cumplido los fines de la pena según los criterios de la gravedad del hecho cometido, la personalidad del agente y su conducta en el establecimiento penitenciario. Y ello con independencia de que se hayan cumplido los requisitos formales para solicitarlo. De ahí que su no concesión no representa una vulneración a la libertad individual. Se diferencia así, por un lado, los requisitos objetivos para solicitar el beneficio penitenciario (informe del Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penitencia-

<sup>(9)</sup> Exp. 1181.2002-HC/TC, de fecha 20 de junio de 2002, fundamento 3; Exp. 1607-2003-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2003, fundamento 2; Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 11.

<sup>(10)</sup> Exp. 1607-2003-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2003, fundamento 3.

<sup>(11)</sup> Exp. 1181.2002-HC/TC, de fecha 20 de junio de 2002, fundamento 3.



rio, haber purgado una parte de la condena, etc.), de los requisitos que el Juez y sólo el Juez tiene que valorar para conceder el beneficio. Una decisión no arbitraria constituye aquella que se sustenta en una serie de argumentos que informan el razonamiento jurídico, de manera tal que pueda ser confrontada y en su caso revocada.

**B) Aplicación temporal de leyes de ejecución penal. A la luz de la aplicación de la Ley 27770 (ley que establece que para los casos de delitos de corrupción, la solicitud de la semi-libertad requiere el cumplimiento de 2/3 de la pena y no una mitad)**

1. El TC parte de reconocer que «no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos»<sup>(12)</sup>. A renglón seguido establece que las disposiciones que regulan la ejecución de la pena, en concreto la Ley 27770, no son leyes penales materiales, y los conflictos que genera «ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse»<sup>(13)</sup>. De conformidad con esto, el TC concluye que «si en plena vigencia de la Ley 27770 el interno purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2° de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno»<sup>(14)</sup>. De conformidad con los

(12) Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 8.

(13) Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 9; Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 9.

(14) Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 10.

arts. 50 y 55 CEP, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficios y se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, es la que determina cuál es la legislación penitenciaria aplicable en su concesión o rechazo<sup>(15)</sup>.

2. La postura del TC a este respecto forma parte de doctrina asentada, en cuya virtud «en el Derecho Penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el Derecho Procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza (...) en el Derecho Procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo (...) debido a la naturaleza del proceso como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen»<sup>(16)</sup>. Profundizando en el tema, el mismo TC proclama que «la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no como alega el recurrente, la que estuvo cuando se cometieron los delitos»<sup>(17)</sup>.

Esta distinción tiene su razón de ser en que las materias que regulan unos y otros preceptos legales son distintas. Los preceptos procesales se encuentran en función al proceso, y rigen hechos, actos y situaciones jurídicas realizadas tras su entrada en vigor, salvo las excepciones que la propia ley establezca. Mientras que los preceptos penales sustantivos o materiales se aplican al fondo del tema que es sometido a controversia en un proceso penal; es decir, al delito. Todo esto no es sino la manifestación del principio de irretroactividad de la ley, cuya única excepción es aquella en donde la nueva ley penal sustantiva es más beneficiosa para el reo.

3. Adicionalmente a ello, las disposiciones relativas a la ejecución de la pena no están sujetas a la garantía constitucional de la retroactividad benigna. La razón es que el art. 139.11 Const. garantiza «La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales», y quien solicita acogerse a un beneficio penitenciario tiene la calidad de «condenado» y no de «procesado»<sup>(18)</sup>.

(15) Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 12.

(16) Exp. 1300-2002-HC/TC, de fecha 27 de agosto de 2003.

(17) Exp. 0290-2002-HC/TC, fecha 06 de enero de 2003.

(18) Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 6.

La razón de ser de la retroactividad benigna responde principalmente a un cambio de valoración jurídica, en sentido discriminador o atenuatorio, que expresa la nueva ley. De ahí que parezca más justo aplicarla también a los hechos anteriores, y tratar a éstos de la misma manera que a los hechos cometidos con posterioridad. Existe, además, un argumento adicional, relacionado con la prevención: no es necesario seguir penando determinadas conductas de la manera como se venía haciendo cuando el grado de desaprobación o rechazo socio-jurídico que ahora ameritan es inferior, o cuando no merecen desaprobación o rechazo socio-jurídico alguno. Este cambio de valoración puede recaer también sobre los requisitos o presupuestos de los beneficios penitenciarios. De hecho es lo que ha sucedido para que se diera la Ley 27770. Pero ello no obsta a que siga siendo materialmente imposible aplicar retroactivamente una ley que regula beneficios penitenciarios. La razón que sustenta esta idea es ya la propia naturaleza de la aplicación retroactiva de una ley. Para expresarlo con otras palabras: Aplicación retroactiva de una ley es tanto como resolver un caso utilizando una normativa que no existía cuando los hechos se produjeron. La retroactividad significa que la ley vigente se aplica a situaciones jurídicas que se produjeron antes de que la ley entrara en vigencia. Aplicación ultractiva es, por el contrario, el uso de la ley derogada que, como tal, ya no tendría vigencia. En cualquier caso, lo único que la Constitución permite es la eventual aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorece al reo, de suerte que la aplicación ultractiva de la ley penal no se encuentra regulada por la Constitución.

Como parece obvio, y como ya se ha apuntado, los preceptos jurídicos que regulan los beneficios penitenciarios (art. 48 CEP, Ley 27770) se aplican a situaciones jurídicas que nada tienen que ver la comisión del delito, sino con el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Cuando se solicita y, eventualmente, se concede un beneficio penitenciario, es porque quien lo solicita ha sido condenado a pena privativa de libertad efectiva en mérito a una sentencia firme y ejecutoriada. Cualquier otra interpretación a este respecto debe ser rechazada por aberrante. Así pues, cuando se dice que se tiene que aplicar los beneficios penitenciarios que estuvieron vigentes al momento en que se cometió el delito, se incurre en un error múltiple. No sólo es equivocado, como ya se dijo, el que aquí se pretenda justificar una aplicación ultractiva de la ley penal (aunque no se diga con estas palabras), cuando dicha ultractividad no es permitida por no tratarse de una ley temporal (art. 8 P). Pues aplicar el beneficio penitenciario de semilibertad según el CEP y no como lo regula la Ley 27770, es resolver una situación jurídica actual (cumplimiento de la pena) con

una ley anterior. Se yerra también en torno al objeto que regulan los beneficios penitenciarios, pues, para decirlo una vez más, aquí no se discute si alguien cometió un delito, ni cómo lo cometió, ni el grado de participación que tuvo, ni la pena que merece. Y, en tercer lugar, se desconoce que la situación jurídica sobre la que versa un beneficio penitenciario, es el cumplimiento de una pena privativa de libertad.

### III. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: EL CASO DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO

1. La postura del TC en torno a este tema viene dada por el pronunciamiento hecho sobre una condena por delito contra la libertad de trabajo, en la que se impuso un año de privación de libertad, más la obligación de cancelar la suma de S/. 16.010,05 por concepto de beneficios sociales, así como el monto de S/. 500,00 por concepto de reparación civil. La pena fue suspendida bajo las reglas de conducta de no ausentarse del lugar de residencia, comparecer trimestralmente al Juzgado y reparar los daños ocasionados con el delito. El Juzgado requirió el condenado para que cumpla con cancelar el monto por beneficios sociales bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena<sup>(19)</sup>. Se discute si se trataría de una violación a la libertad individual atentatoria del art. 2.24.«e» Const., que establece que «no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios».

2. La excepción que contempla la Carta Magna a la imposibilidad de sufrir prisión por deudas en caso de incumplimiento de deberes alimentarios, se justifica porque «están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado»<sup>(20)</sup>. A este respecto el TC empieza su razonamiento señalando que la garantía constitucional de la no prisión por deudas «no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder

(19) Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002.

(20) Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002, fundamento 2.

punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados»<sup>(21)</sup>. Así, en la medida en que ejecución de la pena fue suspendida a condición de, entre otros, reparar el daño causado con el delito, el TC «considera que el pago de los beneficios sociales constituye, a la vez que un derecho del trabajador, una obligación del empleador, que no tiene naturaleza de sanción penal cuando ésta es ordenada por un juez en materia de trabajo o con competencias en materia laboral. En tal caso, la obligación de pago que pesa sobre el empleador asume el carácter de una obligación de naturaleza civil y, por lo tanto, su incumplimiento no puede concluir con la privación de la libertad locomotora del sentenciado. Sin embargo, cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar los beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal y, por otro, que su incumplimiento impida que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de libertad del sentenciado, establecida condicionalmente,...»<sup>(22)</sup>.

Lo dicho con respecto a este caso puede ser perfectamente aplicable a la Ley 27770, en cuanto que establece que una de las condiciones para la solicitud de la semilibertad es el pago del íntegro de la reparación civil o el otorgamiento de una garantía que fuera suficiente.

3. El razonamiento del TC puede ser resumido diciendo que ahí donde la deuda de naturaleza civil es decretada por el juez penal, muta su esencia, pasando de ser un beneficio social de naturaleza civil a sanción penal. Si se quiere evitar caer en el formalismo que significa que aquello decretado por el Juez penal es penal y lo resuelto por el Juez civil es civil, se tiene que establecer, en primer lugar, que cuando se condiciona la excarcelación del condenado al pago de la reparación civil, no es que se imponga una prisión por deudas, en el sentido de la prohibición del art. 2.24. «e» Const., sino que la comisión del delito y la responsabilidad penal del agente se encuentran ya acreditada. La prisión, entonces, no se genera por una situación de insolvencia del condenado. Y la situación no cambia cuando se suspende la ejecución de la pena bajo la condición de que se reparen los daños del delito. Y, en segundo lugar, que el pago de la repara-

(21) Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002, fundamento 2.

(22) Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002, fundamento 4.

ción civil pueda ser reemplazado por el otorgamiento de una garantía que sea suficiente e idónea para cubrir los daños. En el caso los beneficios sociales, o de otra deuda cuyas características la diferencian de una simple deuda (hay derechos laborales especiales no disponibles) hay que tener en cuenta dichas especificidades.

#### IV. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: EL CASO DE LA CADENA PERPETUA

1. Siguiendo una marcada tendencia en el Derecho Comparado (Alemania, Italia, Suiza, Francia, Argentina) y lo establecido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el TC ha afirmado que la cadena perpetua no es inconstitucional si existe la posibilidad de que el condenado acceda a mecanismos de excarcelación, vía beneficios penitenciarios, u otros, que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal<sup>(23)</sup>. Así, se ha establecido que a los 35 años de condena, el Juez debe revisar la sentencia de cadena perpetua, y establecer si procede la excarcelación en cuanto se hayan cumplido los fines de la pena. Esta parece ser una idea novedosa, que permitiría neutralizar los efectos de la cadena perpetua que son incompatibles con los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación que se buscan con la ejecución de las penas. Pues que se ofrece al condenado la esperanza de que, en efecto, y en algunos casos, pueda reincorporarse a la sociedad. No obstante, esta idea termina siendo incongruente con el mismo tenor de sentencia recaída en el Exp. N. 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003.

2. En efecto, en primer lugar, porque si se previera la posibilidad de conceder beneficios penitenciarios incluso a los condenados a cadena perpetua, o si existiera la obligación de que después de transcurrido un determinado número de años los jueces revisen las sentencias para verificar si el condenado cumple con aquello para lo cual se le encarceló, es porque existe, *a contrario*, también la posibilidad de que no se concedan los mentados beneficios penitenciarios. Esto quiere decir que la cadena perpetua, en aquellos casos en los que no se concedan los beneficios penitenciarios, será siempre perpetua y, aunque sean pocos casos, se seguirían verificando aquellos efectos incompatibles con la reeducación, rehabilitación y reincorporación, que son precisamente, los motivos que llevan al TC a exigir la posibilidad de que se concedan beneficios penitenciarios.

(23) Exp. N. 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003, fundamento 194

La única manera en la que la cadena perpetua deje de ser inconstitucional, según el propio discurso de la sentencia recaída en el Exp. N. 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003S, sería que la cadena perpetua no sea perpetua. Es decir; o bien se establece la obligación de que se concedan siempre y en todos los casos beneficios penitenciarios, o bien se le obliga al Juez no sólo a revisar la sentencia, sino también a excarcelar al condenado, o bien se declara inconstitucional a la cadena perpetua de una vez por todas y de manera clara y directa.

Si se considera que la cadena perpetua es *per ser* incompatible con la Constitución, hay que decirlo sin tapujos. Lo que no se debería hacer es proclamar los principios del Estado de derecho, interpretar la Constitución, invocar los fines del régimen penitenciario de reeducación, rehabilitación y reincorporación, y permitir que, aunque sea en pocos casos, sea posible internar a un sujeto toda su vida en la cárcel. Lo que no se puede hacer es declarar inconstitucional la cadena perpetua y para salvar esa inconstitucionalidad articular una medida (*posibilidad* de concesión de beneficios penitenciarios y consecuente excarcelación, ya sea a través de una ley o de la revisión de la sentencia) que en el fondo no hace sino solventar parcialmente el problema. Y esto por más que los tratados internacional y el derecho comparado digan lo que digan.

3. En segundo lugar, la posibilidad de excarcelación es incongruente con la propia STC, puesto que para aquellos casos en los que, por las razones que fueran, no se otorguen los beneficios penitenciarios, habría que aceptar que el fin que se persigue con la pena nada tendría que ver con la reeducación, rehabilitación y reincorporación, sino que sería retribución, pura y dura, o se buscaría librar a la sociedad de un elemento peligroso al cual se le considera irrecuperable. Esto, por un lado, sería atentatorio del principio de igualdad entre las personas. No se trata de negar que cuando se impone una pena se persigue retribuir al agente, pues según el propio TC<sup>(24)</sup> tal elemento es propio a toda pena, sino de que por mandato constitucional no se debe renunciar al derecho que tiene el condenado de, algún día, reinsertarse a la sociedad.

Todo esto, además, con independencia de que la concesión de beneficios penitenciarios pueda estar sujeta a decisiones arbitrarias, producto muchas veces de la voluntad política o a la presión política. La concesión del indulto o del derecho de gracia, que en derecho comparado se baraja

<sup>(24)</sup> Exp. N. 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003, fundamento 188.

como alternativa para neutralizar la perpetuidad de la cadena perpetua, es, por definición, producto de una decisión eminentemente política y, por lo mismo, puede mantenerse ajena a las funciones que con las penas se persiguen.

4. En tercer lugar, con la propuesta del TC se violaría el principio de igualdad, dado que en aquellos casos en los que el delito no amerita la pena de cadena perpetua no habría necesidad de comprobar si el delincuente, al finalizar su condena, ha alcanzado un nivel de respeto de los principios de la convivencia social, sino que tal resultado se presume. Pero para los delitos que se encuentran conminados con la pena de cadena perpetua sucedería lo contrario, pues cuando se dice que el Juez tiene que revisar la sentencia y determinar si el condenado cumple con aquello para lo cual se le encarceló<sup>(25)</sup>, explícitamente se exige la comprobación de si el sujeto, efectivamente, se ha rehabilitado. Y tal comprobación, por su propia naturaleza, será siempre insegura y ficticia, toda vez que si bien se puede aceptar que con la comisión de un delito se demuestra que el sujeto no respeta las reglas de la convivencia democrática (en otras palabras, un comportamiento que exterioriza desprecio por los bienes jurídicos protegidos), es mucho más difícil aceptar que por simple efecto del tiempo que el condenado pasa en la cárcel, éste logre adaptarse a tales reglas de convivencia (en otras palabras, no hay un comportamiento por parte del sujeto que así lo demuestre, simplemente se disminuyen las posibilidades de que éste pueda volver a atentar contra los bienes jurídicos durante el período que dura su internamiento merced, precisamente, a su aislamiento de la sociedad).

<sup>(25)</sup> Exp. N. 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003, fundamento 194.



# EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Luis Castillo Córdova<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Justificación del principio de proporcionalidad. 1. En Alemania. 2. En España. 3. En el Perú. III. La razonabilidad y la proporcionalidad en la jurisprudencia del TC. IV. Unidad esencial entre la razonabilidad y la proporcionalidad. V. Dimensiones del principio de proporcionalidad. 1. Triple juicio. 2. Juicio de idoneidad. 3. Juicio de necesidad. 4. El principio de proporcionalidad en sentido estricto. A) Relación razonable. B) Juicio complementario: el contenido constitucional de los derechos fundamentales. VI. Dos aplicaciones del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC. 1. El debido proceso material. 2. La razonabilidad de la duración de la detención preventiva. VII. Valoración final.

## I. INTRODUCCIÓN

Para definir la constitucionalidad tanto de la no intervención como de la intervención que el poder público pueda realizar sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental, existe una herramienta hermenéuti-

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional, Protección Jurídica de Derechos Humanos y en el Master de Derecho de la Universidad de Piura.

ca de primer orden: el principio de proporcionalidad. Se trata de definir en cada caso concreto y con base al mencionado principio, si la intervención o la inacción del poder político se desarrollan según los cauces constitucionales o no.

No ha sido ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (TC) el empleo de los juicios en los que se compone el principio de proporcionalidad. Como se tendrá oportunidad de hacer notar, el TC ha invocado y aplicado este principio en varias situaciones en las que se encontraba en juego algún derecho fundamental. La finalidad de este trabajo es precisamente mostrar y valorar la aplicación de este principio en la jurisprudencia del TC.

Para ello se ha creído conveniente, en primer lugar, empezar con la justificación constitucional del principio, advirtiendo cuál ha sido no sólo en el peruano, sino también en otros como el alemán o el español de influencia en la jurisprudencia del TC. Vista la justificación, se hará una breve referencia a las confusiones y oscuridades que pueden encontrarse en la jurisprudencia del TC, para inmediatamente, con base también en pronunciamientos del TC, formular el entendimiento y la operatividad lógica de este principio. Una vez definido que es posible un entendimiento constitucionalmente correcto del principio, se muestran dos casos en los que el TC ha aplicado el principio de proporcionalidad: para la determinación de la dimensión material del debido proceso, y para la determinación de la razonabilidad en la duración de la detención preventiva. Finalmente, se hará una breve y general valoración de la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC.

## II. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

### 1. En Alemania

Para entender mejor el principio de proporcionalidad conviene empezar su estudio adentrándonos –aunque brevemente– en las razones que, con base en la norma constitucional, se han presentado en el ordenamiento constitucional alemán y español para fundamentar la vigencia y plena efectividad del principio.

En lo que respecta al primero de ellos, el alemán, su estudio se justifica porque fue en ese sistema donde tuvo su origen la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad en el Derecho continental

européa a cuya tradición pertenece el derecho peruano<sup>(1)</sup>. Concretamente tiene su origen en las sentencias de finales del siglo XIX del Tribunal Supremo Administrativo en el área del Derecho de policía.

Actualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha hecho radicar el fundamento del principio en la cláusula del Estado de derecho que viene recogido en el artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en el que se dispone que “[e]l orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental (...)”.

En este sentido el mencionado Tribunal Constitucional alemán tiene expresado que “[e]n la República federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio de Estado de Derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el poder político más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos”<sup>(2)</sup>.

## 2. En España

Es del mismo modo relevante saber cual ha sido la fundamentación que se le ha dado a este principio en el ordenamiento constitucional español debido a que el TC peruano dirige regularmente su interés a la jurisprudencia de su homólogo español para afirmar o adoptar criterios jurisprudenciales. Un primer fundamento de este principio en el ordenamiento jurídico español lo constituye la interdicción de la arbitrariedad garantizada por la Constitución española en el artículo 9.3 CE<sup>(3)</sup>. Esta interdicción de la arbitrariedad ha sido entendida no sólo como prohibición de exceso en la actuación del poder, sino también como el mandato de actuar razonable o proporcionalmente cuando se trata de afectar derechos constitucionales.

(1) En la tradición jurídica anglosajona, la exigencia de razonabilidad hunde sus raíces en el *due process of law* (debido proceso legal), cuyos antecedentes remotos se encuentran en la Carta Magna impuesta por los nobles ingleses al Rey Juan sin Tierra.

(2) BVerfGE 19, 342 y 348.

(3) El mencionado dispositivo constitucional establece que: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

El Tribunal Constitucional español, por su parte y en esta misma línea, ha manifestado que el principio de proporcionalidad "exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución"<sup>(4)</sup>.

Un segundo fundamento, y de la misma manera a lo que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán, el principio de proporcionalidad ha sido hecho radicar en la cláusula de Estado de derecho que, en el ordenamiento constitucional español se encuentra recogida en el artículo 1.1 CE, en el que se dispone que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Así, el Tribunal Constitucional español tiene manifestado que "al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho"<sup>(5)</sup>.

Como tercer fundamento, y con base en la proclamación de la justicia como valor superior en la comunidad política española (artículo 1.1 CE), se ha afirmado que el principio de proporcionalidad viene justificado por las exigencias de justicia material. Así por ejemplo, tiene declarado el Tribunal Constitucional español en referencia al principio de proporcionalidad predicado de la labor del legislador penal, que la norma desproporcionada "socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"<sup>(6)</sup>.

### 3. En el Perú

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las constituciones alemana y española, se ha previsto en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción. Precisamente se trata del último párrafo

<sup>(4)</sup> STC 50/1995, de 23 de febrero, f. j. 7.

<sup>(5)</sup> STC 85/1992, de 08 de junio, f. j. 4.

<sup>(6)</sup> STC 55/1996, de 28 de marzo, f. j. 8

del artículo 200 CP, en el que se dispone que “[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza [acciones de garantía] en relación con derechos restringidos o suspendidos [en un régimen de excepción], el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

Es este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Ha establecido el mencionado TC que “[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”<sup>(7)</sup>.

El TC, como se puede concluir de su declaración trascrita, acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el TC, sino que éste –al igual que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán y español– también hace fundar aquel principio en la cláusula del Estado de derecho y, complementariamente, en el valor justicia. Así, tiene manifestado el TC que “[e]n la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”<sup>(8)</sup>.

En la medida que el Estado de Derecho se define a partir del sometimiento del poder político a las normas del ordenamiento jurídico estatal y, especialmente, a la primera de esas normas que es la Constitución, se

(7) EXP. N.º 0010-2000-AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138.

(8) Idem, f. j. 140.

puede considerar que la cláusula del Estado de Derecho viene recogida en el artículo 45 CP, al disponer que «[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

No hay duda que el Estado de Derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujeta también a los dispositivos constitucionales que reconocen y garantizan derechos, sujeción que le obliga a un respeto irrestricto de los mismos y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada, es decir, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Pero esta exigencia de que toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que –nunca debe olvidarse– se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado (artículo 1 CP). El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad que son sus derechos fundamentales, se realice de modo *digno*, es decir, que se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado.

Muy de la mano de la concepción de la persona humana como fin del Estado y el consecuente respeto irrestricto de su dignidad, se encuentra las exigencias de justicia material. Sólo son tratos *dignos* con la naturaleza humana los tratos justos; los tratos injustos atentan contra la propia dignidad del hombre. Precisamente el principio de proporcionalidad –como se verá más adelante– sirve para establecer en cada caso concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a las exigencias del valor justicia. Y es que el mencionado principio encarna una idea elemental de justicia material al proscribir toda injerencia inútil, innecesaria o desproporcionada en un derecho constitucional. Por lo demás, resulta inconcebible pensar en un verdadero Estado de Derecho desvinculado del valor justicia.

### III. LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Una de las primeras conclusiones que se obtiene de la lectura de la jurisprudencia del TC sobre el principio de proporcionalidad o

razonabilidad es la falta de unidad en su línea jurisprudencial, cuando no de claridad. Variadas –y no siempre uniformes– declaraciones sobre lo que es este principio y sobre su lógica operativa pueden detectarse en la jurisprudencia del TC.

Un primer grupo de ellas definen la razonabilidad como algo distinto a la proporcionalidad, según exista un criterio objetivo en la relación entre el acto, la finalidad y el medio. Así, para el TC, “la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado”<sup>(9)</sup>. Complementariamente tiene manifestado el TC que “[p]or virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”<sup>(10)</sup>. Este principio de razonabilidad vendría a significar algo distinto que el principio de proporcionalidad. Este principio se definiría como aquel en cuya virtud se “exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”<sup>(11)</sup>.

Pero el TC no sólo ha hablado de *razonabilidad*, principio de *razonabilidad*, sino que también ha hecho mención del *test de razonabilidad*. Ha dicho el TC que “[m]ediante este test se controla, en primer lugar, si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación; en segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación y, finalmente, se determina si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad”<sup>(12)</sup>.

Este test de razonabilidad, tal y como el TC lo ha definido vendría a equivaler al test de proporcionalidad, que a su vez es algo distinto a la

(9) EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, de 05 de julio de 2004, f. j. 35.

(10) EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, de 18 de febrero de 2005, f. j. 6.

(11) Ibidem.

(12) EXP. N.º 1277–2003–HC/TC, de 17 de junio de 2003, f. j. 6. Igual justificación se encuentra en el EXP. N.º 0649–2002–AA/TC, de 20 de agosto de 2002, f. j. 3; y en EXP. N.º 2090–2003–HC/TC, de 16 de septiembre de 2003, f. j. 5.

razonabilidad. En efecto, tiene dicho el TC en referencia a la intervención del Estado en la economía que "además de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental pueda por sí sola legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas (de tales alternativas) debe deducirse si, en efecto, ellas eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos. En otros términos, *se trata de practicar el consabido test de proporcionalidad* en la verificación de la constitucionalidad, o no, de la decisión o decisiones adoptadas"<sup>(13)</sup>.

Como se puede apreciar, para el TC no es suficiente la legitimidad de un fin para justificar una medida de intervención, es decir, no es suficiente la razonabilidad de la medida. Sino que además es necesario se apruebe el test de proporcionalidad, que tal y como lo definió antes el TC, vendría a ser lo mismo que el test de razonabilidad. Para mayor confusión y perplejidad, hay declaraciones del TC en las que uno y otro test no son equivalentes. Así, tiene dicho que "los actos realizados por la emplazada, y las disposiciones sobre las cuales ha sustentado su negativa de proporcionar los documentos (...), habrán de evaluarse con el test de razonabilidad y, en su caso, el de proporcionalidad"<sup>(14)</sup>.

Complementariamente, no es extraño encontrar en la jurisprudencia del TC oscuridades como el intento de diferenciar entre razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad. Tiene dicho el TC que una medida para que se ajuste al principio de igualdad debe acreditar, entre otras cosas, "c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad, y e) La existencia de racionalidad, es decir, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue"<sup>(15)</sup>. Como se puede comprobar, llama racionalidad a lo que antes llamó test de proporcionalidad, test de razonabilidad y proporcionalidad.

(13) EXP. N.º 0708-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2005, f. j. 9. La cursiva de la letra es añadida. Este criterio jurisprudencial se repite en la sentencia al EXP. N.º 0017-2004-AI/TC, de 06 de junio de 2005, f. j. 6.

(14) EXP. N.º 2579-2003-HD/TC, de 06 de abril de 2004, f. j. 7.

(15) EXP. N.º 1875-2004-AA/TC, de 05 de octubre de 2004, f. j. 5.



Incluso, el intento de diferenciar al interior de la razonabilidad misma una supuesta significación cualitativa de otra cuantitativa puede dejar absorto incluso al lector más avezado. Dijo el TC que la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La primera “pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc”<sup>(16)</sup>. Mientras que la segunda, “pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias”<sup>(17)</sup>.

En ninguno de estos intentos de diferenciación teórica, el TC obtuvo algún beneficio que le ayudase a resolver el caso que tenía entre manos. Pero no sólo fue un intento inútil, sino que generaba oscuridades. Sin embargo, de esta doctrina jurisprudencial del TC que es más bien dispersa, es posible realizar una conformación del verdadero significado y de la lógica operativa de este principio, como se pasa a estudiar.

#### IV. UNIDAD ESENCIAL ENTRE LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD

Se empezará a entender mejor la figura que ahora se estudia, así como su aplicación en la medida que el punto de partida de la argumentación sea la esencial identidad entre el principio o test de razonabilidad y el principio o test de proporcionalidad. No lo tiene complicado el TC si se le recuerda que tiene declaraciones en las que propone un mismo entendimiento y significación. Ha manifestado el TC que “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el mar-

(16) EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, f. j. 10.6.

(17) *Ibidem*.

co de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable"<sup>(18)</sup>. Y es que "más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad"<sup>(19)</sup>.

Se consolida este entendimiento unitario si se concibe que la proporcionalidad o razonabilidad significan exactamente lo contrario a arbitrariedad. Es decir, lo razonable y proporcionado supone el rechazo de todo acto o norma arbitraria, arbitrariedad entendida como "el reverso de la justicia y el derecho"<sup>(20)</sup>, y como "lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo"<sup>(21)</sup>. La unidad del principio de razonabilidad y de proporcionalidad le viene por oposición al principio de interdicción de la arbitrariedad tan consolidado en la jurisprudencia del TC<sup>(22)</sup>. Por lo que a partir de ahora, como se hará en este trabajo, convendrá referirse indistintamente a la proporcionalidad o razonabilidad cuando se quiera rechazar la actuación (normativa o no) arbitraria del poder, e incluso de los particulares respecto –especialmente– de los derechos constitucionales.

## V. DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

### 1. Triple juicio

Afirmado esto, debe decirse que cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad se habla fundamentalmente de evitar la actuación arbitraria del poder, en particular, cuando se refiere de su actuación respecto de los derechos constitucionales o fundamentales. En palabras del TC, "[e]l principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discre-

<sup>(18)</sup> EXP. N.º 2192-2004-AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 15.

<sup>(19)</sup> EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, de 05 de julio de 2004, f. j. 35. Igual declaración se encuentra en la sentencia al EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, f. j. 10.6.

<sup>(20)</sup> EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, citado, f. j. 12.

<sup>(21)</sup> *Ibidem*.

<sup>(22)</sup> Sólo por citar recientes sentencias, se tiene la del EXP. N.º 1803-2004-AA/TC, de 25 de agosto de 2004; EXP. N.º 1529-2004-AA/TC, de 16 de noviembre de 2004; EXP. N.º 3637-2004-AA/TC, de 17 de diciembre de 2004; EXP. N.º 4241-2004-AA/TC, de 10 de marzo de 2005.

cional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos<sup>(23)</sup>.

Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la afectación que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de esa afectación. Este principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu estricto*. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Estos tres juicios no han sido ajenos, al menos no en su enunciación, a la jurisprudencia del TC.

## 2. Juicio de idoneidad

El juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida.

El TC peruano en más de una oportunidad ha aplicado el juicio de idoneidad para determinar la proporcionalidad de una medida. Así, por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad que presentó el colegio de Notarios de Junín contra el artículo 7 de la ley 27755, disposición legal por

---

(23) EXP. N.º 0006-2003-AI/TC, de 01 de diciembre de 2003, f. j. 9.

la que se permitía que aquellos inmuebles que tuviesen un valor no mayor de 20 UIT puedan ser inscritas sin escritura pública, sino simplemente mediante un formulario registral legalizado por notario<sup>(24)</sup>.

El TC sometió a un *test* de proporcionalidad la medida legislativa impugnada, y como primer paso se formuló el juicio de idoneidad antes expuesto. Siguiendo el *iter* propio del juicio de idoneidad, el mencionado TC se preguntó en primer lugar por el fin de la medida: "es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo"<sup>(25)</sup>.

En segundo lugar se preguntó por la legitimidad del fin encontrado: "es reconocible la intención del legislador, quien, a través de la utilización del formulario registral, procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro del mismo"<sup>(26)</sup>.

Como último paso del juicio de idoneidad, el TC se preguntó si la medida era en sí misma capaz de alcanzar la finalidad que perseguía: "se puede concluir razonablemente que la reducción de los costos de transacción en la búsqueda de inscribir el derecho de propiedad, generará que un mayor número de personas puedan acceder a dicha inscripción, razón por la cual se entiende que la medida adoptada es idónea para alcanzar el objetivo que se busca"<sup>(27)</sup>.

Más recientemente este juicio fue empleado igualmente por el TC en la sentencia al Exp. 2235-2004-AA/TC, en el que se reitera el criterio adop-

(24) El mencionado dispositivo legal establecía que "[v]encido el plazo del proceso de integración de los registros previsto en el artículo 2º de la presente Ley, todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)".

(25) EXP. N.º 0016-2002-AI/TC, de 30 de abril de 2003, f. j. 6.

(26) *Idem*, f. j. 7.

(27) *Idem*, f. j. 8.

tado en la del Exp. 0050-2004-AI/TC. A la primera dimensión del juicio de idoneidad hizo mención el TC cuando manifestó que se “exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales”<sup>(28)</sup>. A la segunda dimensión de este primer juicio refirió el TC cuando declaró que “[e]l principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo”<sup>(29)</sup>.

### 3. Juicio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue.

El TC también ha acudido al juicio de necesidad como elemento del principio de proporcionalidad. Así, lo ha empleado como elemento del *test* de proporcionalidad que aplicó al ya citado artículo 7 de la Ley 27755 en su afán de determinar si se trataba o no de una norma constitucional. Dijo el TC que “para concluir la proporcionalidad de la disposición cuestionada, no es suficiente la legitimidad del propósito buscado, ni tampoco la adecuación de la medida al fin perseguido. Es imprescindible valorar la necesidad de que sea esa medida la utilizada y no otra la que pueda sacrificar en menor grado el principio constitucional comprometido, en este caso, la seguridad jurídica. A efectos de determinarse la necesidad o no de la medida adoptada, es del caso preguntarse cuál es el verdadero grado de afectación que sufre el principio de la seguridad jurídica, cuando se

(28) EXP. N.º 2235-2004-AA/TC, f. j. 6. Esta sentencia aparece con fecha 18 de febrero de 2005, que fue la fecha de vista de la causa. Pero esta no puede haber sido la fecha de expedición de la sentencia porque reitera conceptos que sobre el principio de proporcionalidad vertió en la sentencia al EXP. N.º 0050-2004-AI/TC, de 03 de junio de 2005.

(29) *Ibidem*.

propone como alternativa la utilización del formulario registral legalizado por Notario Público, en lugar de la escritura pública<sup>(30)</sup>. En este último caso puede concluirse que el TC considera superado el juicio de necesidad al afirmar que "si bien la alternativa de uso de formularios reduce los alcances de la protección que dispensa la seguridad jurídica, ésta no se ve desvirtuada desde que se exige que el formulario registral sea 'legalizado por Notario Público' "<sup>(31)</sup>.

Igualmente, en el Exp. 2235-2004-AA/TC, también citado, mencionó el TC que "el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental"<sup>(32)</sup>.

De modo que "[c]omo quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder Legislativo, este Tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisfecerá este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado"<sup>(33)</sup>.

En otra oportunidad, y por citar un ejemplo más acerca del reconocimiento del juicio de necesidad, el TC peruano estableció que "la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva"<sup>(34)</sup>.

#### 4. El principio de proporcionalidad en sentido estricto

##### A) *Relación razonable*

Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante

(30) EXP. N.º 0016-2002-AI/TC, citado, f. j. 9.

(31) *Ibidem*.

(32) EXP. N.º 2235-2004-AA/TC, citado, f. j. 6.

(33) *Ibidem*.

(34) EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002, f. j. 12.

de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una *relación razonable* con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una *relación razonable* cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada.

Para continuar con el caso referido al artículo 7 de la Ley 27755, y sobre el cual ya se estudiaron los juicios de idoneidad y necesidad que hace el TC, se debe decir que este también ha formulado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Así se puede concluir de haber afirmado que “si bien el formulario registral legalizado por Notario no goza de la solemnidad de una escritura pública, se ha optado por una medida que no termina por desvirtuar la seguridad jurídica, sino que, respetándola dentro de términos todavía razonables, presenta una opción legislativa proporcional frente al fin legítimo que se pretende alcanzar”<sup>(35)</sup>.

Igualmente dijo el TC, invocando lo declarado en la sentencia al Exp. 0050-2004-AI/TC, que según “el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”<sup>(36)</sup>.

#### B) *Juicio complementario: el contenido constitucional de los derechos fundamentales*

Definida como se ha hecho la *relación razonable* debe llegarse a admitir que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo. Es decir, este juicio permite concluir que una medida es razonable si se produce una afectación del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad. Pero la aplicación estricta de esta concepción costo-beneficio corre el riesgo de que con su ejecución se termine vulnerando derechos fundamentales. En efecto, si a mayor importancia o trascendencia del fin se ha de permitir una mayor restricción del derecho fundamental, entonces, no habría problema para

(35) EXP. N.º 0016-2002-AI/TC, citado, f. j. 9.

(36) EXP. N.º 2235-2004-AA/TC, citado, f. j. 6.

admitir que una finalidad especialmente relevante podría terminar por aniquilar un derecho fundamental en un caso concreto. Es decir, la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puede terminar desnaturalizando el contenido constitucional de un derecho fundamental, y con ello, legitimando una medida inconstitucional. Por este camino y en buena cuenta, los derechos fundamentales no actuarían como verdaderos y eficaces límites a la actuación del poder político, pues a éste nunca le faltarán buenas razones (“razones de Estado”) para decretar verdaderas desnaturalizaciones y violaciones de los derechos fundamentales.

Este riesgo, sin embargo, puede ser controlado si al principio de razonabilidad o proporcionalidad se le añade un último juicio: el del contenido esencial de los derechos fundamentales. Este juicio afirma que todo derecho fundamental cuenta con un contenido constitucional, el cual es único, limitado, ilimitable y delimitable. En ningún caso, por tanto, podrá justificarse un beneficio que afecte al derecho constitucional en su contenido esencial, entendiéndose como un único contenido que todo él brota de la esencia del derecho. Esta lógica del juicio del contenido constitucional del derecho fundamental, tampoco ha sido extraña al TC, quien tiene mencionado que “si bien las restricciones a derechos son admitidas *prima facie*, el principio de proporcionalidad –también conocido como prohibición del exceso–, impide la injerencia desproporcionada sobre los mismos, evaluación que debe medirse en conjunto con otro límite, cual es, la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho”<sup>(37)</sup>.

## VI. DOS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

### 1. El debido proceso material

Es criterio jurisprudencial consolidado que cuando se habla de la defensa del derecho constitucional, se habla tanto de su dimensión formal como de su dimensión material. Bien ha hecho el TC al establecer que son ambas dimensiones las que entran en juego cuando se trata del proceso debido. Ha mencionado el TC que “[l]a noción de proceso regular está doctrinal y jurisprudencialmente vinculada al debido proceso, tanto en su vertiente adjetiva como en sus connotaciones materiales”<sup>(38)</sup>, y es que la

<sup>(37)</sup> EXP. N.º 0731-2004-HC/TC, de 16 de abril de 2004, f. j. 11.

<sup>(38)</sup> EXP. N.º 0808-2003-HC/TC, de 24 de abril de 2003, f. j. 1.



garantía del debido proceso “no sólo tiene una faceta o dimensión formal, sino también una faceta o dimensión sustantiva”<sup>(39)</sup>. Pues bien, el TC ha acudido al principio de razonabilidad para dar contenido a la dimensión material o sustantiva del debido proceso. Dijo el TC que la violación del debido proceso “no sólo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también *cuando no se observa un mínimo criterio de justicia*, es decir, un criterio objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>(40)</sup>. Se parte, entonces, del entendido que la razonabilidad, “en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia”<sup>(41)</sup>.

Y la negación de arbitrariedad como manifestación del debido proceso material la ha predicado igualmente de los procesos judiciales, administrativos y privados. Para el TC, con razón, “así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contravienen los derechos y principios de quien es procesado judicial, administrativa o corporativamente, dicho atributo es igualmente distorsionado, en términos materiales o sustantivos, cuando, (...) no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada”<sup>(42)</sup>.

Si bien se ha predicado de los tres tipos de procesos, ha sido respecto del derecho sancionador administrativo en el que más se ha invocado y aplicado este principio. El TC ha acudido al principio de proporcionalidad para rechazar una sanción administrativa precisamente por irrazonable. De manera general tiene declarado el TC que “en el ejercicio de la potestad sancionadora, los órganos de la administración pública están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Constitución. Esta restricción se impone por las exigencias que se derivan del derecho al debido proceso sustantivo, entre otras que el resultado de una sanción en el plano administrativo no sólo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>(43)</sup>.

(39) EXP. N.º 0439-1999-AA/TC, de 13 de abril de 2000, f. j. 3.

(40) EXP. N.º 2502-2004-AA/TC, de 08 de noviembre de 2004, f. j. 4.

(41) EXP. N.º 0976-2001-AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 17.

(42) EXP. N.º 0061-2002-AA/TC, de 21 de octubre de 2002, f. j. 4.

(43) EXP. N.º 0882-2002-AA/TC, de 05 de diciembre de 2002, f. j. 5.a.

Así, el caso en el que el demandante, servidor municipal, abandonó el recinto edil sin autorización pero sí con *visación* de una autoridad competente. En este caso la sanción impuesta fue suspensión por 30 días sin goce de haberes en su centro de trabajo, la misma que fue encontrada desproporcionada por el TC: “[a]unque las disposiciones administrativas de la demandada no establecen equivalencia entre ‘autorización’ y ‘visación’, en su condición de trámites previos para ausentarse de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, la exigencia de contar con una ‘autorización’ (y no sólo con la ‘visación’) no es motivo suficiente para justificar una sanción tan drástica como la impuesta, pues si bien se produjo una irregularidad administrativa, a la luz de los hechos descritos la decisión administrativa deviene en desproporcionada, mensurando la falta cometida y el contexto en que ésta se produce”<sup>(44)</sup>.

Otro fue el caso en el que el demandante en Amparo –un agente policial– fue sancionado con el pase de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria y, posteriormente a la situación de retiro. Ello obedeció a supuestas faltas contra la moral debido a que el demandante había convivido con una mujer que había sido condenada a pena privativa de libertad en un proceso penal, pena que había cumplido ya. Para el TC, esta sanción “no contiene ningún sustento de razonabilidad o sentido común, en tanto que no puede considerarse una falta o infracción una conducta propia del comportamiento humano, tan elemental como las relaciones afectivas y las consecuencias derivadas de ellas. Sostener que se desprestigia a la institución por el hecho de que un efectivo policial convive con una persona que en algún momento de su vida pudo tener problemas legales, supone no sólo negar la capacidad de autodeterminación personal de cada individuo, con la consiguiente negación de su dignidad humana, sino también la transgresión del derecho de toda persona, en algún momento condenada, a reeducarse, rehabilitarse y reincorporarse al seno de la sociedad, como se propugna desde la propia Constitución”<sup>(45)</sup>.

También fue el caso en el que un magistrado del Poder judicial, fue sancionado con destitución por el Consejo Nacional de la Magistratura, acusado de que había emitido una resolución judicial para favorecer a un procesado penalmente. Sobre esta sanción dijo el TC que “no se aprecia

<sup>(44)</sup> Idem, f. j. 5.c.

<sup>(45)</sup> EXP. N.º 1184–2001–AA/TC, de 03 de junio de 2003, f. j. 4.

esa razonabilidad y proporcionalidad en la sanción impugnada considerando que los motivos que dieron lugar ella no tienen un correlato con las acciones realizadas por el demandante, en la medida en que, tal como se ha expresado, de las dos opciones que la ley franqueaba se optó por aquella menos favorable al imputado, por lo que el argumento en que se funda la imputación no resulta contundente<sup>(46)</sup>.

En estos casos el TC no examina la constitucionalidad de la medida sancionadora a través de los juicios en los que se compone el principio de proporcionalidad. Pero sin duda, aunque no los manifieste expresamente, subyacen en su análisis. Y es que una medida inidónea o innecesaria o desproporcionada en sentido estricto, es una medida injusta e inconstitucional. De esta manera, una sanción podrá cuestionarse por desproporcionada al no ser una medida idónea para alcanzar la finalidad que se persigue con su establecimiento; o siendo idónea se conseguía esa misma finalidad a través de otra medida menos restrictiva del derecho fundamental; o, en fin, por significar una afectación desequilibrada en relación al fin perseguido.

Eso sí, ha dejado igualmente establecido el TC que él conocerá de cuestionamientos de resoluciones, no porque se haya convertido en una "suprainstancia de revisión de resoluciones"<sup>(47)</sup>, sino sólo en cumplimiento de su función de defensa de los derechos constitucionales, en este caso, del debido proceso material. Y es que, nos recuerda el TC que es "el supremo órgano de control de la constitucionalidad, capaz de asegurar, en las decisiones del Poder Judicial, la vigencia efectiva de los derechos ciudadanos garantizados por la Constitución y la ley"<sup>(48)</sup>. Esta afirmación que la formula expresamente de las resoluciones judiciales, puede igualmente hacerse extensiva a las resoluciones administrativas, arbitrales, militares y privadas.

En todo caso, y en referencia a las resoluciones judiciales, recuerda igualmente el TC que esta labor de revisar la actuación del juzgador por posible agresión de derechos constitucionales, la realizará tomando en consideración que el juez no está vinculado con una única solución, sino que tiene un marco de actuación dentro del cual sus respuestas pueden

(46) EXP. N.º 1411-2004-AA7TC, de 30 de junio de 2004, f. j. 7.d.

(47) EXP. N.º 2381-2004-HC/TC, de 12 de agosto de 2004, f. j. 5.

(48) EXP. N.º 3380-2004-HC/TC, de 28 de diciembre de 2004, f. j. 9.

ser igualmente razonables. Dijo el TC que "la función del juzgador supone un ejercicio de apreciación que se manifiesta en que, en la interpretación y aplicación de las leyes, dispondrá de varias opciones en las cuales, mientras no se transgredan los márgenes inalienables de racionalidad o razonabilidad, no cabe, a través de la acción de Hábeas Corpus, inmiscuirse en ellas"<sup>(49)</sup>.

## 2. La razonabilidad de la duración de la detención preventiva

El principio de proporcionalidad o razonabilidad ha servido igualmente para definir si la afectación del derecho a la libertad se convertía en arbitraria por la duración del mandato de detención judicial. Se trata de partir del hecho que en el caso concreto la medida de detención judicial preventiva se ha ajustado a los requerimientos del principio de proporcionalidad o razonabilidad. Ha sido idónea en tanto tiene un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante (el debido procesamiento de un supuesto delincuente, de modo que sea posible el cumplimiento de una eventual condena). Ha sido igualmente una medida necesaria según el concreto peligro procesal que se quiso combatir; y ha sido proporcionada en estricto sensu porque existe una relación de equilibrio entre la afectación de la libertad y el fin pretendido. Pues bien, de lo que se trata es de determinar si una medida que es proporcionada y razonable en su origen, no puede devenir en desproporcionada e irrazonable por el transcurso del tiempo. Es decir, si la duración de la medida no termina por violar el contenido constitucional del derecho a la libertad.

Como se sabe, la razonabilidad del plazo no viene definida por el plazo máximo legal. Una duración es razonable cuando está debida y plenamente justificada en una serie de circunstancias que singularizan el caso concreto. La definición legal de un plazo máximo lo único que determina es que la detención preventiva que vaya más allá de ese plazo debe entenderse necesariamente como irrazonable.

Una detención preventiva puede convertirse en irrazonable antes del vencimiento del plazo legal máximo porque se configura en función de las circunstancias concretas de cada caso, y porque la única virtualidad que a estos efectos se ha de reconocer a la previsión legislativa de un plazo máximo es que más allá de ese plazo la detención es irrazonable. En este

<sup>(49)</sup> EXP. N.º 3184-2003-HC/TC, de 11 de mayo de 2004, f. j. 1.

sentido se ha movido el parecer del TC, quien ha sido claro al establecer que “[a]unque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendiendo a las circunstancias del caso, excede de lo razonable”<sup>(50)</sup>. Para determinar lo razonable hay que acudir a las circunstancias que definen el caso concreto. En términos del TC, “para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto”<sup>(51)</sup>.

¿Por qué hay que acudir a estos elementos fácticos? Porque, como bien ha dicho el TC, “no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito”<sup>(52)</sup>.

Esto significa que debe hacerse referencia a una serie de criterios y pautas que ayudarán a establecer en cada caso concreto la duración razonable de una concreta detención preventiva<sup>(53)</sup>. Se trata, en palabras del TC, de criterios o pautas que, “aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario”<sup>(54)</sup>.

La primera pauta debe ser la consideración de la finalidad de la medida de detención preventiva. No debe olvidarse la naturaleza cautelar que tiene esta medida y, por tanto, la exigencia de que sólo debe durar en tanto se verifique el cumplimiento de los requisitos que dieron origen a la medida (con un máximo igual al plazo legal), es decir, mientras sea necesaria para alcanzar la finalidad como medida cautelar. En otras palabras, mientras subsista el peligro procesal que se quiso neutralizar. Ha dicho el TC que la duración de la prisión preventiva, “debe ser tan solo la que se

(50) EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, citado, f. j. 18.

(51) EXP. N.º 2915-2004-HC/TC, citado, f. j. 16.

(52) EXP. N.º 2798-2004-HC/TC, de 09 de diciembre de 2004, f. j. 28.

(53) Estas pautas deben servir igualmente para determinar la razonabilidad —y por tanto, la justificación— de la resolución en la que se dispone la prórroga del plazo máximo en la detención preventiva judicial.

(54) EXP. N.º 2915-2004-HC/TC, citado, f. j. 17.

considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato”<sup>(55)</sup>.

La segunda pauta que debe tomarse en consideración es la naturaleza y complejidad del asunto que se procesa y del proceso en sí mismo. A decir del TC, “[e]s menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculcados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”<sup>(56)</sup>.

La tercera pauta que debe tenerse en cuenta al momento de determinar la razonabilidad de la duración de la detención preventiva, es la actitud y comportamiento llevado a cabo por las partes del proceso. Esto supone necesariamente mirar tanto hacia el juez penal como hacia el procesado.

En lo que respecta al órgano judicial, se debe examinar si su actuación ha sido dirigida por la diligencia debida. Se debe examinar, entonces, “la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculcado se encuentre en condición de detenido”<sup>(57)</sup>. Y es que, “[e]s deber del juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculcado se encuentre en condición de detenido”<sup>(58)</sup>. Si el órgano judicial que ha decidido llevar el proceso con la prisión del procesado, no ajusta su comportamiento a un deber de diligencia, entonces, “una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad”<sup>(59)</sup>.

<sup>(55)</sup> EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, citado, f. j. 18.

<sup>(56)</sup> Idem, f. j. 19.

<sup>(57)</sup> Ibidem.

<sup>(58)</sup> EXP. N.º 2915-2004-HC/TC, citado, f. j. 18.

<sup>(59)</sup> Idem, f. j. 19.

En lo que respecta al procesado se debe examinar si su actuación ha sido manifiestamente obstruccionista al normal desenvolvimiento del proceso penal. Como ha dicho el TC, se debe examinar "la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstruccionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)"<sup>(60)</sup>. Una conducta que normalmente es empleada por el procesado con la intención de dilatar el proceso es "la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones"<sup>(61)</sup>.

Estas pautas son las que ayudarán a definir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la duración de la detención preventiva a fin de determinar si se trata de una duración proporcionada o razonable. Así, la primera de las mencionadas pautas define el juicio de idoneidad en el caso concreto. Igualmente, las otras dos mencionadas pautas, ayudan a definir la necesidad y la *relación razonable* que debe subyacer en la duración concreta de una prisión judicial preventiva. De modo que, por ejemplo, una determinada duración de esta medida puede ser irrazonable por no ser apta para lograr el fin perseguido; o siendo apta, hay

(60) EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, citado, f. j. 19.

(61) EXP. N.º 2915-2004-HC/TC, citado, f. j. 28. En todo caso, debe insistirse en que el recurso debe ser manifiestamente improcedente, es decir, sin ninguna probabilidad de ser amparado por el juez. Si se trata de reiteración de recursos cuya manifiesta improcedencia no es clara, su interposición no debe ser considerada como conducta obstruccionista. Y esto es especialmente importante resaltar porque, entre otras cosas, la subsistencia de la detención preventiva viene subordinada a la subsistencia de sus presupuestos, de modo que es deber del juez evaluar con cierta constancia la continuación o desaparición de los referidos presupuestos. Bien dice el TC cuando afirma que "en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada". *Idem*, f. j. 30.

medidas igualmente eficaces y menos restrictivas del derecho; o, en fin, puede ser una duración que siendo idónea y necesaria, ha generado un manifiesto desequilibrio entre la afectación del derecho y la finalidad que se intenta conseguir.

## VII. VALORACIÓN FINAL

El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si una actuación estatal e incluso privada, debe tener cobertura constitucional por no ser arbitraria y ajustarse al respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Se trata de determinar si una medida referida a un derecho fundamental se ajusta a las exigencias de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y de respeto al contenido constitucional del derecho fundamental.

La jurisprudencia del TC sobre este principio no es del todo clara y precisa. Se trata de una doctrina jurisprudencial que no escapa a formulaciones teóricas vanas que en el peor de los casos no sólo no ayuda a resolver las cuestiones litigiosas que se plantean, sino que genera oscuridades y confusiones. Habrá que resaltar, sin embargo, que en la misma jurisprudencia del TC pueden encontrarse pronunciamientos en la línea de la significación y lógica operativa del principio de proporcionalidad. Estos pronunciamientos abren un camino que ayuda a vislumbrar la aplicación correcta del principio y, por tanto, la solución constitucional de las controversias. Ese camino empieza afirmando la esencial identidad y unidad entre la razonabilidad y la proporcionalidad, al punto que se hace jurídicamente su distinción. Y continua este camino, como se ha tenido oportunidad de mostrar, a través de la distinción y formulación correctas de los juicios en los que se compone el principio de proporcionalidad. Debe darse cuenta el TC que ese es el camino que debe seguir andando y que le obliga a deshacerse de pronunciamientos que puedan dificultar su tránsito, cuando no hacerlo cambiar de dirección.

Buena muestra de ello se aprecia en la aplicación del principio de proporcionalidad para definir el contenido constitucional de la dimensión material del derecho al debido proceso, así como el contenido constitucional del derecho a la duración de un plazo razonable en la prisión preventiva. Esto último pone de relieve una situación que por falta de espacio, aquí sólo se dejará mencionada: el principio de proporcionalidad no pretende ser una herramienta para determinar la razonabilidad del sacrificio o restricción de un derecho. El principio de proporcionalidad es



empleado para delimitar, en el caso concreto, si una concreta pretensión –por ejemplo, la imposición de una sanción–, cae dentro o fuera del contenido constitucional de un derecho fundamental; es decir, ayuda a la determinación o delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental en un caso concreto.

# LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Percy García Cavero<sup>(\*)</sup>

SUMARIO: I. Introducción. II. Los niveles del principio de proporcionalidad de las penas. III. El *test* de proporcionalidad a las penas. 1. La proporcionalidad en la determinación legal de las penas. 2. La proporcionalidad en la determinación judicial de las penas. 3. La proporcionalidad en la determinación administrativa de las penas. IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad podría ser definido, en términos generales, como el criterio que permite someter a un juicio de legitimidad una medida restrictiva de un derecho constitucional en atención a la finalidad que busca alcanzarse con dicha medida. El Tribunal Constitucional ha señalado que el fundamento de este principio reside en la cláusula del Estado de Derecho<sup>(1)</sup>, la cual se encuentra recogida en el artículo 43 de la

---

(\*) Profesor de la Universidad de Piura.

(1) STC 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 15: «El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho».

Constitución Política<sup>(2)</sup>. La principal consecuencia que se deriva del hecho de que el principio de proporcionalidad se haya deducido de la cláusula del Estado de Derecho radica en que dicho principio «no sólo comportará una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material»<sup>(3)</sup>. Esta importancia del principio de proporcionalidad explica el hecho de que haya sido «constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política»<sup>(4)</sup>.

El principio de proporcionalidad constituye «un principio general del derecho (...), cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho»<sup>(5)</sup>. A partir de esta idea, el Tribunal Constitucional ha sometido al *test* de proporcionalidad diversas medidas que limitaban o restringían derechos de la persona con la finalidad de decidir su constitucionalidad o no. Un ámbito especialmente sensible en esta labor de control de la constitucionalidad ha sido, sin duda, la cuestión de la proporcionalidad de las penas. Por ello, vamos a ocuparnos, en lo que sigue, de exponer las consideraciones que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre dicha cuestión. En la medida que las penas constituyen la restricción más grave a los derechos de los ciudadanos, la vigencia del principio de proporcionalidad adquiere una importancia central para que el funcionamiento del sistema penal se adecue al Estado de Derecho constitucionalmente reconocido.

## II. LOS NIVELES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

La proporcionalidad de las penas «opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en

---

<sup>(2)</sup> STC 1593-2003-HC, 8 de 30 de enero de 2004, n.m. 8; STC 1594-2003-HC de 21 de abril de 2004, n.m. 8. No obstante, consideramos que el reconocimiento del Estado de Derecho se deriva de forma más exacta del artículo 44 de la Constitución Política que establece como deber primordial del Estado la plena vigencia de los derechos humanos y de los diversos artículos de la parte orgánica de la Constitución que imponen la sujeción o respeto de las leyes a los Poderes del Estado.

<sup>(3)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 140.

<sup>(4)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 138, reconociendo además que «(e)n su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no».

<sup>(5)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 138.

su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena»<sup>(6)</sup>. La vigencia del principio de proporcionalidad de las penas en los niveles antes mencionados no se encuentra desarrollada por la legislación de la misma forma. Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de proporcionalidad de las penas se encuentra reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, en donde se establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho<sup>(7)</sup>, precisa que este precepto penal «impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer»<sup>(8)</sup>. En consecuencia, parecería ser que, en opinión del Tribunal Constitucional, esta disposición del Título Preliminar del Código Penal solamente daría desarrollo a la proporcionalidad de las penas en el nivel legislativo. La doctrina penal, sin embargo, tiene una opinión distinta, en tanto entiende que el reconocimiento que se ha hecho al principio de proporcionalidad de las penas en el Código Penal abarca no sólo la llamada proporcionalidad abstracta (esto es, la proporcionalidad de la pena prevista en las leyes penales), sino también la proporcionalidad concreta (esto es, la proporcionalidad de la pena concretamente impuesta por el juez). En este sentido, la vigencia legalmente establecida de la proporcionalidad de las penas no puede reducirse a la determinación legal de la pena, sino que debe incluir también su determinación judicial.

En cuanto a la proporcionalidad de las penas en el ámbito administrativo-penitenciario, debe admitirse que no hay un reconocimiento legal expreso en el Código de Ejecución Penal. Sin embargo, el hecho de que la propia Constitución Política establezca en su artículo 139 inciso 22 que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, implica evidentemente una configuración particular de la proporcionalidad de las penas en la etapa de su ejecución. Esta vocación resocializadora en la ejecución de las penas está confirmada, además, por la propia legislación ordinaria, como puede leerse en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. Por consiguiente, puede decirse que la pena requiere también una proporcionalidad en su etapa de ejecución, la cual debe atender fundamentalmente a las finalidades específicas de dicha etapa del sistema penal.

<sup>(6)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 139.

<sup>(7)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 140.

<sup>(8)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 140.

### III. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD A LAS PENAS

En la medida que el principio de oportunidad está reconocido en la Constitución Política, el Tribunal Constitucional será el órgano encargado de evaluar la constitucionalidad de las penas en función del principio de proporcionalidad. Este juicio de proporcionalidad implica someter la medida de pena a un *test* que se compone de tres dimensiones: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* <sup>(9)</sup>. El juicio de idoneidad (o de adecuación) significa que la medida restrictiva debe tener un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante, siendo esta medida idónea para alcanzar dicho fin. El juicio de necesidad (o indispensabilidad) consiste en determinar si no hay otra medida igual de eficaz, pero menos restrictiva, para alcanzar el fin perseguido. Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto permite establecer si los costos de la medida se corresponden con los beneficios que trae la finalidad de la norma.

Las tres dimensiones que contiene el *test* de proporcionalidad adquieren contornos particulares en función de cuál es el nivel de determinación de la pena. En este sentido, el juicio de proporcionalidad no es el mismo para la pena legalmente prevista, para la judicialmente impuesta y para la administrativamente ejecutada. Cada dimensión del *test* de proporcionalidad utiliza criterios de referencia diferentes y, en este sentido, no llega a soluciones necesariamente similares. Veamos a continuación cómo se configuran las diversas dimensiones del *test* de proporcionalidad en los tres niveles de determinación de la pena.

#### 1. La proporcionalidad en la determinación legal de las penas

Para determinar si la pena prevista legalmente es proporcional o no deberá someterse dicha pena al *test* de proporcionalidad en sus tres dimensiones.

##### A) *El juicio de idoneidad*

La realización del llamado juicio de idoneidad requiere precisar cuáles son los fines que el legislador debe alcanzar al momento de prever la pena. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el fin esencial y directo de la norma penal es evitar la realización de conductas que afecten

<sup>(9)</sup> STC 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 18.

los bienes penalmente protegidos<sup>(10)</sup>, de manera que el juicio de idoneidad deberá atender fundamentalmente a esta finalidad de la norma penal. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional reconoce que junto a este fin esencial existen otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad»<sup>(11)</sup>. En consecuencia, la pena legalmente prevista no sólo debe ser idónea para evitar las lesiones de bienes jurídicos, sino que debe también contemplar la posibilidad de resocialización del delincuente. A partir de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional ha rechazado la legitimidad de la pena de cadena perpetua, declarando que «si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida»<sup>(12)</sup>. En consecuencia, parecería ser que penas como la cadena perpetua no se corresponden con el principio de proporcionalidad en el nivel de la determinación legal de la pena.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, «no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación»<sup>(13)</sup>. Siguiendo esta lógica, el máximo intérprete de la Constitución concluye que «el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal»<sup>(14)</sup>. En este sentido, parecería ser que el fin resocializador de la pena no adquiere relevancia en el *test* de idoneidad de la determinación legal de la pena, sino,

---

<sup>(10)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 141. En la STC 0803-2003-HC de 30 de noviembre de 2004, n.m. 14 se dice: «Así los fines preventivo de la pena plantean un Derecho Penal vinculado a la evitación de delitos y faltas como tarea primaria de la legislación punitiva, en tanto que los fines de protección asignados se relacionan con la tutela de bienes jurídicos, sean personales o colectivos».

<sup>(11)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 141.

<sup>(12)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 132.

<sup>(13)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 133.

<sup>(14)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 137.

en todo caso, en el nivel de su determinación administrativa<sup>(15)</sup>. La idoneidad de la previsión legal de la pena deberá evaluarse a partir de la finalidad de protección de bienes jurídicos.

Las ideas expuestas parecen centrar el juicio de idoneidad sobre la pena legalmente prevista en la finalidad atribuida al Derecho Penal de proteger bienes jurídicos mediante la evitación de las conductas capaces de lesionarlos. Esta perspectiva, sin embargo, no debe limitarse a los bienes jurídicos que pueden ser afectados por los delincuentes, sino que debería alcanzar igualmente a los bienes jurídicos pertenecientes a los delincuentes. A esta orientación se le conoce también con el nombre de garantismo en el Derecho Penal, cuya tesis central consiste en que el Derecho Penal cumple no sólo una finalidad de prevención de delitos, sino también una finalidad garantista frente al delincuente tan importante como la primera. Parece ser que el Tribunal Constitucional va en esta línea cuando establece la observancia obligatoria de los principios de dignidad de la persona y de libertad. El principio de dignidad de la persona «impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía»<sup>(16)</sup>. Por su parte, el principio de libertad impone igualmente un respeto en su contenido esencial también frente a los delincuentes, no pudiéndose anular completamente dicha libertad con penas como la cadena perpetua<sup>(17)</sup>. En consecuencia, la idoneidad de la pena legalmente prevista no puede evaluarse solamente desde fines preventivos, sino que debe obligar al legislador penal a contemplar formas de reacción penal que respeten las garantías básicas de la persona.

### B) *El juicio de necesidad*

En el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista, debe plantearse la cuestión de si la medida es «necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de

---

<sup>(15)</sup> En la STC 0803-2003-HC de 30 de noviembre de 2004, n.m. 10, no se sigue, al parecer, esta idea, pues impone al legislador la obligación de observar la finalidad de resocialización al momento de fijar el cuántum (sic) de la pena.

<sup>(16)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 129.

<sup>(17)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 128.

la libertad»<sup>(18)</sup>. La necesidad de la pena puede verse desde dos planos. En primer lugar desde su necesidad frente a otros mecanismos de control social. La doctrina penal denomina a esta exigencia como principio de mínima intervención, según el cual el Derecho Penal es la *última ratio* para la solución de conflictos sociales. En este sentido, el Derecho Penal solamente debe castigar las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad) y aquellas afectaciones más intolerables (fragmentariedad). Las afectaciones a bienes jurídicos no esenciales, así como las afectaciones mínimas a bienes jurídicos esenciales, deberían dejarse en manos de mecanismos de control extrapenal.

La necesidad de la pena debe determinarse también en un el plano propiamente penal. Este juicio de necesidad debe responder a la cuestión de si el mismo efecto preventivo se puede conseguir con una pena menos aflictiva. Por consiguiente, si los niveles de prevención no aumentan con una pena más severa, el juicio de necesidad sobre la pena prevista deberá arrojar una infracción al principio de proporcionalidad. Desde esta lógica, una pena legalmente prevista será proporcional si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede alcanzarse con una pena menos severa cuantitativa o cualitativamente.

### C) *El juicio de proporcionalidad estricto sensu*

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en determinar «si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma»<sup>(19)</sup>. La relación de equilibrio que exige la proporcionalidad en sentido estricto se expresa en una correspondencia valorativa entre la gravedad del hecho cometido y la pena prevista. No se trata evidentemente de una igualdad matemática al estilo de la ley del talión, pues si esto fuese así la vigencia del principio de proporcionalidad generaría un país de tuertos y desdentados. La proporcionalidad de la pena debe entenderse como una relación valorativa conforme a la cual los hechos considerados más graves se sancionen con las penas más graves, y los hechos menos graves con las penas menos graves. Por consiguiente, la drástica elevación de la pena para determinado delito que se hace simplemente para aplacar los miedos subjetivos de la población, no podrá considerarse proporcional, pues el hecho no se hace más o

<sup>(18)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142.

<sup>(19)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142.



menos grave, sino que simplemente se utiliza el Derecho Penal con fines netamente políticos. En la orientación legislativa de la «tolerancia cero» parece estar metido este abuso de la legislación y, por consiguiente, constituiría una infracción a la proporcionalidad de las penas.

## 2. La proporcionalidad en la determinación judicial de las penas

La determinación judicial de las penas debe también tener en cuenta el principio de proporcionalidad en sus tres dimensiones. Sin embargo, hay que señalar que los criterios de referencia en cada una de estas tres dimensiones no se corresponden necesariamente con los utilizados en la determinación legal de la pena.

### A) *El juicio de idoneidad*

El juicio de idoneidad en la imposición judicial de la pena requiere precisar primeramente cuál es la función que cumple la pena en esta etapa del sistema penal. El Tribunal Constitucional no ha trabajado de manera específica esta cuestión, por lo que habría que precisarla sin la ayuda de sus desarrollos jurisprudenciales. Para poder determinar la función que la pena desempeña en el plano de su imposición judicial, debemos tener en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado un hecho delictivo, encontrándose, por tanto, facultado para imponerle una sanción penal. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad de la norma penal, el juez no actúa amparado solamente por su función de prevención, pues el principio de culpabilidad adquiere en este ámbito una importancia central. El propio Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la importancia de la vigencia del principio de culpabilidad en la labor judicial, al señalar que «donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena». En consecuencia, el juez no puede actuar amparado simplemente en necesidades de prevención, sino que la labor de prevención debe pasar necesariamente por el filtro del principio de culpabilidad.

Con base en las consideraciones anteriores, una pena resultará desproporcionada si el juez la impone sin observar las exigencias del principio de culpabilidad. Una sanción penal que se sustente solamente en necesidades de prevención del sistema penal, siguiendo la lógica del chivo expiatorio o la cabeza de turco, no puede ser de recibo en el sistema penal. Para que la pena impuesta por el juez pueda cumplir su función preventiva resulta necesario establecer la culpabilidad del autor.

### B) *El juicio de necesidad*

El juez penal debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir a los mecanismos de reacción menos lesivos. En este sentido, si el sistema penal le ofrece otras posibilidades de reacción penal menos gravosas, deberá recurrir a ellas y no a las más restrictivas. En este punto, adquieren especial relevancia la llamada *alternatividad penal*, la cual consiste en utilizar un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Nos referimos concretamente a medidas como la suspensión condicional de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la sustitución y conversión de penas y la exención de pena. Estos mecanismos alternativos se encuentran reconocidos en nuestro Código penal, de manera que si un juez no recurre, pudiendo hacerlo, a estos mecanismos, imponiéndole, más bien, al sujeto culpable una sanción penal, esta sanción será desproporcionada. Es evidente que estos mecanismos funcionan especialmente para delitos sancionados con penas privativas de libertad no muy graves.

### C) *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

La pena judicialmente impuesta debe también someterse a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, determinar si la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro de marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Como puede verse, esta dimensión del principio de proporcionalidad de la pena impuesta por el juez se encuentra muy relacionada con los criterios de determinación judicial o individualización de la pena. Se trata de la apreciación de las circunstancias concretas que permiten considerar grave un hecho típico y, por tanto, aplicar la pena en su grado máximo. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el límite máximo de la cadena perpetua «resultaría evidentemente incompatible con el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas, en aquellos casos de delitos de mínima dañosidad o gravedad»<sup>(20)</sup>. Por consiguiente, la pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito concreto que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada la pena si es que no se corresponde con la gravedad del delito concreto<sup>(21)</sup>.

<sup>(20)</sup> STC 0965-2004-HC de 11 de octubre de 2005, n.m. 9.

<sup>(21)</sup> En el caso decidido por la STC 3564-2003-HC de 13 de julio de 2004, n.m. 3, el Tribunal Constitucional rechazó la argumentación de una desproporcionalidad de la pena

### 3. La proporcionalidad en la determinación administrativa de las penas

La proporcionalidad de la pena debe finalmente ser evaluada también en su determinación administrativa. Se trata concretamente de la etapa de ejecución de la pena, en donde ésta puede adquirir una cuantía distinta. También en este nivel de determinación de la proporcionalidad de la pena deben hacerse los tres juicios del *test* de proporcionalidad.

#### A) *El juicio de idoneidad*

La ejecución de la pena tiene como finalidad la resocialización de reo, conforme lo establece el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política y lo confirman el artículo IX del Título Preliminar Código Penal y el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. El reconocimiento constitucional de esta finalidad del régimen penitenciario ha dado pie al Tribunal Constitucional para otorgar rango constitucional a la llamada teoría de la prevención especial positiva<sup>(22)</sup>. A partir de este contexto normativo, puede afirmarse que la pena en su etapa de ejecución tiene como finalidad resocializar al delincuente. Es cierto que la resocialización no puede imponerse por la fuerza al condenado, pero debe ofrecérsele siempre como una posibilidad a la cual puede recurrir si realmente lo desea.

Si la función del régimen de ejecución de la pena es la resocialización del reo, no podrán considerarse proporcionales las ejecuciones penales que no permitan la posibilidad de reinserción del condenado. En consecuencia, resulta un mandato derivado del principio de proporcionalidad el hecho de que penas como la cadena perpetua contemplen mecanismos de temporalidad, esto es, la posibilidad de revisar la sentencia y la pena luego de transcurrido un determinado número de años<sup>(23)</sup>. Del mismo modo, podría considerarse desproporcionada la ejecución de la pena que se haga sin ofrecerle la posibilidad al condenado de adquirir hábitos que le permitan su reinserción a la sociedad (estudios, aprendizaje de actividades técnicas, etc.)

---

impuesta señalando que «En el extremo de proporcionalidad de la pena o pena impuesta, no se aplicó la rebaja por debajo del mínimo legal establecido en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, debido a las distintas versiones del autor, y respecto a su estado de salud, el dictamen se basó en la pericia psicológica».

<sup>(22)</sup> STC 0803-2003-HC de 30 de noviembre de 2004, n.m. 9.

<sup>(23)</sup> STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 134.

### *B) El juicio de necesidad*

La ejecución de la pena debe también respetar la proporcionalidad en cuanto a la necesidad de la forma de ejecución. En este sentido, si la ejecución de la pena se hace en condiciones más severas o rigurosas que las necesarias, podría considerarse desproporcionada dicha ejecución. Por ejemplo, podría considerarse desproporcionada la revocación de una suspensión de la ejecución de la pena por el incumplimiento de una regla de conducta, cuando se podría conseguir la rectificación del condenado mediante otros mecanismos menos graves como serían la amonestación o la ampliación de período de prueba. Las condiciones de ejecución de la pena que se agravan innecesariamente no pueden pasar satisfactoriamente el juicio de necesidad de la proporcionalidad de la pena.

### *C) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en la ejecución de la pena establece que las penas deben ejecutarse en condiciones de normalidad conforme a lo establecido en la normativa referente a la ejecución penal. En este sentido, la ejecución de la pena será desproporcionada si se agrava arbitrariamente la forma como debe llevarse a cabo. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha establecido que procede un Hábeas Corpus correctivo para «resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad o proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena»<sup>(24)</sup>. En este sentido, someter a un régimen de ejecución cerrada a una persona que debería tener un régimen abierto, implica afectar la proporcionalidad de la ejecución de la pena. La forma de ejecución penal no puede ser excesiva o irracional en relación con la finalidad de resocialización del reo.

## **IV. CONCLUSIÓN**

Como conclusión de lo expuesto, puede decirse que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en los últimos años una doctrina jurisprudencial sobre la proporcionalidad de las penas que resulta necesaria para la vigencia de un Estado de Derecho. No obstante, sus puntos de partida se presentan muy discutibles, pues asume una visión de la función de la pena

---

(24) STS 2663-2003-HC de 23 de marzo de 2004, n.m. 6.

que no necesariamente goza del consenso doctrinal. Por otra parte, puede apreciarse una falta de visión global del sistema penal, limitándose sus desarrollos fundamentalmente al ámbito de las penas legalmente previstas. A pesar de estas apreciaciones críticas, debemos reconocer el avance que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el tema de la proporcionalidad de las penas y esperamos que se siga en esta línea depurando más las diversas aristas de este tema fundamental del Derecho Penal.

# EL DERECHO-PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARTA DE 1993, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan Manuel Sosa Sacio <sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** 1. ¿Qué es igualdad? 2. La igualdad constitucional. 2.1. La igualdad como principio. 2.2. La igualdad como derecho. 3. Igualdad en el contenido de la ley. 4. Igualdad en la aplicación de la ley. 5. Derecho a la no discriminación. 6. Discriminación inversa o acciones afirmativas.

## 1. ¿QUÉ ES IGUALDAD?

Si bien todos tenemos alguna idea acerca del significado de la igualdad –en la medida que se encuentra presente en lo cotidiano– lo cierto es que se trata de una noción sumamente compleja. En efecto, su significado no puede desentrañarse atendiendo a su etimología o su literalidad, pues no es un término autosuficiente. Es más, a diferencia de la mayoría de

---

(\*) Asistente de docencia del curso Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Justicia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales por la Universidad Privada San Martín de Porres y Post título en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

conceptos, no está referido a un ente o a una cualidad específica. Se trata, como explicaremos a continuación, de una noción indeterminada, relacional y hasta artificial.

Afirmar que «un ente *es igual*» no significa nada, es una aseveración absolutamente indeterminada. En tal sentido, señalar la presencia de «igualdad» es insuficiente «si no se especifica de qué entes se trata y respecto de qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quienes?, y b) ¿igualdad en qué?»<sup>(1)</sup>. Solo la existencia de objetos que pueden ser contrastados dan contenido a la igualdad.

En otras palabras, la igualdad solo tiene sentido cuando se refiere a la relación entre dos o más entes. Solo podría reconocerse la igualdad comparando una cosa frente a otra. Es incomprensible la indicación de que «un ente es igual», siempre será necesario expresar que «un ente es igual a otro ente».

Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, en sentido que solo se revela o determina luego de comparar dos (o más) objetos. Pero ello no es suficiente. Adicionalmente, para que de este cotejo se desprenda una relación de igualdad, debe verificarse la existencia de una medida de comparación que nos permita saber sobre cuáles aspectos estamos buscando coincidencias. En este sentido, existirán algunas características o elementos específicos de los objetos examinados que nos servirán como pautas de comparación, sin las cuales es imposible determinar la existencia de una relación de igualdad.

Por ello, es más exacta que «un ente es igual a otro ente» resulta la afirmación de que «un ente es igual a otro ente *en tal sentido*» o «*de acuerdo con este parámetro*». Visto así, es pertinente destacar que los objetos son, por lo general, disímiles en múltiples aspectos; en todo caso, si existen dos objetos «iguales en todo» (y no «según determinado parámetro») ya no estaríamos refiriéndonos a la noción de igualdad, sino a la de «identidad».

Con esto, es pertinente anotar que en la realidad no priman las coincidencias absolutas, sino las diferencias entre los diversos entes. La asemejación de dos o más objetos tiene, en tal sentido, un carácter excep-

(1) BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Paidós, Barcelona, 1993, pp. 53-54.

cional, más aun, artificial en la medida que requiere cierto esfuerzo intelectual para aprehender las coincidencias que denota la igualdad. Pero, adicionalmente a lo anotado, este concepto adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al mundo jurídico.

Qué duda cabe: la igualdad es un permanente desafío al Derecho, más aun constatamos que, antes que la igualdad, lo que predomina entre los seres humanos son las diferencias<sup>(2)</sup>.

Efectivamente, las personas no son iguales entre sí, al contrario, son estas desigualdades las que configuran su personalidad y les dan una identidad individual y de grupo social. Más aún, el Estado Constitucional contemporáneo, que conserva notas características del constitucionalismo democrático como son el pluralismo<sup>(3)</sup> y el respeto de la libertad individual, tiene como razón de ser a la dignidad de la persona<sup>(4)</sup>, por tanto, no puede dejar de reconocer las particularidades de cada ser humano –diferente en sentimientos, intereses, impulsos, creencias, etc.– y le corresponde incluso salvaguardar la autonomía de los particulares, así como el libre desarrollo de sus personalidades.

En tal caso, no es controvertido que este reconocimiento y su respeto aseguran el pleno desarrollo de la personalidad de los individuos; sin embargo, inclusive en este contexto de diferenciación ha existir y garantizarse el derecho a la igualdad. Y es que la igualdad y la libertad no pueden ser entendidas contemporáneamente como principios o facultades

(2) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional». *Normas Legales* N.º 264, Mayo 1998, Trujillo, p. A-66.

(3) DAHL, Robert. *Los dilemas del pluralismo democrático*. Alianza editorial, México, 1991, *passim*. LANDA ARROYO, César. *Apuntes para un teoría democrática en América Latina*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1994, p. 49 y ss.; HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. UNAM – Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, pp. 28 y 197–198.

(4) BENDA, Ernst. «Dignidad humana y derechos de la personalidad». En: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HIEDE. *Manual del Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública – Marcial Pons, Madrid, 1996; LANDA ARROYO, César. «Dignidad de la persona» En: *Cuestiones Constitucionales*. N.º 7, México, 2002, p. 109 y ss. HÄBERLE, Peter. Op. cit. pp. 169-172; además, *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001, p. 65. Al respecto, consúltense las STC N.º 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 161 y la STC 0050-2004-AI, fundamento jurídico 46 («La dignidad humana (...) es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general»).



contradictorias, por el contrario, estas se armonizan (o equilibran) en torno al bienestar de las personas y de su comunidad.

Visto así, la igualdad constitucional aparece como una aspiración normativa de gran valía, que representa un estándar del contenido de la dignidad humana. En tal sentido, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona —*minimum* de humanidad respecto del cual no cabe distinciones<sup>(5)</sup>—, y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

Asimismo, en tanto que bien jurídico reconocido en la Norma Fundamental, la igualdad constitucional tampoco escapa a su carácter relacional. De hecho, en este caso también se exige la presencia de términos de referencia, que sirvan de parámetro para poder reconocer la igualdad.

Desde esta perspectiva el derecho fundamental a la igualdad no puede ser considerado como un derecho autónomo, pues siempre se encontrará vinculado al ejercicio de otro derecho constitucional que se disfrutará o no de manera igual<sup>(6)</sup>. Así, la afirmación de que «un ente es igual a otro ente *de acuerdo con determinado parámetro*» se traduce, en términos de bienes constitucionales, de la siguiente forma: «una persona ejerce igual que otra *determinado derecho fundamental*».

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado que: «La naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presu-

(5) Vide. PETZOLD-PERNIA, Hermann. «La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana». *Anuario de filosofía jurídico social*. N.º 10, Argentina, 1990, pp. 211 - 212: «este mínimo de similitud lo que, en las personas humanas, constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano; igualdad que permite justificar las normas jurídicas que prohíben dar relevancia o importancia a ciertas diferencias entre los seres humanos basadas en características naturales (el sexo, la raza, el color, etc.) o *culturales* (la lengua, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, etc.), puesto que, a pesar de estas diferencias, hay que tratarlos como teniendo un mismo valor, ya que hoy en día, no hay ninguna duda posible sobre la *naturaleza original y común de todos los integrantes de la especie humana*» (cursivas del texto original). Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «El derecho a la igualdad...». Loc. cit. En igual sentido, la STC Exp. 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.2: «La idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento igual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad».

(6) GARCÍA MORILLO, Joaquín. «La cláusula general de igualdad». En: AA. VV. *Derecho Constitucional*, Valencia, 1991, p. 144.

puesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional»<sup>(7)</sup>, en otras palabras, el derecho a la igualdad «funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan»<sup>(8)</sup>.

Cabe anotar entonces, a tono con lo señalado por el Tribunal, que desde un perspectiva constitucional la igualdad puede reconocerse como un principio (sirviendo de pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales) o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto (esto es, como un derecho pasible de reclamación y protección individual).

## 2. LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Señalábamos que la igualdad constitucional puede abordarse desde una doble perspectiva<sup>(9)</sup>: Por una parte, como principio rector del ordenamiento jurídico, constituyendo una regla fundamental que el Estado debe garantizar y promover; así mismo, cabe entenderla como derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a toda persona el derecho a ser tratado de manera igual ante la ley, a no sufrir discriminación alguna y a ser promovido desde estadios de exclusión.

Si bien, en cierta medida todos los derechos fundamentales tienen esta doble naturaleza, quizá más claro es el caso de la igualdad constitucional. Efectivamente, los derechos fundamentales hace mucho que dejaron de ser meros derechos individuales para comportarse también como

---

(7) STC Exp. 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1.

(8) STC Exp. 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2.

(9) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. ARA Editores, Lima, 2002, p. 96. Además de principio y derecho, la igualdad en la Constitución hace también las veces de «valor superior del ordenamiento», en tal sentido revítese la STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, fundamento jurídico 3. Al respecto, debe consultarse también PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Tecnos, Madrid, 1984; y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

mandatos supremos que rigen el ordenamiento jurídico y que representan líneas directrices de comportamiento para toda actividad estatal<sup>(10)</sup>. Visto así, los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal<sup>(11)</sup>, los cuales deben tenerse en cuenta en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídicas, la intervención de la fuerza pública, la actuación administrativa, etc.<sup>(12)</sup>

De acuerdo a ello, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio «implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático» y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental «comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias»<sup>(13)</sup>.

Visto así, corresponde especificar el contenido de ambas dimensiones de la igualdad prevista en la Carta Fundamental.

## 2.1 . La igualdad como principio

Los principios son, como enseña Robert Alexy, mandatos de optimización, es decir, «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes»<sup>(14)</sup>. Sin detenernos a explicar las diferencias que se han planteado entre principios y reglas<sup>(15)</sup>, ni en la relevancia de estas para deter-

(10) Vid. STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, fundamento jurídico 2. 2.

(11) PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 20-22. También pueden concebirse a los derechos fundamentales como «institutos», así en HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997, pp. 204 y ss.

(12) Cfr. STC Exp. 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 25.

(13) STC Exp. 0018-2003-AI/TC, loc. cit.

(14) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

(15) Además del texto de Robert Alexy, es de consulta obligatoria DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989. Existe numerosa literatura sobre el tema; entre los

minar el alcance de los derechos fundamentales en casos concretos, consideramos que el principio constitucional de igualdad no contiene un único mandato de optimización, sino que su observancia implica diversas obligaciones que pueden ser resumidas en la exigencia de «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales»<sup>(16)</sup>.

Asimismo, siguiendo al Tribunal Constitucional, el principio de igualdad estaría constituido de la siguiente manera<sup>(17)</sup>:

- (a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos;
- (b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder;
- (c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,

---

autores nacionales consúltese, para aproximarse al tema, los trabajos de los jóvenes constitucionalistas MENDOZA ESCALANTE, Mijail. «Notas sobre la distinción entre principios y normas en la Teoría del Derecho» En: *Revista Bibliotecal*. Año 2, N° 3, Colegio de Abogados de Lima, Noviembre de 2001 (un estudio completo sobre los principios constitucionales en MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional Peruano*. Gráfica Bellido, Lima, 2000), y MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. «Las normas de derechos fundamentales» En: *Normas Legales*. Tomo N° 339, Trujillo, agosto de 2004, p. 18 y ss. Desde una perspectiva diferente, sobre La interpretación de los principios constitucionales, revítese el texto del destacado profesor de la Universidad de Piura, HAKANSSON NIETO, Carlos. «La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993» En *Revista de Derecho*. Vol. I. Universidad de Piura. Piura, 2000, p. 75 y ss. (refiriéndose específicamente al principio de igualdad, p. 85)

<sup>(16)</sup> El profesor Bernal Pulido explica que el principio de igualdad se concreta en cuatro mandatos correlativos: «(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)» BERNAL PULIDO, Carlos. «El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana» En: Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. IJ-UNAM, México, 2002, pp. 51-52.

<sup>(17)</sup> Cfr. STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, cit.

(d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

De estos mandatos se derivarán los alcances de la igualdad constitucional en el ámbito objetivo y en el subjetivo, esto es, como línea directriz del comportamiento del Estado y como derecho fundamental de la persona. Esto último será explicado luego.

La igualdad ocupa, asimismo, un lugar especial en el sistema constitucional de principios. En efecto, el principio de igualdad, además de concentrarse en un derecho general de igualdad, se manifiesta a través de diversos «derechos especiales de igualdad»<sup>(18)</sup>, estableciendo situaciones jurídicas iusfundamentales singulares o, incluso, específicos derechos constitucionales. El principio de igualdad, de esta forma, irradia a toda la norma fundamental y reposa especialmente en algunos de sus dispositivos.

Así, fuera de la mencionada cláusula general de igualdad previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, que es materia del presente comentario, existen otros derechos referidos a la igualdad (que han de ser desarrollados por quienes corresponda, seguramente con mayor ventura), reconocidos como expresión común del constitucionalismo comparado. Tal es el caso de la prohibición de crear y gozar privilegios o fueros, la garantía de igualdad de acceso a los empleos públicos, el principio de igualdad de las cargas públicas, la norma de igualdad entre el marido y la mujer, la regla de igualdad entre los hijos, la igualdad de voto, el principio de igualdad en los impuestos, igualdad de trato para la inversión privada y la extranjera, igualdad de oportunidades en el empleo, la garantía de igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia, el principio de igualdad de partes en un proceso, etc.<sup>(19)</sup>

## 2.2. La igualdad como derecho

Por consenso, los derechos fundamentales son concebidos como atributos que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las constituciones; derechos que concretizan las exigen-

(18) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 381.

(19) Cfr. PETZOLD-PERNÍA, Hermann. «La igualdad como fundamento de los derechos...» Cit., p. 213; CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. UNAM-Comisión Nacional de los Derechos humanos, México, 2004, *passim*.

cias de igualdad, libertad y dignidad, de acuerdo a circunstancias históricas concretas.

Los derechos fundamentales –anotábamos antes– pueden ser exigidos al Estado y opuestos a los particulares. Se tratan de derechos subjetivos del máximo rango y cualidad, siendo que toda persona que los detenta puede accionarlos a su favor acudiendo a las instancias tutelares correspondientes.

Vistas estas características, podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato igual ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, se trata de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente (*contrario sensu*, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable)<sup>(20)</sup>.

### 3. IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY

Tanto la igualdad en el contenido de la ley como la igualdad en la aplicación de la ley forman parte del concepto de igualdad ante la ley. Ambas nociones se suceden en la historia, de acuerdo a la evolución del Estado moderno y del constitucionalismo.

La igualdad ante la ley tiene un origen marcadamente liberal. Al respecto, en sus orígenes solo se refiere a la igualdad «en el contenido» de la ley, esto es, a las características de la ley como general, abstracta y atemporal, así como a la atribución de una igual capacidad jurídica a toda la ciudadanía sin distinción. Ello tenía por finalidad hacer tabla rasa de los privilegios y arbitrariedades de la monarquía, el clero y la nobleza, a través de las leyes del Parlamento que debían encarnar la voluntad general. Así considerado, esta igualdad en el contenido de la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, ya que este no puede –*prima facie*– aprobar leyes cuyos contenidos contravengan a la igualdad de trato.

---

<sup>(20)</sup> En el sentido anotado: STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, loc. cit.; STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, *ibíd.*

Expresada esta garantía como derecho fundamental, hoy implica la posibilidad que tiene toda persona para defenderse frente a normas estatales que diferencien irrazonablemente su situación jurídica y/o sus legítimas expectativas respecto de otras (beneficiadas), que se hallan en circunstancias homólogas.

No obstante, esta concepción formal de la igualdad queda atrapada en el tiempo, con lo cual se pone de manifiesto la injusticia de tratar igual a quienes soportan diferencias relevantes. El Estado debía comprometerse, entonces, con la promoción de las personas desfavorecidas social y económicamente, asimismo con la disminución de desigualdades materiales. Con ello, se hace admisible legislar en beneficio de algunos, mediante leyes especiales<sup>(21)</sup>, en la medida que no se afecte la igualdad constitucional, sino que se busque alcanzarla superando las ficciones formales del derecho liberal<sup>(22)</sup>.

Como es evidente, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, no cabe aceptar cualquier trato diferenciado, sino exclusivamente aquellos que tengan base objetiva (es decir, que pueda comprobarse en la realidad la diferencia y necesidad de trato especial) y que sean razonables (que sean constitucionalmente admisibles). De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos<sup>(23)</sup>. Para ello, el Tribunal ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite:

- (a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;

(21) Esta legislación especial –en lo formal– no habría de favorecer a grupos de poder, para volver así a los privilegios y condiciones estamentales; al contrario, la propia Constitución prevé –en otro artículo– que solo es posible diferenciar en función de constataciones objetivas y no a consecuencia de intereses personales. Así tenemos al artículo 103: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas (...)».

(22) «El Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar a una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, por que se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas» En: STC Exp. N° 0001/0003-2003-A1/TC, fundamento jurídico 8.

(23) STC Exp. N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

- (b) La acreditación de una finalidad específica;
- (c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales;
- (d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,
- (e) La existencia de racionalidad, es decir, *coherencia* entre los supuestos de hecho el medio empleado y la finalidad que se persigue<sup>(24)</sup>.

Al respecto, recientemente el Tribunal ha precisado que la referencia a la «razonabilidad y proporcionalidad» implica el empleo del *test* del mismo nombre. Sobre el *test* de razonabilidad y proporcionalidad<sup>(25)</sup> ha afirmado el Tribunal que sirve como «guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y violatorio del derecho-principio a la igualdad». Se refirió el Alto Tribunal a tres subprincipios<sup>(26)</sup>:

«1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. *Subprincipio de necesidad*. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

<sup>(24)</sup> STC Exp. N° 0018-203-AI/TC, fundamento jurídico 2 y STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3,2.

<sup>(25)</sup> Sobre este *test* puede acudir también a las STC Exp. acum. N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC y 0009-2005-AI/TC, fundamento jurídico 109, STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 64 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, loc. cit. En la jurisprudencia comparada se conocen diversos exámenes de igualdad, al respecto, son de valiosa ayuda, entre otros, BERNAL PULIDO, Carlos. «El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana». Cit., p. 57 y ss.; ROSENFELD, Michel. «El nacimiento y la evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos». En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* N° 18/19, Valencia, 1997, p. 90 y ss.; FREIXES SANJUÁN, Teresa. «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El *standart* mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa» En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* N° 11/12, Valencia, 1995, p. 100 y ss.)

<sup>(26)</sup> Vid. STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y ss.



tado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu.* Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental».

#### 4. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

La igualdad ante la ley –decíamos– también comprende a la igualdad en la aplicación de la ley. En tal sentido, ya no es solo el legislador que se encuentra vinculado a reconocer la igualdad jurídica de todas las personas, sino que ahora son la Administración y la judicatura quienes, a su vez, deben aplicar el derecho sin realizar distinciones arbitrarias o irrazonables.

Precisando, la igualdad en la aplicación de la ley implica una obligación para todos los órganos públicos mediante la cual no pueden aplicar la ley de manera distinta a personas que se encuentren en supuestos equivalentes<sup>(27)</sup>. En tal sentido, tanto la administración pública como la jurisdicción, principales encargados de aplicar el Derecho<sup>(28)</sup>, ejercen sus fun-

<sup>(27)</sup> En tal sentido, se diferencia de la igualdad en el contenido de la ley en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento de crear una norma, de manera que beneficie solo a unos pocos o se perjudique deliberadamente a un grupo, por su parte, la igualdad en la aplicación significa que las normas preexistentes (cuyo contenido debería estar de conformidad con la Constitución) deben ser aplicadas por igual a todos, salvo que dicha aplicación igualitaria aparezca como inconstitucional por lesionar a un sector de la población que merece una tutela especial. Agrupando ambas nociones, el Tribunal Constitucional sostuvo que: «La quiebra de la noción de igualdad se produce cuando a través del proceso de formulación o interpretación-aplicación de la ley, ésta genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra, por el mero hecho de ser tales. En síntesis, se consuma a través del establecimiento de derechos, facultades atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso».

<sup>(28)</sup> Cfr. la STC recaída en el Exp. N.º 1279-2002-AA/TC, fundamento jurídico 2.

ciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables, atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos<sup>(29)</sup> (salvo singularidades objetivas y razonables). Se prohíbe, con ello, toda diferenciación injustificada e irracional en la utilización e interpretación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o –en general– decidir sobre situaciones jurídicas.

Visto así, la jurisdicción puede resolver casos en apariencia similares con resultados diferentes, si se demuestra la razonabilidad constitucional de la decisión. Esto último solo se produce cuando el juez o la Administración consideran que el supuesto específico merece una aplicación diferenciada que restablezca una igualdad verdadera, conforme a la Norma Fundamental. No obstante, también puede darse que el juzgador varíe una decisión respecto de otro expediente similar porque considera que los supuestos fácticos o jurídicos tienen peculiaridades que sustentan resultados distintos; asimismo, puede ser que el operador jurídico opte por variar una tendencia anterior, en ejercicio constitucional de su autonomía funcional, supuestos que no tienen que ver con superar una situación de inequidad a través de la aplicación diferenciada de las normas.

La doctrina ha establecido criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se produce o no la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de ley<sup>(30)</sup>, los que el Tribunal ya empleó en la resolución de un caso en que se demanda a la Administración<sup>(31)</sup>. Así, se exige que:

- (a) La aplicación de la ley provenga de un mismo órgano, es decir, que este emita resoluciones o actúe de manera arbitraria, caprichosa y subjetiva, sin base objetiva o razonable que justifique su proceder;
- (b) Exista identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y, por ello, merecían en el trámite una aplicación igual de la norma;

<sup>(29)</sup> Cabe agregar que el Congreso también realiza aplicación de la ley, por ejemplo, al decidir las destituciones, vacancias, inhabilitaciones y levantamiento del fuero, decisiones que les corresponde según mandato de la Carta Fundamental.

<sup>(30)</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española» En: Miguel Carbonell (Compilador) *El Principio de igualdad constitucional*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003, p.114-120.

<sup>(31)</sup> STC Exp. N° 1279-2002-AA/TC, fundamento jurídico 3 y 4.

- (c) Se acredite un *tertium comparationis* válido, en otras palabras, que se demuestre la existencia de una «línea constante», una tendencia uniforme de interpretación y aplicación de las normas;
- (d) No exista adecuada motivación que explique la variación de la tendencia para comprender y aplicar las normas, pues, como es sabido, no existe obligación por parte de quienes aplican las normas para entenderlas y utilizarlas siempre en un mismo sentido ante supuestos similares, por tanto, para acreditar la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley debemos encontrarnos ante un alejamiento ilegítimo e irrazonable de la tendencia de aplicación anterior.

Así también, el Tribunal, en un caso de aplicación diferenciada de la norma en sede judicial<sup>(32)</sup>, precisó que todo colegiado «tiene la facultad para variar los criterios de su propia jurisprudencia», pero que «para optar por dicha alternativa se necesita (...) explicar las razones de hecho y de derecho en que se sustenta tal cambio de criterio». Es decir que el órgano judicial, al «tramitar dos procesos en forma simultánea, donde el petitorio es el mismo, al igual que la naturaleza de las partes que en ellos participan, no ha debido adoptar fórmulas diferenciadas, pues tal proceder lesiona el principio de igualdad, el cual queda sometido a una discrecionalidad judicial donde los principios constitucionales no tienen ningún referente objetivo».

## 5. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Ya hemos afirmado aquí que es posible tratar a las personas de manera diferenciada sin contravenir la Constitución, teniendo en cuenta, a su vez, que las personas mismas son diferentes unas de otras y que se desenvuelven en particulares circunstancias. Inclusive, como veremos mejor luego, en determinados casos un trato igual puede resultar inconstitucional, si se requiere una regulación especial acorde con las características especiales del individuo o grupo.

Sin embargo, existen límites para establecer diferenciaciones como la mencionada. Al respecto, la distinción en el trato nunca puede ser discriminatoria (en sentido negativo), pues ello es constitucionalmente intolerable<sup>(33)</sup>. En tal sentido, en nombre de un trato diferenciado, en apa-

---

(32) STC Exp. N° 1975-2002-AA/TC, fundamento jurídico 3.

(33) STC Exp. 0048-2004-AI, fundamento jurídico 62.

riencia apropiado –en la medida que se protegerían bienes de relevancia constitucional–, no puede transgredirse otros bienes constitucionales que también merecen ser realizados<sup>(34)</sup>.

Empero, con estas consideraciones no nos alejamos del concepto de igualdad ante la ley (en el contenido y en la aplicación). En efecto, la noción de discriminación va más allá y se refiere a una agravada distinción, manifiestamente contraria a la dignidad de las personas, que inclusive implica una negación de su condición humana<sup>(35)</sup>. Así, se afirma que la discriminación se funda en un prejuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo no como seres diferentes, sino inferiores, siendo el motivo de distinción «más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación»<sup>(36)</sup>. De ahí que exista un mandato constitucional expreso sobre no discriminación<sup>(37)</sup>.

Con ello, algunos individuos son descalificados por el solo hecho de pertenecer a un grupo y no por asuntos atribuibles a comportamientos variables con facilidad, respecto de los cuales penden responsabilidades (y sanciones) que deben ser asumidas.

Entre las causas de discriminación –previstas en nuestra Constitución y típicas en el constitucionalismo comparado– tenemos (a) aquellas inmanentes al ser humano, referidas a características en las que se encuentran las personas independientemente de su voluntad, que son los casos de las discriminaciones por razón de origen, raza, sexo, idioma, condición social, etc.; además, encontramos (b) aquellas que se refieren a posiciones asumidas voluntariamente por las personas que, al ser atributos o manifestaciones esenciales de su personalidad, no son reprochables sino que incluso se encuentran previstas como derechos fundamentales; ejemplo de esto sería la discriminación por motivo de credo o religión, opinión, concepción ideológica, filiación política, opción sexual, etc.<sup>(38)</sup>

<sup>(34)</sup> STC Exp. 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.3: «la diferenciación jurídica no debe «inmolar» aquellos principios que en el «espacio» creado por la naturaleza de las cosas, tengan mayor relevancia que los restantes, incluido el relativo a la igualdad»

<sup>(35)</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. «El principio constitucional de igualdad...» Cit., p. 111.

<sup>(36)</sup> BILBAO UBILLOS y REY MARTÍNEZ. Loc. cit.

<sup>(37)</sup> Cfr. STC Exp. N° 3283-2003-AA/TC, fundamento jurídico 19.

<sup>(38)</sup> Cfr. SORIANO TORRES, Marta. «La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación» En: *Anales de la Facultad de Derecho*.

La prohibición de discriminar vincula también a los particulares. A diferencia de la igualdad ante la ley, que obliga al trato igual y que es un mandato específico para los agentes públicos (pues entre los individuos prima la autonomía de acción, y no cabe mediatizar la libertad fundamental que caracteriza a los individuos, obligándoles a proceder de manera siempre uniforme), la no discriminación se refiere al reconocimiento de las personas entre sí en su condición de seres humanos substancialmente iguales, que se deben respeto unos a otros, y por lo tanto no puede agregarse a nadie por causas inherentes a su existencia en dignidad

De esta forma, en el entendido de que la Constitución tiene fuerza vinculante directa, el principio de dignidad de la persona demanda ser respetado también por los particulares. Así visto, el ejercicio de la autonomía privada, que tiene carácter iusfundamental y que encuentra especial basamento en la dignidad humana, debe ser armonizado con el ejercicio de otros bienes de la misma naturaleza, como es el caso de la igualdad. De esta forma, en el ejercicio de los derechos no cabe sacrificar la autonomía en beneficio de la igualdad, sino que el único camino posible entre individuos en igualdad de condiciones es la optimización de los contenidos de los derechos constitucionales en ejercicio. En tal sentido, resultan criterios importantes para analizar la constitucionalidad de un específico acto diferenciador el equilibrio fáctico de las partes y la afectación de derechos fundamentales.

Así visto, se formulan tres factores que permiten valorar la existencia de discriminación por actos de particulares<sup>(39)</sup>: (1) la trascendencia social de la discriminación, esto es, si se trata de una práctica grave y generalizada, o de un acto aislado y de interés privado; (2) la posición de la entidad discriminadora en la sociedad, situación que merece mayor re-

Nº 19, Universidad de La Laguna, diciembre de 2002, p. 260; CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. Op. cit., pp. 177-178.

<sup>(39)</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española» Cit., p. 138. Al respecto, debe anotarse que tampoco puede tolerarse la «indiscriminación indirecta» o «impacto adverso»; esta puede definirse como la implementación de medidas o criterios de selección – principalmente en el ámbito laboral – que a pesar de encontrarse ajustadas a las leyes y aplicarse por igual a una generalidad de personas (incluso sin deseo de discriminar), puede terminar afectando principalmente a un grupo vulnerable; sobre este tema véase BALTA, José. «El impacto adverso» En: *Themis*, Nº 34, Lima, 1996, y GARCÉS PERALTA, Carolina. La discriminación indirecta o impacto adverso como forma de vulneración del principio de no discriminación, en: *Cathedra. Espíritu del Derecho*, Nº 10, Lima, 2003.

proche si esta ocupa un status dominante, cuasi-público o monopolístico; y (3) la presencia de una distinción lesiva a la dignidad, por ejemplo, en el caso de los criterios de discriminación especialmente prohibidos por la Constitución.

## 6. DISCRIMINACIÓN INVERSA O ACCIONES AFIRMATIVAS

Decíamos que en el Estado Constitucional se reconocen las diferencias existentes entre los individuos; en tal sentido, la igualdad constitucional no pretende uniformizar ciudadanos, sino –en primera instancia– brindar garantías de trato regular y justo a cada persona por igual. Tal protección, empero, es insuficiente para garantizar en todos sus extremos la igualdad que la Constitución establece, pues se limita solo a una igualdad formal<sup>(40)</sup>. En efecto, de poco sirve reconocer la diferencia entre las personas si esto no se tiene en cuenta para establecer una equidad sustantiva que promueva y proteja a los más débiles<sup>(41)</sup>, y de esta forma satisfacer el ordenamiento constitucional de valores, incluyendo la igualdad que la integra.

<sup>(40)</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y diferencia*. En: «Derechos y garantías. La ley del más débil». Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 75. En la STC Exp. N° 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento jurídico 11: «El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de «tratar igual a los que son iguales» y «distinto a los que son distintos», de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales».

<sup>(41)</sup> Vid. STC Exp. N° 0016-2002-AI, fundamento jurídico 11: «(..) en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentran postergados en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades. Tal constatación genera en el Estado la obligación de tomar las medidas pertinentes a favor de los postergados, de forma que sea posible reponer las condiciones de igualdad de oportunidades a las que la Constitución aspira». Asimismo, se sostiene que «es deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generan tal desigualdad de oportunidades» (fundamento jurídico 12).

En tal sentido, con el avance hacia el Estado social ya no basta la equiparación vía contenido o vía aplicación de la ley desde criterios imparciales, pues se requiere del compromiso íntegro de las funciones del Estado, destacando lo concerniente a la elaboración y ejecución de políticas públicas. El Estado se compromete no únicamente en el ámbito formal o jurídico, sino también en los planos político, cultural, social, económico, etc. (42)

Inclusive, no cabe entender que este mandato de igualdad vincula solo a los poderes públicos; desde luego, si bien el Estado –y principalmente el legislador– se encuentra especialmente obligado a la defensa y promoción de las personas (porque dicha labor justifica su existencia) la sociedad y sus agentes privados también se encuentran bajo los principios de la Carta Fundamental, aunque con particularidades propias de su condición de «fin supremo» del Estado constitucional.

No trata, entonces, de una actividad discriminatoria –en sentido peyorativo– pues toda «acción afirmativa» del Estado (*affirmative action*) que busque equiparar la situación desventajosa de los excluidos se realiza como consecuencia de un mandato constitucional (igualdad sustancial)<sup>(43)</sup>; en este orden de ideas, toda omisión gubernativa referida a la reparación de inequidades sociales estaría viciada de inconstitucionalidad (omisiones inconstitucionales)<sup>(44)</sup>.

(42) Cfr. STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 20, a favor de una interpretación del mandato de igualdad que permita «que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social a contracorriente de las aspiraciones constitucionales»; asimismo, STC Exp. acums. N° 0020-2005-PI y otro, fundamento jurídico 15.

(43) «La vinculación positiva [al principio de igualdad] supone la exigencia de revertir las condiciones de desigualdad o de reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales, a través de las acciones positivas cuyo fin sea promover real y efectivamente la igualdad sustancial entre los individuos. Ello a efectos de configurar materialmente una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

En ese sentido, no se considera como discriminaciones aquellas acciones legislativas que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades, a condición de que dicha acción afirmativa esté sujeta a la regla de temporalidad.

La acción afirmativa del Estado consiste en la adopción de medidas que remuevan los obstáculos que restringen, en la praxis, la plena vigencia del principio de igualdad» STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, *ibid.* Consúltese también la STC Exp. N° 0048-2004-AA/TC, fundamento jurídico 63.

(44) Con lo que se ingresa al tema de los derechos sociales y su exigibilidad. Consúltese la STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, fundamento jurídico 8 y ss; también la STC Exp. N° 0011-2002-AI/TC, fundamento jurídico 8 y ss.

La doctrina y la jurisprudencia han denominado estas acciones afirmativas como de «discriminación inversa», debido a que se dirigen a un grupo vulnerable determinado, pero para beneficiarlos, con el objetivo de promover una igualdad real<sup>(45)</sup>.

Respecto de este tema, el Colegiado Constitucional ha reconocido que existen algunos grupos específicos merecen un trato especial frente a los demás integrantes de la comunidad, sobre todo aquellas personas débiles, desprotegidas, pertenecientes a minorías o excluidas del sistema. En torno a ello, según el Tribunal Constitucional, al evaluarse las «acciones positivas» del Estado se deberá considerar «un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza».

En tal sentido –y como sucede en la doctrina constitucional comparada–, el Tribunal Constitucional estaría insinuando la existencia de un test judicial estricto<sup>(46)</sup> («control material estricto» alemán o «escrutinio estricto de igualdad» estadounidense) para analizar la constitucionalidad de las «discriminaciones positivas» en el contenido de las leyes, otorgándoles cierta ventaja, en cuanto a su constitucionalidad, en caso que se cuestione la pertinencia de la diferenciación.

---

<sup>(45)</sup> Cfr. STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.2. También se hace referencia a la «discriminación positiva», por ejemplo en la STC Exp. N° 0324-99-AA/TC, fundamento jurídico 8.

<sup>(46)</sup> Al respecto puede verse por todas la STC Exp. N° 2579-2003-HD/TC, fundamentos jurídicos 6 y 7.



## LOS DERECHOS NO ENUMERADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Edgar Carpio Marcos<sup>(\*)</sup>

1. El artículo 3º de la Constitución representa lo que en el Derecho Comparado se ha venido en denominar *cláusula* de los «derechos no enumerados», «derechos implícitos» o «derechos no escritos», términos todos ellos que aquí tomamos como sinónimos<sup>(1)</sup>.

Su antecedente se encuentra en la IX Enmienda de la Constitución Norteamericana que, como se sabe, fue introducida en 1791 como parte del *Bill of Rights* que algunos Estados de la Unión reclamaron como condición para suscribir la Constitución federal. A través de dicha Enmienda, como afirmara el autor de la propuesta James Madison, se quería poner en evidencia que la proclamación de ciertos derechos fundamentales en la Constitución federal sólo tenía un valor declarativo, puesto que la existencia de los derechos esenciales del hombre era previa a cualquier regulación en una norma jurídica, así sea ésta la norma constitucional<sup>(2)</sup>.

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en las universidades San Martín de Porres, Lima y en la Academia de la Magistratura.

(1) *Cfr.*, Carlos Ernst, *Los derechos implícitos*, Lerner editora, Córdova, 1996, pág. 55 y sgtes., quien plantea sutiles diferencias entre dichos conceptos.

(2) Por cerca de dos siglos, la cláusula de los derechos no enumerados no ha sido objeto de preocupaciones en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas. Esta situación, en gran parte, ha variado desde mitad de la década de los ochenta, de la mano de uno que otro

2. En el constitucionalismo peruano, la primera vez que se introdujo una disposición semejante fue con la Constitución de 1979, cuyo artículo 4º, con ciertas variantes, contenía una redacción semejante al artículo 3º de la Constitución actual. Allí, en efecto, se establecía que «la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno».

En esencia, la diferencia más importante entre uno y otro precepto constitucionales estriba en la variación de un verbo por otro. Mientras que el artículo 4º de la Carta del 79 señalaba que la enumeración de los derechos que se efectuaba en su capítulo 1º eran a título de derechos «reconocidos», el artículo 3º de la actual los considera como «establecidos». Como se verá más adelante, la sustitución del verbo «reconocer» por el de «establecer» no es adjetivo o simplemente formal. Refleja la variación (o la intención de variar) de una perspectiva iusnaturalista de la idea de derechos fundamentales, a la que se adscribía sin ambages la Constitución de 1979, por una de corte estatalista, que es por la que apuesta, *prima facie*, la Carta del 93.

3. No obstante los algo más de 30 años que una cláusula de esta naturaleza se encuentra vigente entre nosotros, lo cierto es que hasta hace muy poco tiempo ésta ha sido virtualmente ignorada. No contamos con una tradición al respecto y ello se ha visto reflejado en la aún escasa jurisprudencia nacional<sup>(3)</sup>. Por ello, al hilo de ofrecer una aproximación exegética

---

pronunciamiento de la *Suprem Court*. Cfr. entre las monografías más importantes, Randy Barnett, editor, *The Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment*. Fairfax, University Press, Virginia 1989; Idem, *Restoring the Lost Constitution: the presumption of liberty*, Princeton University Press, New Jersey 2004; Thomas McAfee, *Inherent rights, the written constitution and popular sovereignty: the founders' understanding*, Greenwood press, Westport 2000; Idem, «A Critical Guide to the Ninth Amendment», *Temple Law Review*, 69, 1996, pág. 61 y sgtes.; Rosa Marshall L., *The ninth amendment and the politics of creative jurisprudence*, Transaction Publisher, New Jersey 1996; Calvin R. Massey, *Silent Rights: The Ninth Amendment and the Constitution's Unenumerated Rights*, Temple University Press, Temple 1995; Kurt Lash, «The Lost original meaning of the ninth amendment», en *Texas Law Review*, 83, N° 2, 2004, pág. 331 y sgtes.

<sup>(3)</sup> Hasta donde conozco los únicos trabajos dedicados a esclarecer la aplicación del artículo 3º de la Constitución de 1993 en el ámbito de la jurisprudencia y, particularmente, en la del Tribunal Constitucional, son los que debemos a Juan Manuel Sosa, «Derechos no enumerados y nuevos derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en

a dicho precepto constitucional, trataremos de ofrecer cómo esta cláusula ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional.

4. Si hemos de atenernos a que en la estructura de los derechos fundamentales es posible distinguir entre disposiciones, normas y posiciones iusfundamentales<sup>(4)</sup>, una disección del artículo 3 permite identificar las siguientes disposiciones que lo conforman.

Éstas, en concreto, son:

- a) «La enumeración de los derechos *establecidos* en este capítulo...».
- b) «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo *no excluye los demás que la Constitución garantiza...*».
- c) «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo *no excluye los demás (...) de naturaleza análoga...*».
- d) «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo *no excluye los demás (...) que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno*».

5. El primer tema a dilucidar tiene que ver con la «naturaleza» de los derechos del Capítulo I del Título I y, por extensión, de los demás derechos que la Constitución contiene en otros capítulos y títulos. ¿Se tratan de derechos «creados» por la Constitución, es decir, «establecidos» por ella, o sólo de derechos que ésta «reconoce»?<sup>(5)</sup>

El texto del artículo 3º, como se ha dicho, opta por utilizar el primer verbo, es decir, por aquel según el cual la enumeración de los derechos del

---

*Actualidad jurídica*, N° 126, Lima, 2004, pág. 110 y sgtes.; Luis Sáenz Dávalos, «La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista peruana de jurisprudencia*, N° 13, Lima, 2002, pág. XXI y sgtes.; Enrique Pestana Uribe, «El tratamiento jurisprudencial de los derechos no enumerados y los derechos implícitos del artículo 3º de la Constitución», en AA.VV. VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, CAA, Arequipa 2005, pág. 99 y sgtes.

<sup>(4)</sup> *Cfr.*, La STC 1417-2005-PA/TC, Fund. Jur. N° 23-25, donde se alude al tema, con el objeto de individualizar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

<sup>(5)</sup> Sobre las distintas concepciones de los derechos fundamentales, *Cfr.*, Michel Tropper, «I diritti fondamentali», en AA.VV. *Eredità del Novecento*, Treccani, Roma, 2001, T. 2, pág. 713 y sgtes.; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 35 y sgtes.

capítulo I, y por extensión, de todos los que están insertos en el Texto Constitucional, tienen la condición de derechos *establecidos* por la Norma Suprema, y no la de derechos *reconocidos*, como por el contrario declaraba la Constitución de 1979.

Desde este punto de vista, los derechos constitucionales tendrían que entenderse como ámbitos protegidos de una esfera de la vida humana sólo porque así lo ha previsto una norma constitucional. Existen como tales, porque existe una norma estatal que los crea y garantiza. Y si se puede también comprender a otros derechos con el mismo rango de los que la Constitución enumera, pese a no estar expresados, ello sólo es posible porque el artículo 3º, es decir, porque otra norma constitucional, es la que permite ampliar la lista de los derechos con rango constitucional.

Como antes se ha recordado, el artículo 4º de la Constitución de 1979 no utilizaba el verbo «establecer», sino «reconocer». Y, en su Preámbulo, declaraba que los derechos tenían la cualidad de ser «anteriores y superiores al Estado». De modo que la enunciación de determinados atributos subjetivos en el cuerpo de aquella Ley Suprema sólo podía entenderse con unos alcances meramente declarativos; es decir, los derechos esenciales del ser humano existían no porque se creasen y garantizasen en una norma jurídica estatal (la Constitución), sino por su calidad de realidades previas y superiores a la norma jurídica<sup>(6)</sup>.

Como también se ha expuesto, no es esta última la concepción por la que apuesta la Constitución de 1993. La idea de que los derechos fundamentales son «establecidos» incluso podría reflejarse, en base a una lectura en exceso literal del último párrafo del artículo 32, por virtud del cual pareciera darse la idea de que en ejercicio del poder de reforma constitucional, no sólo se puede «disminuir» sino también «suprimir» derechos fundamentales. Evidentemente, la hipótesis de la «supresión» de los derechos es inadmisibles en una concepción según la cual los derechos son pre-estatales. No así si éstos existen porque así se ha dispuesto en una norma constitucional; precisamente porque su existencia está condiciona-

<sup>(6)</sup> Sobre las relaciones entre la concepción de los derechos fundamentales y la cláusula de los derechos no enumerados, permítaseme la remisión a un trabajo previo: Edgar Carpio Marcos, «El significado de la cláusula de los derechos no enumerados», en *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N° 3, 2000, pág. 3 y sgtes. Asimismo, Néstor Pedro Sagüés, «Constitución nacional - Derechos no enumerados», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice, Vol. V, Buenos Aires, 1986, pág. 36 y sgtes.

da a su recepción en el Derecho positivo, éstos pueden ser suprimidos mediante otra norma.

Cabe, no obstante lo anterior, inmediatamente reparar en que la hipótesis de la supresión de los derechos constitucionales no debe entenderse en sentido literal y amplio. Es decir, como una autorización al legislador o, en su defecto, al poder de reforma constitucional, para suprimirlos.

No podría llevar a cabo tal supresión el primero, esto es, el Poder Legislativo, pues aquello comportaría realizar una auténtica actividad constituyente, para lo que desde luego no tiene competencia. Y tampoco el segundo, es decir, que el poder de la reforma constitucional tenga competencia para «suprimirlos», pues, como lo ha recordado el Tribunal Constitucional, «(...) del hecho que la supresión y disminución de los derechos fundamentales no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal (...), por lo que «(...) las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución (...)»<sup>(7)</sup>.

En ese sentido, si los derechos fundamentales constituyen el sistema material de valores del ordenamiento peruano<sup>(8)</sup> y concretizan exigencias del valor moral que representa la dignidad humana<sup>(9)</sup>, la capacidad de titularizarlos y ejercerlos no puede estar sujeto a una norma jurídico-estatal que lo autorice<sup>(10)</sup>. Esa ha sido, por cierto, la posición asumida por el Tribunal Constitucional, quien ya desde sus primeras sentencias, conside-

<sup>(7)</sup> STC 0014-2002-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 95. En idéntico sentido, la STC 0050-2004-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 36-38.

<sup>(8)</sup> *Cfr.*, La STC 0976-2001-AA/TC, Fund. Jur. N.º. 5, donde se destaca la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

<sup>(9)</sup> STC 2016-2004-AA/TC, Fund. Jur. N.º. 16-21.

<sup>(10)</sup> Sobre el tema, y la necesidad de que los derechos fundamentales, a partir del principio de dignidad, no deban ser encriptados en una relación de derechos naturales o derechos positivos, sino en la «continuidad de la tradición filosófica», Peter Häberle, «La dignidad humana come fondamento della comunità statale», en su libro *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Giuffrè editore, Milano 2003, págs. 36-37.

ró que los derechos fundamentales del ser humano tenían un carácter pre-estatal. Así, por ejemplo, en una de sus primeras sentencias, poco tiempo después de que entrara en funcionamiento, sostuvo que «La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales los derechos a la vida y a la salud –ligados al instinto de conservación– son de primerísimo orden e importancia, se hallan protegidos inclusive a través de Tratados Internacionales que obligan al Perú, por que en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad»<sup>(11)</sup>.

5. Por otro lado, no menores problemas interpretativos pueden derivarse del fragmento de disposición constituido por el enunciado lingüístico:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza (...)».

Éste, en efecto, no parece estar vinculado con el propósito general del artículo 3º, esto es, con abrir un cauce para el reconocimiento de «nuevos» derechos. La frase «los demás (derechos) que la Constitución garantiza» impide que en su comprensión pueda hacerse referencia a derechos *extra constitutionem* ¿Cuál, entonces, puede ser el sentido en el que debe comprenderse este enunciado?

Una primera aproximación parece sugerir la idea de que su sentido se orienta a no diferenciar o derivar alguna consecuencia entre los derechos reconocidos en el capítulo 1 de los otros derechos que pudieran estar reconocidos en capítulos y títulos distintos. Desde este punto de vista, la enunciación de ciertos derechos, a guisa de «derechos fundamentales» en el capítulo 1º, no debiera entenderse en el sentido de que tal caracterización sólo se ha reservado para los que allí se encuentran. Y ello porque «derechos fundamentales» también son posibles de encontrarse en otros capítulos –y títulos– de la misma Constitución.

(11) STC 0318-1996-HC/TC, Fund. Jur. Nº. 1. Esta sentencia es una de las primeras dictadas por el Tribunal Constitucional, si es que nos atenemos a la fecha que ella tiene de registro: 06 de agosto de 1996, es decir, apenas unos meses después de que entrara a funcionar el Tribunal.

Similar disposición, con una ligera variante, también estaba contenida en el artículo 4º de la Constitución de 1979. Sólo que allí similar disposición no dejaba de tener cierta justificación. En efecto, a diferencia de la actual Norma Suprema, el epígrafe que utilizaba el Capítulo I de la Carta del 79 era «De la persona» y, con excepción del Capítulo VII, que aludía a los «derechos políticos», los demás capítulos que componían el mismo Título I, en el cual se encontraba inserto aquél, no hacían referencia a un grupo de derechos, sino a los ámbitos dentro de los cuales se podían titularizar éstos [«De la familia», «De la seguridad social, salud y bienestar», «De la educación, la ciencia y la cultura», «Del trabajo» y «De la función pública»]. De este modo, con idéntica fracción de disposición, el Constituyente de 1979 quería poner de relieve que la condición de derechos de la persona no era sólo privativa de los reconocidos en su capítulo I, sino también de los subsiguientes capítulos del mismo Título I y, sobre todo, de aquellos que se hallaban extramuros del rotulado bajo «Derechos y deberes fundamentales de la persona»<sup>(12)</sup>.

Que ese no puede ser el sentido que cabe dar a aquella fracción de disposición que utiliza el artículo 3º de la Constitución de 1993, se desprende ya del hecho que esta Constitución titula los siguientes 2 capítulos, del mismo Título I, como «De los derechos sociales y económicos» y «De los derechos políticos y de los deberes». Es decir, la identificación de los «derechos fundamentales» no sólo puede realizarse a partir de los enunciados presentes en el capítulo I del Título I, sino también de otros que, *mutatis mutandis*, se encuentran en otros capítulos del mismo Título I o, incluso, fuera de él.

Tal tesis, sin embargo, parece adolecer de un problema. Y es que en la Constitución de 1993 la expresión «derechos fundamentales» no tiene relevancia jurídica alguna, sea ésta material o procesal. Primero, porque no todos los proclamados en el capítulo de los «derechos fundamentales» lo son por su estructura (*vgr.* al medio ambiente, la paz, tranquilidad, etc.); En segundo lugar, porque no todos los que están en el Capítulo I del Título I son siquiera «derechos» (*vgr.* la «legítima defensa» que no es equivalente al derecho de defensa<sup>(13)</sup>; o la constitucionalización de la «asocia-

(12) *Cfr.*, Carlos Mesía, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, Fondo editorial del Congreso de la República, Lima, 2003, pág. 23 y sgtes.; Luis Castillo Córdova, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Editorial Ara, Lima, 2003, pág. 45 y sgtes.

(13) *Cfr.*, STC 0007-1997-AA/TC, STC 0611-1997-AA/TC, STC 0665-1997-AA/TC. *Cfr.*, en términos no satisfactorios, la diferencia establecida en la STC 3802-2004-AA/TC.

ción», como persona jurídica, diferente al «derecho de asociación»<sup>(14)</sup>; y, finalmente, porque se traten, o no, de derechos fundamentales, la Constitución de 1993 no ha establecido una tutela jurisdiccional (constitucional) diferenciada. Todos los derechos «constitucionales», sean «fundamentales», o no, estén o no en el capítulo I, son protegidos, *in suo ordine*, por los procesos constitucionales de la libertad<sup>(15)</sup>.

6. En el Derecho Comparado, el propósito de una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales es abrir los poros necesarios para que, en el ámbito de los derechos esenciales, la Constitución no quede petrificada o fosilizada, como consecuencia de la mudanza de las valoraciones sociales dominantes. Tal es el fin que persigue alcanzar el artículo 3º cuando expresa que también tienen la condición de derechos (constitucionales) aquellos que no encontrándose expresamente reconocidos en la Constitución, sin embargo, se fundan en los principios de dignidad de la persona o en los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho o en la forma republicana de gobierno.

¿Pero a qué se referirá el artículo 3º cuando señala que «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo *no excluye los demás (...) de naturaleza análoga (...)*»?

A nuestro juicio, con la expresión «derechos de naturaleza análoga», el artículo 3º se refiere a derechos de naturaleza «equivalente», «aproximada», «parecida», «similar» o «correlativa», que no forman parte del contenido protegido por un derecho expresamente garantizado por la Constitución, pero que, teniendo un contenido protegido propio, se encuentran relacionados con uno que la Norma Suprema sí reconoce. Así, por ejemplo, el derecho de réplica ante el ejercicio de la libertad de expresión, en forma análoga a la función que cumple el derecho de rectificación en relación con el ejercicio de la libertad de información<sup>(16)</sup>.

Tal vinculación o ligamen con un derecho reconocido expresamente por la Constitución, a efectos de que se le pueda dispensar similar rango y, en su caso, protección, tiene la virtualidad de exceptuar al operador

(14) *Cfr.*, STC 0004-1996-AI/TC, Fund. Jur. Nº 3.1.

(15) *Cfr.*, STC 1417-2005-PA/TC, Fund. Jur. Nº 1.

(16) STC 0905-2001-AA/TC. Fund. Jur. Nº 9.



judicial de fundarlo o justificarlo sobre la base de cualquiera de los principios supremos que el mismo artículo 3º proclama<sup>(17)</sup>.

De esta forma, la apelación a los principios supremos a los que se alude en el artículo 3º como fuente generadora de derechos, pareciera haber quedado reservada sólo para aquellos que, por decirlo así, pueden calificarse como derechos «nuevos», y no sobre para aquellos simplemente relacionados con algunos de los expresamente reconocidos. Y es que, como lo ha recordado el Tribunal Constitucional, la utilización del artículo 3º de la Constitución no debe ser el recurso normal para comprender, en su seno, «contenidos implícitos» ni «contenidos nuevos» de derechos expresos<sup>(18)</sup>.

Ese es el sentido en el que tal vez cabría comprender la apelación al artículo 3º de la Ley Fundamental que el Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones<sup>(19)</sup>, ha efectuado para dotar de una protección constitucional a derechos como a ser juzgado en un proceso que dure un plazo razonable<sup>(20)</sup>; la prohibición de la *reformatio in pejus*<sup>(21)</sup>, a no ser sancionado ni

---

(17) La afirmación, por cierto, debe entenderse en términos restrictivos, esto es, en el sentido de que no hay necesidad de extraerlos «únicamente» o, mejor, «exclusivamente» de los principios contenidos en el artículo 3º, puesto que resulta claro que todos los derechos fundamentales, sean enumerados o no, para tener tal condición, tienen que derivarse, con mayor o menor intensidad, del principio de dignidad humana. Sobre el particular, Peter Häberle, «La dignità umana come fondamento della comunità statale», en su libro *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Saggi, citado, pág. 50.

(18) *Cfr.*, STC 0895-2001-AA/TC, Fund. Jur. Nº. 5.

(19) En algunas oportunidades, para referirse a supuestos de los que aquí se está utilizando, el Tribunal ha acudido o bien a la cláusula de los derechos no enumerados, o bien a la figura de los contenidos implícitos de derechos expresos. En esta última dirección, por ejemplo, la STC 2050-2002-AA/TC, Fund. Jur. Nº. 18.

(20) *Cfr.*, entre numerosos precedentes en este sentido, por todas, la STC 1352-2000-HC/TC, donde se alude al derecho a un proceso que dure un plazo razonable como «uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero a la par consustanciales a los principios del Estado Democrático de Derecho y la dignidad de la persona a los que se refiere el Artículo 3º de la Constitución Política del Estado».

Por cierto, en este caso, más que de un derecho a un proceso que no sufra dilaciones indebidas, se trataba del derecho al plazo razonable de la detención judicial preventiva. Esta equiparación, por cierto, es una tendencia que, con buen criterio, la STC 3771-2004-HC/TC ha replanteado, al considerar al derecho a no ser detenido judicialmente en forma preventiva más allá de un plazo razonable como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

(21) *Cfr.*, STC 1230-2002-HC/TC y STC 1918-2002-HC/TC, Fund. Jur. Nº. 4.

juzgado 2 veces por un mismo hecho<sup>(22)</sup>, a ser juzgado por un juez imparcial<sup>(23)</sup>; a la efectividad de las resoluciones judiciales<sup>(24)</sup>, etc.<sup>(25)</sup> Y aunque de estos mismos derechos podría decirse que, en realidad, constituyen «contenidos implícitos» de derechos expresos (vg. del debido proceso y la tutela jurisdiccional, respectivamente), también podría lícitamente pensarse que se trata de derechos «análogos» a otros de naturaleza constitucional procesal expresamente reconocidos por la Norma Suprema del Estado, como pueden ser los derechos de defensa, pluralidad de instancias, a la presunción de inocencia, etc.<sup>(26)</sup>

7. Fuera del supuesto de identificación de derechos constitucionales implícitos *per relationem* con derechos expresos, a los que antes se ha hecho referencia, el artículo 3º de la Constitución deja en manos de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución la individualización e identificación de otros atributos esenciales de la persona, con el mismo rango constitucional de los que aparecen garantizados expresamente, a partir de 3 principios constitucionales de muy diversa naturaleza: el principio de dignidad de la persona y los del Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.

8. La necesidad de que cualquier apertura del catálogo de derechos tenga que fundarse necesariamente en el principio de dignidad humana,

<sup>(22)</sup> *Cfr.*, STC 2050-2002-AA/TC.

<sup>(23)</sup> STC 1934-2003-HC/TC, Fund. Jur. N.º. 7.

<sup>(24)</sup> *Cfr.*, las STC 1334-2002-AA/TC y STC 0015-2001-AI/TC, Fund. Jur. 8 y ss, si bien en ellos no se indica que su reconocimiento constitucional se deba al artículo 3º de la Constitución.

<sup>(25)</sup> *Cfr.*, sobre ese desarrollo jurisprudencial, Luis Sáenz Dávalos, «La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista peruana de jurisprudencia*, citado, pág. XXI y sgtes.

<sup>(26)</sup> Por cierto, esta tendencia no puede equipararse a lo que a su turno se realiza con el denominado «debido proceso sustantivo», al que el Tribunal algunas veces apela para brindar protección a ámbitos constitucionalmente protegidos por otros derechos fundamentales. Particularmente, si se trata de un ordenamiento como el nuestro, donde la Constitución ha sido bastante pródiga en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Y si es que la construcción realizada por la Corte Suprema Norteamericana en torno al debido proceso sustantivo se justifica porque su declaración de derechos es bastante escueta y no comprende derechos como la vida, la intimidad, etc., en el Perú ese no es un problema con el que tengan que afrontar nuestros jueces constitucionales.

Por cierto, en los últimos años, esta tendencia ha sido objeto de críticas en los Estados Unidos, tras reclamarse de los jueces que saquen de esa «zona de penumbra» en la que ha estado postrada la IX Enmienda. Sobre el particular, *Cfr.*, Mark Niles, «Ninth Amendment

pone de relieve que éste constituye el fundamento de los derechos constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano [art. 1]. Tal función que se asigna al principio presupone una determinada idea de la naturaleza humana, cuyo *quid* lo constituye precisamente el principio de dignidad. Pero, en este contexto, ¿qué puede significar ese principio de dignidad?; ¿cómo despliega sus alcances en la identificación de «nuevos» derechos constitucionales?»

Como sucede con muchos conceptos jurídico-constitucionales, el de dignidad acusa profunda vagüedad, no sólo en lo que atañe a su significado jurídico, sino también a sus condiciones de aplicabilidad. No obstante, parece existir cierto consenso en considerar que la dignidad humana es un valor espiritual y moral que pertenece a toda persona, independientemente de su status o la situación jurídica en la que éste se encuentre. La dignidad no es tanto un derecho, sino el fundamento de todos los derechos; precisamente, porque no constituye un derecho, sino el *background* de todos los derechos reconocidos, la dignidad humana es un valor supremo y, en cuanto tal, absoluto, es decir, que se encuentra en el vértice de los principios y valores que la Constitución reconoce y, por ello mismo, se halla exento de cualquier actividad restrictiva o limitativa y, desde luego, también ponderativa. Presupone que el hombre no sea reducido a un objeto o tratado como un medio<sup>(27)</sup>.

Sus alcances, sin embargo, no se agotan en la necesidad de preservar determinados ámbitos de la personalidad de un individuo, ya que constituye un complejo de valores que representa la esencia de la condición humana y, como tal, se trata de un valor meta individual. Ello significa que si bien es preciso garantizar el que todos los seres humanos puedan libremente fijarse un proyecto de vida conforme a sus propios sentimientos y fines y, correlativamente la necesidad de que no se interfiera en él, el principio de dignidad comporta también exigencias destinadas a garantizar al hombre como sujeto perteneciente a la familia humana. «La tutela de la dignidad (y, por tanto, la exigencia de atribuirse en calidad de derechos constitucionales implícitos determinados ámbitos protegidos de vida

---

Adjudication: An alternative to substantive due process analysis of personal autonomy rights», en *UCLA Law review*, N° 48, 2000, pág. 85 y sgtes.

(27) Ingo Von Munch, «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional», en *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 5, 1982, pág. 9 y sgtes.; Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986; R. Spaemann, «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Persona y Derecho*, Vol. XIX, 1988, p. 13 y ss.; M. A. Alegre, *La dignidad*

humana) no sólo se relaciona con el sujeto en cuanto individuo aislado, considerado en su individualidad, sino también en cuanto miembro de un particular grupo étnico, religioso, nacional»<sup>(28)</sup>.

Es decir, se trata de una «(...) categoría que individualiza aquello que hay de humano en el hombre (...), una cualidad que liga al individuo a la 'familia humana'» y, de ese modo, que impone al operador jurisdiccional estar atento a garantizar, a título de derechos constitucionales implícitos, aquellos ámbitos de la vida humana que responden a esas demandas. Como se ha puesto de relieve, «(...) la nueva antropología de la persona en el Derecho subyacente al ordenamiento constitucional, individualiza un concepto de persona estructurado en sus relaciones sociales, radicado en el reconocimiento que la personalidad no es mera subjetividad, simple valor ontológico, sino también una estructura de valor, un ser axiológico. Esta determinación, que nace de los valores que atienen al hombre, más que en su racionalidad, en su existencia empírica, es un *novum* categorial, en cuanto introduce un concepto 'concreto' de persona, relacionado no más a una cualidad (la capacidad de los derechos), sino al mismo objeto en su totalidad de elementos constitutivos y, por tanto, sobre todo en su dimensión vital»<sup>(29)</sup>.

De ahí que el proceso de «identificación» y reconocimiento de «nuevos» derechos constitucionales a partir del principio de dignidad, no sólo debe tener como norte el rescate de determinados ámbitos de libertad del sujeto individual, sino, incluso, en cuanto miembro y partícipe de un complejo de relaciones sociales en los cuales se desarrolla<sup>(30)</sup>.

9. Por lo que se refiere a la soberanía del pueblo como principio generador de nuevos derechos, hay que decir que desde los orígenes del constitucionalismo moderno, se ha concebido al Estado como un ente artificial, creado por el hombre, cuyo objeto es que se garanticen sus dere-

---

*humana como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Madrid 1996. Pedro Serna, «La dignidad de la persona como principio del derecho público», *Derechos y libertades*, N.º 4 (1995), 305 y ss.

<sup>(28)</sup> Gaetano Piepoli, «Dignità e autonomia privata», en *Politica del Diritto*, N.º 1, 2003, p. 62.

<sup>(29)</sup> *Ibidem.*, ver asimismo, Eusebio Fernández García, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 21 y sgtes.

<sup>(30)</sup> *Cfr.*, nuevamente, la STC 1417-2005-PA/TC, donde se relaciona los derechos sociales con el principio de dignidad.

chos innatos a su condición de ser humano. Tal doctrina partía de un postulado elemental: a diferencia de lo que sucedía en el antiguo régimen, en el Estado de Derecho el origen del poder se encuentra en el pueblo, y no en una persona (el Rey), o en un ser trascendente, siendo aquel, por tanto, el titular de la soberanía, esto es, el origen y fundamento del poder estatal.

Desde este punto de vista, si el pueblo es el soberano, y el Estado un ente creado para proteger los atributos del titular de la soberanía, quiere ello decir que las relaciones entre individuo y Estado se despliegan bajo lo que Fioravanti<sup>(31)</sup> ha denominado el principio de presunción fundamental de libertad, es decir, un régimen en el que las libertades son, en principio, potencialmente indefinidas, de modo que cualquier intervención estatal en el seno de estos ha de provenir de una ley y ha de encontrarse suficientemente justificada.

Pero la posibilidad de derivar nuevos derechos del principio de soberanía del pueblo también tiene que ver, y acaso de forma primera, con el proceso de formación de la voluntad política estatal, ya sea a través de los mecanismos de la democracia representativa, como a su turno a través de instrumentos de la democracia directa. En este sentido, con la invocación al principio de soberanía del pueblo como fuente material de nuevos derechos, el operador jurídico podría prestar cobertura constitucional a determinadas instituciones de democracia directa o representativa, no prevista textualmente en la Constitución de 1993, en el entendido que se tratan de derechos del pueblo como titular de la soberanía.

10. Vinculado con el principio de soberanía del pueblo como fuente material de derechos, se encuentra el principio del «Estado democrático de Derecho». El artículo 4º de la Constitución de 1979, por cierto, aludía al «Estado social y democrático de Derecho». La frase «social», como se sabe, fue suprimida de la Constitución del 93, argumentándose que tras de ella se escondía resabios de doctrinas socializantes; no obstante ello, lo propio de un Estado «social» no ha quedado proscrito a partir de la formulación del principio del «Estado democrático de Derecho», pues éste último lo comprende, como por lo demás el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordarlo<sup>(32)</sup>.

---

(31) Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 40.

(32) *Cfr.*, entre diversas sentencias en ese sentido, las siguientes: STC 0008-2003-AI/TC, Fund. Jur. Nº. 10-13; STC 1956-2004-AA/TC, Fund. Jur. Nº. 4; STC 3149-2004-AC/TC, Fund. Jur. 5-11.

En ese sentido, debe destacarse, por un lado, que la enunciación del principio del «Estado democrático de Derecho» no quiere decir que el sistema constitucional peruano rechace los principios que subyacen al Estado de Derecho, en su versión clásica. La «profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho»<sup>(33)</sup>, y que se refleja con lo que se ha venido en denominar «Estado constitucional de Derecho», en efecto, no ha terminado por socavar los fines de aquél, sino en robustecerlos. La sujeción al principio de legalidad, división de poderes y, particularmente, protección de ámbitos de libertad sobre los cuales no cabe injerencia estatal ilegítima, efectivamente, son premisas que no han quedado sin sentido<sup>(34)</sup>. Se tratan, por el contrario, de directrices que siguen estando tan vigentes que, a partir de allí, el juez constitucional puede reconocer nuevos derechos fundamentales<sup>(35)</sup>. Al fin y al cabo, el Estado de Derecho, en su esquema clásico, se sustenta en el principio de libertad general de actuación de los seres humanos y de limitación del poder estatal.

Por otro lado, también es menester destacar que el adjetivo «democrático» no agota su *vis* expansiva en el ámbito de la participación política. Con él se hace referencia igualmente a un modelo de ordenamiento que persigue la garantía de la realización material de los principios de dignidad humana e igualdad de oportunidades. Es decir, que procura la instauración de un orden económico y social que garantice estándares de vida dignos en materia de alimentación, salud, vivienda, educación etc., para lo cual encomienda al Estado, correlativamente, la tarea de remover los obstáculos que impiden que el ser humano los alcance<sup>(36)</sup>.

La riqueza y posibilidades de identificación de nuevos derechos a partir del referido principio, como se podrá imaginar, son ilimitadas, pues su ámbito de irradiación se expande a situaciones tan diversas como la

<sup>(33)</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 34.

<sup>(34)</sup> El modelo germánico del «Estado de Derecho», que es el que esencialmente ha llegado a nosotros, ha sido bien descrito por Antonio Pereira Menaut, *Rule of law o Estado de Derecho*, Marcial Pons librerías, Madrid, 2003, pág. 33 y sgtes.

<sup>(35)</sup> Verbigracia, la objeción de conciencia, si bien tal derecho no ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como derecho no enumerado. *Cfr.*, la STC 0895-2001-AA/TC.

<sup>(36)</sup> *Cfr.*, Ernest Bockenforde, «La democracia como principio constitucional», en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 133 y sgtes.

social, económica, política, cultural, religiosa, étnica, sexual o de género, a partir de las cuales el juez de los derechos fundamentales puede inferir derechos nuevos [vg. el Derecho Constitucional al «mínimo vital» al que se ha referido la Corte Constitucional de Colombia y que ha encontrado eco en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional]<sup>(37)</sup>. Y es que se trata de un principio que persigue asentar un modelo de Estado en el que se promueva democráticamente la participación de todos los individuos en los diferentes aspectos de la vida, desterrando la consideración del individuo en abstracto, sino como componente y participante de un entramado de relaciones con sus demás congéneres.

11. Finalmente, respecto a la posibilidad de identificar nuevos derechos a partir de la «forma republicana de gobierno», hay que señalar que su enunciación como fuente material de derechos implícitos no es muy feliz. En primer lugar, porque la expresión «República», como forma de gobierno, es posible comprender ciertas manifestaciones de autoritarismo<sup>(38)</sup>; y, en segundo lugar, porque su propia condición de principio «supremo» es una cuestión que seriamente se encuentra en duda y, por tanto, no resulta claro determinar qué derechos pueden derivarse de éste.

Empecemos diciendo que el término «República» ha sido objeto de constantes modificaciones y evoluciones, adquiriendo diversas connotaciones según el contexto conceptual en el que se inserta. Con independencia del significado que se le haya atribuido en la edad antigua, en la moderna el término en mención sirvió, desde Bodín hasta Kant, para destacar la existencia de un régimen político sustentado en reglas, en oposición a aquellos basados en la violencia o la anarquía. Posteriormente, con Machiavello, e incluso Montesquieu, la República, que comprendía a la forma de gobierno aristocrática y democrática, se oponía a la monarquía y al despotismo. En tanto que otro sería el concepto que se le imprimiría a finales del siglo XVIII, con la revolución americana, donde especialmente debido al influjo de las ideas de Jhon Adams y Alexander Hamilton, con

---

(37) Así, por primera vez, en la T-426/92, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr., asimismo, Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2002, pág. 11 y sgtes. Cfr., la STC 1417-2005-PA/TC, donde por primera vez el Tribunal Constitucional alude al tema del mínimo vital como protegido por el derecho a la pensión.

(38) Héctor Gross Espiell, «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre derechos humanos», en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, T. 14, 1997-1998, pág. 103.

el término «República» se aludía a los Estados y la federación, en los que no existía la institución monárquica, y porque en ellas imperaba una democracia representativa, sustentada en la separación de poderes y en un sistema de pesos y contrapesos<sup>(39)</sup>.

Igualmente, sus alcances tampoco han sido pacíficos de identificar en Francia. Para Robespierre, por ejemplo, con él no se enunciaba «ninguna forma particular de gobierno», pues se trataba de una «denominación general de todo tipo de gobierno de hombres libres que tienen una patria», lo que permitió que el concepto se desarrollase con independencia de si la forma de gobierno era la monárquica o la democrática. Precisamente por ello, cuando más tarde se abolió la monarquía, la República se identificó con «democracia». Entre tanto que para Sieyès, el régimen republicano era aquel en el que el gobierno se encontraba vinculado al principio de representación popular, de modo que el término República terminaba por denotar un gobierno representativo<sup>(40)</sup>.

No obstante, al margen de los diversos significados que se le haya asignado, lo cierto es que en nuestro ordenamiento su comprensión y eventual aplicación no puede desvincularse, a su vez, del artículo 43 de la Norma Suprema, a tenor del cual «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

Se trata, por tanto, de un principio cuya aplicación en el proceso de desarrollo de «nuevos» derechos constitucionales se encuentra vinculado a los principios de soberanía del pueblo y al Estado democrático de Derecho, de manera que no cabe en él cualquier concepto de República, sino, concretamente, una lectura en clave de «República democrática», es decir, aquella sustentada en los principios de soberanía del pueblo, en el gobierno representativo y en la separación de [funciones de los] poderes.

No obstante lo anterior, inmediatamente debe advertirse que su condición de principio «supremo» y, por tanto, su condición de fuente gene-

---

<sup>(39)</sup> Cfr., Nicola Mateucci, Voz «República», en Norberto Bobbio, Nicola Mateucci y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2000, T. 2, pág. 1391.

<sup>(40)</sup> Cfr., Joaquín Abellán, «Sobre el concepto de República en las décadas finales del siglo XVIII», en *Revista de Occidente*, N.º. 247, 2001, pág. 107 y sgtes, a quien hemos seguido libremente.



radora de nuevos derechos, no es del todo clara. A diferencia de lo que sucede en algunos países, en los que dicho principio ha sido considerado como exento de cualquier reforma constitucional, en el nuestro nada impediría que la forma republicana de gobierno se modifique y, en su lugar, se establezca la propia de una monarquía constitucional, por ejemplo. Dado que los mismos principios que rigen en aquél [separación de poderes, limitación del poder estatal, soberanía del pueblo, respeto de los derechos fundamentales, etc.] serían respetados, tal modificación no afectaría, por llamarlo así, el «núcleo duro» de la Constitución peruana<sup>(41)</sup>.

Por tanto, pensamos que, a no ser que la «forma republicana de gobierno» se lea en clave de los principios anteriormente especificados, por sí misma, ésta no es capaz de generar nuevos derechos fundamentales.

12. En definitiva, del artículo 3º de la Constitución de 1993 es posible extraer diversos significados<sup>(42)</sup>. Seguramente uno de los más importantes es que en nuestro ordenamiento jurídico la condición de «derechos constitucionales» no se reduce a lo que la Constitución de 1993 expresamente así los reconoce –a lo largo de su primer título, pero también en otros títulos y capítulos– sino que comprende también a aquellos otros que si bien no se encuentran explícitamente enunciados, admiten la misma consideración de rango [y, por tanto, de instrumentos hábiles para su tutela], pues se deducen de una serie de principios supremos del ordenamiento constitucional peruano [*vgr.* dignidad de la persona humana, principios de soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho].

Asimismo, por la función que desempeña, dicho dispositivo debe considerarse como una auténtica cláusula de «desarrollo de los derechos constitucionales», esto es, un precepto a partir del cual es posible «abrir» y «oxigenar» el catálogo constitucionalizado de los derechos esenciales de la persona<sup>(43)</sup>. De esta forma, la concepción, la idea misma sobre aquello

<sup>(41)</sup> Cuestión distinta, y en la que aquí ciertamente no vamos a ingresar, es la legitimidad de una institución semejante.

<sup>(42)</sup> *Cfr.*, Gerardo Eto Cruz, «Los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas: A propósito de las cláusulas de los derechos implícitos y el derecho internacional de los derechos humanos», en su libro *Estudios de Derecho Constitucional*, UNT, Trujillo, 2002, pág. 131-142.

<sup>(43)</sup> La expresión «cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales» es de Peter Häberle, «Concezione dei diritti fondamentali», en su libro *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, citado, pág. 110 y sgtes. *Cfr.* también, Germán J. Bidart Campos, «Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho

que ha de constituir «derechos fundamentales», se presenta como una cuestión no zanjada por el constituyente histórico, sino sujeta a la determinación de las generaciones vivas.

En este último sentido, también parece plausible consentir que la Constitución de 1993 haya confiado la tarea de «identificar» estos «derechos futuros» a los jueces y, en particular, los jueces constitucionales [Poder Judicial y Tribunal Constitucional]. En ellos, en efecto, radica la delicada labor de «abrir» el catálogo de la Constitución de 1993 cada cierto tiempo para cobijar a las nuevas exigencias de la vida humana que, por ausencia o no-consolidación de valoraciones sociales dominantes en torno a su esencialidad, imposibilitó que éstas se incluyeran en la Norma Suprema en el momento en que fue expedida<sup>(44)</sup>.

13. Esta competencia, propia de un «poder constituyente constituido», sin embargo, no es enteramente libre, discrecional, o susceptible de realizar conforme a criterios artificiales y subjetivos. Por un lado, se encuentra disciplinada directamente por el artículo 3° de la Norma Suprema. Su punto de partida, en efecto, estará constituido por las «fuentes materiales» a partir de los cuales es posible identificar esos nuevos derechos constitucionales, a saber, la dignidad de la persona humana y los principios de soberanía del pueblo y Estado democrático de Derecho.

Por otro lado, el juez constitucional no puede perder de vista que el artículo 3° de la Norma Suprema no es una isla, sino que forma parte de una unidad normativa denominada Constitución, en la que no sólo se encuentran reconocidos otros derechos fundamentales, muchos de los cuales con un contenido no necesariamente explicitado en la disposición que lo contiene [vg. contenidos implícitos de derechos expresos]<sup>(45)</sup>, sino,

---

Constitucional y el Derecho Internacional», en *Derecho y Sociedad*, N° 18, Lima, 2002, pág. 256 y sgtes.

<sup>(44)</sup> Cfr., STC 0316-1998-AA-TC, Fund. Jur. N° 3. Cfr., Marcial Rubio Correa, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, PUCP, Lima, 2005, págs. 92-93. Asimismo, Luis Sáenz Dávalos, «La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista peruana de jurisprudencia*, citado, pág. XXI y sgtes.

<sup>(45)</sup> Acerca de las diferencias entre derechos no enumerados y contenidos implícitos de derechos expresos, entre nosotros, Cfr., Juan Manuel Sosa, «Derechos no enumerados y nuevos derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Actualidad jurídica*, citado, pág. 110 y sgtes.

incluso, que su establecimiento se realiza al lado de otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad que, por su propia naturaleza, tienen la propiedad de albergar en su seno diversas esferas de libertad para la estructuración de la vida personal y social de los individuos que no han sido reconocidas específicamente por la Constitución<sup>(46)</sup>. De ahí que cualquier construcción al amparo artículo 3º de la Constitución no puede realizarse con el objeto de dispensar reconocimiento y protección constitucional a contenidos implícitos de derechos expresos [vg. el derecho a que el proceso dure un plazo razonable como parte del debido proceso], ni tampoco a ámbitos de libertad garantizados por el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>(47)</sup>.

Finalmente, el juez constitucional no puede perder de vista la racionalidad de dicho precepto. Se trata, en efecto, de una cláusula cuyo propósito no es prestar cobertura constitucional a potestades y facultades que en el ordenamiento tienen rango inferior [vg. un derecho «legal»] o que no representen derivaciones directas e impostergables del principio de dignidad<sup>(48)</sup>. Y no hablamos aquí de ámbitos de derechos constitucionales delimitados legislativamente, sino de esferas subjetivas exclusivamente desarrolladas por la ley o fuentes de jerarquía inferior.

En suma, la no positivización de un derecho, la derivación directa de principios fundamentales del ordenamiento constitucional, la necesidad de prestar cobertura a *nuevas y fundamentales* exigencias del ser humano, la no-inserción de una potestad dentro del contenido de un derecho reconocido, entre otras, parecen ser exigencias mínimas que el juez constitucional debería observar cada vez que pretenda hacer uso de este precepto constitucional. La recomendación del Intérprete Supremo de la Constitución, en el sentido de reservar la utilización de este precepto «(...) solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesi-

(46) *Cfr.*, en este sentido, la STC 2868-2004-AA/TC.

(47) *Cfr.*, Andrea Greppi, «Los nuevos y los viejos derechos fundamentales», en Miguel Carbonell, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH, México 2002, pág. 179 y sgtes.

(48) Distinta, entendemos, es la situación de derechos que, en pleno proceso constituyente, el titular de tal función les hubiese descartado la asignación del rango constitucional, como puede ser el caso de determinados derechos sociales que contemplaba la Carta de 1979. Y es que en una técnica de constitucionalización de derechos como la indicada, no es el Poder Constituyente el que tiene la última palabra, sino los jueces constitucionales, a partir, precisamente, de la autorización que se les concede en virtud del artículo 3º.

dad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún Derecho Constitucional ya reconocido en forma explícita» [STC 0895-2001-AA/TC], es una regla sensata que es bueno no desatender<sup>(49)</sup>.

---

(49) Sobre el tema, con amplias referencias a lo que sucede en países europeos, con técnicas de reconocimiento de derechos *jusfundamentales* no siempre semejantes a los que existen en nuestro país, *Cfr.*, Francisco Javier Díaz Revorio, «Tribunal Constitucional y derechos constitucionales 'no escritos'», en AA.VV. *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 240 y sgtes. Asimismo, Antonio Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli editore, Torino 1997, pág. 53 y sgtes.

# EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ELECTORALES ¿DISCUSIÓN ZANJADA O CONTROVERSIA LATENTE?

José F. Palomino Manchego<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** I. A modo de justificación. II. ¿Qué es el precedente vinculante? III. La propuesta de la «Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú» sobre el órgano electoral. IV. El caso Juan Genaro Espino Espino. V. El caso Pedro Andrés Lizana Puelles. VI. La experiencia en el Derecho Comparado: Panamá. VII. Hacia la derogación y/o inaplicación de la Ley N° 28642.

## I. A MODO DE JUSTIFICACIÓN

Tras la polémica surgida entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) respecto de la legitimidad o no en el control constitucional de las decisiones de tipo electoral, han quedado latentes diversas interrogantes, que no han sido resueltas por el simple hecho de haberse aprobado entre gallos y medianoche la Ley N° 28642.

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional del Perú y Derecho Procesal Constitucional de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

En efecto, aún cuando la citada disposición legal ha modificado el inciso 8° del Artículo 5° del Código Procesal Constitucional estableciendo que: «*No proceden los procesos constitucionales cuando: ...Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad*», agregando incluso que: «*Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno*» y que «*La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva*», creemos que la consabida restricción, resulta más teórica que efectivamente práctica.

Naturalmente, no es que de pronto estemos invitando a una suerte de legicidio anticipado o que, desde otra perspectiva, andemos incentivando al desacato de las disposiciones jurídicas formalmente vigentes. Pero existe un hecho elemental, en el que, contra viento y marea, parece obligado reparar con conocimiento de causa y no con fines políticos. Mucho antes de que el Congreso de la República decidiera resucitar la vieja y hoy superada teoría de que él y sólo él, es el intérprete de la constitucionalidad o el defensor de la Constitución, su verdadero e indiscutible intérprete supremo —el Tribunal Constitucional— ya había dejado establecido que no sólo es procedente el control constitucional sobre las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura, ora del Jurado Nacional de Elecciones, sino que incluso, cualquier interpretación en contrario, representaría una opción absolutamente inconstitucional.

Dentro de dicho contexto, cabría preguntarse: ¿Podía el Congreso de la República proceder en la forma en que lo hizo? ¿Podían sus representantes legislar en forma contraria a lo que el propio Tribunal Constitucional había sentenciado? Y si el Congreso ha procedido en la forma descrita ¿Puede el Tribunal Constitucional sentirse vinculado por lo que el Congreso, ley de por medio, le ordena hacer?

Responder sin mediatecas a las interrogantes señaladas, como a otras colaterales, no creemos que depende de colocarse una camiseta y golpearse el pecho para ver quién resulta más poderoso. Depende de una lectura simple y elemental de lo que la Constitución y las leyes expedidas en su conformidad, establecen en materia de control e interpretación constitucional. No se trata, por consiguiente, de proclamar quién es el órgano constitucional o poder público revestido de más abolengo o mayor representatividad sino de reparar en lo que la norma fundamental, a la que se encuentran sometidos todos los poderes constituidos (incluidos el Congreso y el mismo Tribunal) establece con toda nitidez. Es pues, sin asomo de dudas, la Constitu-

ción en cuanto norma jurídica y *norma normarum*, la que delimita las atribuciones y zanja cualquier eventual capricho o posición unilateral, sea esta o no del agrado de determinadas personalidades u órganos constitucionales<sup>(1)</sup>.

## II. ¿QUÉ ES EL PRECEDENTE VINCULANTE?

De primera intención y a los efectos de precisar cómo es que debe encararse la controversia anteriormente señalada, conviene detenerse un momento en ciertas definiciones elementales, motivadas por el hecho de que, como ya se anticipó, existen determinados pronunciamientos que a modo de precedente vinculante, han establecido determinadas líneas de raciocinio<sup>(2)</sup>.

El carácter vinculante de un fallo permite crear un estado obligatorio de observancia respecto de lo resuelto o decidido en un determinado proceso, mientras que el precedente es la directriz o conjunto de directrices que a futuro y fuera del caso ya resuelto va a tomarse en cuenta para posteriores supuestos o controversias<sup>(3)</sup>.

Es claro pues, dentro de las consideraciones descritas, que el precedente vinculante es aquella línea de raciocinio que además de erigirse como obligatoria, tras haberse adoptado en algún caso especial, ha de posibilitar resolver de un determinado modo controversias con características particulares. Desde una perspectiva mucho más amplia el precedente vinculante, no sólo tiene como destinatarios naturales, a los operadores jurisdiccionales del Derecho *strictu sensu* (Magistrados de diversos fueros), sino a cualquier poder público o individuo en particular, naturalmente no por el hecho de que estos últimos tengan la capacidad de resolver controversias, sino porque se encuentran sujetos a lo que el intérprete de la constitucionalidad, haya establecido sobre determinado asunto de relevancia<sup>(4)</sup>.

(1) Últimas reflexiones académicas sobre el tema pueden verse en José de Jesús Guñido Pelayo, José Rodolfo A. Vega Hernández, Carlos Eduardo Hernández Pérez (Coordinadores): *Controles constitucionales*, Fundap, Querétaro, México, D.F., 2005.

(2) *Vid.* el libro de Leonor Moral Soriano: *El precedente judicial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2002. Antecede Prólogo de Zenon Bankowski y Neil MacCormick.

(3) *Cfr.* Luis Sáenz Dávalos: «El valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su ubicación en el sistema de fuentes del Derecho» en José F. Palomino Manchego, *Curso de Formación: Código Procesal Constitucional*, Módulo VI, *El efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004.

(4) Sobre el vocablo «precedente» (del inglés *precedent* y del alemán *präjudizien*) *vid.* *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn., 1999, págs. 1195-1196; también, a modo

En sintonía con dicha perspectiva, resulta indiscutible, que si el Tribunal Constitucional, genera precedentes vinculantes, estos adquieren un grado de eficacia que no puede ser puesto en tela de juicio por ningún poder público, ni siquiera y vale la pena puntualizarlo, por el Congreso de la República. Admitir lo contrario, significaría que lo que pudiese resolver un Juez de la constitucionalidad, podría ser constantemente desvirtuado apelando al fácil expediente de la capacidad normativa, y a la eventual presencia de una norma supuestamente correctora, más en el fondo excesivamente violatoria del principio de la cosa juzgada<sup>(5)</sup>. No es pues el ejercicio de una facultad atribuida a un poder constituido el pretexto para vaciar de contenido los mandatos interpretativos de la Constitución, tanto más cuando estos adquieren el consabido carácter de precedente vinculante. Por vía jurisprudencial, el Tribunal Constitucional habla de «precedente constitucional vinculante», que tiene por su condición efectos similares a una ley (Exp. N° 0024-2003-AI/TC).

Cabe en todo matizar que para que un precedente como el aquí señalado pueda ser individualizado, el Código Procesal Constitucional, exige hoy en día un reconocimiento expreso en el contenido de la sentencia, conforme lo establece el artículo VII de su Título Preliminar, a diferencia de la legislación procesal derogada que aunque no tenía normas muy claras sobre esta materia tampoco excluía dicha posibilidad, como es bastante sencillo verificar<sup>(6)</sup>. Ello no obstante, lo dicho tampoco significa que no hayan existido pre-

---

de complemento, *vid.* la voz «Stare decisis», pág. 1414. De sumo provecho, sobre el tema, resulta el libro de Lucio Pegoraro y Angelo Rinella: *Las fuentes en el Derecho Comparado*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, págs. 81-92. Con Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego.

(5) En nuestra jurisprudencia constitucional, se registran casos en los que lo resuelto por el Tribunal Constitucional ha pretendido, *a posteriori*, ser desvirtuado por el Parlamento, originando fallos del mismo Tribunal en defensa de su propia jurisprudencia. *Cfr.* la Sentencia recaída en el Expediente N° 001-1998-AI/TC (Caso: Pedro Carrasco Narvaez y otros ciudadanos) emitida a raíz de haberse desvirtuado lo resuelto en la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-96-I/TC (Caso: Maximiliano Cárdenas Díaz y otros ciudadanos). Escenario mucho más agravado (y que involucra ya no sólo la conducta del Parlamento sino del Poder Ejecutivo) lo tenemos en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N° 015-2001-AI/TC, N° 016-2001-AI/TC, N° 004-2002-AI (Caso: Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo) emitida a raíz de haberse distorsionado lo resuelto en las sentencias emitidas en los Expedientes N° 0022-1996-AI/TC (Caso: Colegio de Ingenieros del Perú) y N° 006-1996-AI/TC (Caso: Congresistas de la República). En todos estos casos, como en otros similares estamos, ante auténticos exhabruptos del Congreso y demás poderes públicos que no hacen otra cosa que patentizar lo que ha sido una indeseable y sesgada línea de comportamiento.

(6) En efecto, conforme lo establecía el Artículo 9° de la derogada Ley N° 23506: «Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de



cedentes importantes en la materia aquí examinada. A su estudio nos dedicaremos inmediatamente. Pero antes de ello, recordemos una fuente foránea.

La Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989 en su artículo 13 señala: «La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma». En este caso se refiere a la Sala Constitucional, que forma parte de la Corte Suprema, quien ejerce la jurisdicción constitucional. Y sobre el tema que venimos abordando el artículo 2, c) apunta que le corresponde: «Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo Electoral, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público».

### III. LA PROPUESTA DE LA «COMISIÓN DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ» SOBRE EL ÓRGANO ELECTORAL

La «Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú»<sup>(7)</sup>, que se nombró durante el Gobierno de Valentín Paniagua Corazao, mediante R.S. N° 232-2001-JUS de fecha 31 de mayo de 2001, con relación a la justicia electoral propuso las siguientes ideas que desafortunadamente hasta ahora no se han tomado en cuenta:

«...»

#### XIV. Régimen Electoral. Fundamentación

La democracia ha sido definida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Para que ese principio pueda funcionar de la manera más adecuada se requiere que tanto la Constitución como la legislación electoral posibiliten a las personas que su opinión, libremente expresada, alcance dos objetivos fundamentales: 1) la realización de comicios periódicos y auténticos para elegir a sus representantes; y 2) el ejercicio directo de determinados actos políticos.

---

ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y derecho en que sustenten dicha resolución».

(7) *Vid.* el libro con el título *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001, págs. 89-91.

La Carta de 1993 destina el Capítulo XIII «Del Sistema Electoral», ubicado en el Título IV: De la Estructura del Estado, a tratar de esta materia. La denominación no es acertada por cuanto sistema electoral refleja más bien el mecanismo a través del cual convierten votos en escaños. Se considera más apropiado que el capítulo, por la riqueza de su contenido, sea «Del Régimen Electoral».

Respecto en los organismos electorales, la Comisión considera que cuando en las decisiones, prima el criterio de conciencia y no la aplicación del Derecho, el nombre apropiado es el de Jurado; pero cuando, a la inversa, debe ser aplicado el Derecho, o sea, la Constitución y la ley y, adicionalmente, los principios generales del Derecho, el nombre tiene que ser distinto. Y, entre los alternativos de Corte Electoral o Tribunal de Elecciones, parece ser más adecuado el de Tribunal Supremo Electoral, del cual dependerán los Tribunales Electorales Especiales, según la clase de elecciones (políticas, departamentales o municipales). La composición del Tribunal puede ser la misma que actualmente tiene el Jurado Nacional de Elecciones.

#### Propuestas

##### Tribunal Supremo Electoral

1. *Unidad orgánica del régimen electoral.* La Comisión se ha manifestado favorable a reinstaurar la unidad y articulación orgánica del régimen electoral, a cuya cabeza se coloca al Tribunal Supremo Electoral-TSE, órgano que reemplaza al Jurado Nacional de Elecciones.
- ...
3. *El Tribunal Supremo Electoral: naturaleza y competencias.* El Tribunal Supremo Electoral es la máxima instancia en materia de justicia electoral, siendo sus resoluciones en esta materia definitivas e irrevisables ante instancia judicial alguna. Su misión es asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad popular, manifestada en las urnas por votación directa.

Entre sus principales funciones se encuentran:

- a) Convocar a elecciones.
- b) Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales en sus diversas modalidades, así como la aprobación de los padrones electorales.

- c) Llevar el registro de los partidos políticos y de las alianzas de partidos, cumpliendo y haciendo cumplir las normas respectivas.
- d) Administrar justicia en materia electoral.
- e) Proclamar a los candidatos elegidos y otorgar las credenciales correspondientes.
- f) Proclamar los resultados de las consultas populares.
- g) Declarar, en su caso, la nulidad de los procesos electorales.
- h) Designar al Jefe de la ONPE, por un período de cuatro años.
- i) Dictar las resoluciones necesarias para suplir los vacíos o defectos de la legislación electoral.
- j) Ejercer las demás atribuciones que determinan la Constitución y la ley.

Todas las decisiones y resoluciones del Tribunal Supremo Electoral se adoptan por mayoría simple de sus integrantes.

4. *Composición y número de miembros del Tribunal Supremo Electoral.* La composición y número de integrantes del TSE es la misma que actualmente corresponde al JNE; sin embargo, los miembros que designe el Poder Judicial y el Ministerio Público deben ser abogados, magistrados o no de dichas instituciones. Su mandato será de siete años, sin posibilidad de reelección.

Sus miembros deben reunir los requisitos para ser vocal de la Corte Suprema, teniendo las mismas incompatibilidades y prerrogativas que corresponden a éstos. Los miembros del Tribunal Supremo Electoral eligen a su Presidente.

...».

De lo expuesto se desprende que hay una diferencia entre lo que constituye el actual Jurado Nacional de Elecciones y lo que sería en el futuro, tesis válida y novedosa, el Tribunal Supremo Electoral. Pensamos que mientras las resoluciones del JNE sigan «causando estado», estarán sujetas a un control constitucional, incluso así se convierta en Tribunal Supremo Electoral estará supeditado a lo que resuelva el Tribunal Constitucional, tal como sucede en otros países en América Latina, en especial a través de otro órgano netamente jurisdiccional: el Poder Judicial.

Desde el punto de vista histórico resulta importante subrayar que desde 1868 en algunos Estados europeos y luego trasladada la experiencia a América Latina, el Poder Judicial tenía participación en los procesos electorales. En el caso peruano la Ley de Elecciones Políticas N° 1777 del 26 de diciembre de 1912, expedida durante el Gobierno de Guillermo E. Billinghurst, confirió a la Corte Suprema de la República la facultad de declarar la nulidad o la validez de las elecciones y credenciales, actuando por tanto, como jurado, debiendo motivar sus fallos. Una recopilación valiosa de los fallos se puede consultar en el libro *Jurisprudencia Electoral. Fallos de la Excma. Corte Suprema*, Librería La Académica, Lima, 1913.

#### IV. EL CASO JUAN GENARO ESPINO ESPINO

Estando vigente la Ley N° 23506, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de conocer una demanda de Amparo promovida por el ciudadano Juan Genaro Espino Espino contra los titulares del Jurado Electoral Especial de Ica<sup>(8)</sup>. El reclamo por entonces formulado, se circunscribía a que se disponga la inscripción del referido ciudadano como candidato a la Alcaldía del Distrito de San Juan Bautista, perteneciente a la Provincia y Departamento de Ica en la lista del Partido de Reconstrucción Democrática, para lo cual debía dejarse sin efecto la resolución del referido Jurado Electoral Especial, por la que precedentemente se había declarado fundada una tacha interpuesta contra la citada candidatura y su exclusión de la lista en la que participaba.

Argumentaba el entonces recurrente que la razón por la que se había tachado su candidatura respondía al hecho de que al momento de su postulación, tenía un proceso penal pendiente con la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista, lo que exigía a juicio de los emplazados la aplicación del artículo 8°, parágrafo 8.1) inciso c) de la Ley N° 26864, modificada por la Ley N° 27734, que prohibía la participación de candidatos en procesos electorales municipales, tras encontrarse incurso en los incisos 7), 8) y 9) del artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades. A juicio de la demandante, tal consideración era absolutamente incorrecta, pues las normas invocadas se refieren a procesos de naturaleza civil que tengan los candidatos con las municipalidades y no así a procesos de carácter penal, en donde por otra parte, rige el principio de presunción de inocencia.

(8) Cfr. Expediente N° 2366-2003-AA/TC.

El caso es que, pese a las argumentaciones descritas, el Jurado Electoral Especial de Ica procedió a expedir resolución por la que se declaraba fundada la tacha interpuesta, lo que motivó que interpusiera una apelación que fue desestimada por la misma autoridad electoral, bajo la consideración que el citado Jurado Especial es la única y definitiva instancia para resolver tachas de candidatos a Concejos Distritales y sin merituar si se había resuelto o no adecuadamente el petitorio reclamado. Esta circunstancia dio lugar a que el personero de la lista a la que pertenecía el demandante interpusiera ante el Jurado Nacional de Elecciones queja por denegatoria del recurso de apelación, la que sin embargo fue declarada infundada, reiterando el argumento de que el Jurado Electoral Especial es la última instancia en la materia reclamada. Paralelamente a todo lo dicho, el órgano electoral demandado dictó una resolución por la que se procedió a inscribir en forma definitiva la lista de candidatos al Concejo Municipal, dentro de la cual resultó excluido el demandante. Conviene puntualizar que posteriormente y tras haberse llevado adelante los comicios electorales, resultó ganadora la lista en la que originalmente postuló el recurrente. Este hecho dio lugar a que el mismo demandante ampliara el petitorio de su demanda, solicitando se le incorpore como Alcalde electo del Concejo Distrital de San Juan Bautista.

Tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, el Primer Juzgado Civil de Ica, procede a declarar improcedente la demanda en aplicación del artículo 6° inciso 1) de la entonces vigente Ley N° 23506, ya que al haberse llevado a efectos los comicios en los que reclamaba participar el demandante, se ha generado una situación de *sustracción de materia*. A dicho argumento, se le agregó otro adicional, consistente en el hecho de que conforme al artículo 181° de la Constitución, en materias electorales, las resoluciones son dictadas en instancia final y definitiva, no siendo por consiguiente susceptibles de revisión mediante recurso alguno. Apelada dicha resolución, la segunda instancia judicial la confirma reiterando en esencia los mismos fundamentos expuestos en la primera instancia.

Evacuada la causa ante el Tribunal Constitucional, tras la interposición del recurso extraordinario, el máximo intérprete constitucional, ratifica la existencia de una situación de *sustracción de materia justiciable*, en tanto el proceso electoral en el que pretendía participar el demandante fue llevado a efecto con fecha 17 de noviembre del 2002, habiendo culminado con la proclamación de los ganadores de dichos comicios. Sin embargo, y a diferencia del temperamento adoptado por la sede judicial ordinaria, no se limitó simplemente a declarar improcedente la demanda, sino que tomando en consideración que se ha producido un estado de

irreparabilidad de los derechos, motivada por una actitud inconstitucionalmente agravada, dispone que en aplicación del artículo 11° de la entonces vigente Ley N° 23506, se remitan copias certificadas de la sentencia al Ministerio Público.

Por lo que concierne a nuestro tema central, es importante puntualizar que el Tribunal Constitucional, no comparte en modo alguno el raciocinio complementario expuesto en la sede judicial ordinaria, quien además de haber declarado la sustracción de materia justiciable, sostenía que la demanda resultaba improcedente, en tanto las decisiones electorales resultaban irrecurribles. A juicio del máximo intérprete de la constitucionalidad, consideraciones como las señaladas resultan harto discutibles en el caso examinado, motivo por el que argumenta así: «... *no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el Amparo*» (Fundamento Cuarto).

Agrega, por lo demás que: «...*cuando resoluciones como las emitidas en sede judicial, pretenden apoyarse en un criterio consistente en una ausencia de mecanismos de control o fiscalización jurisdiccional, se incurre en una lectura no sólo sesgada sino unilateral de la Constitución, porque se pretende adscribir los organismos electorales a una concepción de autarquía funcional opuesta a la finalidad de respeto a la persona que, desde una perspectiva integral, postula la misma Norma Fundamental. Como ya se ha enfatizando en otro momento, no pueden admitirse como razonables o coherentes interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse como de Derecho cuando los poderes constituidos no sólo se desenvuelvan con autonomía en el ejerci-*

*cio de sus competencias, sino que, sobre todo, respeten plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece, sea reconociendo derechos elementales, sea observando los principios esenciales que, desde el Texto Fundamental, informan la totalidad del ordenamiento jurídico» (Fundamento Quinto).*

De acuerdo con las consideraciones señaladas, queda claro que para el Alto Tribunal no es el hecho de una presunta invulnerabilidad de los fallos electorales lo que justifica la declaratoria de improcedencia, sino y como ya se adelantó, la sola existencia de la situación procesal de sustracción de materia. Conviene resaltar que aún cuando no es frecuente que las resoluciones que declaran estados de sustracción, efectúen consideraciones sobre los temas controvertidos, la sentencia examinada sí lo hace en la lógica de sentar determinadas pautas de observancia obligatoria por parte de los organismos electorales. La idea, en este supuesto, es pues la de advertir cómo es que nuestro intérprete de la constitucionalidad habla de proceder en posteriores casos.

Argumenta el Tribunal que: *«a) en aquellos casos en los que, como consecuencia de una tacha formulada contra un candidato a alcalde o regidor municipal, ésta es declarada fundada, no puede ni debe interpretarse dicha decisión como de un pronunciamiento definitivo y por tanto irrecurrible en la misma sede electoral. Esta interpretación tiene su fundamento en tres razones esenciales. En primer término, debe tenerse en cuenta que lo que se está afectando es, en el fondo, el derecho de participación ciudadana y, por tanto, existe la ineludible necesidad de tomar las precauciones suficientes para que tal decisión realmente responda a circunstancias totalmente objetivas. En segundo, todo pronunciamiento que afecte derechos fundamentales necesariamente debe contar con la posibilidad de ser recurrido ante una autoridad diferente de quien lo tomó, como garantía de instancia plural o expresión de un auténtico proceso debido. Y, finalmente, el Jurado Nacional de Elecciones, máxima instancia en sede electoral, ha venido conociendo de diversos reclamos en los que se ha pronunciado como segunda instancia respecto de tachas contra candidatos a alcaldes o regidores, como se puede apreciar de jurisprudencia uniforme y reiterada emitida por dicho organismo; b) cuando, a la luz de lo señalado por el máximo órgano de justicia electoral, existe jurisprudencia sobre determinada materia y, además, uniforme y reiterada, resulta inadmisibles que, aduciendo, una supuesta imposibilidad de recurrir a dicha instancia, un órgano de justicia electoral inferior pueda desvincularse de los criterios o pautas interpretativas señaladas por su superior, tanto más cuando incidan directamente sobre el ejercicio de derechos fundamenta-*

*les. O el Jurado Nacional de Elecciones es la máxima instancia en sede electoral y, por lo tanto, sus decisiones asumen una línea directriz que al resto de órganos electorales corresponde seguir o, simplemente, carece del poder de sentar pautas jurisprudenciales. Entre ambas alternativas, la única compatible con el carácter de instancia máxima y definitiva que le reconoce el artículo 181° de la Norma Fundamental es, evidentemente, la primera de las señaladas; c) el criterio según el cual no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso penal, no sólo resulta de observancia obligatoria por cumplir con la característica de vinculación antes señalada, sino porque responde a una lectura de la Constitución compatible con su cuadro de valores materiales, conforme a la cual, toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone la existencia de una sentencia definitiva expedida como corolario de un proceso penal justo o debido».*

Como se puede apreciar, no se trata de que el Tribunal, o en general, los jueces constitucionales, resulten inhabilitados para conocer de demandas constitucionales contra decisiones electorales, sino la de merituar las características que asume la controversia. En el caso examinado, queda claro que si no existió pronunciamiento estimatorio, ello se debió a un asunto netamente procesal que, como tal, fue merituido por el propio juzgador. Lo que importa resaltar son las líneas interpretativas y criterios hermenéuticos que asumió en su día el Tribunal Constitucional, subráyese, y antes de la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional.

## V. EL CASO PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES

Tras la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, en el mes de diciembre del año 2004 diversos aspectos procesales quedaron esclarecidos, en cuanto a la tramitación, conocimiento y resolución de los diversos procesos constitucionales. Por lo que a nuestro tema se refiere, el inciso 8) del artículo 5° de dicha norma, dejó claramente establecido que: *«No proceden los procesos constitucionales cuando: ... Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva».*

Lo que se pretendía con el dispositivo señalado, era dejar establecido, a tono con la jurisprudencia constitucional con la que ya se contaba, que si bien no era posible cuestionar en abstracto una decisión del Jurado Nacional de Elecciones, ello no significaba que dichas decisiones se encontraban exentas de todo tipo de control o fiscalización, en particular la de carácter constitucional.



En la medida que el presupuesto de validez de cualquier competencia reconocida sobre un poder público, pasa por el hecho de que la misma sea ejercida acorde con los mandatos constitucionales, el Código hacía hincapié en que si se vulneraba la tutela procesal efectiva, sí era posible por excepción, la interposición de los procesos de defensa de la norma fundamental, en particular, los de tutela de derechos.

Es en medio de dicho contexto que el Tribunal Constitucional conocería de un nuevo proceso en el que se cuestionaba una decisión de carácter electoral. Lo anecdótico del caso, es que dicho proceso fue conocido y resuelto en una época en que se había suscitado un debate público entre los representantes del Jurado Nacional de Elecciones y del propio Tribunal Constitucional. El motivo de tal debate era precisamente el de la revisión de los fallos electorales a través de los procesos constitucionales, circunstancia que motivaría que el Tribunal, a través de su propia jurisprudencia, dejara sentada, una vez más, su posición al respecto. Hagamos una breve excursión.

Se trataba, en síntesis, de una demanda de Amparo promovida por Pedro Andrés Lizana Puelles quien alegaba la efectación de sus derechos constitucionales bajo la consideración de que el Jurado Nacional de Elecciones<sup>(9)</sup>, había dispuesto la vacancia del cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque (Piura) que venía desempeñando el mismo recurrente, tras declarar fundado un recurso de apelación promovido por otro ciudadano.

Puntualizaba el entonces demandante que por Acuerdo del Concejo Municipal de Canchaque se había declarado improcedente una solicitud de vacancia presentada en su contra. Posteriormente y en aplicación del artículo 51° de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, el 20% de los miembros hábiles del Concejo solicitaron la reconsideración de dicho Acuerdo, la que sin embargo fue declarada improcedente mediante Resolución de Alcaldía, con lo que, en principio quedaba agotada la vía administrativa y no podía cuestionarse dicha resolución, sino mediante proceso contencioso administrativo.

El caso es que pese a haberse definido las cosas del modo descrito, el Jurado Nacional de Elecciones, incurrió a juicio del recurrente en una arbitrariedad manifiesta al disponer la consabida vacancia en el cargo que venía ejerciendo. Tramitada la demanda de Amparo de acuerdo con su

(9) Exp. N° 5854-2005-PA/TC.

naturaleza, es sentenciada por el Quinto Juzgado Civil de Piura, quien la declara infundada por considerar que el Jurado Nacional de Elecciones procedió de conformidad con el artículo 23° de la Ley Organica de Municipalidades y sin afectar el derecho al debido proceso. Esta misma resolución es posteriormente confirmada por la instancia superior, dentro de similar línea de razonamiento. Aunque el Tribunal Constitucional finalmente ratificaría el sentido desestimatorio en la pretensión demandada, realizó una serie de consideraciones previas en torno a la facultad de enjuiciamiento de las decisiones electorales en sede constitucional.

Tras puntualizar en una serie de premisas sobre el carácter normativo de toda Constitución y en las características que asume la interpretación aplicada al ámbito constitucional, el Supremo Colegiado entiende que toda interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la norma fundamental, deviene en inconstitucional. Para sustentar dicha posición se autointerroga: «...¿cómo puede el Tribunal Constitucional sostener que la Constitución es norma jurídica vinculante, y, no obstante, haber expedido la STC 2366-2003-AA, contraviniendo (sic) el «claro mandato» de los artículos 142° y 181° de la Constitución que establecen, respectivamente, que las resoluciones del JNE en materia electoral «no son revisables en sede judicial» y que «son dictadas en instancia final, definitiva, y (...) contra ellas no procede recurso alguno?» (Fundamento Décimo Tercero).

El mismo Tribunal argumenta que: «La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una «aparente» contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2° se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140° se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2° se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103° establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2° reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139°, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución establece que el Amparo contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona» (Fundamento Décimo Quinto).

«Pues bien... continúa diciendo el Tribunal ...resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resulta-

*dos inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima» (Fundamento Décimo Sexto).*

*«Qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente?» (Fundamento Décimo Séptimo).*

*«Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE»; «Si bien es cierto que esta entidad es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º, in fine, de la Carta Fundamental»; «En otras palabras, el «producto» resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, «sacrifica» los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección» (Fundamento Décimo Octavo).*

*«La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177º de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus*

*resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes»; «Es preciso tener presente que, de conformidad con el principio de corrección funcional, el JNE, bajo las responsabilidades de ley, se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer las decisiones vinculantes que los otros órganos constitucionales expiden en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente previstas. Así, por ejemplo, el JNE se encuentra impedido de desconocer una resolución adoptada por el Congreso de la República que inhabilita a una persona para el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución; máxime si la validez constitucional de dicha resolución ha sido plenamente confirmada a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de la LOTC)» (Fundamento Décimo Noveno).*

*«Al referir que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los artículos 142° y 181° de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arroge la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal»; «Asunto distinto se presenta cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone. Ello tendría lugar, claro está, si se expide una resolución contraria a los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución que dispone que el proceso de Amparo «procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución». En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda haber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE»; «Sería, por ejemplo, absurdo sostener que porque el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la nulidad de una sentencia expedida por un juez penal o civil que contravenga los derechos fun-*

damentales, tiene capacidad de administrar justicia penal o civil. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a administrar justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental (primer párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional), para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que administran justicia electoral»; «Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional)» (Fundamento Vigésimo).

«De conformidad con el artículo 93º de la Constitución, los Congresistas de la República no están sujetos a mandato imperativo. No obstante, las leyes expedidas por el Congreso, órgano independiente y autónomo, son susceptibles de control constitucional, mediante el proceso de Inconstitucionalidad (artículo 200º 4)»; «De conformidad con el artículo 139º 2º de la Constitución, el Poder Judicial también goza de independencia y autonomía; sin embargo, como no podría ser de otro modo en un Estado que se precie de ser constitucional, sus resoluciones (incluso las de la Corte Suprema de la República) son susceptibles de control constitucional mediante los procesos constitucionales de Amparo y Hábeas Corpus»; «Incluso, existe también una disposición constitucional que expresamente establece que «ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada» (artículo 139º 2º) y, sin embargo, hoy en día a nadie se le ocurre sostener que las resoluciones firmes emanadas de un proceso en el que han existido violaciones a los derechos fundamentales, están exceptuadas de control constitucional mediante los procesos de Amparo o Hábeas Corpus. Son los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica y de fuerza normativa de la Constitución, los que han permitido que esta última tesis se consolide sin reparo (artículo 4º del Código Procesal Constitucional)»; «Lo propio se podría señalar en torno a la justicia militar, cuya excepcionalidad y autonomía del Poder Judicial está reconocida en los artículos 139º 1º y 173º; sin embargo, no se encuentra exceptuada del control constitucional, a través de los procesos de Amparo o Hábeas Corpus»; «No existe, pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva» (Fundamento Vigésimo Primero).

Como es fácil de apreciar, el Tribunal Constitucional hace de la interpretación sistemática (y de los principios de *unidad y concordancia práctica* que le son atinentes) su principal línea de razonamiento. En base a ello, refuta cualquier opción tendiente a convalidar lecturas aisladas en los dispositivos de la Constitución, lo que le permite sostener que ninguna tesis en pro de la autarquía funcional y de la existencia de ámbitos exentos de control, resulta compatible con el Estado Constitucional de Derecho.

Otros argumentos del Tribunal Constitucional se orientan a examinar el contexto interpretativo sobre la base de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos y de los pronunciamientos emitidos en la sede supranacional, en el que se destaca nítidamente el correspondiente al Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del cual el Tribunal extrae algunas consideraciones, de por sí concluyentes.

Sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *«Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral»*.

Al hilo de los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional considera que si bien en el caso examido no han sido vulnerados los derechos del recurrente, habida cuenta de haberse respetado por parte del órgano emplazado, deja claramente establecido que las decisiones electorales sí pueden ser susceptibles de control constitucional, y por tanto es perfectamente procedente su cuestionamiento por conducto del Amparo constitucional. Tan firme es esta voluntad a tenor de los dictados constitucionales, y no un mero capricho, que incluso, en la parte resolutive (y ya no sólo en la considerativa) de la sentencia se deja sentado tal temperamento enfatizando que: *«toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra*

*exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de Amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de Amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente».* Añadiendo además que: «*En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos*» lo que supone que: «*Todo juez y tribunal de la República –sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales– se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC)*»<sup>(10)</sup>.

## VI. LA EXPERIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO: PANAMÁ

Entre varios, el caso panameño resulta por demás interesante a sabiendas que en dicho Estado existe un Tribunal Electoral. Uno de los magistrados –así se les denomina en dicho país– Eduardo Valdés Escoffery sostiene que: «... si bien en Panamá no hay control externo por ilegalidad, sí existe un control de inconstitucionalidad. Es decir, cuando el organismo electoral adopta una decisión en materia electoral, ya sea está de carácter administrativo o penal, y el afectado considera que algunas de sus garantías constitucionales han sido violadas durante el respectivo proceso en el que se le aplicó la justicia, la Constitución Política contempla el Recurso de Inconstitucionalidad, como mecanismo para la guarda de la integridad de la misma. Dicho recurso debe interponerse, luego de que la decisión ha sido proferida y se encuentra debidamente ejecutoriada»<sup>(11)</sup>.

De manera paralela existen dos recursos más: la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales y la Advertencia de Inconstitucionalidad. Con lo cual se demuestra que los justiciables pueden recurrir a la judicatura ordinaria cuando se vulneren sus derechos fundamentales. A mayor

<sup>(10)</sup> Al cierre del presente artículo, se encuentra en trámite el Proceso de Amparo que ha presentado el ciudadano Arturo Castillo Chirinos contra los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, por vulnerar sus derechos fundamentales, en especial la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional al momento de resolver dicho caso, qué mejor oportunidad, seguro que reafirmará la tesis subrayada en el Expediente N° 5854-2005 PA/TC arriba comentado.

<sup>(11)</sup> *Cf.* Eduardo Valdés Escoffery: «El control jurídico sobre la justicia electoral» en Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, n° 19, México, D.F., 2004, pág. 77.

abundamiento, cuando el agresor es el Tribunal Electoral, y que en Panamá no es un mero órgano administrativo en materia electoral.

## VII. HACIA LA DEROGACIÓN Y/O INAPLICACIÓN DE LA LEY N° 28642

En la lógica de que el Juez de la constitucionalidad ha proclamado una y otra vez su capacidad para fiscalizar las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, tanto dentro del marco de la Ley N° 23506, como del Código Procesal Constitucional, resulta incuestionable que la directriz jurisprudencial ha quedado nítidamente perfilada al compás de la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien la Ley N° 28642, ha pretendido zanjar la controversia en favor de una presunta invulnerabilidad de los fallos electorales, resta por señalar que tal decisión es desde sus orígenes, absolutamente inválida y grotescamente arbitraria. El Congreso de la República no puede desvincularse de las decisiones del Tribunal Constitucional, so pretexto de su propia capacidad legislatora. Ello equivaldría a derogar una corriente interpretativa derivada de una sentencia, por conducto de una ley, con el agravante de desconocer el *status* del Tribunal Constitucional en cuanto Órgano Supremo.

Ante un contexto como el graficado, es previsible en el corto o mediano plazo una contundente respuesta jurisprudencial. Si se tratara de un proceso de Amparo, ella podría suponer el ejercicio del control difuso y la consecuente inaplicabilidad del dispositivo aprobado. Si se tratara de un proceso de Inconstitucionalidad entra a tallar el ejercicio del control concentrado y la eventual abrogación de la norma. Empero, ello podría evitarse si el Parlamento optando por una prudente y adecuada rectificación, procediera a la derogación del dispositivo cuestionado.

En las actuales circunstancias, es justo inferir, no creemos que tal iniciativa prospere, producto precisamente de la situación coyuntural electoral que se ha valido el Congreso de la República. Sin embargo bien podría ser replanteado en el próximo y cada vez más cercano nuevo Parlamento. Mientras tanto la jurisprudencia constitucional seguirá primando y evitará inútiles disquisiciones.



# NOTAS

---

## NOTA SOBRE AREQUIPA EN LA HISTORIA DEL PERÚ (\*)

Allan R. Brewer-Carías(\*\*)

Me corresponde, por decisión de los organizadores de este magnífico *Congreso Nacional de Derecho Constitucional del Perú*, dar esta despedida en nombre de los ponentes extranjeros –y les confieso que no sé si entre ellos también se encuentran todos los colegas peruanos no arequipeños, pero en todo caso también hablo en nombre de ellos– encargo que he aceptado muy gustosamente.

¿Y qué podría decirles en estas palabras de despedida? Pues fundamentalmente expresarles nuestro profundo agradecimiento por habernos invitado y habernos concedido el privilegio de participar en un evento de esta magnitud e importancia, con tantos asistentes –pocas veces he estado en un Congreso jurídico con más de 1000 inscritos como éste– y con tantos profesores y especialistas peruanos de Derecho Constitucional.

Han sido unos días enriquecedores, en los cuales todos hemos aprendido mucho, hemos renovado amistades y además hemos tenido la oportunidad de conocer esta magnífica Ciudad Blanca, la *Villa de la Asunción de Nuestra Señora del valle hermoso de Arequipa*, tal como fue bautizada

---

(\*) Palabras de despedida del profesor Allan R. Brewer-Carías, pronunciadas en nombre de los Ponentes extranjeros en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa, Perú, 24 de septiembre de 2005

(\*\*) Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

el 15 de agosto de 1540 por el Teniente de Gobernador de Francisco Pizarro, Garcí Manuel de Carvajal, un extremeño de Placencia, como tantos hombres de Extremadura que vinieron a estas tierras americanas.

Y permítanme en estas palabras de despedida tener la osadía de refrescar y recordar algo de la historia de este acogedor país, pues en definitiva, es sólo a través de la historia que el Derecho Constitucional puede entenderse.

La fundación de Arequipa en 1540, tuvo lugar sólo escasos 8 años después de que los dos principales socios de la empresa de conquista del mar del Sur, Francisco Pizarro y luego, Diego de Almagro, con sus huestes, hubieran desembarcado en las costas de Tumbes, y de que el primero hubiera fundado la primera ciudad hispanoamericana en estas tierras, que fue San Miguel de Piura en 1532.

Puede decirse que lo que ocurrió al inicio de la Conquista fue lo que marcó el transcurso de los acontecimientos políticos subsiguientes. Como es sabido, Pizarro apresó al Inca Atahualpa; éste, desde su cautiverio, ordenó la muerte de su hermano, el Inca Huáscar; Pizarro y Almagro, a pesar de que Atahualpa había satisfecho el rescate exigido, terminaron juzgándolo y dándole muerte.

Luego vendría la disputa entre los socios por el dominio territorial de estos reinos: hay que recordar que ambos conquistadores recibieron sendas capitulaciones de Conquista y Doblamiento firmadas el mismo día 21 de mayo de 1534, dos meses después de que ya habían fundado la gran ciudad de Cusco en marzo de ese año, con las que se dividían estos territorios en dos grandes provincias: la *provincia de Nueva Castilla*, que abarcaba básicamente lo que había sido conquistado hasta el Cusco, que correspondía a Francisco Pizarro; y la *provincia de Nueva Toledo*, que comprendía las tierras hacia el sur de Cusco, hasta lo que luego fue el reino de Chile, atribuida a Diego de Almagro.

Y fue la delimitación de ambas Capitulaciones—además de otras diferencias que habían quedado pendientes entre los socios desde los acuerdos de Panamá— el motivo para que afloraran las rivalidades entre ellos, y en definitiva, el origen de las terribles guerras civiles que asolaron estas tierras durante los primeros 15 años de la Conquista. Almagro pretendía que el Cusco formaba parte de su capitulación, sobre todo después de la expedición que había hecho hacia el sur, hasta Chile en 1537, de la cual poco había sacado. Había, en efecto, salido del Cusco hacia el sur por el camino del Inca, pasando por el lago Titicaca, la villa de Tupiza y el valle

de Jujuy, pasando luego la cordillera hasta Copiapó y terminando en el valle del Aconcagua.

Sin embargo, su regreso al Perú lo hizo por la costa, a pesar de lo desértico de los parajes, y precisamente en 1537 pasó por este valle del río Chili, y fue aquí donde tuvo conocimiento de la rebelión del Inca Manco y del sitio de la preciada ciudad de Cusco. Almagro asaltó y se enfrentó no sólo a los incas, sino a los enviados de Pizarro a quienes venció, apresando incluso a los hermanos del Adelantado. Vanos fueron los intentos de mediación desplegados por Pizarro, y ante lo irreconciliable, Almagro marchó hacia Lima; y luego de un año de cruentas batallas entre españoles, terminó a su vez decapitado en la Plaza de Armas del Cusco por orden de Pizarro, luego de su derrota en la batalla de Las Salinas en 1538.

La gobernación de la Provincia de Nueva Toledo pasó entonces a Almagro El Mozo, hijo mestizo del Conquistador. Sin embargo, a pesar de que la Capitulación que había heredado abarcaba las tierras al sur del Cusco, Pizarro comenzó a tomar posesión de las mismas, proceso que inició, precisamente, con la fundación de esta ciudad del *Valle Hermoso de Arequipa* en agosto de 1540. Ninguna fundación de ciudad en América se hizo por azar. Todas las ciudades se fundaron conforme a un proceso regulado de ocupación territorial, conformador del ámbito espacial de cada provincia.

Pero incluso antes de la Fundación de Arequipa, en enero de 1540, Pizarro también había enviado a la conquista de las tierras australes, las del reino de Chile, a Pedro de Valdivia, quien había sido su principal soporte militar en la batalla de Las Salinas y en la derrota de Almagro. Esta vez, sin embargo, por la experiencia conocida de la expedición de Almagro, en lugar de tomar el camino del Inca, Valdivia saldría desde el Cusco buscando la ruta de la costa, pasando precisamente por este sitio del río Chili y del volcán Misti. De ese paso por estas tierras, incluso, resultaría el primer asentamiento humano previo a la fundación de Arequipa, asentado en lo que es hoy el barrio de San Lázaro, y que fue mudado luego al sitio de Cayana y después al de Camaná.

En mi criterio, fue precisamente la fundación de Arequipa y la expedición de Valdivia en tierras que eran de la provincia de Nueva Toledo, la cual incluso fue cambiada de nombre, por la de provincia de Nueva Extremadura, lo que originaría la rebelión de Almagro el Mozo contra Pizarro; hecho que desembocaría en el asesinato del Marqués a manos de los almagristas o de "los de Chile", como se los conocía, lo que ocurrió al año siguiente de la fundación de Arequipa en junio de 1541.

Y de allí siguió la terrible e interminable guerra civil que por más de una década azotó a estas tierras. De estos hechos resultó que Almagro el Mozo se proclamó como gobernador del Perú, y además, como heredero de Almagro, reclamó sus derechos sobre la Provincia de Nueva Toledo, las tierras del sur, pero esta vez pretendiendo que la propia Lima estaba incluida en ella.

Las secuelas son conocidas, pues si se los compara con el resto de las colonias hispanoamericanas, los hechos sólo ocurrieron en esa forma en el Perú. Recordemos: de los cinco hermanos Pizarro que vinieron al Perú desde Trujillo, Extremadura, cuatro habrían de morir violentamente, y Hernando, quien había regresado a España con un cuantioso botín, permanecería 20 años preso en Medina del Campo. Como antes indicamos, Pizarro y sus hermanos dieron muerte a Almagro, decapitándolo en la Plaza de Armas del Cusco; y el hijo de éste, Almagro el Mozo, hizo matar a Francisco Pizarro en Lima.

Pero luego se sucedieron las revueltas. La Corona envió al Licenciado Cristóbal Vaca de Castro para controlar la situación de la provincia, quien asumió la gobernación de la misma y subsiguientemente dio muerte a Almagro el Mozo por el crimen de Pizarro, en la misma Plaza de Armas del Cusco, y en la misma forma que a su padre, decapitado.

En 1543 se creó la Audiencia de Lima, nombrándose como su Presidente al Virrey Blasco Núñez de Vela, quien apresó al gobernador Vaca de Castro, acusado de corrupción. Este, si bien logró escapar a España, terminó preso por varios años en Simancas. Los almagristas dieron muerte al Inca Manco, y el mismo Virrey, enfrentado con las fracciones españolas de Gonzalo Pizarro, sería vencido en batalla y asesinado, resultando entonces proclamado Gonzalo Pizarro como el libertador y protector del pueblo.

Como consecuencia de ello, finalmente Pedro La Gasca fue designado como nuevo Virrey de nuevo para pacificar la Provincia, para lo cual, su primera tarea fue enfrentar a Gonzalo Pizarro, de lo cual resultó la derrota de este último, habiendo sido a su vez decapitado en 1548. La Gasca fue, así, el único de los gobernantes del Perú que en los primeros 15 años de conquista no terminaría su vida violentamente.

A La Gasca lo sucedió como Virrey del Perú en 1550, Antonio Hurtado de Mendoza, quien venía de ser Virrey de la Nueva España en México por 15 largos años; y quien, a su vez, nombraría a su hijo, García Hurtado de Mendoza como gobernador de Chile. Fue en honor de este

gobernador que en la provincia de Cuyo, y desde Chile, se fundó la ciudad de Mendoza en 1561.

Después vino el nombramiento del Virrey Francisco de Toledo en 1571, bajo cuyo mandato se consolidó el dominio colonial, se sentaron las bases territoriales del Perú, se desarrollaron las minas de Potosí, en el Alto Perú, hoy Bolivia, y se estableció la Provincia de Tucumán en el noroeste argentino. Fue el tiempo de la consolidación territorial a través del doblamiento, mediante la rigurosa aplicación de las leyes de los reinos de Indias; proceso que resumió en forma ejemplar el licenciado Juan de Matienzo, oidor de la Audiencia de Charcas, en una obra única en América, titulada *El Gobierno del Perú*, de 1567; obra que habría que desempolvar para quizás entender mejor este bello país de contrastes.

Y hasta aquí la historia y la osadía de un extranjero en contárselas. En todo caso, gracias de nuevo, queridos amigos en nombre de los ponentes que hemos venido desde fuera del Perú a participar en este Congreso, y gracias de mi parte por haberme permitido, incluso, recordar la historia de uno de los grandes momentos de la formación política de una de las grandes naciones hispanoamericanas, como es y ha sido el Perú.

Arequipa, 24 de septiembre de 2005.

## UNA MIRADA AL VIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Ana Neyra Zegarra <sup>(\*)</sup>

Los días 22, 23 y 24 de Setiembre se llevó a cabo el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional en la ciudad de Arequipa, actividad que reunió a destacados juristas peruanos y extranjeros. El Congreso fue organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, el Colegio de Abogados de Arequipa y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. El jueves 22, tras las palabras iniciales de los organizadores, el constitucionalista español Francisco Fernández Segado inició el ciclo de conferencias exponiendo sobre los puntos de contacto existentes entre los modelos difuso y concentrado de control de constitucionalidad. Por la tarde, se presentaron tres conferencias a cargo de los profesores Sergio Díaz Ricci de Argentina, Giancarlo Rolla de Italia y Fernando Rey de España, este último tratando el polémico tema de la homosexualidad y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema norteamericana e incluso alguna aproximación a lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano.

El viernes 23 las jornadas de trabajo empezaron por la mañana con dos talleres simultáneos: el taller de Jurisdicción Constitucional presidido por Aníbal Quiroga León, y el taller sobre Reforma Constitucional, presi-

---

(\*) Alumna de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

dido asimismo por José F. Palomino Manchego. Posteriormente, el taller de Historia y Enseñanza del Derecho Constitucional presidido por Domingo García Belaunde, y el taller de Constitución Europea, contando con la presencia de destacados juristas europeos como los constitucionalistas españoles, Javier García Roca, Fernando Rey y José Julio Fernández Rodríguez y, desde Italia, Luca Mezzetti. Por la noche, las conferencias continuaron con la presencia de Javier García Roca, quien expuso sobre las declaraciones de derechos en la esfera comunitaria, y Luca Mezzetti, quien resaltó los aportes de la Constitución Europea, que viene siendo sometida a aprobación por los diferentes países europeos (aun tras el rechazo de Holanda y Francia).

El sábado 24, último día del Congreso, se realizaron los talleres de Reforma del Poder Judicial presidido por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y un segundo taller sobre Jurisdicción Constitucional, presidido por José F. Palomino Manchego. Además, simultáneamente se llevó a cabo el concurso de ponencias estudiantiles, en las cuales ocupó el segundo lugar un compañero de nuestra casa de estudios, Carlos Santos Loyola, con el tema de libertad de conciencia en la Constitución de 1993. Desde este pequeño espacio, le brindamos nuestra sincera felicitación por dicho logro.

Posteriormente, continuó la labor académica con el Taller de Derechos Fundamentales (presidido por Susana Castañeda), y el Taller de Estado y Gobierno dirigido por Francisco J. Eguiguren Praeli, hoy presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (siguiendo la pauta de su predecesor, Domingo García Belaunde).

Por la noche, las conferencias magistrales del destacado constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés y del jurista venezolano Allan R. Brewer-Carías, quienes cerraron estas jornadas académicas que se constituyeron sin duda en importantes escenarios de discusión, difusión y análisis del Derecho Constitucional en el ámbito nacional e internacional, tanto de la región (por la presencia de especialistas en Derecho Constitucional de Argentina, México, Chile, Venezuela), como del continente europeo.



# NECROLOGÍA

---

## KONRAD HESSE (1919-2005)

Peter Häberle <sup>(\*)</sup>

Konrad Hesse falleció el 15 de marzo de 2005 en su residencia de Friburgo, luego de una larga y grave enfermedad, cuidado por su familia y, sobre todo por su esposa *Ilse*, con lo mejor de ellos y con una fuerza casi sobrehumana. Con su deceso, finaliza una vida particular y auténtica de profesor de Derecho Constitucional y de magistrado constitucional federal, que ha honrado a la ciencia y a la práctica, mucho más allá de las fronteras de Alemania. Por tanto, es apenas posible hacer un adecuado reconocimiento en esta conmemoración. No obstante, algunos aspectos de la exitosa vida de *Konrad Hesse* han de ser recordados.

### I

Nacido el 29 de enero de 1919 en Königsberg (hoy Kaliningrad) y criado en Breslau en la casa del profesor de su querido padre, un conocido economista, *K. Hesse* fue llamado directamente del bachillerato al servicio laboral y militar; herido, sobrevivió a esta catástrofe (por lo general expresado por él: «Hemos escapado una vez más». «Yo he perdido siete importantes años de mi vida»). Luego se graduó en Derecho en un tiempo más

---

(\*) Profesor de la Universidad de Bayreuth (Alemania).

breve en Gottinga y, posteriormente se doctoró con *R. Smend* (1950) con un trabajo sobre el principio de igualdad (AöR 109 (1984) p. 174 sgtes.). Fue asistente en el Instituto de Derecho Eclesiástico y se habilitó como profesor con su conocido libro *Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich* [La protección jurídica a través de los Tribunales estatales en el ámbito eclesiástico, 1955]. En 1956 fue contratado en Friburgo, y permaneció fiel a esa universidad (aunque se le habían ofrecido cátedras en Munich y Bonn), desarrollando sus trabajos en niveles estructurales consecuentes, casi todos caracterizados por palabras-clave totalmente desarrolladas mediante escritos estándares: «Die normative Kraft der Verfassung» [La fuerza normativa de la Constitución, 1959], «Der unitarische Bundesstaat» [El Estado Federal unitario, 1962], «Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen» [La libertad religiosa en una comunidad democrática, 1964]. *K. Hesse* alcanzará la cumbre científica con, en y desde sus «Grundzüge» [Principios fundamentales, dedicados a *R. Smend*: 1ª ed. 1969, 20ª ed. 1995]. Estos principios han sido durante mucho tiempo un clásico moderno, que no sólo ha sido innumerables veces reimpresso, sino también traducido, últimamente al portugués (1999), y próximamente también al chino. Incluso, recientemente, el semanario «Die Zeit» del 14 de octubre de 2004, pág. 72, puso como titular: «¡Léanlo!». La historia de recepción de dicho trabajo (véase sobre ello *P. Häberle* en: H.-P. Schneider/ R. Steinberg (editores), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst* [Derecho Constitucional entre la ciencia y el arte judicial, 1990, pág. 113 y ss.) permite mostrar cuánto pertenece dicho libro a la cultura política de nuestra República. Ninguna palabra está demás, siempre orientado a los principios fundamentales y con una estructura particular, el Derecho Constitucional vigente es aquí descrito y, al mismo tiempo, moldeado creativamente. Tal vez la única vanidad de *K. Hesse* fue que estaba orgulloso de que su libro permaneciera edición tras edición *delgado* –un impresionante antagonismo a los hoy en día abundantes manuales y comentarios de gran volumen– (Das schmale Handbuch des Verfassungsrechts [El pequeño manual de Derecho Constitucional, 1ª. ed. 1983, 2ª. ed. 1994, de la que se hizo cargo). Los conceptos acuñados por él, tal como el de «concordancia práctica», constituyen en la actualidad un elemento vivo de la Constitución, y la «apertura de la Constitución» ha llegado a ser el predicado de la Ley Fundamental. Fue también en Friburgo donde Hesse creó su renombrado y permanente Seminario de 1956. Finalmente, Hesse lo continuó dirigiéndolo junto con *E. Benda* hasta 1992. Muchos científicos extranjeros invitados de Japón, Corea, España y Portugal fueron aquí «al colegio». Su relación de amistad con *H. Ehmke* y pos-

teriormente con *W. von Simson* fue característica en aquellos años (después Hesse se hizo amigo allí mismo de *W. Müller-Freienfels*).

## II

En el «debido momento», *K. Hesse* fue elegido a la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal (de 1975 a 1987, sucesor de *T. Ritterspach*), y fue, realmente, más allá de toda integración y conexión previa con partidos políticos (según las palabras de *W. Maihofer*: «equidistante»). Acuñó entonces la Judicatura perdurable, por ejemplo, en la decisión de participación y en los fallos sobre libertad de expresión y de prensa, sobre todo redactó varios fallos relativos a asuntos televisivos. Fue también él quien creó el concepto de «Grundversorgung» [beneficios fundamentales]. La Presidenta *J. Limbach* realizó, en Karlsruhe, un adecuado reconocimiento de los importantes trabajos de *K. Hesse* con motivo de su 80º aniversario (edición privada 2000). Se puede decir que en la vida de *K. Hesse* la ciencia y la práctica del Derecho Constitucional «congeniaban». Memorable es para el autor de estas líneas, al igual que para *K. Hesse*, debido al desvelo producido por la así llamada resolución «Schleyer», haber asistido, luego de ello, al funeral de *Erik Wolf* en el cementerio de Oberrottweil en Kaiserstuhl, y enfrentado a sus deudos (1977). Para él, este fallo del Tribunal fue, sin duda, una decisión muy difícil de tomar.

## III

*K. Hesse* publicó artículos en muchas revistas, entre las que se encuentran la *ZevKR*, *JöR*, *DÖV*, *JZ*, *VBIBW* y *EuGRZ*, así como *KritV*. También dominó muchos géneros literarios: desde ensayos, pasando por contribuciones para libros de homenaje (p. ej. para Müller, 1970, Scheuner, 1973, W. Weber, 1970, D. Schindler, 1989, Lerche, 1993) y para libros, hasta los «perdurables» artículos de Enciclopedias. Sus contribuciones sobre Derecho Eclesiástico estatal merecen un reconocimiento especial. No obstante, *K. Hesse* estaba asociado en hechos y en palabras con AÖR. Muchas de sus contribuciones aparecieron ahí; sólo para citar algunas: AÖR 98 (1973), p. 1 sgtes., sobre la reforma del Estado federal, AÖR 97 (1972), p. 345 sgtes., sobre la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público (posteriormente en las «Obras Seleccionadas», 1984); asimismo, *A.*

*Hollerbach* lo convenció de escribir un artículo en la «Staatslexikon» (Enciclopedia Nacional) de la Sociedad Görres.

Como Presidente de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público de 1971 a 1973 –en el directorio estaban también *P. Lerche* y *H.H. Rupp*– eficaz como ponente en la Conferencia de Viena (VVdStRL 17 (1959), p. 11 sgtes.) y muy focalizado como participante en debates (p. ej. en Innsbruck y Ratisbona), tendría también una ascendencia positiva, a pesar de las conocidas dificultades, gracias al alto nivel de este particular y profundo Foro. Asimismo, se comprometió honoríficamente como *asesor legal* del Rector en Friburgo durante muchos años y como miembro de la Comisión de Derecho de Partidos Políticos (1956).

#### IV

La familia fue la base humana de *K. Hesse*. Su esposa, sus dos hijos Regine y Albrecht, así como sus ahora cinco nietos en Lahr, es decir, Munich, recibieron ese amor que tan bien se expresó en la esquila a través de una cita de San Agustín. Quien pudo asistir al funeral el 23 de marzo de 2005 en Merzhausen, no olvidará el profundo dolor de su familia, inclusive de sus nietos. Él disfrutó igualmente de un viaje conjunto con toda la familia por París (1990) como de la invitación a Japón (1979) junto con su esposa. Previo a ello, estuvieron los viajes que el autor de estas líneas hizo junto con la pareja *Hesse* (París 1967, Borgoña 1969; y a Suiza en los años 80 y 90, casi anualmente). El mutuo amor de *K. e I. Hesse* hacia *T. Fontane* y *T. Mann*, *J. S. Bach* y *J. Brahms* (como el «padre» Albert) influyó en la inclinación de la familia por el arte y la cultura. La flauta fue, por sobre todos, el instrumento preferido de *K. Hesse*, a excepción del «Cuarteto de Cuerdas»(!). Por ende, fue lógico que sus hijos eligieran precisamente esta música para ese instrumento (*Bach* y *Vivaldi*) en el funeral en Merzhausen.

#### V

Como *ser humano*, *Konrad Hesse* se distinguió por su modestia, magnanimidad, integridad y honestidad, tan excepcional como todo ello. Detestaba profundamente las polémicas ruidosas y las conspiraciones silenciosas, tanto como cualquier clase de oportunismo. También expresaba opiniones críticas, pero definitivamente de manera moderada: algo así como la «oveja» o el «camello» (en lo concerniente a los negados asisten-

tes de la institución), y también «nido de serpientes» (en lo referente a otra cátedra). *U. Scheuner* habló una vez de «intransigencia gentil» (se trataba de la recolección fuera de tiempo de manuscritos para AöR por autores que se habían atrasado). Asimismo, una expresión de su modestia fue la desaprobación de cada una de las publicaciones homenajes que se le hicieron, al igual que *E. Friesenhahn*. (Las condecoraciones también las rechazaba; no obstante, estuvo feliz con su elección como miembro correspondiente de la Academia Bávara de Ciencias, 2003.) De cualquier modo, sus estudiantes pudieron organizar su variada bibliografía (1979, 1999) y los abundantes coloquios (por su 60º, 65º, 70º y 75º cumpleaños). En ellos se retomó su clásico estilo de seminario. Finalmente, también pertenecen a ellos las densas «sinopsis» del Maestro; sin embargo, se puede sentir también, de vez en cuando, una cierta rigurosidad. De los «gigantes» de Weimar, *K. Hesse* admiró a su maestro *R. Smend*, respetó a *H. Kelsen*, y valoró especialmente a *H. Heller* (mucho antes de su «Renacimiento»). La actual y glorificante restauración de un *C. Schmitt* le pareció siempre incomprensible; compartía su punto de vista con colegas suizos, quienes hablaban directamente de la fascinación, es decir, brillantez del villano (compárese con DÖV...). Suiza significaba mucho para él. *Konrad Hesse* era literalmente un amigo de Suiza. Disfrutó mucho del doctorado honorario de Zurich en 1983 (también del de Wurzburg, 1989). La reunificación alemana le pareció un golpe de suerte en nuestra historia constitucional; incluso integró la progresiva unificación europea en la última edición de sus «Principios fundamentales». Ciertamente, el 11 de mayo de 1992, me escribió: «No sólo estoy preocupado en lo que a esto concierne. ¿Qué clase de imagen patética de la cumbre de la historia alemana es ésta? Si se creyese en los medios de comunicación, el pueblo alemán se convertiría en un pueblo de gallinas, pusilanimidad y absoluto egoísmo por todos lados.»

Sin duda alguna debemos decir: «*K. Hesse* fue un hombre justo». La persona y los hechos son uno.

Los hijos y nietos me dijeron durante el funeral en marzo de 2005 que ellos habían perdido al «mejor padre» o «al mejor abuelo del mundo»; los estudiantes lloraron la muerte de su maestro como la pérdida de un modelo inalcanzable, humana y científicamente. El mismo *K. Hesse* escribe en relación a *E. Benda* sobre «el escepticismo y la confianza» (Libro homenaje a Benda, 1995, p. 1 sgtes.), que, sin duda alguna, también lo caracterizaban a él. Era consciente del resbaloso hielo sobre el que todos nosotros caminamos; no obstante, nos ha legado fundamentos permanentes para el Derecho Constitucional. *A. Hollerbach* (a quien dedicó un honorable

encomio [AöR 126 (2001), p. 1 sgtes.], así como también escribió un emocionante «saludo» para el autor de estas líneas [Liber amicorum, 2004, p. 1]) dijo brevemente y con toda razón: «Nosotros, sus alumnos, no podemos estar más agradecidos por haber conocido a un maestro único y por haber podido ser influidos en nuestra formación por él». Por ende, este gran agradecimiento y afecto es ciertamente, a pesar del dolor que sentimos hoy, el sentimiento que compartimos todos los que lo conocimos, todos sus alumnos en el sentido amplio y estricto de la palabra (y también AöR, a quienes el autor de este obituario ha agradecido, y quienes se encargaron de mostrarle su confianza en su 70º cumpleaños: AöR 114 (1989), pp. 1-6; véase también *A. v. Campenhausen*, ZevKR 35 (1990), p. 121 sgtes., y el Obituario de *A. López Pina* en: *El País* del 20 de abril de 2005, p. 51).

## WERNER KÄGI (1909-2005)

Sergio Díaz Ricci <sup>(\*)</sup>

El día lunes 4 de octubre pasado, a la edad de 96 años, falleció en Zürich el profesor Werner Kägi. El profesor Kägi fue uno de los autores más importantes del Derecho Público suizo. Formaba parte de la Escuela de Zurich (Bluntschli, Hans Marti, Max Imboden, Hans Huber, Zaccaria Giacometti, W. Burckhardt, Jacob Wackernagel, Dietrich Schindler *sr.* y *jr.*, Hans Nef, H. Haug, R. Bäumlín).

Estudió Derecho en la Universidad de Zurich dónde en 1936 obtuvo la máxima calificación («summa cum laude») por su tesis doctoral sobre el principio de la división de poderes (*Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes*). Fue discípulo de Zaccaria Giacometti. En 1941 empezó a escribir su trabajo de habilitación académica para la cátedra universitaria: «La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado», que será una de sus obras más importantes y universales, publicadas por Schulthess Verlag de Zurich en 1945. Fue designado profesor extraordinario en Derecho Público, Derecho Eclesiástico e Historia Constitucional de la Universidad de Zurich en 1945, convirtiéndose en catedrático en 1952. Sucedió a Dietrich Schindler en la cátedra de Derecho Internacional Público. Fue Decano de la Facultad de

---

(\*) Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Autor del Código Procesal Constitucional de Tucumán (Ley 6.944/1995).



Derecho de Zurich desde 1956 a 1958. Profesor *honoris causa* de las Universidades de Berna y de Jerusalén. En 1979 se jubiló como profesor al cumplir los 70 años.

Su obra de mayor trascendencia acaba de ser traducida al español por los prof. Díaz Ricci y Reyven de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina) y publicada por la Editorial Dykinson de Madrid: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional* (214 págs.) Este libro, escrito entre 1941 y 1942, publicado en 1945 (reeditado en 1971), se convirtió rápidamente en un texto fundamental del Derecho Constitucional que tuvo decisiva influencia en la redacción de la Constitución alemana de 1949. Pero, por estar escrito en alemán y publicado por una editorial helvética (Schulthess Verlag, Zurich), no fue accesible al lector en español, hasta que la traducción de los profesores Sergio Díaz Ricci y J. J. Reyven de la Universidad Nacional de Tucumán de Argentina.

Esta obra quizás no logró la difusión de otros autores como Friedrich, Loewenstein, Kelsen que escribieron sus obras en Estados Unidos donde, huyendo de la barbarie nazi, escribieron sus obras en inglés, alcanzando, por ello, mayor difusión y fueron rápidamente traducidas al español.

Este estudio tiene la importancia histórica porque fue escrito en plena Segunda Guerra Mundial, cuando el Estado constitucional había sido arrasado en toda Europa continental por los fascismos y totalitarismos de todo cuño. Sólo la Confederación Helvética se mantuvo como testimonio de libertad, tolerancia y respeto por los derechos del hombre. En ese marco desolador ve la luz un trabajo que es un acto de fe y compromiso por el Estado constitucional y sus valores fundantes. Tan es así que cuando en 1971 se hizo una reedición, el autor no introdujo casi ninguna modificación al texto de 1941.

Esta obra podemos definirlo como la antítesis de las ideas de otro suizo, J.J. Rousseau. En cambio, Käge hace una descripción de las amenazas y problemas que fueron debilitando (habla de «desmontaje» de la Constitución jurídica) al Estado Constitucional. Si Schmitt hizo una cruda vivisección del Estado liberal burgués, Käge rescata los valores que nutren el Estado Constitucional, como garantía de los derechos y dignidad humana. Desnuda por igual los errores del positivismo jurídico como las falsedades que esconde la crítica sociológica de la Constitución.

La *logique de la constitution* radica en la inviolabilidad de las normas fundamentales de la Constitución, en el *principe du droit*; en cambio, la *logique de la démocratie* afirma la voluntad incondicional de la voluntad popular de cualquier forma, se parte pues del *principe du pouvoir*. En la democracia constitucional, ni aún la voluntad del pueblo es soberana, es decir, también las atribuciones del pueblo son normadas y limitadas. Todo verdadero anclaje a los derechos fundamentales significa una limitación del principio democrático de la decisión mayoritaria (pág. 204).

Cuando tiene que explicar el fundamento democrático del Estado Constitucional denunciará enfáticamente los desvíos de la democracia tumultuaria o de masas que, en el fondo, estaba rehén de un líder carismático e irracional. Esto era lo que él veía reinar en la Europa fascista que se desangraba y arrasaba con los más elementales derechos humanos. («...hoy es una tarea imperiosa separar la democracia «constitucional» («conforme a la Constitución») –en la cual, lo decisivo es la atemperación del principio formal de lo político a través de lo normativo– de la democracia «absoluta» («de masas»)...)» (p. 199).

El maestro suizo fue una voz que desde lo empinado de los Alpes, observando la tragedia humana que se desarrollaba en el escenario europeo, proclamaba el valor de la reconstrucción de un Estado Constitucional arraigado en los valores perennes del Derecho y la libertad. Que en este panorama descorazonador para la especie humana, en el borde del abismo de los tiempos, se haya levando una voz proclamando la trascendencia Estado constitucional como garantía de la convivencia política de los hombres reafirmando el valor del Derecho, confieren a esta obra de Kägi un significado precursor y permanente que aún hoy, luego del tiempo transcurrido por haber sido dichas en un momento liminar de la historia, conservan plena actualidad y vigencia.

Pero Kägi nos advierte, finalmente, cómo debemos contraponer la «Lógica de la Constitución» (que establece límites y controles al poder) a la «lógica de la democracia» (que otorga valor absoluto a la voluntad de la mayoría del momento), destacando la importancia superlativa al control jurisdiccional de la constitucionalidad de normas y actos.

La obra de Kägi fue vasta y dedicada a los temas centrales del Derecho Constitucional: La Constitución como elemento central del Estado, el Estado de Derecho, la división de poderes, el federalismo, la democracia, los derechos humanos. Podemos citar las siguientes obras: *Sobre el espíritu del federalismo* de 1944, *Democracia entre individualismo y colectivis-*

mo de 1946, *El desarrollo del Estado de derecho suizo desde 1848* de 1952, *El derecho de la mujer suiza a la igualdad de derechos políticos* de 1956, *Cuestiones jurídicas sobre la iniciativa popular para la reforma parcial de la Constitución* de 1956, *Democracia como tarea permanente* de 1957, *Los derechos humanos y su realización* de 1968, y el *Informe sobre el artículo relativo a los jesuitas y a los monasterios* de 1973 (la antigua cláusula confesional en la Constitución suiza).

Para Kägi el Derecho no fue solamente una cuestión teórica sino también motivo de compromiso práctico. Participó activamente en organizaciones internacionales y eclesiásticas. Su obra sobre los derechos políticos de la mujer y sobre la libertad religiosa, sobre el derecho de asilo, sobre refugiados, protección de las minorías, autodeterminación de los pueblos influyó tanto en las reformas constitucionales de Suiza sino en el derecho internacional humanitario.

Como expresó la profesora Kirsten Odendahl de la Universidad de Saint Gallen en el Homenaje que se tributó en Tucumán: «Para Werner Kägi la vida como catedrático significaba servicio a la comunidad. Para él, el Derecho no fue solamente un instrumento, fue un objetivo, un fin. Pero no un fin sin fundamento, sino un objetivo esencialmente ético. Según Werner Kägi, el Derecho es una ciencia de valor».

# ENTREVISTA

---

## UN JURISTA DEL TIEMPO DE LOS DERECHOS (ENTREVISTA AL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA)(\*)

Pedro P. Grández Castro (\*\*)

Don Eduardo García de Enterría es, sin duda, el profesor español que más influencia ha tenido en la formación de los juristas de la transición democrática en España durante la segunda mitad del siglo XX. Su prolífica obra jurídica se ha concretado, por otro lado, en la formación de una sólida escuela de juspublicistas comprometidos con la construcción de un Estado Democrático tras la muerte de Franco. La transformación del Estado español y la lucha contra las llamadas «inmunidades» del poder, la creación de las autonomías, el control jurisdiccional de la administración, la lucha por la eficacia de las medidas cautelares contra la administración; dan cuenta de un proceso crucial en la vida de la sociedad española y tienen como su timonel al profesor Eduardo García de Enterría.

Su prestigio e influencia, desde muy temprano, trascendieron la península ibérica convirtiendo a su obra en referencia obligada para el Derecho Público latinoamericano. Este año, se publicará en Latinoamérica (Palestra-Temis, 2006) una nueva edición del manual de *Derecho Adminis-*

---

(\*) La presente entrevista se realizó el día 18 de julio de 2004 en el despacho del profesor Eduardo García de Enterría, ubicada en la calle Príncipe de Vergara N° 62, en el centro de Madrid; luego de transcrita, los borradores han sido corregidos y actualizados en el mes de octubre de 2005, debido al retraso que tuvimos en su publicación.

(\*\*) Asesor del Tribunal Constitucional del Perú.

*trativo* que publicara junto a uno de sus primeros discípulos, el profesor Tomás Ramón Fernández y que ha significado una nueva etapa para el Derecho Administrativo en Iberoamérica.

De mediana estatura, mirada penetrante y paciencia de maestro, nos recibe en una mañana de verano en su despacho de la calle Príncipe de Vergara en el centro de Madrid. Pese a que intento ordenarme con algunos apuntes sobre las preguntas que debo hacer, me persuade que sea una conversación espontánea. Sabe escuchar y tiene un orden al expresar sus ideas que me impresiona. Un día antes le había hecho llegar el borrador de mis preguntas y lo tiene absolutamente presente a lo largo de este diálogo.

**Pedro Grández (PG):** Antes que nada, le agradezco el tiempo que nos está dedicando para poder conversar sobre su obra y su importante presencia en el mundo jurídico europeo, pero también iberoamericano. Empezamos por su formación, sus años de universitario. Cuéntenos un poco quiénes han sido sus maestros y cómo era la universidad española de aquellos años.

**Eduardo García de Enterría (EGE):** Yo estudié el primer año de carrera en el año de 1940 en la Universidad de Barcelona. Mi vocación por el Derecho no estaba demasiado clara para mí mismo, yo soy de una familia de juristas, mi padre y mis abuelos lo fueron, pero a mí no me hacía demasiada gracia el dedicarme a esto, no obstante, dejé luego a partir del 2do. curso la Facultad de Barcelona y vine a la capital y aquí la Universidad de Madrid tenía entonces un sistema de profesores unipersonales, por asignatura, no existía toda la pléyade de personal auxiliar que existe hoy; pero debo decir que fue en la Facultad de Madrid, donde tuve la admiración rendida y que despierta mi vocación jurídica, que por entonces como dije, estaba en cuestión; a partir de conocer a dos grandes maestros, que por cierto ninguno era juspublicista, me refiero a don Federico de Castro, civilista y a don Joaquín Garrigues, profesor de Derecho Mercantil. Dos espléndidos maestros, con quienes pronto entré en una relación personal; yo asistí por muchos años al seminario que dirigía don Federico de Castro.

**PG:** Sin embargo usted se decide por el Derecho Público y en particular, por el Derecho Administrativo. Cómo así sucede esto en un ambiente que más bien parecía conducirlo hacia el Derecho Privado.

**EGE:** Pues eso sucede en realidad una vez que yo acabo la carrera, ahí me dedico a la preparación de unas «oposiciones» –así lo llamamos aquí– para mi ingreso como Letrado del Consejo de Estado; entonces esa oposición era –lo es todavía– una de las más prestigiadas de España y desde el

punto de vista del programa de Derecho Público, es de las oposiciones, la más completa y todavía lo sigue siendo. Bien, en este programa habían dos asignaturas de Derecho Administrativo: *Derecho Administrativo parte general y parte especial*; aparte había cursos de Derecho Político etc. En aquel entonces la literatura disponible en España en materia de Derecho Administrativo, puedo decir que valía poco, eran manuales muy convencionales, poco atractivos. En consecuencia yo me preocupé para la preparación de los temas en la parte general de Derecho Administrativo y solicité que me enviaran desde París, unos amigos míos que tenía, algunos de los libros más en boga del Derecho Administrativo francés. Allí descubro sobre todo, al que puedo considerar mi verdadero maestro (pese a que había ya muerto el año de 1926, me parece). Hauriou me deslumbró y me enseñó a querer a los problemas del Derecho Administrativo de una forma completamente diferente a como se enseñaba acá en España. También pude disponer de libros italianos y yo debo decir que cuando saco la oposición del Consejo de Estado en 1947, pues, en aquel momento estaba ya resuelto a abrazar el Derecho Administrativo como mi especialidad.

PG: ¿Diría entonces que el Derecho Administrativo francés, está en la base de su formación de administrativista y iuspublicista?

EGE: El Derecho Administrativo francés y el italiano en parte sí, además, yo intento también rescatar la tradición española, recuerde usted que en 1954 edito un libro, el libro de Alejandro Viván que es de 1842 (*De la Administración en España*). No obstante, hay un hecho fundamental para la formación de la joven escuela de Derecho Administrativo española. Es el Instituto de Estudios Políticos hoy Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, curiosamente un órgano del partido único en el poder, pero que no tuvo absolutamente nada que ver con el partido en la práctica, y que cayó en manos de universitarios que le dieron un sesgo científico de primera importancia, en la que nos hemos formado todos los iuspublicistas españoles, sobre todo a partir de otro hecho capital para la vida del Derecho Administrativo español, que es la creación de la Revista de Administración Pública (RAP).

PG: La historia de la RAP, está entonces en los inicios de la propia historia del nuevo Derecho Administrativo español.

EGE: Yo he contado en algún artículo de la RAP<sup>(1)</sup> cómo se forma esa revista. Yo conocía a la mujer del que acababa de ser nombrado director

(1) Cfr. del autor, «Para una historia interna de la «Revista Administración Pública», en: *Revista de Administración Pública* Nº 150, Madrid 1999, pgs. 611-621.

del Instituto, que era Francisco Javier Conde, quien no me conocía de nada y fue su mujer la que le habló de «un chico inquieto, provinciano...», y en una conversación que tuvimos (en una playa como cuento en aquel número de la Revista), pues me dijo que en el otoño le visitara en Madrid, para ver qué podemos hacer con la sección de Estudios Políticos, que no estaba muy conforme. Entonces yo fui en setiembre a visitarle y me dijo: ¿qué se te ocurre que podrías hacer? ¿pero tú te comprometes a hacer eso? Hombre, déjame que lo piense, déjame que hable con otras personas y yo te traigo un proyecto, le dije entonces. Y entonces yo me pongo a hablar con dos grupos de personas, mis propios colegas de la promoción, del Consejo de Estado, de los cuales de los 5 que habíamos iniciado en aquella promoción, 4 fuimos luego catedráticos, 2 de Derecho Administrativo y dos de otras disciplinas, estaba ahí Alonso Olea, de Derecho del Trabajo; luego también contacté a un grupo de ayudantes de otro catedrático de Derecho Administrativo que enseñaba en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, todos jóvenes y entusiastas con quienes dimos inicio a la Revista de Administración Pública.

Luego de realizar estos contactos regresé con Francisco Javier Conde, le comenté que contaba con esta gente y que estábamos todos entusiasmados con la idea de colaborar con el proyecto y él sin tener nada que nos acredite y siendo sólo un grupo de muchachos con ganas de hacer cosas, nos dijo amén y así yo pasé a ser el secretario de la Revista, él no quiso que ningún catedrático de Derecho Administrativo dirigiera la revista, asumió él como director del Instituto la dirección de la revista, y yo fui su secretario, me entendía directamente con él. El proyecto sorprendentemente cuajó, eso yo lo he contado allí, fue un espíritu casi estudiantil, de entusiasmo, de equipo, éramos todos gente calificada con predisposición a hacer las cosas bien. Por eso la revista puede ser considerada (y así yo lo he testimoniado) la verdadera conductora del cambio del Derecho Administrativo español.

PG: Cómo se explica que esto haya pasado en pleno franquismo. Es decir el Derecho Administrativo, típica disciplina de control y limitación del poder a través del Derecho, renovándose con bríos verdaderamente esperanzadores en plena época del poder absoluto en manos del dictador.

EGE: Bueno ¿por qué eso es posible dentro del sistema franquista? El sistema franquista, era un sistema muy difícil de definir a partir de modelos objetivos ¿no? Franco había ganado la guerra y había aplicado allí una paralización completa de la vida civil, no quería discutir nada con nadie y la censura de prensa e imprenta se practicaba implacablemente. Pero el



Derecho no les preocupaba especialmente, ni a Franco ni a los suyos, ellos tenían el Derecho con el que funcionaban, que era que todos los poderes estaban en manos de Franco que controlaba a través de la censura y a través de la policía, de tal modo que el panorama interno no le preocupaba, que nosotros hablásemos de servicios públicos o del propio Derecho Administrativo. Entonces, nosotros no tuvimos nunca la menor dificultad, además, nosotros actuábamos en un centro público, que era además de la Falange. El Instituto de Estudios Políticos, era un órgano, no del gobierno, sino de la junta política de la Falange y allí pues habían puesto un catedrático que era Javier Conde el director del Instituto, y lo que él llevaba pues, tenían confianza, no iba a ser una cosa subversiva contra el sistema, pero claro, ahí estábamos nosotros.

Tengo que decir que poco tiempo después, en 1954 empieza a producirse una legislación administrativa en España que es la Ley de Expropiación Forzosa, luego en 1956 la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esa es una ley del franquismo, en 1957 la Ley de Régimen Jurídico de la administración del Estado, en 1958 la Ley de Procedimientos Administrativos. Entonces sí, hay dentro del franquismo un intento de que las objeciones que le hacían al régimen de Franco en el mundo, como una negación del Estado de Derecho, ellos intentaron responder de este modo, dando muestras de que sí había un sometimiento del poder a la Ley y al Derecho. Desde luego era un sistema pensado para hacer cumplir la ley de Franco.

**PG:** ¿Ustedes participaron de ese proceso de legislación, de alguna manera?

**EGE:** Sí, la Ley de Expropiación Forzosa, que además es la primera Ley que en España declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, se hace prácticamente en el propio Instituto de Estudios Políticos; la Ley del Contencioso Administrativo de 1956 la hacen 2 profesores que eran del Consejo y miembros de la Revista, Jesús González Pérez y Manuel Balbé. Aquí hay que decir que el Ministro de Justicia que aprueba esas dos leyes, la de Expropiación Forzosa y la del Contencioso Administrativo, era además Carlista, es decir lo más retrógrado del mundo y del momento. Pero era abogado del Estado, era un jurista profesional, y entonces realmente le convencimos de eso, puesto que iba a beneficiar el rendimiento de la administración.

**PG:** ¿Estas hazañas tempranas de los administrativistas, sería quizá lo que generaría más tarde una cierta disputa con los constitucionalistas, muerto ya Franco y entrado en el proceso de institucionalización del Estado Democrático en España?

EGE: Algo de eso hay, pues mientras en el Derecho Constitucional no se salía de disputas políticas o reivindicaciones ideológicas, y en ese campo el esquema es absolutamente autoritario puro y simple; en cambio en el Derecho Administrativo, ya estábamos en esos años hablando de garantías del ciudadano frente a la administración y además se dieron leyes concretas, las que le mencioné. Hay una expresión que es de Fernando Garrido que ha muerto hace no mucho, que decía que en España el Estado de Derecho Constitucional fue preferido por un Estado de Derecho Administrativo. Y eso es completamente cierto, cuando la Comisión Internacional de Juristas edita un manifiesto denunciando que España se vive un estado despótico y dictatorial, el Gobierno contesta con las leyes administrativas, y claro, él los utilizaba para eso, pero nosotros también sacamos partido de esto.

PG: Esto que aparentemente era utilizado por el régimen como usted dice, ¿recuerda que haya servido a algún Juez para «contener al poder» de facto del régimen como garantía frente al ciudadano?, ¿es decir que esa legislación haya podido realizarse en un caso particular?

EGE: Sí, evidentemente, por ejemplo el Tribunal Supremo. En la ley de 1956 de la Jurisdicción Contenciosa –que es la que verdaderamente crea el Derecho Administrativo en España– Pues esa ley del 56 digo, admitía la excepción de acto político, entonces, la Sala Cuarta del Supremo, dijo en una serie de sentencias, que los actos políticos eran aquellos que afectaban a la globalidad del Estado, no eran acciones singulares. De este modo, por ejemplo las llamadas sanciones de orden público que eran sanciones que se imponían a la oposición, que consistían en multas y que si no se hacían efectivas solían ser muy grandes, no estaban al alcance de los sancionados y había una privación de libertad subsidiaria hasta 6 meses; entonces, muchas de esas sanciones fueron anuladas por el Tribunal Supremo, diciendo que eso no se podía considerar «acto político del Gobierno», puesto que no eran decisiones que afectaban a la globalidad del Estado, sino a ciudadanos particulares y se anularon infinidad de sanciones.

PG: Ustedes desde luego, tenían claro hacia donde iban, podría decirse que tenían una fe, una ideología, una racionalidad que ponía al Derecho en un protagonista del cambio. ¿Lo hacían en ese momento con esa convicción con que ahora aparecen las cosas?

EGE: Sí, desde luego que sí. La Ley del 56 tuvo un excelente resultado en esa dirección, y claro, su desarrollo vigoroso fue lo que creó por primera vez una rama especializada también dentro de la judicatura. Esa pri-

mera promoción fue de primer nivel y tuvieron gran significación. Entonces sí, eso no se entiende muy bien ahora. Y la respuesta es que nosotros desde luego teníamos convicciones democráticas claras y, por otro lado, el régimen quería justificar su falta de desarrollo constitucional con el desarrollo administrativo, jurídico-administrativo. Así que sucedió un encuentro feliz creo yo que permitió que pasara lo que pasó con el Derecho Administrativo español.

**PG:** Con lo cual desde una perspectiva algo perversa se podría decir también que los administrativistas en el caso español y durante la época de Franco, facilitaron de algún modo la legitimidad misma del sistema...

**EGE:** Para legitimar sí, se podría decir, pero sobre todo para imponer justicia en los casos concretos. De eso se trataba, de desarrollar un efectivo sistema de garantías que estaba establecido a través de la legislación. Prueba de ello es que la mayor parte de los principios de esa legislación pasan casi íntegros a la Constitución de 1978.

**PG:** Ese es un tema importante que traía anotado para esta entrevista. Es decir, la presencia de la doctrina administrativista en la Constituyente del 78 ¿Cómo evalúa usted esa presencia?

**EGE:** Bueno, ocurría que los profesores de Derecho Constitucional, que no se llamaba así en aquel entonces, sino «Derecho Político», pues como no tenían de qué hablar porque no había Constitución, pues se dedicaron a la Sociología, se dedicaron a la historia de las ideas políticas. Entonces los administrativistas asumimos ahí un papel porque los profesores de constitucional prácticamente no existían. Entonces, en la constituyente fuimos llamados sistemáticamente los profesores de Derecho Administrativo y algunos participan incluso como Ministros, o como Parlamentarios; fuimos llamados siempre por todos los grupos políticos, nos reuníamos con ellos, nos preguntaban, nosotros les dábamos nuestra opinión sobre los distintos temas que se estaban tratando en la Constituyente.

**PG:** ¿Qué trabajos o qué ideas centrales se recogen, del campo del Derecho Administrativo en la Constitución del 78?

**EGE:** Bueno, nosotros éramos los juristas de Derecho Público indiscutibles, repito, porque no existían los otros. Incluso el número 3 de la Revista de Administración Pública en el año de 1950 está dedicado al Estado de Derecho, un número monográfico de 500 páginas. O sea que nosotros habíamos asumido el déficit del Derecho Constitucional entrando en todo el Derecho Público.

Entonces llegado el tiempo de la posibilidad real del Estado de Derecho, nos llamaron de todos los grupos. Yo participé en muchas reuniones con grupos políticos de todos los signos, nos llamaban no sólo a mí, sino a todos los profesores de Derecho Administrativo y ahí, en la Constitución, están todas nuestras ideas, desde la idea del control del Poder a través del contencioso administrativo, la responsabilidad de la Administración, la idea de que no haya actos políticos, porque se dice que el Juez controla el sometimiento de la administración a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad, etc. Todas esas cosas han surgido de nosotros y bueno, pues, nosotros fuimos llamados en distintas ocasiones. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la hicimos un grupo de tres personas, uno era un gran Magistrado de lo Contencioso Administrativo, otro era el actual Presidente del Consejo de Estado, don Francisco Rubio Llorente y yo. Esa ley se hizo en el 79 unos meses después de aprobada la Constitución y ahí sigue la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Entonces, sí, nosotros tuvimos que jugar un papel porque no existía Derecho Constitucional más o menos fiable, porque todos se dedicaban a la Sociología y a la Ciencia Política, pero no tenían las técnicas jurídicas.

**PG:** Quizá eso haya despertado algún celo académico entre los iniciadores del Derecho Constitucional como el Profesor Lucas Verdú, por ejemplo, quien sostenía en aquellos años que usted era el jurista oficial del régimen, en un tono no de admiración sino ¿casi de denuncia no?

**EGE:** Eso es verdad, con él intercambiamos algún punto de vista, porque me acusaba de intentar «administrativizar» el Derecho Constitucional, y en realidad lo que yo decía es que hay que hacer simplemente Derecho y no política ni Sociología.

Bien, además es nuestro aporte también la creación del Derecho Autonómico. Sólo los administrativistas podíamos decir algo en ese tema, que es lo que verdaderamente ha cambiado al Estado español. La Constitución si no hubiera optado por un modelo autonómico, España no sería lo que es ahora, un país radicalmente distinto a como lo dejó Franco.

**PG:** ¿Cuál es su balance del Estado Autonómico, pasados 26 años desde su diseño en la Constitución de 1978?

**EGE:** En un número que no me acuerdo cuál de la Revista de Occidente<sup>(2)</sup>, sobre los 25 años de la Constitución, yo hago un balance, y claro

<sup>(2)</sup> Véase. «El sistema autonómico español: formación y balance», en: *Revista de Occidente*, N° 271, 2003, págs. 5-20.

esto tiene aún reparos desde los nacionalismos, y es que a ellos no hay qué los satisfaga ¿no? Siempre quieren más y la idea última es la separación, entonces son separatistas. Y no hablo sólo de los vascos, sino también de los catalanes.

**PG:** ¿Eso es peligroso no? Y sigue siendo un asunto pendiente a la consolidación definitiva de un Estado autonómico pleno, que satisfaga realmente a todos, ¿no lo cree usted?

**EGE:** Eso es peligroso, pero en este momento yo creo que está contrarrestado precisamente por la Constitución Europea.

**PG:** Aunque cuando uno mira desde fuera, pareciera que los nacionalismos van avanzando progresivamente y en cada reforma logran alguna reivindicación adicional.

**EGE:** La perspectiva de ellos va avanzando, en parte por el sistema electoral que aquí no es mayoritario, sino proporcional, entonces los partidos nacionalistas, que son pequeños partidos en el ámbito nacional, aunque tengan influencia en sus comunidades autónomas respectivas, pues al final hacen de partidos bisagra ¿no? Ahora mismo el Partido Socialista no tiene mayoría en la Cámara y necesita jugar con «Ezquerria Republicana de Catalunya» o el Partido Nacionalista Vasco. Y entonces le digo, que con la Constitución Europea hay un acuerdo de principio entre todos los Estados (que deberá desde luego ser ratificada por todos), en el sentido de que no se reconocerá ninguna desmembración posterior de los Estados, los que se mantendrán tal cual entran.

**PG:** ¿Y no cree que eso, en perspectiva histórica, no supondrá en la vieja frase del constitucionalismo americano «atar a las generaciones europeas futuras», respecto de sus aspiraciones o procesos que se pueden vivir más adelante?

**EGE:** No, y además eso lo saben ya los partidos nacionalistas. Porque todos los Estados europeos que son Estados complicados, que se han formado en largos procesos históricos, tienen problemas de ese tipo y todos hacen un sindicato y dicen: «no, estos señores nos molestan, no queremos saber nada con ellos en el futuro», porque estos Estados tienen en común ese problema: los ingleses tienen a los escoceses y a los irlandeses; los franceses tienen a Córcega y a Normandía y tienen a Bretaña; de los alemanes y los italianos ni digamos, Alemania e Italia no tienen más de 150 años como Estados unitarios, están formados por partes de lenguas, culturas, etc. Entonces Europa, el gran Estado multinacional europeo, es la solución definitiva, porque además como se sabe, el nacionalismo es un

ideario del siglo XIX, quiero decir, eso llega a su culminación en el Tratado de Versalles, desde luego es un proceso largo pero que, yo diría, está casi cerrado con la Constitución Europea<sup>(3)</sup>.

**PG:** No obstante, ¿hay algo de paradójico, no cree usted, en todo este proceso? Porque por un lado, los nacionalismos pueden encontrar de alguna manera una cierta comprensión en un espacio más amplio como el europeo, pero al mismo tiempo, el sistema mismo, la democracia como que aleja su rostro y como que se debilita con instancias y delegaciones hasta llegar a Bruselas.

**EGE:** Pero el Derecho Comunitario tiene una aplicación preferente sobre el Derecho nacional y también aquí como Derecho Comunitario de la más alta jerarquía, hay que incluir ahora a la Constitución Europea, luego de su ratificación por cada Estado desde luego. Ahora lo que vemos más bien, es que hay un cierto retroceso en las reivindicaciones. Los nacionalistas saben que no pueden con esto y están poco a poco transigiendo. Saben que ellos no tienen nada que hacer a partir de una Europa unida, que llegar a ser independientes, eso ya se ha acabado, y entonces ahora lo que pretenden –y en eso tienen alguna razón– es que puedan participar en los debates de los foros europeos para hacer presentes sus intereses particulares. Eso parece hasta razonable, pero de ahí pretender lo que se llama la «Europa de las regiones», eso es volver a Carlo Magno, eso es volver al feudalismo ¿no? Romper a Europa. La «Europa de las 100 banderas», eso es un famoso libro de un belga, la Europa de las 100 banderas, diciendo que esa Europa no es viable, por la presencia de la diversidad de culturas, de razas y de historia misma, ese es un pensamiento que ha sido ya superado.

**PG:** Usted, si entiendo bien, ve en la diversidad más que una amenaza a una fortaleza para Europa.

**EGE:** Eso es correcto, pero además vea usted, Bélgica por ejemplo, que es la expresión más clara de la diversidad. Bueno, Bélgica entera ha sido salvada por Europa. Porque son dos países que ahí conviven, son dos, y además los flamencos, son la mayoría, son casi 60%, sin embargo no se han ido, ¿por qué no se han ido?, pues por Europa. Pues bien, todos esos nacionalismos radicales que piden autonomía o soberanía, que tienen reivindicaciones separatistas, han sido liquidados por el sistema europeo.

---

(3) Debe advertirse que esta entrevista se realizó antes del rechazo de Francia a la Constitución Europea mediante referéndum.

Desde luego eso no tiene nada que ver con valorar su presencia y hacerles espacios y respetar esos espacios: su lengua, sus expresiones culturales; pero eso excluye el ideario último del nacionalismo, que es la separación.

**PG:** Profesor, cuando uno ve el proceso español, desde luego ve una cosa muy interesante ¿no? Que es la consolidación ya sin retorno, de la institucionalidad democrática. Usted ha sido una suerte de «jurista puente» entre dictadura y Estado Democrático. ¿Cómo ve la España en los próximos años, con estos problemas que todavía tienen, que ya lo hemos estado reseñando, pero en términos de lo que es el poder democrático y la institucionalidad?

**EGE:** Bien, es en efecto un proceso que creo ya definitivo y sin retorno. Nosotros hemos vivido la guerra civil, la guerra civil es la peor experiencia para un pueblo y claro, nos deja lecciones. Yo publiqué con motivo del 25 aniversario de la Constitución española, un pequeño ensayo que se llama «La Constitución como pacto social». Ahí digo algo que es una simple constatación histórica, que es que todos los países que han entrado a la racionalidad política, lo han hecho después de una guerra civil. Desde Inglaterra que hoy nos parece una sociedad civilizada y democrática, pues pasaron como 150 años matándose en una guerra feroz por motivos religiosos. A partir de ahí es cuando deciden, con Locke como su ideólogo, que aquí no hay más que la democracia que es lo único que puede garantizar estabilidad y derechos a todos. Y bueno en Europa hemos estado con dos guerras europeas feroces y después de la última guerra europea, el surgimiento de la Europa unida se da como se sabe, primero como un acuerdo económico de los países productores del Acero y del Carbón en 1951. La llamada declaración Schuman, que junto a Adenauer y De Gasperi, impulsan la primera *formación europea*. Por cierto que Schuman y De Gasperi hablaban alemán y De Gasperi había vivido bajo el imperio austríaco y ambos tenían también una experiencia muy cercana y personal con la guerra, y eso es el resultado también de comprender que no hay otra fórmula que el entendimiento racional entre países. Eso ha pasado entonces, en España, en Alemania, en Europa y es creo ahora, por fin irreversible, yo creo que ahí tenemos un logro europeo sin precedentes.

**PG:** ¿Cómo evalúa usted en el contexto europeo, las supuestas amenazas a las que se refiere Hantington por ejemplo, respecto a los procesos de integración el llamado «choque de civilizaciones»? Se ha visto estos días una reacción no muy racional ni tolerante, en la propia Europa, frente a los inmigrantes árabes por ejemplo, luego de los atentados del 11-M en Madrid.

EGE: Bueno, ese es un tema general que no es sólo español, ese es un tema que afecta desde Estados Unidos hasta toda Europa, evidentemente nos hemos convertido –y en España notoriamente, además, rectificando una tendencia opuesta, que era que los que inmigraban eran los españoles ¿no?– Primero, durante todo el siglo XX migraban a Hispanoamérica, pero luego, durante el franquismo migraban a Europa, esos eran los trabajadores europeos, y ahora esa emigración ya no existe y ha sido sustituida por lo contrario que necesitamos inmigrantes. Bueno nosotros en esto, tenemos una enorme suerte frente a todos los países europeos, es que entre los posibles inmigrantes tenemos a nuestros hermanos los hispanoamericanos, que son homogéneos con nosotros de cultura, de religión, etc., y no suscitan el menor problema de integración. Donde se suscita un problema de integración es con los musulmanes, eso está en toda Europa, y ese es el problema de la incorporación, de la integración de Turquía a la Unión Europea por ejemplo. Los turcos quieren entrar a la Unión Europea –ahora Bush curiosamente acaba de decir que los debemos acoger ¿no?– y los alemanes que tienen 6 o 7 millones de turcos allí instalados, son partidarios de esta opción. De este modo, todo este debate que ha habido en torno a si se colocaba o no al cristianismo como base de la integración en la Constitución Europea, tenía un fondo que no era nada filosófico, ni religioso, pues si decimos que Europa tiene herencia cristiana quedan fuera una buena cantidad de naciones árabes. Pues quieren entrar Turquía, Marruecos, Argelia, Egipto, Israel, toda la cuenca mediterránea quiere entrar, entonces allí se nos plantean problemas serios, porque los problemas de integración de los musulmanes son muy complicados y además te exigen solución. Nosotros, en ese sentido, tenemos una larga experiencia de trato con ellos, desde el siglo octavo que nos conquistaron, hasta estos días en que todavía los tenemos y no se han integrado como verá usted.

PG: Precisamente yo hago el doctorado, en una ciudad como Toledo, donde una de las cosas que se nos dice a los visitantes casi al llegar es que estamos en la ciudad donde convivieron y aun conviven las tres culturas: la árabe, la musulmana y la cristiana, ¿cuánto de cierto hay en esta historia?

EGE: En eso hay mucho de mito. La verdad es que no hemos tenido otra manera de convivir con ellos que no haya pasado por echarles y luego cuando les echamos después de la toma de Granada, todavía se quedan aquí los Moriscos que se llaman, y hay que echarles otras dos veces en 1608 y en 1644 si no voy mal con las fechas.



PG: ¿Con lo cual diría usted que son experiencias históricas concretas que no han prosperado, respecto de la convivencia intercultural me refiero?

EGE: Claro, eran otros tiempos, pero realmente en aquella ocasión no se encontró otra fórmula que no fuera expulsarlos.

PG: ¿Cómo encuentra en este punto, algo que he escuchado como cierta «moda», sobre todo entre los filósofos del Derecho, me refiero a los intentos por «juridificar la tolerancia»?

EGE: Ese problema lo tienen los musulmanes, ellos son los que no han resuelto el problema de la tolerancia. No es un problema de Occidente, nosotros hemos avanzado en esto, las constituciones de nuestro tiempo, casi en su totalidad, son constituciones que elevan al máximo nivel el pluralismo y la tolerancia, lo cual no ocurre en el espacio árabe y musulmán. No hay ningún país musulmán que haya resuelto este problema. Yo tengo un hijo que ayer precisamente viajó, él vive en la India hace casi 20 años, está casado con una india y tienen dos niños que son una preciosidad y me comentaba que ahí tienen el mismo problema con los árabes. Los árabes llegaron en el gran impulso inicial de Mahoma, llegaron hasta la India y ese es el origen de una importantísima minoría musulmana entre los hindúes. Bien allí, me dice, casi todos los problemas de convivencia están resueltos, de las castas, etc., menos el problema de los árabes.

PG: Profesor, retomando un poco nuestro diálogo sobre el Derecho Administrativo español y su apostolado indiscutible en este campo, quería que compartiera con nosotros, cómo es que ha logrado constituirse en el núcleo que unifica el Derecho Público español a lo largo ya de medio siglo. En la Academia es frecuente, en todas partes, las disputas y discordias que, con frecuencia, terminan en divisiones, pero eso al menos al parecer, no habría pasado con el Derecho Administrativo español. Al menos, no al grado de reconocer más de un tronco, que en este caso es sin duda usted. Leía el otro día, en un libro homenaje que le hacían sus discípulos hace unos años, que eran 40 los catedráticos españoles que se reconocían parte de su «descendencia académica», y usted me decía que ahora son 57 nada menos ¿Cómo ha logrado eso?

EGE: Bueno, hemos sabido mantener esa unidad, pero no es mérito mío, es mérito del grupo que hemos sido desde el primer momento como ya le contaba hace un momento. Pero desde luego hemos tenido dificultades, hemos tenido discusiones muy profundas y álgidas; hace poco, con los profesores Luis Ortega y Sánchez Morón, tuvo lugar una polémica,

que además ha sido muy rica porque ha producido literatura que ha quedado además ahí como testimonio de esto.

PG: ¿El tema de las potestades discrecionales de la administración verdad? Cuéntenos el contexto en que se da este debate.

EGE: En 1995 el Gobierno socialista presenta un proyecto de ley, las Cortes de la Jurisdicción Contenciosa, donde se decía que los actos de dirección política –que llegaban a todas las autoridades del ministerio y hasta a los gobernadores civiles– no podían ser sometidos a la jurisdicción, eran incontrolados. Eso estuvo determinado por los problemas finales del socialismo y entonces ahí nos enfrentamos duramente, en términos académicos desde luego. Yo tengo un libro ahí que se llama *Jueces, democracia y control de la administración*<sup>(4)</sup>, ese es el libro de la polémica y ahí los cito con nombre a todos. Claro, eso luego se ha superado, pero quiero decir que tampoco es que hayamos mantenido una vida académica muy pacífica, con tantos problemas que por su naturaleza tienen directa relación con el poder, la política, las ideologías etc.

PG: ¿Cómo ve el panorama del Derecho Público ahora en Europa con todos estos cambios que hemos venido reseñándolos a lo largo de esta conversación?

EGE: Bueno, ahí ha habido una superación de los nacionalismos científicos. Aquí en Europa, debo decir que, los únicos países europeos que utilizábamos la ciencia, no interior del propio Estado, es decir que consultábamos la literatura externa, éramos los países un poco marginales como Italia y nosotros. En Francia sólo se estudia fuentes francesas, en Alemania, fuentes alemanas, en Inglaterra nada más que fuentes inglesas. Eso se ha cambiado con Europa, en este momento hay una serie de instituciones comunes sumamente importantes: Tribunal de Estrasburgo, Unión Europea, que ha hecho por vez primera, desde la Edad Media, realmente una Ciencia Jurídica, un juspublicismo europeo, eso es evidente. Hoy en Europa trabajamos, cada vez más –y eso será el futuro– coordinadamente y además tenemos una referencia insosyalable que es la Constitución Europea y esos convenios de derechos humanos, el Convenio Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en toda Europa, constituyen una fuerza jurídica ineludible. Existe aquí, lo que llaman ellos el «*control de convencionalidad*», eso en castellano no se puede decir, traducido literal-

(4) Civitas, primera edición, 1995.

mente es que el Convenio Europeo es la convención europea, entonces, lo que se resuelve por el Tribunal, tiene un efecto general en toda Europa. En el último número de la RAP escribo sobre esto, criticando el poco caso que se hace en España a las decisiones de estas instancias en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del propio Tribunal Constitucional. Esto hace, que cada vez el conocimiento y las prácticas jurídicas sean más comunes a toda Europa. Prácticamente hoy existe una ciencia europea, un juspublicismo europeo más común, siguen existiendo escuelas nacionales y con una gran fuerza evidentemente con sus propias tradiciones; pero cada vez más han dejado de ser excluyentes, cada vez más estamos en relación unos con otros: eso también lo debemos a la unificación.

**PG:** Profesor, vamos a pasar al último tema que hemos preparado para este diálogo, por cierto, no por último menos trascendente y además, sin cuya faceta creo que los lectores no tendrían una visión completa de su obra y su humanismo. Me refiero a su afición por la Literatura, la Historia, la Música. Yo he estado leyendo estos días su *Fervor de Borges*<sup>(5)</sup>, y en lo personal, me ha alegrado que entre sus favoritos se encuentre Borges.

**EGE:** Bueno, Borges es uno universal, como Vargas Llosa o César Vallejo, esos son nombres de nuestra cultura, de una lengua común y los españoles no pretendemos en lo absoluto, ser los que dictan la buena literatura. De hecho, todo lo que se ha hecho en Iberoamérica en este tema, ha fortalecido y dado vida a nuestra lengua. En lo personal, yo he sido siempre muy aficionado a la literatura, lo he contado, en otro lugar alguna vez. Cuando era estudiante del bachillerato, teníamos una revista literaria y hacíamos versos y esos proyectos se han perdido todos, yo creo que mi mujer lo ha debido destruir, ella dice que no, yo creo que lo ha destruido porque no aparecen. Eran parte de mis aficiones adolescentes.

**PG:** Profesor su obra jurídica tan extensa, aparte de sus lecturas que como nos comenta, no terminan en los linderos del Derecho, dan cuenta de una vida dedicada casi en absoluto al estudio. ¿Cuánto tiempo lo dedica al estudio en el día, que además, debe dedicarle al ejercicio profesional con un despacho abierto?

**EGE:** Lo que pasa es que cuando a uno le gusta, uno lo hace. Duermo muy poco, yo me levanto como a las 5 de la mañana y me acuesto, pues pasadas las 12. Bueno y creo que la cuestión es hacerse un hábito. Yo estoy

---

(5) Editorial Trotta, Madrid, 1999.

todo el día leyendo, cuando no trabajo aquí en el despacho. Si bien veo y controlo mi despacho, pero tengo gente muy buena que hace bien el trabajo y que me permite dedicarme a lo que siempre me ha gustado. Ahora mismo estoy escribiendo una cosa que me han pedido sobre España.

PG: Tengo aquí una curiosidad académica más. ¿Qué está leyendo estos días?

EGE: Como lo decía, estoy escribiendo algo sobre la historia contemporánea de España, entonces estoy repasando, toda la literatura de España, realmente yo no había leído mucho de la historia española y me está ayudando mucho. Son unos textos locales donde haré una especie de introducción. Luego pues, yo combino mucho varias lecturas al mismo tiempo, me estoy leyendo una novela que ha tenido cierta publicidad, no es una novela de gran vuelo, pero está bien hecha: *La sombra del viento*, de Carlos Ruiz Zafón.

PG: Profesor, ha sido muy grato este momento con usted. Hemos llegado al final, quería pedirle antes de cerrar este diálogo, una palabras para la juventud universitaria de Latinoamérica.

EGE: Bien, en realidad yo no he perdido nunca contacto con los jóvenes. Ahora mismo, yo voy a la Facultad una vez por semana, dirijo ahí un seminario los miércoles y es la única actividad académica que yo hago ahora, reunirme todas las semanas con jóvenes investigadores y profesores, para mí ese seminario ha sido importante, porque de ese seminario han salido casi todos mis discípulos, sin embargo, para mí me ha mantenido vivo también, el estar en contacto con ellos y los temas actuales. Lo hacemos durante el curso universitario pero no tenemos un programa hecho, sino que son las iniciativas que van surgiendo de cada uno y los vamos discutiendo, es un espacio también donde los más jóvenes, someten a discusión sus monografías o estudios, antes de publicarlos.

Me pide usted unas palabras para mis hermanos de Hispanoamérica, como decimos nosotros: Toda mi simpatía por América Latina yo soy un gran americanista. Yo me siento emocionado, realmente no sé muy bien cómo se logró aquello, es un milagro, ustedes guardan un español, un castellano más clásico, en México, en Perú, en Colombia, hablan el castellano, mucho más puro, mucho más inocente diría yo.

Yo me acuerdo una vez en Perú, estaba en el Cusco visitando la ciudadela militar de Saqsayhuaman, se acercaron a nosotros unas niñas andinas vestidas con gorritas pidiendo dinero y entonces el guía que iba con nosotros, en su idioma que es el quechua las espantó intentando alejarlas. Pero

ellas dejaron de hablar quechua, se dieron cuenta que yo hablaba español y entonces hablaron en español, pero un español que a mí me emocionó, me puse a llorar, porque ellas evidentemente no dominaban el español, pero hablaron, ¿cómo dijeron?, no recuerdo cómo dijeron, yo me puse a llorar allí. Era una imagen algo celestial, estaban allí las llamas, ellas estaban pastoreando las llamas y bueno yo no sólo les di la propina que pedían, sino que a ellas les estaba hablando y me contestaban teniendo un lenguaje muy corto, era mágico eso de podernos comunicar. Yo he dicho que las dos ciudades más impresionantes para mí son Cusco y Cartagena de Indias en Colombia, son las dos ciudades que más me impresionaron entre todas las que conozco.

**PG:** Ojalá pronto pueda visitarnos, en todo caso, le extendemos nuestra más cordial invitación.

**EGE:** Muchas gracias.

# DOCUMENTO

---

## ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES Y NORMAS REGLAMENTARIAS

La Asociación Peruana de Derecho Administrativo, ante recientes pronunciamientos jurisdiccionales y de organismos constitucionalmente autónomos, así como ante la existencia de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que avalan la posibilidad de que los funcionarios y órganos de la Administración Pública puedan efectuar control jurídico de constitucionalidad de las normas legales y reglamentarias en nuestro ordenamiento jurídico; consideran necesario expresar su posición y efectuar una contribución concreta a una temática que incide directamente en el desarrollo y los alcances del Derecho Administrativo en nuestro país.

1. En nuestro ordenamiento jurídico, la Administración Pública se considera como un conjunto de órganos estatales que ejercen la denominada «función administrativa». Esta organización tiene por único fin el servicio y satisfacción del bien común, constituyéndose como tal a partir del principio de legalidad o juridicidad, el mismo que implica el sometimiento de la Administración a la Constitución y las leyes.
2. El sometimiento de la Administración Pública ante la norma constitucional constituye una manifestación del valor supremo de la Constitución, que es una característica de las modernas constituciones ordenadoras del moderno Estado Democrático de Derecho, a través del cual se reconoce la superioridad política y jurídica de la norma

que fundamenta el ordenamiento jurídico. Ahora bien, dicha preeminencia jerárquica admite diversas modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes, de manera que existen diferentes mecanismos procesales para permitir que la Constitución pueda prevalecer frente a cualquier norma que pretenda desconocer sus mandatos.

3. El principio de legalidad en nuestro país, no solamente opera como un factor de atribución de poderes de actuación a los órganos y entidades de la Administración Pública (al establecer el ámbito de competencias y atribuciones de estas organizaciones públicas), sino que determina los alcances de esta actuación de las entidades de la Administración Pública, y los límites a los que se encuentran sometidas.

Así, la Administración Pública ejerce sus competencias y atribuciones dentro del marco del principio de legalidad, es decir que está obligada a actuar dentro de lo que señala la Constitución, las leyes y el resto de normas y principios que integran el ordenamiento jurídico. Esto implica que la Administración tiene una labor de *ejecución o aplicación* de las disposiciones señaladas en la Constitución, las leyes y normas reglamentarias, dentro del denominado proceso operativo de aplicación de dichas normas jurídicas, lo que implica necesariamente la ejecución de las normas para la consecución de los intereses públicos.

4. Por ello, es pacífico señalar que la Administración Pública, al estar sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede ni derogar singularmente ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla. Sin embargo, la posición antes indicada no impide que la Administración, sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en las normas legales antes indicadas pueda *apreciar* la validez de la norma legal aplicada, y en caso considere que la misma vulnera la Constitución, proponga su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.
5. No obstante las ideas anteriormente expresadas, que son ampliamente reconocidas doctrinaria y jurisprudencialmente en nuestra legislación nacional, así como en la doctrina del Derecho Comparado, actualmente se vienen sucediendo pronunciamientos jurisdiccionales y de organismos constitucionalmente autónomos que avalan una tesis que pretende sustentar la existencia de un deber de los funcionarios públicos y órganos administrativos, de poder apreciar y declarar (vía una suerte de control difuso) la inconstitucionalidad de normas legales y la ilegalidad de las normas reglamentarias, pudiendo así, inclu-



sive, desconocer la validez de tales normas, en virtud a una «aplicación preferente de la Constitución», basada en los alcances de una interpretación del artículo 38° de la Constitución Política del Estado.

6. Al respecto, debe tenerse presente que en nuestro país, los alcances del control difuso de constitucionalidad son limitados y se encuentran claramente delimitados por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, norma que establece que: «*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*».

Es necesario tener en cuenta que la interpretación de la norma constitucional antes citada, permite señalar que el control difuso se ejerce en el marco de un proceso jurisdiccional, el mismo que no discurre en sede administrativa, sino exclusivamente en sede judicial. De otro lado, el control difuso está diseñado para ser aplicado por los jueces, quienes en el marco del proceso, cumplen una labor estrictamente revisora de la validez de las normas legales y reglamentarias frente a la Constitución y a las leyes, respectivamente.

Así, una interpretación *coherente* del marco constitucional, permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el control difuso se encuentra reservado para las instancias jurisdiccionales correspondientes, que son las únicas que se encuentran habilitadas *constitucionalmente* para ejercer la defensa de la Constitución, sin perjuicio de la ingente labor que dentro de los mecanismos del control *concentrado* de constitucionalidad, ejerce el Tribunal Constitucional en nuestro país.

7. La posibilidad de que se pueda afirmar que los órganos de la Administración Pública puedan efectuar el control difuso de las normas legales y el control de legalidad de las disposiciones reglamentarias, es una opción minoritaria en la doctrina y jurisprudencia comparadas. Sin embargo, aún siendo esta una posición minoritaria, se encuentra sujeta a límites de razonabilidad y prudencia en su aplicación, puesto que se entiende que se trata de una facultad exorbitante a la Administración, la misma que debe tener pautas o criterios para su aplicación, a fin de evitar su uso indiscriminado o poco prudente.
8. Consideramos que propiciar una interpretación por la cual se habilite a todo funcionario u órgano (sea unipersonal o colegiado) de la Administración Pública para que pueda efectuar un control difuso de constitucionalidad de normas legales o de legalidad de normas regla-

mentarias, es una posición que genera una afectación contra el respeto al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica y al respeto al Estado de Derecho en nuestro país. Precisamente, en un escenario en el cual existen miles de órganos que ejercen la función administrativa en nuestro país (entiéndase los diversos órganos administrativos existentes en instituciones públicas tales como ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, organismos públicos descentralizados, municipalidades provinciales, distritales, entre otros), así como estando en marcha un proceso de descentralización que no termina de ser correctamente entendido en sus alcances como en su progresividad, consideramos que no es factible ni viable constitucional y legalmente, otorgar validez a las interpretaciones que posibilitan un control difuso de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública.

9. Los correctos alcances del artículo 38° de la Constitución Política del Estado, implican que es una norma que se dirige a la ciudadanía en general, la misma que tiene un deber de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico. Precisamente, los órganos de la Administración Pública en virtud a esta norma, no pueden practicar el control difuso de constitucionalidad de las normas, puesto que la propia Constitución reserva esta posibilidad a los jueces y a la judicatura en el marco de procesos jurisdiccionales, siendo que ésta no es una potestad que se encuentre *habilitada* a favor de la Administración, la misma que sólo puede actuar válidamente si se encuentra habilitada para hacerlo mediante una norma constitucional o legal que le brinde posibilidad de actuación lícita. Cuestión distinta es que los órganos administrativos puedan *apreciar* la inconstitucionalidad de las normas, lo que implica que en caso de duda con respecto a la constitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, la Administración puede propiciar su derogatoria, o su impugnación por medio de las acciones constitucionales correspondientes (Acción de Inconstitucionalidad o Acción Popular).
10. Por lo demás, debe dejarse sentado que la tesis rechazada constituye un retroceso a las tendencias más avanzadas del Derecho Administrativo moderno, que reconocen como pilar fundamental del Estado de Derecho la función de ejecución de las leyes que cumplen las entidades que integran la Administración Pública. Admitir que los órganos de la Administración puedan determinar la validez de la ley frente a la Constitución, implica reconocer un ejercicio de labores

jurisdiccionales por órganos administrativos, supuesto expresamente vedado en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, debe tenerse en claro que en nuestro ordenamiento jurídico la Administración Pública no ejerce funciones jurisdiccionales, las mismas que están reservadas a los órganos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en nuestro país, así como a los órganos establecidos en la Constitución. En consecuencia, los procedimientos, actos y decisiones de los órganos de la Administración Pública, son de naturaleza administrativa (de modo formal y material), y no tienen naturaleza jurisdiccional, en vista que los órganos administrativos emisores de los mismos no gozan de los atributos, poderes y garantías de los que se encuentran investidos los órganos jurisdiccionales. Consiguientemente, no consideramos conveniente que los órganos de la Administración Pública asuman facultades propias de los jueces y órganos judiciales, como la de pretender efectuar un control indirecto de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos.

11. Adicionalmente, debe dejarse en claro que no puede desconocerse que la legislación y la jurisprudencia constitucional reconocen que algunos órganos, como el Tribunal Fiscal, pueden ejercer control de *legalidad* sobre las normas reglamentarias y las ordenanzas municipales. Sin embargo, esta posibilidad es excepcional y restringida, y en ningún caso, puede ser tomada como «ejemplo» para pretender sustanciar una tesis que pretenda otorgar facultades de control de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública y a los funcionarios públicos en general, ni siquiera a aquellos órganos colegiados o Tribunales Administrativos.

Por tanto, dejamos sentada nuestra discrepancia con respecto a la posibilidad de que se pueda permitir indiscriminadamente a cualquier autoridad, funcionario u órgano administrativo decidir la inaplicación de una ley o de normas reglamentarias, pues ello conduciría irremediablemente a la existencia de una multiplicidad de órganos competentes para inaplicar una ley o un reglamento lo que generaría caos e inseguridad en el ejercicio de la función pública, ocasionando simultáneamente una grave afectación al respeto al Estado Democrático de Derecho y a sus instituciones en nuestro país.

Lima, agosto de 2005.

## **NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO»**

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar en bond, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 ó 7.
- 8) La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.

<b>EDITORIAL</b> .....	7
<b>ESPECIAL SOBRE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL</b>	
<b>ARELÍ VALENCIA VARGAS</b> Los principios constitucionales tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	11
<b>HUMBERTO UCHUYA CARRASCO</b> Tribunal Constitucional, debido proceso y tercero registral .....	33
<b>LUIS R. SÁENZ DÁVALOS</b> La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos (Supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional) .....	51
<b>LENY PALMA ENCALADA</b> Tribunal Constitucional: ¿Legislador positivo? (Comentarios a través de la jurisprudencia) .....	85
<b>MIGUEL PEDRO VILCAPOMA IGNACIO</b> Tribunal Constitucional: De la no ratificación de los magistrados al desamparo .....	95
<b>IVÁN MEINI</b> Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	109
<b>LUIS CASTILLO CÓRDOVA</b> El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano .....	125
<b>PERCY GARCÍA CAVERO</b> La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano .....	151
<b>JUAN MANUEL SOSA SACIO</b> El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	163
<b>EDGAR CARPIO MARCOS</b> Los derechos no enumerados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	183
<b>JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO</b> El control constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente? .....	203
<b>NOTAS</b>	
<b>ALLAN R. BREWER-CARÍAS</b> Nota sobre Arequipa en la historia del Perú .....	225
<b>ANA NEYRA ZEGARRA</b> Una mirada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional .....	231
<b>NECROLOGÍA</b>	
<b>PETER HÄBERLE</b> Konrad Hesse (1919-2005) .....	235
<b>SERGIO DÍAZ RICCI</b> Werner Kägi (1909-2005) .....	241
<b>ENTREVISTA</b>	
<b>PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO</b> Un jurista del tiempo de los Derechos (Entrevista al profesor Eduardo García de Enterría) .....	247
<b>DOCUMENTO</b>	
<b>ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO</b> La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias .....	267

