

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**COSA JUZGADA
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Cosa juzgada constitucional
N° 9 · Nueva Época · Diciembre de 2016
Director: Carlos Ramos Núñez

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 99-3894
ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Impresión: Servicios Gráficos JMD
Av. José Gálvez 1549 · Lince
Telf. (51 1) 472-8273
ventasjmd@gmail.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Manuel Miranda Canales

Vicepresidenta

Marianella Ledesma Narváez

Magistrados

Óscar Urviola Hani

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director

Carlos Ramos Núñez

Consejo Editorial

Jimmy Marroquín Lazo

Nadia Iriarte Pamo

Susana Távara Espinoza

Jorge León Vásquez

Edgar Carpio Marcos

Javier Adrián Coripuna

Luis Sáenz Dávalos

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Cosa juzgada constitucional	
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones</i>	23
JUAN MANUEL SOSA SACIO <i>La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables</i>	59
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional</i>	95
JORDI NIEVA FENOLL <i>La cosa juzgada: el fin de un mito</i>	113
EDWIN FIGUEROA GUTARRA <i>La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional</i>	135
ALFREDO ORLANDO CURACA KONG / LUIS ANDRÉS ROEL ALVA <i>La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?</i>	151

Miscelánea

RAMIRO DE VALDIVIA CANO <i>Chesterton, las demandas frívolas y el Tribunal Constitucional</i>	185
ANÍBAL QUIROGA LEÓN <i>El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias</i>	207
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales</i>	251
LUIS M. SÁNCHEZ <i>Las razones del precedente en las tradiciones del common law y el civil law</i>	275
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ <i>La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional</i>	297
BENJAMÍN RIVAYA <i>Sobre el uso del cine en la formación judicial</i>	329
ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA <i>La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine</i>	345

Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES <i>Comentario a la Sentencia Delgamuukw v. British Columbia [1997]</i>	365
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Reajuste de pensión de jubilación. Comentario a la STC 00828-2014-PA/TC</i>	373

Reseñas

EDGAR CARPIO MARCOS

*Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo
desde la argumentación judicial*

377

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

*La Constitución inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el
momento fundacional del Perú en la primera mitad del siglo XIX*

381

ROGER VILCA APAZA

Ley y justicia en el Oncenio de Leguía

383

Presentación

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

*Director General del Centro de Estudios Constitucionales
y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional*

La gratificación por la entrega de este noveno número de la Revista Peruana de Derecho Constitucional (RPDC), órgano oficial del Tribunal Constitucional, corre pareja a la expectativa que hemos logrado generar en la comunidad académica; y es que más allá de las cuestiones obvias, como la continuidad y la calidad formal de las revistas impresas, a través de esta presencia permanente hemos conseguido convocar a debate los temas de más encendida y perentoria actualidad jurídica y constitucional: en un momento lo fue el proceso de regionalización y su importancia gravitante en la configuración de nuestro Estado constitucional de derecho; en otro más reciente lo fue la imperativa discusión sobre el precedente vinculante establecido en el Exp N° 00987-2014-PA/TC, también conocido como Vásquez Romero (en el que se creaba la figura de la especial trascendencia constitucional), porque incidía directamente en la gestión de la justicia constitucional; hoy lo es lo que en doctrina y jurisprudencia se conoce como la «cosa juzgada» constitucional y que suscita posiciones las más de las veces antagónicas, incluso irreductibles, por la adhesión a concepciones del derecho que privilegian, algunas, el principio de seguridad jurídica, y otras, la nulidad ínsita de una sentencia que vulnera derechos fundamentales y principios rectores del Derecho.

El grupo de colaboradores que nos honran con sus trabajos para la sección monográfica es versátil y de ellos extraemos poderosas reflexiones sobre las posibilidades instrumentales de la cosa juzgada, la opción de su uso de forma taxativa y excepcional, o la manifiesta inconveniencia, y aun proscripción, por su eventual corrosión de la seguridad jurídica.

El primer artículo de la sección monográfica es el denominado «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones» del magistrado del Tribunal Constitucional, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. A su sólida versación, el trabajo del magistrado suma un vistoso conocimiento de la jurisprudencia propia y comparada sobre el tema en debate, así como de la doctrina atinente. Expone, así, que, más allá de meras lecturas literales de la regulación procesal constitucional y dentro del marco del actual Estado Constitucional de Derecho, el Tribunal Constitucional puede declarar, en circunstancias muy excepcionales, la nulidad de sus propias resoluciones finales. Luego de sustentar, con solvencia, la legitimidad de esta potestad nulificante, propone tres criterios que el Tribunal debe observar para plantearse la posibilidad de declarar la nulidad precitada, criterios que se informan de la práctica del propio Tribunal en casos anteriores, y que guardan coherencia y compatibilidad con lo que se ha resuelto en el constitucionalismo comparado; aún más, esto incluso ha tenido reciente repercusión con lo resuelto en el caso «Luis Alberto Cardoza Jiménez» (STC 02135-2012-PA/TC).

16

En el segundo trabajo de la sección, «La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables», de Juan Manuel Sosa Sacio, el autor sostiene que no es inconducente o ilegítimo que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de sus propias decisiones; antes bien, es posible e incluso imperativo que lo haga cuando estas contengan vicios o incorrecciones graves, dañosas e insubsanables. A efectos de justificar su posición analiza diversos supuestos de incorrecciones o vicios que pueden presentar las resoluciones del Tribunal Constitucional, explica si sobre esa base este órgano colegiado puede declarar la nulidad o ineficacia de sus decisiones, evalúa críticamente las principales objeciones planteadas contra dicha posibilidad, y por último, explica algunos criterios que permitirían racionalizar la potestad nulificante del Tribunal.

Berly Javier López Flores, en su trabajo denominado «La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional» precisa que la prescripción y la cosa juzgada, como cualquier institución jurídica, transitaron del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional, y que como este último privilegia la justicia, aquellas instituciones debían experimentar cambios profundos. Sostiene que si las sentencias consagran situaciones muy injustas, a la luz de la supremacía del principio de justicia,

deben ser revisadas y posteriormente anuladas. Competería esta facultad al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, los que a través de la emisión de sentencias de mérito o interlocutorias imparten justicia en materia constitucional, de modo que ambas entidades generan la cosa juzgada.

Jordi Nieva Fenoll, en «La cosa juzgada: el fin de un mito» pretende deshacer algunos de los nudos que atentan actualmente a la cosa juzgada, y que en buena medida son fruto de disquisiciones doctrinales que, sin tener en cuenta lo que sucede realmente en la realidad judicial, acaban afectándola, a veces negativamente. Sobre tal premisa, concluye luego que la cosa juzgada es algo mucho más tangible que un concepto dogmático, que es en lo que en buena medida se había transformado, convirtiéndose en un mito insuperable para abogados, jueces, fiscales y, por qué no, para estudiantes de Derecho, que se intimidan cuando se les menciona el término «la cosa juzgada» en un examen. Que se liquide el mito de la cosa juzgada y se conjure el terror a su nombre es, como sentencia lúdica y lúcidamente, su objetivo.

Por su parte, Edwin Figueroa Gutarra, en «La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional» plantea que la denominada cosa juzgada constitucional rompe los cánones de interpretación constitucional y tiene implicancias procesales más gravosas que sus beneficios, en la medida en que ya existe el instituto jurídico de cosa juzgada formal y material tradicionalmente usado y aceptado en la judicatura ordinaria. Recomienda al Tribunal Constitucional que, cuando realice la determinación de lo constitucionalmente válido, no deje de lado las instituciones conceptuales que se han afianzado en la práctica del Poder Judicial; y que, además, debe tener un autocontrol o autorrestricción en beneficio de su legitimidad y del sistema jurídico

Finalmente, la sección monográfica se cierra con el trabajo conjunto de Alfredo Orlando Curaca Kong y Luis Andrés Roel Alva, cuyo título es «La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?» y en el que analizan la inmutabilidad de la sentencia que adquiere la calidad de cosa juzgada constitucional; es decir, de la decisión de fondo que es emitida por el Tribunal Constitucional peruano al resolver una controversia de naturaleza constitucional. Luego de evaluar las implicancias del concepto Estado Constitucional, así como del Tribunal Constitucional y sus competencias constitucionales, del valor de

sus sentencias, de la cosa juzgada y de la cosa juzgada constitucional, amén del estudio de recientes casos, los autores concluyen que es desaconsejable practicar esta opción, por las consecuencias negativas que generaría.

La sección «Miscelánea» de la revista se inicia con el sugestivo artículo de Ramiro De Valdivia Cano, «Chesterton, las demandas frívolas y el Tribunal Constitucional». En él el autor, asistido por un concepto de notable justeza y simbología elaborado por el genio fabulador del escritor inglés Gilbert K. Chesterton, «las demandas frívolas», analiza el caso que dio origen al precedente emitido en la sentencia 00987-2014-PA/TC; así, procede a detallar la tesis de dicha demanda, que sería un ejemplo pertinente de demanda frívola, y el subsecuente recurso de agravio constitucional, y de qué manera ello ha contribuido al establecimiento del citado precedente.

En «El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias», Aníbal Quiroga León hace un recuento de los instrumentos de derecho procesal constitucional en el Perú, para lo cual analiza el objeto y finalidad de los diferentes tipos de procesos constitucionales existentes, divididos entre procesos de control orgánicos y procesos de defensa de la libertad, y luego somete a detallado escrutinio las características y naturaleza del recurso de agravio constitucional, así como de los precedentes y las sentencias interlocutorias.

En el «Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales», Javier Tajadura Tejada analiza el valor de estos breves textos que anteceden a las disposiciones constitucionales. En primer lugar desde el plano jurídico, explica los intentos de negación de su valor jurídico, y luego propone y enfatiza los motivos que los hacen relevantes. En segundo lugar, desde el plano político, pone de relieve su valor como elemento integrador de una sociedad y como manifestación de la síntesis de sus ideas políticas fundamentales.

Luis Manuel Sánchez Fernández practica un recuento de los orígenes de la institución jurídica del precedente en los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*, para luego analizar algunas de sus características, los problemas derivados de su interpretación, particularmente si se trata de reglas o estándares, y las dificultades que implica para la teoría de la división de poderes. Esto en su artículo «Las razones del precedente en las tradiciones del *common law* y el *civil law*».

Albert Noguera Fernández explica, en su documentado artículo «La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional», que la mutación del capitalismo monopolista de Estado de la segunda mitad del siglo XX al capitalismo monopolista transnacional a partir de la mitad de los años setentas implicó una expansión de las empresas transnacionales. En este escenario ya no tiene ningún sentido que la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, tanto a nivel estatal como internacional, se reduzca a prevenir solamente contra las posibles vulneraciones por parte del poder estatal, y excluya a los terceros privados. El autor analiza el papel de las corporaciones transnacionales como potenciales vulneradoras de derechos humanos y explora nuevos campos de regulación jurídica, en el constitucionalismo estatal e internacional, para garantizar a los ciudadanos mecanismos de defensa de sus derechos frente a estas corporaciones.

Benjamín Rivaya analiza la conveniencia de la utilización del cine en la formalización judicial, y da cuenta de las cuestiones importantes para la formación de los jueces que han sido tematizadas a lo largo de la historia del cine. En su artículo «Sobre el uso del cine en la formación judicial» repasa una serie de películas y los dilemas y valores que tratan, y anota que la ventaja del cine es que no solo tiene la capacidad de instruir, sino también de mostrar, como una puesta en escena, que es difícil conocer los hechos de un crimen o de acertar sobre la culpabilidad o inocencia de una persona.

En «La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine», Alan Salazar Mujica propone el uso del cine como herramienta para la enseñanza de principios constitucionales a los alumnos de Derecho, en el contexto del razonamiento jurídico. Para ello presenta un estudio que realizó directamente, a un grupo experimental y un grupo de control, ambos bajo su dirección. Un grupo aprendió conceptos jurídicos mediante el cine y otro por la manera tradicional. El artículo nos presenta sus resultados y metodología.

La revista contiene también las usuales secciones de «Jurisprudencia comentada» y «Reseñas», todas elaboradas por asesores de nuestra institución.

Cada vez estoy más convencido, como Popper, de que «Nuestro conocimiento es necesariamente finito, mientras que nuestra ignorancia es necesariamente infinita»; pero, pese a esa finitud invencible, seguro estoy también

de que textos como estos harán que la pretensión de acrecentar nuestro acervo se robustezca, con satisfacción y provecho. Y es que emprender el debate de un tema —y sí es de aquellas verdades que se toman como incuestionables, mejor— siempre será más fructífero que la mera exposición escolástica de un concepto cuya vigencia no se discute. Ese es —y ha sido— nuestro propósito, y creo que lo estamos cumpliendo. A tal fidelidad me atengo.

Nuestro agradecimiento personal a cada uno de los colaboradores de nuestra revista. Nobleza obliga: son ellos los artífices de que esta publicación vea la luz y se someta a la lectura y al diálogo crítico.

COSA JUZGADA
CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones

 ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA *

Sumario:

I. Apuntes iniciales acerca del objeto y los alcances del presente trabajo. **II.** La potestad nulificante de los jueces y del Tribunal Constitucional a la luz de los actuales alcances del constitucionalismo y el Estado Constitucional. **III.** Cosa juzgada: contenido, límites y algunos alcances sobre la «cosa juzgada aparente». **IV.** Seguridad jurídica: contenido y límites. **V.** La especial importancia de lo recientemente resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso «Luis Alberto Cardoza Jiménez» (STC Exp. N° 02315-2012-PA/TC). **VI.** Anotaciones finales.

Resumen:

En este artículo se explica que, más allá de lecturas literales de la regulación procesal constitucional y dentro del marco del actual Estado Constitucional de Derecho, el Tribunal Constitucional puede declarar, en circunstancias muy excepcionales, la nulidad de sus propias resoluciones finales. Con ese propósito, se formulan tres criterios que el Tribunal debe observar para plantearse la posibilidad de declarar la mencionada nulidad, criterios que recogen la práctica del propio Tribunal en casos anteriores, que son compatibles con lo que se ha resuelto en el constitucionalismo comparado y que incluso han tenido reciente repercusión en el caso «Luis Alberto Cardoza Jiménez» (STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC).

* Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Ex integrante de la Mesa Directiva de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, entre otras instituciones. Presidente Honorario del último Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, y expositor en los próximos Congresos Mundiales de Derecho Ambiental y Derecho Administrativo, y los Iberoamericanos de Procesal Constitucional y Derecho Administrativo. Profesor Visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck (Alemania), las universidades de Bolonia y la Sapienza (Italia), así como de diversas universidades europeas, latinoamericanas y peruanas. Autor o coautor de diversos libros y artículos en materias de su especialidad. El autor agradece los valiosos aportes del profesor Juan Manuel Sosa Sacio en la elaboración del presente texto.

Palabras clave:

Cosa juzgada constitucional, Tribunal Constitucional, nulidad de sentencias, sentencias constitucionales, Estado Constitucional de Derecho.

Abstract:

This article explains that, beyond literal readings of constitutional procedural rules, and within the framework of the existing constitutional rule of law, the Constitutional Court may declare, in very exceptional circumstances, the nullity of its own final decisions. To this end, establishes three criteria that the Court must observe to consider the possibility of declaring the aforementioned nullity, criteria that follows the practice of said Court in previous cases, which are compatible with what has been done in comparative constitutionalism, and even had recent impact in the case «Luis Alberto Cardoza Jiménez» (STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC).

Keywords:

Constitutional *res judicata*, Constitutional Court, nullity of sentences, constitutional sentences, constitutional rule of law.

I. Apuntes iniciales acerca del objeto y los alcances del presente trabajo

24

Un aspecto hoy central dentro del constitucionalismo contemporáneo es que en el Estado Constitucional no basta con señalar que las actuaciones de autoridades y particulares deben encontrarse fundadas en Derecho. Se hace también indispensable resaltar que estas actuaciones fundadas en Derecho no apelan a una comprensión de lo jurídico circunscrita al cumplimiento de procedimientos y competencias. La comprensión de la Constitución y lo jurídico hoy involucra, sobre todo, la realización de conductas motivadas en su configuración y orientadas en su desarrollo por el escrupuloso respeto de determinados principios y valores.

Como ya hemos anotado en anteriores trabajos¹, una serie de acontecimientos, ocurridos tanto en el escenario europeo continental como en el estadounidense, han llevado a esta actual comprensión de las cosas que, si bien no es absoluta, sí es mayoritaria². Ahora bien, este importante re-

¹ Ver, por ejemplo, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «La pregunta sobre hasta dónde llegan las competencias del juez constitucional y de la administración dentro del Estado constitucional. Reflexiones a partir del debate peruano acerca de la pertinencia del control difuso administrativo». En: *Revista Jurídica*. Año II, N° 79, Thomson Reuters, 2014, pp. 1-2.

² Sin ánimo de ser exhaustivo al respecto, podemos anotar en el caso europeo continental situaciones como las vinculadas a los procesos de Núremberg (donde se deja de lado una comprensión más bien tradicional en el ámbito penal para así permitir que no queden sin

conocimiento tiene, ciertamente, innegables e indisimulables repercusiones. Entre ellas, sin duda alguna, el entender que la denominada «constitucionalización del Derecho»³ (sobre todo, la llamada «constitucionalización transformación»⁴) implica una comprensión de las diferentes instituciones jurídicas de acuerdo con esos principios y valores, en función de los derechos que son o deben ser entendidos como manifestaciones de tales principios y valores.

En este contexto es que debemos comprender a la institución de la cosa juzgada, la cual por cierto no es nueva dentro del Derecho. Sobre sus alcances y diversos componentes se ha escrito mucho y muy bien durante varios años. Sin embargo, hoy no puede ni debe soslayarse cómo debe ser entendida esta institución en un contexto propio del constitucionalismo y el Estado Constitucional contemporáneo. Sin duda alguna muchos de sus rasgos más importantes deben ser entendidos en este actual contexto. En tal sentido, debe quedar claro cómo, en este nuevo escenario, repugna al Estado Constitucional y al constitucionalismo que quede indemne, y en condición de incuestionable, cualquier pronunciamiento jurisdiccional que sea írrito, arbitrario, fraudulento o carente de motivación.

sanción conductas consideradas violatorias de derechos fundamentales), la consideración de la dignidad como el eje para la comprensión del Derecho y los derechos, la distinción entre principios y reglas, o el influjo de pensamientos como el de Radbruch (para quien en puridad no hay Derecho si dentro de él no existe un umbral de justicia) permiten entender este cambio de perspectiva. De otro lado, y en el caso norteamericano, en términos generales puede decirse que el invaluable aporte de la Corte Warren también apuntaba en ese sentido.

³ Ver al respecto, FAVOREU, Louis. «La constitucionalización del Derecho». En: *Revista de Derecho*. Vol. 12, N° 1, Universidad de Valdivia, Valdivia, agosto de 2001, pp. 31-43.

⁴ Como ya es de conocimiento general, cuando se habla de «constitucionalización del Derecho» nos estamos quedando en el necesario reconocimiento de que la Constitución encierra la base o fundación de las diferentes disciplinas e instituciones jurídicas. Como bien anota Favoreu, nos referimos a un fenómeno que tiene múltiples efectos. Algunos, los más conocidos, son los denominados efectos directos: «constitucionalización judicialización», «constitucionalización elevación» y «constitucionalización transformación». La articulación del poder (y sobre todo, del poder político) en un Estado, la configuración del sistema de fuentes en determinado ordenamiento jurídico y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones, solamente van a poder comprenderse a cabalidad si son entendidas de acuerdo con lo planteado en el texto constitucional, o lo que se desprende de él.

Si el eje de la comprensión del Derecho a partir de la Constitución es, como aquí ya se ha dicho, el reconocimiento y tutela de los derechos, hoy se entienden mejor las razones por las cuales se habla de una «constitucionalización» sobre la base o de conformidad con la protección de los derechos.

Ante este tipo de problemas, necesario es anotar cómo en el Derecho Comparado ya se han dado diversas respuestas, dejando de lado en ellas lecturas literales de la normativa vigente en cada país, las cuales parecieran impedir el ejercicio de la facultad nulificante que debe reconocerse a toda Corte o Tribunal Constitucional. Ello por asumir que estamos ante algo indispensable para asegurar el cabal cumplimiento de las funciones que son propias de un Tribunal o una Corte Constitucional.

El planteamiento de este asunto no es nuevo en el Perú. En rigor, el ejercicio por el Tribunal Constitucional peruano de una facultad nulificante de sus mismas resoluciones finales se ha producido en más de una oportunidad. Ello incluso ha ocurrido ya con su actual composición en el caso «Luis Alberto Cardoza Jiménez» (STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC), muy a despecho de la reticencia inicialmente mayoritaria de aceptar estas alternativas. Importante además es anotar que esta interpretación, que aquí denominaremos sistemática e institucional, se ha dado muy a pesar de aquello a lo cual nos llevaría una lectura literal de lo dispuesto en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, oportuno es señalar cómo recientemente se le ha reclamado al Tribunal Constitucional peruano que tenga una postura sistemática e institucional al respecto. Lamentablemente en este reclamo, hay que decirlo con claridad, ha habido mucho desconocimiento del estado actual de la reflexión académica y jurisdiccional existente sobre el particular, así como de lo ya realizado en el Derecho Comparado y en el caso peruano (cierto es que en este último caso, de manera asistemática y fragmentaria) en esta materia.

Es más, este mismo desconocimiento, cuando no otro tipo de consideraciones de simpatía o de conveniencia personal o grupal que jamás deberían inspirar una toma de posición en este tipo de debates y reflexiones, ha llevado a adjudicar intenciones subalternas a quienes dentro del Tribunal Constitucional peruano hemos sostenido una u otra posición al respecto. Es pues por ello importante plantear una discusión seria y documentada en esta materia, ya que lo que aquí se encuentra en juego es nada menos que el margen de acción del juez o jueza constitucional, máxime si estamos ante el riesgo de mantener sin control actuaciones írritas que colisionan frontalmente con lo que hoy buscan el constitucionalismo y el Estado Constitucional, con todo lo que ello puede acarrear.

Frente a lo recientemente expuesto, el objeto del presente artículo es el de proporcionar un punto de vista, el cual asumo como técnicamente sustentado, y a la vez, respetuoso de las otras opiniones existentes sobre el particular. La intención de este es dar una perspectiva coherente y consecuente con lo que motiva nuestra comprensión de lo que implica interpretar la Constitución, entender las diferentes instituciones jurídicas conforme a dicha Constitución, y esbozar cuáles son los alcances y los eventuales límites al quehacer de los jueces y juezas constitucionales al abordar este y otros temas, sobre todo si esta perspectiva comienza a ser acogida por el actual Tribunal Constitucional a partir del ya mencionado caso «Cardoza». Ojalá este esfuerzo pueda alcanzar los objetivos que acabo de reseñar.

II. La potestad nulificante de los jueces y del Tribunal Constitucional a la luz de los actuales alcances del constitucionalismo y el Estado Constitucional

Es necesario entonces tener presente que resolver causas conforme a Derecho —es decir, conforme a la Constitución y las leyes (artículos 51 y 138 de la Constitución peruana), y de manera motivada y basada en Derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución hoy vigente en el Perú)— en muchas ocasiones implica ver el caso más allá de lo previsto en el texto expreso y aislado de una disposición en particular.

Efectivamente, impartir justicia conforme a Derecho exige más que recitar mecánicamente algún mandato que se desprende de la lectura literal de un texto constitucional o legal. Dicho con otras palabras, exige ser más que simples «bocas que pronuncian las palabras de la ley». En muchas ocasiones, y especialmente cuando existe alguna dificultad interpretativa, o cuando el caso a solucionar es complejo, es necesario ofrecer buenas razones para justificar la decisión tomada en ese caso. En ese sentido deben explicitarse las diversas razones interpretativas utilizadas para asignar su correcto significado, las cuales incluso pueden ir en sentido contrario a lo que inicialmente se desprendía de una lectura más bien literal de lo dispuesto, que en algún caso hasta llevó a la generación de una regla expresa y aplicable, aunque de discutible validez. Respecto a este último punto, ya adelanté en la introducción de este artículo cuáles son los actuales alcances de los conceptos y las razones invocados.

En este orden de ideas, y en especial para resolver casos difíciles, muy frecuentes en el ámbito constitucional, cabe por ejemplo la interpretación en conjunto de la Constitución (o el uso del criterio interpretativo de «unidad de la Constitución»), la ponderación entre principios (canalizada, de manera preferente, a través del «test de proporcionalidad») o la solución de tensiones entre las dimensiones directiva y justificativa de la norma (que implica re-examinar las razones que subyacen a una regla, para ver si esta es insuficiente por exceso o por defecto, y por lo tanto es necesario generar una excepción)⁵.

Es pues dentro de esos parámetros que corresponde comprender lo previsto en el texto constitucional peruano vigente sobre el concepto de cosa juzgada y sus repercusiones. Al respecto, como es de conocimiento general, el artículo 139, inciso 2 de la Constitución prescribe que «ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada». Adicionalmente, el inciso 13 del mismo artículo 139, contiene «[l]a prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

28

Si bien estas disposiciones no desarrollan el contenido de la institución «cosa juzgada», justo es anotar que una lectura literal de estas disposiciones podría llevarnos a pensar que se buscan consagrar reglas constitucionales cuyos efectos están vinculados a la irreversibilidad o inmodificabilidad de lo decidido judicialmente.

Sin embargo, conviene tener presente que si se sigue en esta línea de pensamiento, al tratarse de una regla, utilizando la difundida distinción entre principios y reglas⁶, nos encontraríamos entonces ante un «mandato perentorio». Dicho con otras palabras, ante un mandato que debe ser cumplido de modo obligatorio, sin opción en sentido contrario (y frente a que deba ser cumplido «en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible», como sucedería con los principios). De esta forma, puede entenderse como una

⁵ Sobre esto último, in extenso: RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico: Barcelona*, Marcial Pons, 2012, p. 87 y ss.

⁶ Estoy aquí haciendo referencia a un razonamiento presente en textos como los de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Manuel Atienza o Humberto Ávila. Una completa presentación introductoria sobre esta distinción la encontramos en ÁVILA ROMERO, Jhonathan. «Notas sobre los principios y las reglas: A propósito de las principales tesis de distinción». En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 75, Lima, marzo 2015, p. 178 y ss.

primera observación formulada ante la posibilidad de que una corte de máximo grado, como el Tribunal Constitucional peruano, declare la nulidad de sus propias sentencias, suele ser precisamente que se incurra en una posible trasgresión al mandato que se desprende de conceder autoridad de cosa juzgada a una sentencia. Esto, a grandes rasgos, fue lo sostenido por la mayoría de magistrados de la actual composición del Tribunal Constitucional en la ATC Exp. N° 04617-2012-PA/TC (caso «Panamericana Televisión S.A.»), en el ATC Exp. N° 03700-2013-PA/TC (caso «Augusto Sipión»). Ahora bien, ese argumento, como expondré de inmediato, debe ser respondido de diversas formas.

Y es que, llegados a este punto, corresponde señalar, en primer término, aquello que es propio de la interpretación constitucional: no puede ni cabe decir que se interpreta una institución como la «cosa juzgada» conforme a parámetros constitucionales si se hace una lectura literal y aislada de alguna disposición constitucional. Esta, ciertamente, no es una comprensión del tema ajena a nuestro Tribunal Constitucional, el cual en la STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC (caso «Pedro Lizana Puelles»), ya señaló que una lectura literal y aislada de diversas disposiciones constitucionales implicaría más bien la consagración de una postura contraria al objetivo y los fines del mismo texto constitucional⁷.

Dentro de este escenario, para entender adecuadamente qué protege un mandato constitucional como el de la inmutabilidad de la cosa juzgada, sería necesario apreciar cual es el conjunto de bienes invocados reconocidos constitucionalmente, para luego preguntarnos si lo que busca la Constitución es «sacralizar» cualquier decisión judicial, aunque esta sea manifiestamente írrita, arbitraria o corrupta. Como he adelantado ya, y volveré a ello luego, considero que tal interpretación de la cosa juzgada es, por decir lo menos, constitucionalmente deficiente. Este es, pues, un primer argumento a tomar en cuenta, vinculado en esta oportunidad a la aplicación de los ya conocidos criterios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. Con ellas puede responderse a la regla (obtenida de una lectura literal y aislada de la normativa vigente) que busca consagrar, sin excepción, una supuesta irreversibilidad e inmodificabilidad de todas las decisiones judiciales.

⁷ Ver en este sentido lo dispuesto en la STC Exp. N° 05854-2005-AA/TC, fundamento 17 y ss.

Asimismo, y siguiendo otra línea argumentativa, puede afirmarse también que la inmodificabilidad de las sentencias y la inimpugnabilidad de las decisiones del Tribunal Constitucional merecen ser entendidas más bien como principios ponderables, los cuales, y ante supuestos graves y excepcionales, pueden ser desplazados por otros principios constitucionales valiosos, atendiendo al mayor peso relativo de estos últimos⁸. Como puede apreciarse, también se trata de una forma de argumentación muy conocida, relacionada a la noción de ponderación y al examen de proporcionalidad, ambos empleados frecuentemente por el Tribunal Constitucional peruano.

Incluso, y en tercer lugar, puede afirmarse que la inmodificabilidad o la inimpugnabilidad de las decisiones del Tribunal son mandatos excepcionalmente «derrotables», siendo necesario a estos efectos entender la razón que justifica la regla para analizar si existe un desajuste entre el mandato regulado y la justificación que subyace a ella, y, por ende, si vale la pena hacer una excepción. En este sentido, y con respecto a la cosa juzgada, creo que, tratándose de una regla que pretende otorgar «seguridad jurídica», entender la regla de inmutabilidad o irrevisabilidad en sentido absoluto terminaría siendo, si cabe el término, infraincluyente. Digo esto pues así se obviaría la existencia de casos excepcionales en los que precisamente son las propias decisiones judiciales las que generan incertidumbre y contravienen la seguridad jurídica, al haber sido expedidas con arbitrariedad. En estos casos, e incluso utilizando los argumentos usados por quienes señalan la propia razón que fundamenta su regla a la seguridad jurídica, lo expuesto justificaría derrotar la regla de inimpugnabilidad o inmutabilidad que propugnan, admitiéndose de este modo, legítimamente, la posibilidad de declarar nulas tales resoluciones⁹.

⁸ En este caso, además de ponderar las razones que subyacen al mandato de inmodificabilidad e inimpugnabilidad de las sentencias con otros principios materiales relevantes, sería necesario ponderar también el principio formal que obliga a respetar *prima facie* tales reglas jurídicas. Cfr. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. «El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad». En: *Derecho del Estado*. N° 27, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2011, p. 86 y ss.

⁹ Volveremos a esta relación entre nulidad y seguridad jurídica posteriormente, en el acápite dedicado específicamente a la seguridad jurídica.

Desde luego, estas diferentes opciones no se refieren a prácticas metodológicas o epistémicas iguales¹⁰, aun cuando en un sentido práctico nos permitan obtener lo mismo, y sobre todo demostrar que, especialmente en casos complejos, y a la luz de doctrina bastante conocida, no basta solo con leer literalmente una disposición de la Constitución o del Código Procesal Constitucional para afirmar que las cosas pueden ser de una sola forma.

Ahora bien, todo esto versa sobre la interpretación de los textos normativos. Sin embargo, la labor de los jueces y juezas de un Tribunal Constitucional no se caracteriza por solo interpretar disposiciones o aplicar normas. De ellos (as) se espera también la pacificación de conflictos, los cuales a veces son los más álgidos de una comunidad política, conforme al rol institucional que les ha asignado la Constitución¹¹.

Corresponde, entonces, tener presente que, y como consecuencia del ejercicio de esta función institucional de las diferentes cortes o tribunales constitucionales, estas entidades, en muchas ocasiones a lo largo de sus diferentes historias, han pasado a reconocer a favor suyo algunos poderes considerados implícitos respecto a sus competencias, ejerciéndolos aunque no se encontraban taxativamente reglamentados, o expresamente les han sido atribuidos.

Esto nuevamente pone en evidencia la insuficiencia de muchos textos legales para resolver casos complejos, así como las ostensibles limitaciones de respuestas simplistas del tipo: «no está regulado expresamente», «entiendo la justificación que ofreces, pero hay una disposición en sentido contrario», «el texto expreso de la ley se opone a lo que dices». Estas respuestas únicamente son admisibles para aquellos considerados como casos muy simples o fáciles.

Específicamente ya yendo al caso de la nulidad en sede constitucional, en el contexto peruano ni siquiera se trata de un poder implícito a la función de impartir justicia: la potestad a que aludimos puede encontrarse

¹⁰ No obstante lo expuesto, justo es anotar como en la práctica la actual composición del Tribunal Constitucional, en general, y algunos votos singulares, en particular, las usen de manera indistinta y simultánea.

¹¹ Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «¿Son los jueces y los tribunales constitucionales agentes de la integración social en nuestros países?» En: *Derecho y Debate*. Sexta entrega, Lima. Consulta: 10 de enero de 2015. Recuperado de: <<http://derechoydebate.com/admin/uploads/5445235417c91-espinosasaldaa-eloy-son-los-jueces-y-los-tribunales.pdf>>.

al interpretar conjuntamente la Constitución¹² con diversas disposiciones del Código Procesal Constitucional y del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional¹³; así como de la aplicación supletoria de esta figura, prevista en el Código Procesal Civil (que el propio Código Procesal Constitucional, dispone que se aplique de manera supletoria)¹⁴. No puedo ahora detenerme en ello, pero volveré a este tema siquiera brevemente en acápites posteriores de este mismo texto.

Ahora, y además de lo señalado, es bueno resaltar que existen reiterados pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional peruano consagra la posibilidad de declarar la nulidad de sus propias resoluciones, existiendo abundante jurisprudencia en la que ejerce y reivindica para sí tal facultad. Esto queda reflejado en el siguiente cuadro, el cual tiene carácter enunciativo, con la mención a algunos casos en los cuales el Tribunal Constitucional del Perú finalmente declaró, en base a diferentes consideraciones, la nulidad de sus decisiones finales:

Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de forma	
EXPEDIENTE	SUMILLA
RTC Exp. N° 02386-2008-AA/TC. Nulidad, de fecha 12 de noviembre de 2009.	Se declara, a pedido de parte (recursos de aclaración y de nulidad), la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el llamamiento del magistrado correspondiente para dirimir la discordia.
RTC Exp. N° 02488-2011-HC/TC. Nulidad, de fecha 22 de diciembre de 2011.	A través de razón de Relatoría y resolución de Presidencia se declara, de oficio, la nulidad de una sentencia y actos posteriores, por contener la firma de un magistrado equivocado.

¹² En nuestro ordenamiento constitucional las resoluciones judiciales deben estar fundadas en Derecho, existe el derecho a la tutela judicial efectiva (y no solo nominal o formal) y la Constitución prevalece frente a cualquier norma (como los códigos procesales, por ejemplo).

¹³ Además de la regla de irrevisabilidad, el Código señala como fines de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar), el principio de informalismo procesal (artículo III del Título Preliminar) y que únicamente adquiere calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo, lo cual merece una interpretación material y no solo formal (artículo 6). El Reglamento, por su parte, se refiere expresamente a la resolución de pedidos de nulidad (artículo 11-A).

¹⁴ Artículo IX del Título Preliminar.

El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad...

Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de forma	
RTC Exp. N° 5314-2007-PA/TC. Nulidad, de fecha 26 de abril de 2010.	A través de resolución de Sala se declara de oficio (aunque con ocasión de un pedido de nulidad presentado) nula y sin efecto la resolución, remitiendo los autos al magistrado respectivo para que, a la brevedad posible, emita su ponencia y continúe la causa según su estado.
RTC Exp. N° 03681-2010-HC/TC. Nulidad, de fecha 11 de mayo de 2012.	Se declara, con ocasión de resolver recursos de nulidad y de reposición, la nulidad de una sentencia porque se contó mal el sentido de los votos y se llama al magistrado correspondiente para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate.
RTC Exp. N° 00831-2010-PHD/TC. Nulidad, de fecha 10 de mayo de 2011.	A través de resolución de Presidencia se declara, a pedido de parte (solicitud de aclaración), la nulidad de una sentencia, pues se contabilizó mal el voto de un magistrado, por lo cual no se había conformado resolución válida.
RTC Exp. N° 03992-2006-AA/TC, de fecha 31 de octubre de 2007.	Se declara, mediando escrito de parte, la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirima, y con ello las partes poder presentar sus alegatos, si lo deseaban. Se acepta la abstención de un magistrado «pues puede dudarse de su imparcialidad en razón a que se cometió un error en la tramitación del expediente ajeno a su conocimiento» y se ordena que «por Secretaría General se realicen las investigaciones y se sancionen a los responsables conforme lo decretado por el Presidente del Tribunal Constitucional».
Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de fondo	
RTC Exp. N° 04324-2007-AC/TC. Nulidad, 3 de octubre de 2008.	A propósito del pedido de nulidad del demandante, el Tribunal Constitucional peruano verificó que desestimó una demanda de cumplimiento por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos por la STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC, expresando que la normas invocadas (referidas a la reincorporación del actor a su puesto de trabajo) contenían un «mandato condicional» («los ex trabajadores podrán ser incorporados al puesto de trabajo del que fueron cesados en la medida en que existan las correspondientes plazas vacantes y presupuestales y aquellos que no alcanzaren plaza vacante podrán ser reubicados en otras igualmente vacantes del sector público»).

Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de fondo	
	Sin embargo, el Tribunal constató que no tuvo en cuenta que el recurrente ya se encontraba laborando en una plaza presupuestada y vacante, en virtud a una medida cautelar confirmada en segunda instancia, por lo que declara nula la vista de la causa y actos posteriores, y ordena que se emita nueva resolución.
RTC Exp. N° 00978-2007-AA/TC, de fecha 21 de octubre de 2009.	El Tribunal inicialmente declaró improcedente la demanda por (supuestamente) no haber recibido una información solicitada al demandante. Sin embargo, mediando escrito de parte, detecta que esta sí se había recibido, por lo que declaró la nulidad de la resolución para emitir una nueva.
RTC Exp. N° 06348-2008-AA/TC Resolución (RTC 8230-2006-AA/TC), de 2 de agosto de 2010.	En su sentencia el Tribunal ordenó a la sala de segundo grado admitir a trámite la demanda, cuando esta originariamente lo había hecho. Ante ello, la sala hace una consulta al Tribunal, que atendiendo a la contradicción existente declara nula su resolución y señala nueva fecha para la vista de la causa y, con ello, emitir pronunciamiento de fondo. El Tribunal en esta ocasión (a diferencia de todas las otras) fundamenta su «potestad nulificante».
RTC Exp. N° 4104-2009-AA/TC, 10 de mayo de 2011.	Mediante el pedido de una de las partes (nulidad), el Tribunal anuló su decisión reconociendo que omitió evaluar un medio probatorio.
RTC Exp. N° 2023-2010-AA/TC. Nulidad, 18 de mayo de 2011.	Con ocasión de resolver un pedido de aclaración presentado por el demandante, el Tribunal encontró que lo resuelto no correspondía al expediente, esto es, que no existía congruencia entre los fundamentos y lo solicitado en la demanda. Ante ello declaró nulo lo actuado luego de la vista de la causa y se dispuso continuar con el trámite.
RTC Exp. N° 00705-2011-AA/TC. Nulidad, de fecha 3 de agosto de 2011.	El Tribunal, al emitir su sentencia, impuso una multa de 25 URP a una aseguradora, basada en que en complicidad con unos médicos emitió una certificación médica alterando la verdad de manera intencional, en perjuicio de tercero. Sin embargo, posteriormente la multada (a través de un pedido de nulidad parcial de sentencia) puso en conocimiento del Tribunal Constitucional la resolución que archivó la denuncia penal contra la aseguradora. Ante ello, «dado que la empresa demandada ha probado fehacientemente que el hecho motivador de la sanción en su contra ha desaparecido por haberse archivado la denuncia penal, corresponde modificar la sentencia de autos en este extremo, dejando sin efecto la multa impuesta (...) y corrigiendo el extremo en que se señala que la demandada ha actuado con palmaria mala fe».

El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad...

Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de fondo	
RTC Exp. N° 2046-2011-HC/TC. Reposición, 7 de setiembre de 2011.	Con ocasión de resolver un pedido de parte (reposición), la Sala declara la nulidad de su resolución (todo lo actuado después de la vista de la causa), debido a que no se valoró un documento crucial, que demostraba que se mantenía la detención del demandante y que no se había producido la sustracción de la materia, como había declarado inicialmente el Tribunal Constitucional.
RTC Exp. N° 02135-2012-AA/TC. Nulidad, de fecha 6 de enero de 2014.	Atendiendo el pedido de nulidad de sentencia formulado por una de las partes, la Sala declaró nula la resolución cuestionada, porque tomó en cuenta como prueba un documento (Acta de Infracción) que de modo expreso había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 02698-2012-PA/TC). Con ello, ordenó que se fije una nueva fecha para la vista de la causa.

Por cierto, es pertinente precisar que en estos casos no han sido posteriores composiciones de jueces del Tribunal Constitucional las que han resuelto y justificado esas declaratorias de nulidad. Por el contrario, han sido los propios jueces constitucionales que emitieron las decisiones viciadas de nulidad quienes resolvieron anular y dejar sin efectos sus propias «sentencias», precisamente por encontrar vicios gravísimos e insubsanables que les obligaron a ello. En este sentido, el ejercicio de la competencia excepcional del Tribunal Constitucional para anular sus propias sentencias ha sido en el Perú en líneas generales ajena a cualquier confrontación con lo resuelto por anteriores jueces constitucionales. Jamás ha incidido negativamente en la institucionalidad de la Corte: más bien ha buscado recuperar su legitimidad frente a yerros propios graves y manifiestos. Curioso es entonces cómo incluso algunos ex magistrados de este Tribunal, los cuales ejercieron en su momento esta potestad nulificante sin mayor cuestionamiento, ahora se olvidan de lo que sostuvieron en su oportunidad.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano no solo ha declarado muchas veces la nulidad de sus decisiones de fondo, sino que también ha buscado de alguna manera fundamentar tal posibilidad, sobre la base de consideraciones constitucionales, legales y doctrinarias. Entre estas, destacan en especial las consignadas en la RTC Exp. N° 6348-2008-PA/TC, de fecha 2 de agosto de 2010 (fundamentos 8-10), y la RTC Exp. N° 0294-2009-PA/TC, de fecha 3 de febrero de 2010 (fundamentos 11-18).

Conviene además tener presente que esta potestad nulificante no es un asunto privativo del Tribunal Constitucional peruano: también es una potestad utilizada por otras cortes o tribunales constitucionales. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia no sólo ha reconocido y ejercido su potestad de declarar nulas sus sentencias, incluso a pesar de las limitaciones que aparentemente plantearía la lectura literal de alguna de su normativa. Es más, inclusive ha indicado expresamente algunas causales y presupuestos que le permitían declarar la nulidad de sus decisiones.

Para precisar las similitudes entre lo ya recogido en pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano y lo ocurrido en Colombia, veamos lo resuelto muy recientemente por su Corte Constitucional mediante el Auto 045/14:

«Nulidad de las sentencias de la Corte Constitucional.

1.1. El inciso primero del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, establece que «contra las sentencias de la Corte Constitucional *no procede recurso alguno*», medida que en criterio de esta corporación resulta razonable, dado que mediante tales providencias se resuelven de manera definitiva los asuntos que ante ella se plantean, ya sea en el campo del control abstracto de constitucionalidad o en procesos relativos a la revisión de fallos de tutela¹⁵ (...)

1.2. De manera reiterada y pacífica, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las decisiones judiciales, al ser una clara manifestación del poder de administrar justicia y en mayor grado, de la actividad del Estado, deben contar con mecanismos judiciales del control, *en aquellos casos excepcionales en que se contradigan los postulados propios del derecho al debido proceso*.

En ese sentido, *el incidente de nulidad de las sentencias de la Corte proferidas en su competencia de control abstracto o en sede de revisión, se presenta como un instrumento que media entre los efectos de la cosa juzgada constitucional—que obliga a que una vez el fallo se encuentre ejecutoriado sea inmodificable y tenga efectos en el ordenamiento jurídico—; y la necesidad de garantizar la eficacia del derecho fundamental al debido proceso—cuando es afectado por la decisión de la Corte—*¹⁶.

¹⁵ Auto 218 de 2009.

¹⁶ Auto 353 de 2010.

1.3. Con referencia a las solicitudes de nulidad que se presentan luego de dictada la sentencia, la jurisprudencia ha indicado los requisitos que deben cumplir, así¹⁷:

1.3.1. Naturaleza excepcional. La declaratoria de nulidad de una sentencia proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurren «situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar»¹⁸ (subrayas fuera de texto)¹⁹.

1.3.2. Presupuestos formales de procedencia. La jurisprudencia constitucional ha señalado las condiciones formales que deben concurrir para la admisibilidad de la solicitud de nulidad de las sentencias²⁰ y son las siguientes:

(i) Temporalidad. La solicitud debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte. Vencido este término, se entiende que toda circunstancia que acarrearía la nulidad del fallo queda saneada.²¹

¹⁷ La postura desarrollada por la Corte Constitucional colombiana sobre la nulidad de las sentencias de revisión puede consultarse, entre otros, en los Autos 031A de 2002; 002A, 063 de 2004 y 131 de 2004, 008 de 2005, 042 de 2005 y 016/06. La clasificación utilizada en esta providencia está contenida en el Auto 063/04, y ha sido reiterada en el Auto 260/08, decisión que resolvió la solicitud de nulidad interpuesta contra la sentencia C-840/08.

¹⁸ Auto del 22 de junio de 1995.

¹⁹ Auto de 30 de abril de 2002 y 031A de 2002.

²⁰ Autos 031A/02 y 063/04, entre otros.

²¹ El saneamiento de las nulidades no alegadas oportunamente fue sustentado por la Corte Colombiana al afirmar que «i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad de presentar acción de tutela contra las providencias de tutela. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma». Auto 031/02.

(ii) Legitimación por activa. El trámite incidental debe ser iniciado por quien ostente la calidad de parte en el proceso.

(iii) Deber de argumentación. El incidente que pretenda la nulidad de una sentencia de constitucionalidad debe cumplir con una exigente carga argumentativa, seria y coherente, expresar la causal de nulidad invocada, los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados y su incidencia en la decisión adoptada, sin que se entienda satisfecho con la formulación de nuevos cargos de inconstitucionalidad o el simple disgusto con la decisión adoptada²².

1.3.3. Presupuestos materiales. En cuanto al argumento sustancial, la afectación del debido proceso por parte de la Corte tiene naturaleza cualificada. Por tanto, «debe ser ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Subrayas añadidas)». ²³ Con base en las anteriores especificidades, la jurisprudencia ha compilado algunos eventos que cumplen con esas características, resaltando los siguientes:

- Cuando una *Sala de Revisión* cambia la jurisprudencia de la Corte. (...).²⁴
- Cuando una *decisión de la Corte* es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley.²⁵
- Cuando existe *incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutive* de la misma, que hace anfibológica

²² Auto 059 del 2012 «no toda inconformidad con la interpretación realizada por este Tribunal, con la valoración probatoria, o con los criterios argumentativos que apoyan la sentencia, constituye fundamento suficiente para declarar la nulidad de una de sus providencias, pues esta clase de situaciones solo constituyen meras apreciaciones conaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante de la decisión».

²³ Autos 031 A/02, 283 de 2012, 082 de 2012, y 022 de 2013.

²⁴ Al respecto, la Corte Colombiana señaló en el Auto que se cita que «[e]l artículo 34 del decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena; en consecuencia, si una de las salas de revisión se apropia de esa función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias con una grave violación al debido proceso. Sin embargo, no toda discrepancia implica cambio de jurisprudencia, puesto que ella debe guardar relación directa con la *ratio decidendi* de la sentencia de la cual se predica la modificación; en caso contrario, '[L]as situaciones fácticas y jurídicas analizadas en una sentencia de una Sala de Revisión y que sirven de fundamento para proferir un fallo son intangibles, porque son conaturales a la libertad, autonomía e independencia que posee el juez para evaluarlas y juzgarlas'». (Auto de 30 de abril de 2002 y A-031a de 2002).

²⁵ Auto 062 de 2000.

o ininteligible la decisión adoptada;²⁶ igualmente, en aquellos eventos donde *la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación*. (subrayadas añadidas).

- Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela *da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso*.²⁷

- Cuando la sentencia proferida por una *Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional*, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.²⁸

- *Elusión arbitraria de análisis de asuntos de relevancia constitucional*, consistente en la omisión de aspectos de fondo que de haberse estudiado se hubiera llegado a una decisión diferente. No obstante, se debe precisar «que esta Corporación cuenta con la facultad de estudiar cada caso según los temas que considere atañen especial trascendencia»²⁹ (resaltado adicionado).

En similar sentido, en el Auto 022/13, otra reciente resolución en la que la Corte colombiana sintetiza su jurisprudencia sobre el régimen vigente sobre la nulidad de sus sentencias, ese colegiado ha puntualizado que:

«[La solicitud de pedido de nulidad] es un trámite *de configuración jurisprudencial* relacionado con la *protección del derecho al debido proceso*, que tiene *naturaleza excepcional* y que está *sometido a estrictos requisitos de procedencia*, los cuales versan sobre la *acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta el derecho fundamental mencionado*. Igualmente, constituye un procedimiento que, *en ningún caso, puede originar la reapertura del debate jurídico resuelto por la sentencia correspondiente*. Esto implica la *inadmisibilidad de argumentos* que, bajo la apariencia de fundarse en presuntas afectaciones del debido proceso, en realidad *están dirigidas a cuestionar sustantivamente los fundamentos jurídicos de la decisión cuestionada*.

²⁶ Auto 091 de 2000.

²⁷ Auto 022 de 1999.

²⁸ Auto 082 de 2000.

²⁹ Auto 031a de 2002.

Estas condiciones agravadas encuentran sustento constitucional en tanto *pretenden proteger adecuadamente principios jurídicos centrales para la función ejercida por la Corte, tales como la seguridad jurídica y la certeza de la aplicación del derecho* de forma tal que sirva de instrumento idóneo para *la resolución de los conflictos y la paz social»* (resaltado adicionado).

Tras lo indicado, queda claro entonces que la potestad de nuestro Tribunal Constitucional para declarar la nulidad de sus resoluciones no es una cuestión exótica ni arbitraria, ni es contraria al ordenamiento jurídico peruano vigente. Se trata de una posibilidad reconocida y cabalmente regulada en el Derecho Comparado, y que incluso aquí en el Perú ha sido justificada y utilizada ampliamente por nuestro Tribunal en varias oportunidades a lo largo de su historia. Solamente el desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la adopción de una visión de la cosa juzgada que no se condice con su actual comprensión, o la intención de preservar intereses o beneficios personales o de grupo permitiría ignorar este estado de la cuestión, lo cual desafortunadamente ha ocurrido en algún caso.

40

Ahora bien, habiendo quedado demostrado lo recientemente expuesto, creo que aún es necesario explicar con algún mayor detalle en qué supuestos excepcionales cabe que el Tribunal, en el marco de sus atribuciones y con escrupuloso respeto de lo constitucionalmente posible, declare la nulidad de sus propias decisiones. Pero, y antes de ello, parece oportuno explicar cómo es constitucionalmente legítimo que un Tribunal como el Tribunal Constitucional peruano apueste por esta declaración, no obstante las afirmaciones de algunos tendientes a señalar que aquí se estaría vulnerando tanto a la cosa juzgada como a la seguridad jurídica.

III. Cosa juzgada: contenido, límites y algunos alcances sobre la «cosa juzgada aparente»

La cosa juzgada es un principio y una garantía que alude a la irreversibilidad de las decisiones judiciales que cumplen con ciertas condiciones. Tiene por ello, una dimensión formal o negativa, y otra material o positiva.

En términos formales, se trata de un mandato de irrevisabilidad de la sentencia judicial tras cumplirse con algunos presupuestos procesales (agotamiento de instancias, paso del tiempo, aceptación de la resolución). Al

tratarse de un mandato que proscribe o niega la posibilidad de abrir la discusión de resoluciones judiciales firmes, constituye un mandato «negativo». En cambio, y yendo ya a términos materiales, la cosa juzgada protege el contenido de una decisión judicial, a la cual se le dota de «autoridad de cosa juzgada» para que no pueda ser modificada ni vaciada de contenido (y en este sentido está relacionada con los derechos a la tutela judicial efectiva y al *no bis in idem*). Ello en mérito a que el contenido de la decisión judicial con autoridad de cosa juzgada debe ser respetado y ejecutado sin padecer variación o desnaturalización alguna. Por ende, se le entiende también como un mandato «positivo».

Como ya señalé, en el Perú esta garantía está reconocida expresamente en la Constitución (artículo 139, incisos 2 y 13). El Tribunal Constitucional ha reconocido a la cosa juzgada como un derecho fundamental («a que se respete resoluciones con autoridad de cosa juzgada»), y ha enunciado su contenido de la siguiente forma:

«[M]ediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó» (cfr. STC Exp. N° 4587-2004-AA/TC, fundamento 8).

Ahora bien, casos como el resuelto a través del ATC Exp. N° 04617-2012-PA/TC (caso «Panamericana Televisión S.A.») o el ATC Exp. N° 03700-2013-PA/TC (caso «Augusto Sipión»), permiten por lo menos plantear la duda sobre si esa garantía de la irreversibilidad de las decisiones que adquieren autoridad de cosa juzgada (o la reivindicación de la supuesta irreversibilidad de estas decisiones sin admitir excepción alguna al respecto) es una regla que puede interpretarse de modo aislado, sin tener en cuenta las demás disposiciones de la Constitución. Dicho con otros términos, cabe preguntarse si en nombre de la cosa juzgada puede quedar blindada cualquier resolución, independientemente de que su contenido pueda ser írrito y hasta inconstitucional. Sin embargo, al revisar las resoluciones emitidas en «Sipión» y «Pana-

mericana» vemos que, tanto el temperamento totalizador de los argumentos empleados, como lo finalmente decidido, indican que, efectivamente, para varios actuales jueces del Tribunal Constitucional del Perú, al menos al momento de lo señalado en «Sipión» o en «Panamericana», desafortunadamente ello parecería factible.

Respetuosamente discrepo con esta postura. Y es que, como también ha quedado indicado en votos singulares emitidos en los casos mencionados³⁰, considero que no es una interpretación constitucionalmente correcta aquella que considere que a través de la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada quedan protegidas resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. En tales casos, como se sostuvo entonces, no estamos ante supuestos de auténtica cosa juzgada, sino tan solo de una «aparente», «falsa» o «fraudulenta».

Efectivamente: ateniendo a otros bienes relevantes contenidos en la Constitución³¹, y a la luz del criterio interpretativo de unidad de la Constitución y de concordancia de esta consigo misma³², debe considerarse que el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, *siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifiestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales.*

42

Ahora bien, esta crítica a entender la cosa juzgada de modo formalista no es nueva. Si bien fue una cuestión inicialmente polémica, hoy, repito, se acepta ampliamente (mediando los recaudos necesarios, desde luego) que los mandatos de no revisión y de irreversibilidad de la cosa juzgada no son absolutos. De esta forma, existen varios supuestos, ampliamente conocidos y aceptados, en los que cabe cuestionar tal autoridad en nombre de la justicia

³⁰ Véanse los votos singulares de los magistrados Espinosa-Saldaña Barrera y Ledesma Narváez en los casos «Panamericana Televisión» (ATC Exp. N° 04617-2012-PA/TC) y «Augusto Sipión Barrios» (ATC Exp. N° 03700-2013-PA/TC).

³¹ Como el principio/derecho de dignidad humana previsto en el artículo 1; la tutela jurisdiccional «efectiva» contenida en el artículo 139, inciso 3; las garantías específicas que integran el debido proceso del artículo 139 (que garantizan, por ejemplo, la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho); o el mandato de interdicción de la arbitrariedad que se desprende de la fórmula de Estado de Derecho prevista en los artículos 3 y 43.

³² HESSE, KONRAD. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1983, p. 48; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En: *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Época, N° 86, octubre-diciembre de 1994, p. 31.

material que subyace a la causa. Aquello ocurre ante supuestos legalmente dispuestos (como el de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta o el de la acción de revisión penal)³³, o ser la consecuencia de casos que han merecido sustentados pronunciamientos por parte de diversas instancias o grados judiciales, incluyendo al Tribunal Constitucional (por ejemplo, en casos de filiación³⁴ o ante el riesgo de caer en situaciones de impunidad frente a delitos contra derechos humanos³⁵).

Sentado esto, un asunto que en su momento mereció duras críticas en nuestro país fue la recepción de la doctrina colombiana de la «cosa juzgada constitucional», ya que es su nombre se generó, lo justo es reconocer, un cuestionable abuso en sede del Tribunal Constitucional: la anulación indiscriminada de diversas sentencias emitidas por jueces del Poder Judicial³⁶.

No obstante este indeseable efecto (que felizmente fue dejado de lado expresamente en jurisprudencia posterior³⁷), vale la pena analizar si todas las sentencias que contravienen el orden jurídico constitucional pueden detentar, sin más, la calidad de cosa juzgada. Sinceramente ello no es así, pues se trata de algo que requiere ser mejor explicado, como supuesto completamente excepcional que es. A ello volveré luego.

Algo menos polémico, aunque no exento de problemas, es la llamada «cosa juzgada aparente». El Tribunal Constitucional peruano, y sobre todo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han tratado ampliamente este asunto. Para ello, básicamente se refirieron a los casos en los que algunos Estados han pretendido extender la garantía formal de la cosa juzgada a decisiones que lo que en realidad buscaban era generar impunidad ante afectaciones graves a derechos humanos, sea a través de leyes de amnistía

³³ Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que «excepcionalmente, en ciertos supuestos, el ordenamiento procesal habilita determinados cauces procesales para que una sentencia con calidad de cosa juzgada y el proceso del que ella deriva puedan ser declarados nulos. De ello se infiere que en el caso de que una sentencia con calidad de cosa juzgada haya sido declarada nula dentro de los supuestos y, en especial, a través de los cauces procesales previstos por nuestro ordenamiento, no se habrá producido una infracción de la prohibición de dejar sin efecto resoluciones con calidad de cosa juzgada (...)» (STC Exp. N° 01569-2006-PA/TC, fundamento 5).

³⁴ STC Exp. N° 00550-2008-PA/TC

³⁵ STC Exp. N° 04587-2004-AA/TC, STC Exp. N° 00679-2005-PA/TC.

³⁶ STC Exp. N° 0006-2006-CC/TC.

³⁷ Ver la RTC Exp. N° 00004-2007-CC/TC, y con matices, STC Exp. N° 00001-2010-CC/TC.

(que, como se sabe, por lo menos buscan producir efectos de cosa juzgada) o mediante sentencias provenientes de juicios llevados a cabo sin las garantías de independencia e imparcialidad.

Al respecto, en el Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, la Corte Interamericana se ha referido a la «cosa juzgada aparente» del siguiente modo³⁸:

«[E]n relación con la figura de la cosa juzgada (...), el principio *ne bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, y sustrae al acusado de su responsabilidad penal, no es instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o cuando no hay la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

Asimismo, la Corte considera que se presenta el fenómeno de cosa juzgada «aparente» cuando del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad».

Con lo anotado, queda claro entonces que actualmente no es posible una comprensión simplista del mandato de irrevisabilidad e inimpugnabilidad de sentencias que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Excepcionalmente es posible revisar dicha regla en aras a obtener una justicia real y efectiva, pretensión que no debería sorprender ni asustar en el contexto del actual Estado Constitucional. Eso sí, al tratarse de una operación excepcional y delicada, demanda tomar muchas precauciones, para así garantizar que se trate de una revisión lo menos subjetiva posible.

³⁸ Debe tenerse presente que ya en el Caso La Cantuta vs. Perú, la Corte Interamericana indicó que «Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'».

IV. Seguridad jurídica: contenido y límites

Se afirma también que un bien que podría verse trasgredido en caso de declararse nulas decisiones del Tribunal Constitucional es el principio de seguridad jurídica. Al respecto, es evidente que la revisión irresponsable y gratuita de cualquier resolución judicial sería contraria a la seguridad jurídica. Pero, ¿esto implica que toda revisión de una decisión de este tipo contraviene el mandato de seguridad jurídica? Considero que no. Ahora bien, y para explicar el sustento de esta última afirmación al respecto es necesario dar algunas luces sobre el contenido de este principio.

La seguridad jurídica, como viene explicando reciente doctrina, hace alusión a un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad³⁹ (es decir, a cierto grado de previsibilidad o predictibilidad), antes que a una situación de total determinación, inmutabilidad y absoluta previsibilidad (lo cual requeriría de una regulación precisa y estática).

La seguridad jurídica se refiere así a la previsibilidad, y no a una «completa certeza jurídica» (de imposible realización, pues la realidad rebasará cualquier previsión normativa previa y obligará a necesarios ajustes o cambios).

Sostener hoy lo contrario iría en contra de la misma finalidad de la seguridad jurídica, pues su propósito no es fijar cuál es el Derecho positivo de una vez por todas, lo cual sería una formalidad inútil por insubstancial, sino *respetar la autonomía de las personas*. En este sentido, se trata de un instrumento de realización en términos de libertad, igualdad y dignidad:

«[L]ibertad, porque cuando mayor sea el acceso material e intelectual del ciudadano (...) con relación a las normas que debe obedecer, y cuanto mayor sea la estabilidad, mayores serán sus condiciones de concebir su presente y planificar su futuro; *igualdad*, porque cuanto más generales y abstractas sean las normas y más uniformemente se apliquen, tanto mayor será el tratamiento igualitario del ciudadano (...); y *dignidad*, porque cuanto más accesibles y estables sean las normas y más justificadamente se apliquen, con tanta más intensidad se estará tratando al ciudadano como ser capaz de autodefinirse autónomamente, bien por el respeto

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 573.

presente en la autonomía ejercida en el pasado, bien por el respeto futuro de la autonomía ejercida en el presente»⁴⁰.

De similar manera, también recientemente, se ha sostenido que:

«La existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva»⁴¹.

Así vista, la seguridad jurídica debe ser considerada como un *valor utilitario*, pues se trata de «un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal; y en términos sociales, el formar parte del entramado institucional que posibilita el desarrollo de los derechos humanos, o dicho de otro modo, el desarrollo de la justicia»⁴².

46

Ahora bien, y en lo que corresponde al ordenamiento jurídico peruano, aun cuando la seguridad jurídica no ha sido incorporada expresamente por la Constitución, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado, con acierto, que se trata de un contenido constitucional implícito, que se manifiesta en varias disposiciones de nuestra Norma Fundamental⁴³.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 567 (cursivas agregadas).

⁴¹ LIFANTE, Isabel. «Seguridad jurídica y previsibilidad». En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 36, 2013, p. 88. Como bien puede apreciarse, Isabel Lifante, en parte, sigue los conocidos planteamientos de Francisco Laporta en su obra *El imperio de la ley*, texto cuya lectura recomiendo vivamente.

⁴² *Ibíd.*, p. 87.

⁴³ «Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2, inciso 24, párrafo a («Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2, inciso 24, párrafo d («Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley») y 139, inciso 3 («Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación»)» (STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC, fundamento 4).

En cuanto al contenido que garantiza la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado que la seguridad jurídica: «busca asegurar al individuo una *expectativa razonablemente fundada* respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad»⁴⁴.

Así pues, el principio de seguridad jurídica no pretende garantizar a rajatabla cualquier decisión aunque sea antijurídica; por el contrario, lo que protege son las *expectativas razonablemente fundadas* que se generan cuando se actúa conforme a Derecho. Dicho con otras palabras, la garantía de predecibilidad amparada por la seguridad jurídica, como señala el Tribunal, «consolida la interdicción de la arbitrariedad»⁴⁵. Como puede comprobarse, no avala cualquier posibilidad de incurrir en arbitrariedad, y menos aun la blinda o protege.

Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú, tiene dicho que:

«El principio *in comento* [seguridad jurídica] no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal»⁴⁶.

Lo indicado en estas citas por el Tribunal Constitucional del Perú sobre la seguridad jurídica es claro: no existe oposición a la posibilidad de que un órgano judicial declare la nulidad de sus propias resoluciones írritas, si estas son precisamente en aras de que el Derecho brinde razonable cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad; reparando de ese modo lo indebidamente dispuesto en caso de vicios o errores graves.

De esta manera, no puede considerarse que la protección de resoluciones contrarias, inconsistentes e incoherentes con el orden jurídico cons-

⁴⁴ STC Exp. N° 0001-2003-AI/TC y otro (acumulados), fundamento 3 (resaltado agregado).

⁴⁵ STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC, fundamento 3.

⁴⁶ *Ibid.*

titucional, satisfaga la idea de razonable predictibilidad a la que remite el mandato de seguridad jurídica. Y es que sobre la base de consideraciones antijurídicas no hay seguridad ni previsión posible. Conviene tener presente más bien que toda decisión antijurídica es contraria al principio de seguridad jurídica.

Es más, se incurre en inconsistencia cuando se pretende justificar la santificación de decisiones judiciales contrarias a Derecho en nombre de la seguridad jurídica. No es precisamente a la «seguridad jurídica» (previsibilidad conforme a Derecho, en aras a optimizar la autonomía personal) a lo que se garantiza cuando se pretende dotar de inmutabilidad a decisiones antijurídicas: a lo que se blinda es a algo totalmente opuesto como, por ejemplo, a la anomia, la arbitrariedad, el fraude o la injusticia como formas de resolución judicial.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el procesalismo contemporáneo inclusive, en atención a la efectividad real de los derechos fundamentales y la idea de proceso justo, se refiere cada vez más a la seguridad jurídica en un «sentido dinámico», considerando que esta «debe ser medida por la estabilidad de su finalidad»: esto es, teniendo en la efectividad de los derechos y no como fin en sí mismo. De esta perspectiva, «[n]o se busca más el absoluto de la seguridad jurídica, sino la seguridad jurídica afectada de un coeficiente, de una garantía de realidad. En esa nueva perspectiva, la propia seguridad jurídica induce al cambio, al movimiento, visto que debe estar al servicio del objetivo mediato de permitir la efectividad del derecho fundamental»⁴⁷.

Más precisamente, y en lo correspondiente a la nulidad, la doctrina procesal ha explicado nítidamente que «[el] instituto de la nulidad vino al ordenamiento jurídico para asegurarle seguridad. Es la penalización por el no cumplimiento de orden imperativo, que implique el desvío de finalidad del acto procesal realizado en perjuicio a la parte que no le dio causa»⁴⁸. En otras palabras, ya que la nulidad revierte una decisión abiertamente antijurídica

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. «El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales». En: *Revista de Derecho*. Vol. XXII, N° 1, Universidad de Valdivia, Valdivia, julio de 2009, p. 195.

⁴⁸ TANGEM JARDIM, Augusto. «De las nulidades procesales». En: *Estudios sobre las nulidades procesales*. Gaceta Jurídica. Lima, 2010, p. 490.

(por ende, imprevisible y contraria a derechos e intereses), es solo con instrumentos como la nulidad procesal que se asegura que las actuaciones y decisiones, pese a irregularidades iniciales, terminen fundándose en Derecho, condición indispensable para generar certeza en los justiciables y operadores jurídicos en general.

Es en mérito a lo expuesto que, tanto la doctrina contemporánea relevante, ya sea en Teoría del Derecho o en Derecho Procesal, cuestiona hoy el yerro de referirse a la seguridad jurídica en forma independiente del contenido del Derecho. En efecto, como aquí se ha venido explicando, ocurre que la seguridad jurídica protege «expectativas jurídicas razonablemente fundadas» y no contenidos arbitrarios e írritos. Precisamente, «[s]i ello es así (...), no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse en igual medida (es decir generar el mismo grado de previsibilidad) independientemente de la justicia o injusticia del derecho del que se predica»⁴⁹.

V. La especial importancia de lo recientemente resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso «Luis Alberto Cardoza Jiménez» (STC Exp. N° 02315-2012-PA/TC)

49

Un debate de Sala sobre la nulidad definido mediante un voto dirimente

Con fecha 7 de octubre de 2009, Luis Alberto Cardoza Jiménez interpone demanda de amparo contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A. y solicita que se deje sin efecto el despido incausado del que fue objeto, y que, en consecuencia, lo repongan en el cargo de chofer operador de cisternas de GLP a granel. Refiere que si bien celebró sucesivos contratos con empresas tercerizadoras de servicios, en los hechos realizó labores de naturaleza permanente y de naturaleza subordinada por más de diez años, habiéndose producido una desnaturalización de su tercerización, criterio con el cual coincidía la Autoridad de Trabajo peruana.

Esta controversia llega al Tribunal Constitucional del Perú mediante recurso de agravio constitucional. Sobre la base de ello, y mediante sentencia de fecha 21 de agosto de 2013, se declara fundada la demanda de amparo de Cardoza Jiménez. Sin embargo, esta decisión fue declarada nula mediante re-

⁴⁹ LIFANTE, Isabel. *Ob. cit.*, p. 104.

solución de fecha 6 de enero de 2014, pues, acogiéndose el pedido de la parte demandada, se encuentra como vicio que justifica la nulidad a la constatación de una contratación entre lo allí planteado y lo resuelto previamente en la STC Exp. N° 2698-2012-PA/TC, en la cual se había declarado la invalidez de un medio probatorio utilizado para respaldar la resolución del presente caso.

Este caso entonces llega nuevamente al Tribunal Constitucional peruano, y más propiamente a su Sala Segunda. Dos de los magistrados que integraban esa Sala opinaban en que correspondía emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, lo cual presuponía (aun cuando ellos no lo explicitaban) admitir que el Tribunal Constitucional podía declarar la nulidad de una de sus sentencias, actuación hecha por su anterior composición. Sin embargo, un magistrado se opone a esta postura, y aparece la discordia.

Ante la discordia surgida en la Sala Segunda, fui convocado a dirimir esta controversia. En este sentido fue que emito el voto dirimente, coincidente en el sentido de lo ya señalado por los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez. Ahora bien, en esa ocasión, el voto dirimente abordó dos aspectos claramente diferenciados: el primero de ellos, referido a si existe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional peruano pueda declarar la nulidad de sus sentencias en determinados casos. El segundo, vinculado a si corresponde expedir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto o solamente corresponde mantener la urgencia de la sentencia estimatoria del 11 de julio de 2013.

Para efectos del presente trabajo, sin duda corresponde más bien incidir en el primero de los dos aspectos recientemente planteados, máxime si el desarrollo del segundo implica una toma de posición en el primero de ellos⁵⁰. Se pasa entonces primero a realizar una justificación de la posibilidad

⁵⁰ Ello sin duda no resta relevancia al debate, consecuencia de la posición tomada en el primer punto, sobre si en este caso cabe o no pronunciarse nuevamente acerca del fondo de la controversia, o solamente limitarse a mantener la vigencia de lo resuelto en julio de 2013. Esto, como se esbozaba en el pronunciamiento de los Magistrados Ramos y Ledesma, es consecuencia lógica de admitir que aquí estábamos ante un pronunciamiento emitido incurriendo en nulidad. En mi voto dirimente, y bajo el Título «La decisión sobre el fondo de la controversia», es la materia abordada entre los fundamentos 29 y 40, llegando a la conclusión, coincidente con la de los magistrados Ramos y Ledesma, de que aquí se configuró un despido arbitrario de

de declarar la nulidad de una sentencia constitucional. Luego se procede a reseñar la experiencia existente en el Derecho Comparado, favorable a la declaración de nulidad de sentencias emitidas por un Tribunal o una Corte Constitucional en algunos supuestos excepcionales. A continuación, se hace mención a la larga lista de casos en donde el Tribunal Constitucional peruano ha procedido a la declaración de nulidad de sus propias sentencias, para luego, a modo de síntesis, plantear qué requisitos deben darse para declarar la nulidad y en base a qué consideraciones puede ya en el caso concreto de Cardoza Jiménez, explicarse la declaración de nulidad de la sentencia del 11 de julio de 2013.

Una presentación de lo señalado en el voto dirimente para afirmar la posibilidad de que el Tribunal Constitucional peruano puede declarar la nulidad de sus propias sentencias

A diferencia de lo que señalaba el voto de los Magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez, quienes asumían que era válida una declaratoria de la nulidad de una sentencia del Tribunal Constitucional como ya se había hecho mediante resolución del 6 de enero de 2014, mas no entraban en mayor detalle sobre la justificación de esa potestad nulificante, para así incidir principalmente en el pronunciamiento de fondo sobre la materia controvertida, el voto dirimente comienza haciendo una referencia específica directa a cómo sí puede justificarse la declaración de nulidad de una sentencia constitucional.

Para ello, se empieza anotando que la garantía de la irrevocabilidad de las decisiones con autoridad de cosa juzgada prevista en la Constitución peruana no es una materia que pueda interpretarse aisladamente de las demás disposiciones contenidas en ese mismo texto constitucional. En esa misma línea, la que recoge lo expuesto por el suscrito, entre otros casos, en sus votos singulares emitidos en los casos «Sipión Barrios» (STC Exp. N° 03700-2013-AA/TC) y «Panamericana Televisión» (STC Exp. N° 04617-2012-PA/TC), y anotado ya en la primera parte de este trabajo. Se señala entonces que no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella en la cual se considere que la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada alcanza

Cardoza Jiménez, violatorio de su derecho al trabajo, lo cual justifica su reposición en un plazo no mayor de dos días a la notificación de este fallo.

a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. Es más, se anota cómo en rigor en esos casos lo que existe son las denominadas cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta⁵¹.

Y es que si bien en principio el contenido de una sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo del asunto controvertido constituye cosa juzgada, y por ende, es inmutable e inmodificable, aquello no es predicable de aquellas sentencias en las cuales se haya incurrido en graves irregularidades, o en supuestos de manifiesta arbitrariedad, violatorios de derechos fundamentales o de principios constitucionales⁵². En este escenario, no es admisible ofrecer consideraciones meramente formales, como la de una lectura literal de lo recogido en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional peruano⁵³, para sostener la validez de decisiones materialmente injustas. Apelar a esa justificación implicaría, entre otros factores, desconocer que el principio de legalidad, tal como tradicionalmente se le comprendió, se ha ido transformando en uno de juricidad en sentido amplio, donde la validez de normas y actos jurídicos no depende únicamente de lo regulado en disposiciones legales, sino también del conjunto de bienes materiales relevantes existentes, destacando entre ellos los valores, principios y derechos constitucionales⁵⁴.

52

No debe olvidarse entonces que diversas disposiciones constitucionales obligan en el Perú a emitir resoluciones conforme a Derecho y a la Constitución⁵⁵, y que, por ello, el mismo Tribunal ha considerado en algún caso que una lectura literal (y no sistematizada o convencionalizada) de alguna (s) de sus disposiciones sería inconstitucional⁵⁶.

⁵¹ En este sentido los apartados 5 y 6 del voto dirimente en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

⁵² Ver al respecto el apartado 7 del voto dirimente en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

⁵³ Artículo 121.- Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

⁵⁴ En este sentido va lo señalado en el apartado 8 del voto dirimente en la sentencia 02135-2012-PA/TC.

⁵⁵ En esa dirección van los artículos 51 y 138 de la Carta peruana de 1993. Allí se establece como deber del juez (a) impartir justicia conforme a la Constitución y las Leyes; o se señala que toda decisión judicial debe estar basada en Derecho (artículo 139 inciso 5), aunque la Ley sea defectuosa o incompleta (artículo 139 inciso 8).

⁵⁶ Ver por todos lo señalado en la STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, caso «Lizana Puelles».

La presentación de experiencias comparadas y peruanas donde abiertamente se reconoce a un Tribunal Constitucional la capacidad de, excepcionalmente, poder declarar la nulidad de sus propias sentencias, con el establecimiento de algunos requisitos al respecto

El voto dirimente procede entonces a explicar qué justificaciones (como la allí recientemente expuesta) han permitido a muchas Cortes y Tribunales Constitucionales declarar en casos excepcionales la nulidad de sus propias sentencias. Al igual que se ha hecho en la primera parte del presente artículo, se pone especial énfasis en relatar la experiencia colombiana, donde, luego de varios pronunciamientos en ese sentido, su Corte Constitucional, mediante el Auto 022/13, ha indicado y sistematizado las condiciones que deben tomarse en cuenta para ejercer esa potestad nulificante.

Se hace referencia entonces a que debemos encontrarnos ante situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, en las cuales se demuestra de forma indudable y cierta que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales han sido quebrantadas con notoria y flagrante violación del debido proceso, teniendo ello una significativa y trascendental incidencia en la decisión adoptada. Esta posibilidad nulificante, por cierto, en ningún momento debe ser entendida como la habilitación de un recurso adicional frente a cualquier discrepancia con lo ya resuelto⁵⁷. Pasa entonces a anotar a continuación cómo en el Perú, ya anteriores composiciones de su Tribunal Constitucional, muchas veces sin explicitar expresamente las razones de su posición, procedieron a declarar la nulidad de varias de sus sentencias, ya sea en mérito a vicios de forma o de fondo⁵⁸.

Conviene aquí nuevamente resaltar cuán curioso resulta comprobar cómo incluso algún ex magistrado del Tribunal, con conocida filtración político-partidaria, no solamente buscaba, cuando se discutían los casos «Sipión» y «Panamericana», adjudicar motivaciones político-partidarias a quienes planteábamos la nulidad de lo allí ya resuelto, sin querer admitir que está-

⁵⁷ En ese sentido se encuentra lo señalado no solamente en el auto 022/13, sino antes incluso en el auto A-031, del año 2002, y luego en pronunciamientos como el auto 131/04 o el auto 1274/2003. En ello inciden también los apartados 13 al 17 del voto dirimente en la tantas veces aquí citada STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

⁵⁸ Ver al respecto lo recogido en los apartados 19 y siguientes del voto dirimente en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

bamos ante el ejercicio de una potestad nulificante que el Tribunal ya había ejercido (y de la cual él luego denostaba). Además, olvidaba cómo el Tribunal Constitucional peruano, antes incluso que quien escribe estas líneas fuese parte de él, había buscado justificar su ejercicio de dicha potestad, aunque, oportuno es decirlo, sin tanta prolijidad, por ejemplo, como sí se había hecho en el caso colombiano.

En ese sentido iban, por ejemplo, lo señalado en los fundamentos 11 a 18 de la RTC Exp. N° 00294-2009-PA/TC, del 3 de febrero de 2010; y antes lo previsto en los fundamentos 8 a 10 de la RTC Exp. N° 06348-2008-PA/TC, del 2 de agosto de 2010. En esta última resolución, por si hubiese alguna duda en el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional peruano, este Colegiado expuso, entre otras afirmaciones, que «[L]a nulidad procesal es el instituto natural por excelencia que la ciencia procesal prevé como remedio procesal para reparar un acto procesal viciado, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos, que lo coloca en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte»⁵⁹.

54

Ahora bien, y ante la constatación de que, muy a despecho de lo que sucede en el Derecho Comparado, en el caso peruano no parece haberse precisado con claridad cuáles son los requisitos para ejercer a cabalidad la potestad nulificante del Tribunal Constitucional peruano sobre sus propias sentencias, en el voto dirimente del caso «Cardoza», se precisa que la nulidad podría ser declarada en aquellos casos en los cuales:

«[...]A. Existan graves vicios de procedimiento, en relación tanto con el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida, como en función a la existencia de vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa.

B. Existen vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a vicios o errores graves de conocimiento

⁵⁹ Cita de la RTC Exp. N° 06348-2008-PA/TC, fundamentos jurídicos 8 a 10. Una explicación de esta pauta interpretativa la encontramos en los apartados 20 y 21 del voto dirimente en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

probatorio; vicios o errores graves de coherencia normativa, consistencia normativa o congruencia con el objeto de discusión; y errores de mandato, los cuales incluyen supuestos en los que, según sea el caso, se dispongan órdenes imposibles de ser cumplidas, órdenes que trasgreden competencias constitucional o legalmente establecidas, órdenes destinadas a sujetos que no intervinieron en el proceso, etcétera.

C. Existan vicios «sustantivos» contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales o incuestionable doctrina jurisprudencial de este Tribunal; o cuando se trasgreda de modo manifiesto o injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidas constitucionalmente [...].⁶⁰

Especificación sobre la nulidad de la sentencia de autos

Pasando entonces al análisis de la controversia específicamente planteada en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC, debe apreciarse que el Tribunal Constitucional peruano está declarando nula su sentencia del 11 de julio de 2013, ya que, para declarar fundada la demanda en ese momento, tomó en cuenta como medio probatorio un Acta de Infracción que había sido declarada nula en otra sentencia del Tribunal Constitucional peruano, la STC Exp. N° 02698-2012-PA/TC⁶¹.

Existió aquí entonces un vicio extremadamente grave en la valoración de los medios probatorios, al considerarse indebidamente como válido un documento previamente ya anulado por el propio Tribunal Constitucional. En mérito a lo expuesto, como finalmente se hizo, la nulidad de la sentencia de autos debía ser declarada de inmediato, procediéndose a expedirse un nuevo pronunciamiento al respecto sobre el fondo de lo controvertido, hecho que, como ya adelanté, llevará a constatar que en este caso concreto Cardoza Jiménez fue despedido arbitrariamente⁶².

⁶⁰ Ver en ese sentido lo recogido en el apartado 23 del voto dirimente en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

⁶¹ En ese mismo tenor los apartados 24 y siguientes del voto dirimente en la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC.

⁶² En ese sentido, ver lo ya señalado en la nota 50 del presente trabajo.

VI. Anotaciones finales

Corresponde entonces aquí anotar, en primer término, que muchas decisiones humanas no son perfectas o incontrovertibles. Todo lo contrario: en múltiples ocasiones nos encontramos ante situaciones opinables, e incluso frente a actuaciones irregulares o equivocadas, en base a defectos que siempre tuvieron o que luego aparecen con el tiempo.

Esta primera afirmación permite a continuación efectuar una segunda vinculada a que, por diversas consideraciones, ciertas decisiones de quien cuenta con autoridad pueden incluso estar viciadas de nulidad. A ese riesgo no escapan por cierto los pronunciamientos con calidad de sentencia de organismos jurisdiccionales como un Tribunal Constitucional. Es en ese escenario, y precisamente en salvaguarda de una bien entendida seguridad jurídica, y, sobre todo, ante la obligación de preservar elementos centrales en la configuración de un Estado Constitucional que se precie de serlo, que estoy entre quienes consideran que debe habilitarse a un Tribunal el poder excepcionalmente declarar la nulidad de algunas de sus sentencias. Ahora bien, justo es anotar que, aun cuando en situaciones muy especiales el Tribunal Constitucional pueda declarar la nulidad de sus propias resoluciones, aquello no nos libera de ciertos riesgos. En ese sentido, puede ser considerado insuficiente y hasta peligroso si al reconocimiento de esta posibilidad no se suman algunas pautas que permitan racionalizar esta actividad. Así no se genera una innecesaria zozobra en los justiciables y en los demás operadores de justicia. Tampoco se interviene irrazonablemente en el principio de seguridad jurídica que subyace a la regla de la cosa juzgada.

56

Al respecto, y tras analizar detalladamente los casos en los que un Tribunal Constitucional declaró la nulidad de sus decisiones definitivas, puede verse que se desprenden algunos criterios que deberían observarse para que todo Tribunal, de modo excepcional, se plantee la nulidad de sus propias resoluciones. Así, considero que esta posibilidad debería quedar abierta frente a casos en los que:

- (1) Se hayan presentado vicios graves de procedimiento, en relación tanto con el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida, como a vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa.

(2) Existan vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a: vicios o errores graves de conocimiento probatorio; vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa o congruencia con el objeto de discusión; y errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, los cuales trasgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc.

(3) Existan vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales o incuestionable doctrina jurisprudencial vinculante de este Tribunal; o cuando se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente.

Estos vicios, como puede apreciarse sin dificultad, forman parte de un universo mayor, el de los vicios o infracciones al debido proceso judicial que pueden ser materia de control en sede constitucional. Aunque no es algo que vaya a ser desarrollado con detalle aquí, valga esta precisión para dejar en claro que no cualquier afectación al debido proceso justifica que el Tribunal declare la nulidad de sus decisiones. Por el contrario, esta decisión, difícil y excepcional, tan solo queda justificada por la existencia de vicios gravísimos e insubsanales, básicamente en el ámbito del debido proceso, en casos en los cuales la única forma de reparar los bienes trasgredidos es que un Tribunal o una Corte Constitucional deshaga una decisión abiertamente contraria a Derecho.

Esta última afirmación seguramente no sólo recibirá los cuestionamientos de quienes consideran insostenible y hasta peligroso que un Tribunal Constitucional pueda declarar la nulidad de sus propias sentencias, postura frente a la cual, con todo respeto, aquí hemos discrepado. También puede no ser bien recepcionada por quienes, partiendo de un cuestionamiento a la legitimidad de los jueces (zas) para realizar ciertas labores de interpretación vinculante y control de constitucionalidad, así como de desconfianza en el quehacer concreto de los juzgadores (as) para desempeñar estas tareas. Probablemente señalarán que justamente esta posibilidad nulificante es la mayor demostración de la debilidad técnica y la falta de legitimidad del papel dado hoy al juez (a) constitucional, así como una muestra del riesgo que genera para ellos la exagerada relevancia dada a la jurisprudencia de estos Altos Tribunales.

Sin corresponder aquí dar aquí una detallada respuesta a este tipo de cuestionamientos, tarea que abordaré con mayor profundidad en otros trabajos, me limitaré en esta ocasión a formular algunas puntuales consideraciones al respecto. No es pues este, por cierto, el espacio para discutir sobre las ventajas y desventajas de algunas manifestaciones de la „democracia deliberativa« o del „constitucionalismo popular« como alternativas para facilitar un escenario en el cual haya mayor participación en la toma de las decisiones dentro de una sociedad determinada.

Lo cierto es que allí existen tantos o mayores riesgos de subjetividad o de falta de Legitimación democrática de las decisiones que se tomen frente a aquellas confiadas a un juez (a) quien debe actuar conforme a Derecho. Ese indudablemente es un escenario donde el margen de subjetividad, error y hasta arbitrariedad subsiste (sobre todo si lo normativo no va acompañado de otros recaudos), pero donde también existen parámetros previamente establecidos que pueden permitir acotar mejor las competencias y responsabilidades de cada quien, y por ende, la legitimidad de cada cual.

Lo que si resulta indispensable declarar es que, en la situación concreta planteada en este texto, la de que un Tribunal Constitucional pueda declarar la nulidad de sus propias sentencias precisamente permite, al habilitar estas declaraciones, ser consecuente con las premisas en las cuales precisamente hoy se sustenta el Estado Constitucional y el rol que cumplen (o debieran cumplir) los jueces (zas) dentro de dicho Estado. Si el defensor de los derechos, guardián de la limitación del poder y garante de la supremacía de la Constitución vulnera con sus decisiones esos derechos, esos límites o esa supremacía, debe dejar de lado esas decisiones viciadas y a la brevedad posible pronunciarse de acuerdo con los parámetros que debieran siempre sustentar su accionar, salvo mejor parecer.

La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables

 JUAN MANUEL SOSA SACIO*

Sumario:

I. Introducción. **II.** Supuestos de incorrección jurídica de lo resuelto por el Tribunal Constitucional. **III.** Nulidad de las decisiones del Tribunal Constitucional. **IV.** Objeciones que se plantean a la potestad del Tribunal Constitucional de declarar la nulidad de sus propias decisiones. 4.1. Primera objeción aparente: la cosa juzgada. 4.1.1. La perspectiva formalista. 4.1.2. Otras perspectivas. 4.1.2.1. Interpretación de la garantía de la cosa juzgada desde los criterios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. 4.1.2.2. Interpretación de la cosa juzgada como principio y su carácter «derrotable». 4.1.2.3. Interpretación de la cosa juzgada como regla y la existencia de excepciones. 4.2. Segunda objeción aparente: la seguridad jurídica. 4.3. Tercera objeción aparente: ausencia de norma expresa que regule la institución. 4.4. Cuarta objeción aparente: el Tribunal Constitucional no declara la nulidad de sus decisiones. **V.** Propuesta para racionalizar la declaración de nulidad de las sentencias del TC. **VI.** Consideraciones finales.

Resumen:

El autor afirma que es posible que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de sus propias decisiones cuando estas contengan vicios o incorrecciones graves, dañosas e insubsanables. A efectos de justificar su posición analiza diversos supuestos de incorrecciones o vicios que pueden presentar las resoluciones del Tribunal Constitucional, explica si sobre esa base este órgano colegiado puede declarar la nulidad o ineficacia de sus decisiones, evalúa críticamente las principales objeciones planteadas contra dicha posibilidad, y por último, explica algunos criterios que permitirían racionalizar la potestad nulificante del Alto Tribunal.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificie Universidad Católica del Perú. Profesor universitario y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de *Constitucionalismo Crítico*.

Palabras clave:

Tribunal Constitucional, potestad nulificante, nulidad de sentencias, sentencias constitucionales, cosa juzgada, seguridad jurídica, formalismo jurídico.

Abstract:

The author points out that it is possible for the Constitutional Court to declare the nullity of its own decisions when these contain defects or serious, harmful and irremediable improprieties. In order to justify his position he analyzes several cases of improprieties or defects that may occur in the decisions of the Constitutional Court, explains if this enables said Court to declare the nullity or unenforceability of its decisions, critically assesses the main objections raised against this possibility, and finally explains some criteria that would help to rationalize the nullifying power of this High Court.

Keywords:

Constitutional Court, nullifying power, nullity of sentences, constitutional sentences, *res judicata*, legal certainty, legal formalism.

I. Introducción

60

Con ocasión de la publicación de las resoluciones recaídas en los casos Panamericana Televisión (ATC Exp. N.º 04617-2012-PA/TC) y Sipión Barrios (ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC), empezó una discusión en torno a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional peruano pueda revisar la corrección de sus decisiones finales, e incluso de que, cuando corresponda, pueda declarar excepcionalmente la nulidad de estas. Efectivamente, han sido varios los autores y las publicaciones que vienen participando en el mencionado debate¹.

El asunto, sin duda, es controvertido: de una parte, parece claro que aquellas resoluciones con vicios graves o que sean manifiestamente injustas deberían poder ser corregidas. Al mismo tiempo, no parece aconsejable abrir una puerta a la posibilidad de que decisiones judiciales finales puedan ser revisadas y revertidas.

¹ Véase, por ejemplo, el volumen colectivo coordinado por el profesor Luis Castillo Córdova: *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N.º 04317-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*. Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional, N.º 10, Palestra, Lima, 2015; y el especial denominado «¿Puede el TC anular sus propias sentencias?», aparecido en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2015.

Participar en esta discusión, ciertamente requiere que sean abordados temas diversos y complejos. Por nuestra parte, sólo podremos referirnos a algunos de ellos, que nos parecen de mayor importancia.

Así, un primer tema que trataremos está referido a la discusión sobre la posible incorrección jurídica de lo que resuelve el Tribunal Constitucional; más precisamente, analizaremos cuáles serían los parámetros que permitirían calificar una decisión del supremo intérprete de la Constitución como arbitraria o írrita, y hasta inconstitucional de ser el caso.

Un segundo asunto que abordaremos estará referido a si el Tribunal puede declarar la nulidad (o ineficacia) de una decisión antijurídica emitida por él mismo y a cuáles serían los alcances de una decisión así. Luego de ello, en tercer lugar, analizaremos algunas (supuestas) objeciones que se han planteado en contra de esta potestad nulificante del Tribunal; entre ellas, nos referiremos especialmente a la trasgresión de la santidad de la cosa juzgada, a la vulneración del principio de seguridad jurídica, a la falta de una regulación específica y a la ausencia de una práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de nulidad.

En cuarto y último lugar, evaluaremos los criterios ofrecidos con el propósito de racionalizar la potestad del Tribunal Constitucional para anular sus propias sentencias, que aparecen contenidos en los votos singulares del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera emitidos en los casos Panamericana Televisión y Sipión Barrios. Empecemos pues, de inmediato, por la primera de las cuestiones enumeradas.

II. Supuestos de incorrección jurídica de lo resuelto por el Tribunal Constitucional

Una conocida cita del juez de la Corte Suprema estadounidense Robert H. Jackson nos recuerda que las altas cortes constitucionales emiten resoluciones que, en cierto sentido, pueden ser calificadas de «infalibles». En efecto, Jackson indicó que los jueces supremos *no tendrían la palabra final por ser infalibles, sino que serían infalibles por tener la palabra final*².

² «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final». Opinión concurrente del Justice Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

Lo anterior, claro está, hace referencia al carácter de «órgano de cierre» de cortes como nuestro Tribunal Constitucional, que se pronuncia en último grado en materia de interpretación y concretización constitucional, y cuyas decisiones son inimpugnables en el ámbito interno. Esto no significa, desde luego, que el Tribunal no pueda equivocarse en términos jurídicos o que sus decisiones sean siempre correctas o válidas; solo quiere decir que las decisiones del Tribunal cierran el circuito de interpretación constitucional: son decisiones institucionales finales, necesarias para dotar de unidad y coherencia al sistema. En este contexto, la aludida «infalibilidad» del Tribunal es meramente alegórica, ya que tan sólo remite a la idea de irrevisabilidad o indiscutibilidad de las sentencias definitivas del Tribunal Constitucional, independientemente de la corrección de su contenido.

Señalado lo anterior, cabría preguntarnos entonces si las resoluciones del Tribunal Constitucional pueden estar viciadas con alguna forma de incorrección. Al respecto, una posible primera respuesta afirmativa podría ser la brindada por el profesor Luis Castillo Córdova, quien, por ejemplo, se ha referido a la posibilidad de que el Tribunal emita decisiones materialmente inconstitucionales (aunque estas puedan considerarse «formalmente constitucionales»)³.

62

Al respecto, partiendo de concebir al Tribunal Constitucional como un «comisionado» o «vocero calificado» del poder constituyente, Castillo Córdova considera que *prima facie* las interpretaciones que este haga de las disposiciones constitucionales tienen rango constitucional y son vinculantes para todos⁴. Sobre esa base, sostiene que las interpretaciones del Tribunal Constitucional serían siempre formal o procedimentalmente constitucionales (al haber sido dadas por el intérprete mayor de la Constitución y por

³ Además de lo indicado en las citas que siguen, el profesor Castillo ha reiterado y sistematizado recientemente su posición sobre este tema en «La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional». En: *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04317-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*. Luis Castillo Córdova (coordinador), Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional n° 10, Palestra, Lima, 2015, pp. 170-179.

⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional». En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 149, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2006. Nosotros vamos a citar la versión alojada en el repositorio institucional PIRHUA - Universidad de Piura: CASTILLO CÓRDOVA, Luis «*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional», pp. 5-8 <pirhua.udep.edu.pe/handle/123456789/1958>

ser concreciones de normas directamente estatuidas por el constituyente), aunque en algún caso puedan ser, a la vez, materialmente inconstitucionales cuando contravengan los valores contenidos en la Constitución.

Como corolario de lo anterior, el profesor Castillo ha explicado que tales sentencias formalmente constitucionales, pero materialmente inconstitucionales, deberían subsistir, manteniéndose vigentes en tanto no sean revertidas⁵ (teniendo en cuenta, además, que actualmente no existe una vía procesal para que ellas sean atacadas jurídicamente⁶). Asimismo, ha sostenido que al tratarse de decisiones con un contenido sustancialmente inconstitucional, deberían ser abrogadas o enervadas apenas sea posible por el propio Tribunal, e incluso inaplicadas por los operadores judiciales en aquellos casos concretos en los que dicha interpretación pudiera desplegar efectos dañosos⁷.

Incluso más, este destacado profesor de la Universidad de Piura ha diferenciado recientemente las interpretaciones del Tribunal Constitucional que pueden ser consideradas materialmente inconstitucionales de aquellas que, además, son *manifestamente inconstitucionales* (respecto de las cuales, señala, «no es posible formular ninguna razón a favor de su corrección y si alguna es dada, es tan débil que la convierte en apariencia de corrección»⁸). En relación con estas últimas, ha indicado que: «[u]na interpretación o una decisión manifestamente inconstitucional, ha de ser tenida como derecho inválido al punto que estará justificado no requerir la declaración de inconstitucionalidad por ningún otro órgano, para conseguir que todos los operadores jurídicos le desconozcan eficacia jurídica»⁹.

Por nuestra parte (y sin perjuicio de discrepar con la propuesta de atribuirle rango constitucional a las interpretaciones del Tribunal Constitucional), consideramos que, efectivamente, las resoluciones de este Tribunal pueden ser inconstitucionales, sea porque en estas contienen interpretaciones inconstitucionales de la Carta Fundamental o de la ley, o porque se ha invadido flagrantemente las competencias de un poder estatal o de otro órga-

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. «Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional». En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2014, p. 29.

⁶ *Ibidem*. «*Quis custodit custodes...*», p. 13.

⁷ *Ídem*. «Un precedente vinculante...», *loc. cit.*

⁸ *Ídem*. «La validez jurídica de las interpretaciones...», p. 175.

⁹ *Loc. cit.*, p. 179.

no constitucional autónomo. Una sentencia inconstitucional, así entendida y tal como señala Castillo Córdova, contiene una gravísima incorrección y es una excelente candidata para ser declarada nula.

Ahora bien, no obstante ello, consideramos que los posibles problemas de inconstitucionalidad en las decisiones del Tribunal Constitucional representan una porción muy pequeña de posibles incorrecciones o vicios en los que pueden incurrir estas resoluciones. Siendo así, creemos que, desde una perspectiva más amplia, la posible incorrección y/o antijuridicidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional llevaría a tomar en cuenta, cuando menos, los siguientes tres parámetros¹⁰: en primer lugar, las decisiones del Tribunal deben respetar lo dispuesto por la Constitución, es decir, las competencias allí delimitadas y el contenido inicial o mínimo que su texto ofrece, a partir del cual es posible la interpretación constitucional; además, sus resoluciones deben encontrarse debidamente justificadas, es decir, contar con una logicidad y congruencia elementales, pero también contener argumentos correctos y/o plausibles; y finalmente, tales decisiones deben contar con legitimidad democrática, esto, en un sentido republicano y promotor del diálogo público y plural¹¹ (y no en un sentido plebiscitario o subordinado a la moral positiva)¹².

64

Desde luego, el que una decisión del Tribunal Constitucional no satisfaga estos parámetros no tendría las mismas consecuencias en todos los casos: algunos déficits o trasgresiones tendrán implicancias jurídicas más directas y trascendentales, frente a otras. Así, por ejemplo, los problemas grotescos de motivación acarrearán consecuencias jurídicas más graves, entre ellas, seguramente la posibilidad de que se declare nula la resolución del Tribunal Constitucional que se encuentre viciada.

Señalado esto, analicemos, ahora, con detalle cuáles serían estas trasgresiones o vicios más graves, los que, a nuestro parecer justificarían que el Tribunal declare la nulidad de una decisión propia.

¹⁰ Cfr. Sosa SACIO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 56.

¹¹ Cfr. *Ibidem*. «Legitimidad democrática como límite del Tribunal Constitucional. ¿Veritas (non auctoritas) facit iudicium?» En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1, N° 12, Lima, 2006, en especial pp. 422-423.

¹² Esto, claro está, sin perjuicio de lo que la Teoría General del Proceso (o, en especial, la teoría de la nulidad o de la ineficacia procesal) plantea, de manera general, como problemas o vicios relacionados con la existencia o la validez de los actos procesales.

III. Nulidad de las decisiones del Tribunal Constitucional

Hemos indicado, de manera general, algunos parámetros conforme a los cuales podría calificarse de correcta o no una decisión del Tribunal Constitucional. Señalado ello, conviene preguntarnos ahora si puede considerarse jurídicamente eficaz y aceptable una resolución del Tribunal con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables. Mejor aún, toca cuestionarnos acerca de si, estando expresamente consagrados derechos fundamentales como a la tutela judicial efectiva y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, además constitucionalmente admisible, no sería hasta obligatorio que se declare la nulidad de las decisiones írritas o dañosas que eventualmente pueda emitir el Tribunal Constitucional.

Creemos que la respuesta no puede ser otra que sí. Ahora bien, esto requiere que precisemos en qué casos sería legítimo u razonable que el Tribunal haga uso de esa potestad.

En primer lugar, debe quedar claro que la posibilidad de que el Tribunal declare la nulidad de sus propias decisiones debe ser algo considerado como completamente excepcional y estar justificada por consideraciones estrictamente jurídicas¹³. Se trata de un supuesto que solo debería admitirse de manera extraordinaria, atendiendo a que algunos principios o derechos constitucionales podrían verse perjudicados ante un ejercicio irrazonable de esta facultad¹⁴.

Asimismo, consideramos que sólo merecen ser declaradas nulas por el propio Tribunal aquellas resoluciones que tengan incorrecciones graves, dañosas e insubsanables. En otras palabras, deberían tratarse de decisiones que cuenten con problemas o vicios de gran entidad o repercusión (atendiendo al bien afectado o a la magnitud del agravio); que generen una afectación palpable a alguna de las partes involucradas, a la comunidad política (sociedad y/o Estado) o al sistema jurídico (en especial, al ordenamiento jurídico-cons-

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. «La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño». En: *Estudios sobre las nulidades procesales*. Renzo Cavani (coordinador), *Gaceta Jurídica*. Lima, 2010, p. 444; CAVANI, Renzo. «Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano». En: *Estudios sobre las nulidades procesales*. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁴ Además de ello, es evidente que los supuestos en los que un Tribunal Constitucional podría dictar decisiones dañosas, írritas o contrarias a la Constitución es muy excepcional.

titucional); y que no puedan ser reparados (o que no puedan dejarse pasar por alto)¹⁵.

Además, si bien nos hemos estado refiriendo a la «nulidad» de las resoluciones, hemos querido aludir también a los supuestos de «inexistencia» de los ciertos procesales del Tribunal Constitucional (que, en sentido estricto, no son formas de nulidad). Esta inexistencia, valga precisarlo, consiste en «la ausencia plena de algún requisito (...) para que ‘exista’ un acto procesal»¹⁶; más precisamente, alude a omisiones en los requisitos que determinan la existencia de los actos procesales. Así, por ejemplo, supuestos de inexistencia de resoluciones del Tribunal Constitucional serían aquellos casos de mal conteo y, por ende, de falta de votos suficientes para conformar una decisión¹⁷, o la ausencia de firmas en la resolución judicial¹⁸.

En este contexto, quedaría pendiente indicar a qué supuestos concretos hacemos alusión con las «incorrecciones graves, dañosas e insubsanables» a las que nos hemos referido *supra*. Al respecto, consideramos que los criterios planteados en los votos singulares del magistrado Espinosa-Saldaña, dirigidos a que el Tribunal cuente con pautas racionales al momento de evaluar la anulación de sus propias resoluciones, contienen precisas concreciones sobre estas incorrecciones a las que hemos aludido, las cuales conviene seguir. A analizar esos criterios, en específico, nos dedicaremos en el último acápite de este trabajo.

¹⁵ Por su parte, Juan Monroy considera que el Tribunal solo debería disponerse a anular sus resoluciones con autoridad de cosa juzgada «cuando se presenten dos situaciones acumuladas: cuando exista un vicio que además de insubsanable sea socialmente insoportable y; cuando tal decisión sea trascendente en el sentido de que el TC proponga a la comunidad jurídica un nuevo paradigma jurídico y social». Vide MONROY GÁLVEZ, Juan. «¿El TC peruano puede declarar la nulidad de su propia sentencia?». En: *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Op. cit.*, p. 136.

¹⁶ CAVANI, Renzo. «Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia...», p. 135; Cfr. pp. 61-62 y 68.

¹⁷ Que es, por ejemplo, lo que ocurrió con el extremo del caso «El Frontón 2» (STC Exp. N° 01969-2011-PHC/TC), en el que se afirmaba que los hechos del caso no constituyen crímenes de lesa humanidad, y que debería operar la prescripción una vez que concluya el proceso penal pendiente «sin posibilidad de nuevos procesamientos». Cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. «Grave vicio en la sentencia del caso El Frontón 2» [en línea]. Blog *República y Constitución*, 4 de setiembre de 2013 [consultado el 9 de setiembre de 2015]. Disponible en: <<http://republicayconstitucion.blogspot.com/2013/09/graves-vicios-en-la-sentencia-del-caso.html>>; CAVANI, Renzo. «Nulidad e inexistencia en el caso ‘El Frontón 2’» [en línea]. Blog *A fojas cero*, 5 de setiembre de 2013 [consultado el 9 de setiembre de 2015]. Disponible en: <<http://afojascero.com/2013/09/05/nulidad-e-inexistencia-en-el-caso-el-fronton-2/>>

¹⁸ CAVANI, Renzo. «Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia...», pp. 141-143.

Ahora bien, no obstante ser un asunto que trataremos luego, consideramos importante adelantar que estos criterios o recaudos, a los que hemos hecho referencia, buscan protegernos de peligros no tan lejanos: en efecto, en nombre de la incorrección material las sentencias, y sobre la base de criterios muy amplios o imprecisos, ya se ha sostenido y hasta logrado la anulación y el reexamen de decisiones del Tribunal Constitucional, no siempre en los mejores términos¹⁹. Al respecto, ha quedado en evidencia que, una vez que se abre la puerta para la revisión del contenido de las sentencias, pero sin atender a criterios materiales y formales estrictos, los resultados pueden ser imprevisibles. Siendo así, es claro que lo mejor es contar con criterios o pautas que ayuden a hacer de la nulidad de sentencias un mecanismo realmente excepcional y jamás arbitrario, que permita superar incorrecciones realmente graves en las sentencias del Tribunal.

Señalado esto, corresponde seguidamente hacer referencia a (y contestar también) las principales objeciones que se han planteado con respecto a esta potestad del Máximo intérprete de la constitucionalidad.

IV. Objeciones que se plantean a la potestad del Tribunal Constitucional de declarar la nulidad de sus propias decisiones

67

Como es evidente, no todos están de acuerdo con la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda anular sus resoluciones. Efectivamente, lo que ha sucedido con una parte de la comunidad académica frente a casos como los señalados al inicio de este trabajo (casos Panamericana Televi-

¹⁹ Como acusó el profesor y ex presidente del Tribunal Constitucional César Landa, al indicar que la anterior composición del Tribunal Constitucional hizo mal uso de «la revisión de la cosa juzgada constitucional», pues declaró «de forma manipulativa e irregular» la nulidad de diversas resoluciones del propio Tribunal («Cosa juzgada constitucional fraudulenta y el Caso Panamericana TV» [en línea]. Portal jurídico *IUS360°*, 24 de abril de 2015 [consultado el 9 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.ius360.com/jornada-constitucionai/cosa-juzgada-constitucional-fraudulenta-y-el-caso-panamericana-tv-2/>>).

No obstante ello, el propio Landa había sostenido antes –algo desproporcionadamente– la posible invalidez o nulidad de las decisiones del Tribunal Constitucional debido al vencimiento del mandato de los jueces que lo componían («Landa: Fallo del TC dados con periodos vencidos podrían ser nulos» [en línea]. Diario *Diario 16*, 26 de abril de 2013 [consultado el 1 de abril de 2015]. Disponible en: <<http://diario16.pe/noticia/26027-landa-fallos-del-tc-dados-con-periodos-vencidos-podrian-ser-nulos>>). Estamos, pues, ante la evidencia de que muchas decisiones del Tribunal, por diversos motivos, pueden ser consideradas revisables y nulas por sus propios magistrados o exmagistrados; siendo así, queda de manifiesto que es necesario contar con una perspectiva rigurosa y restringida sobre el tema.

sión y Sipi3n Barrios), es que esta se ha opuesto f3rreamente a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional ejerza la potestad nulificante a la que nos hemos venido refiriendo, en nombre de principios como los de cosa juzgada o de seguridad jur3dica.

El propio Tribunal Constitucional, tal como figura en las resoluciones en mayor3a de los casos mencionados (casos Panamericana y Sipi3n), ha rechazado toda posibilidad de declarar la nulidad de sus propias resoluciones, no obstante que estas cuenten con un contenido 3rrito o antijur3dico²⁰. Incluso m3s, esta oposici3n del Tribunal se produce a pesar de que este anteriormente ya hab3a anulado resoluciones emitidas por la composici3n anterior (que fue precisamente la forma en que la nueva composici3n inici3 sus labores, lo cual, valga a3adir, fue bien acogido por todos²¹).

Como explicaremos, esta oposici3n a anular sentencias 3rritas solo es posible desde la perspectiva del denominado *formalismo jur3dico*. Ahora bien, seg3n demostraremos, m3s all3 del formalismo es posible encontrar m3s completas y mejor acabadas respuestas, que dejen abierta la posibilidad excepcional de que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de sus sentencias, mediando a la vez precauciones suficientes, tanto formales como materiales, al momento de evaluar y tomar una decisi3n de tal envergadura.

Con lo anotado, analicemos a continuaci3n las (aparentes) objeciones planteadas contra la potestad nulificante del Tribunal Constitucional, y explicaremos que, a despecho de estas, el Tribunal Constitucional s3 se encuentra perfectamente habilitado, constitucional y legalmente para declarar, de manera excepcional, la nulidad de sus decisiones que se encuentren afectadas por vicios graves, da3anos e insubsanables.

²⁰ Cfr., en especial, el ATC Exp.N.º 03700-2013-PA/TC (caso Sipi3n Barrios), fundamento 5 y ss.

²¹ Nos referimos, pues, a los autos en los autos reca3dos en los Exps. N.º 00791-2014-PA/TC, de fecha 15 de julio de 2014 (caso Mateo Casta3eda Segovia), y N.º 00776-2014-PA/TC, de fecha 7 de octubre de 2014 (caso C3sar Hinojosa Pariachi), en los cuales el Tribunal declar3 nulas resoluciones anteriores del mismo 3rgano colegiado, pues, entre otras cosas, ordenaban al Consejo Nacional de la Magistratura nombrar a los recurrentes como fiscales supremos.

4.1. Primera objeción aparente: la cosa juzgada

Se ha efectuado una primera objeción a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de sus sentencias en nombre de la institución de la «cosa juzgada».

Esta –la cosa juzgada– es una garantía establecida por nuestra Constitución²². Efectivamente, el artículo 139, inciso 2 de la Constitución prescribe que «ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada»; adicionalmente, el inciso 13 del mismo artículo 139 contiene la prohibición «de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada». Si bien, como puede apreciarse sin dificultad, estas disposiciones no desarrollan el contenido de la institución «cosa juzgada», sí dejan ver que se trata de una regla constitucional cuyos efectos están vinculados con el carácter irrevisable de lo decidido judicialmente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido a la garantía de la cosa juzgada (*rectius*, a que se respeten las decisiones judiciales con autoridad de cosa juzgada) como un derecho fundamental y ha enunciado su contenido de la siguiente forma:

«[M]ediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial *no puedan ser recurridas* mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, *no pueda ser dejado sin efecto* ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó» (cfr. STC Exp. N2 4587-2004-AA/TC, fundamento 8, cursivas nuestras).

²² Entendemos por garantía constitucional a las obligaciones o mandatos dirigidos a la protección de bienes sustantivos (y, en especial, los derechos fundamentales). Ahora bien, debemos precisar que la «cosa juzgada» no es en sí una garantía, sino un estado jurídico que adquieren las resoluciones judiciales y que implican su intangibilidad *prima facie* (que es lo que queda garantizado). Señalado esto, y solo por economía del lenguaje, cuando nos refiramos a la «garantía de la cosa juzgada» aludiremos a la garantía de irrevisabilidad *prima facie* que corresponde a las resoluciones que han adquirido autoridad de cosa juzgada.

Como también tiene indicado la doctrina y similar jurisprudencia, la cosa juzgada tiene tanto una dimensión formal (o negativa) como otra material (o positiva). Conforme a la primera, la garantía de la cosa juzgada implica un mandato de *irrevisabilidad formal* de la sentencia judicial tras cumplirse con algunos presupuestos procesales (como el agotamiento de instancias, el paso del tiempo o la aceptación de la resolución). Debido a que, conforme a este primer sentido, queda proscrito que se discuta el contenido de resoluciones judiciales firmes, se dice que constituye un mandato «negativo».

Por otra parte, en su dimensión material, esta garantía protege el contenido de una decisión, a la que se le dota de «autoridad de cosa juzgada» para que no pueda ser modificada ni vaciada de contenido (es decir, contiene un mandato de *irrevisabilidad material* o *irreversibilidad*). Ya que el contenido de la decisión judicial con autoridad de cosa juzgada debe ser respetado y ejecutado sin padecer variación o desnaturalización alguna, se le entiende asimismo como un mandato «positivo».

Ahora bien, casos como los señalados al inicio de este trabajo (Panamericana Televisión, ATC Exp. N.º 04617-2012-PA/TC, y Sipión Barrios, ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC), en los que el contenido de las resoluciones finales evacuadas por el Tribunal Constitucional era sin duda cuestionable (si no manifiestamente antijurídico)²³, y que existían solicitudes de nulidad pendientes de ser resueltas, era posible plantear la duda acerca de si esta garantía de inmutabilidad para las decisiones con «autoridad de cosa juzgada» constituye una regla que permite blindar cualquier resolución, independientemente de que su contenido pueda ser írrito y hasta inconstitucional, o si, por el contrario, únicamente pueden adquirir esta autoridad aquellas resoluciones que no sean arbitrarias ni contengan graves irregularidades.

Hay varias formas de abordar este asunto. Como veremos seguidamente, una primera, que puede calificarse de formalista como ya adelantamos, rechazaría tal posibilidad, básicamente debido a que entiende a la cosa juzgada (y al carácter inimpugnabile de las decisiones del Tribunal Constitucional) como una regla incontrovertible, sin importar el contenido de la resolución. Por otro lado, como puede colegirse de o que hemos venido

²³ Como ha sido explicado suficientemente en diversos medios de comunicación y como consta en los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

sosteniendo, también hay opciones interpretativas que admiten que la declaración de nulidad es posible, entendiendo que la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada no protege resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. Aquí explicaremos tres de estas últimas, que consideramos las más fáciles de identificar en nuestro medio. Empecemos, por lo pronto, con aquella perspectiva que puede calificarse como formalista.

4.1.1. La perspectiva formalista

Según señalamos, una primera objeción en contra de la posibilidad de que una corte de máximo grado, como el Tribunal Constitucional, declare la nulidad de sus propias sentencias, suele ser la posible trasgresión al mandato que se desprende de conceder autoridad de cosa juzgada a una sentencia.

Desde esta perspectiva, que desde la Teoría del Derecho corresponde calificar como formalista²⁴, se considera que la garantía de la cosa juzgada constituye un mandato inderrotable²⁵, entendimiento vinculado con *el carácter inimpugnable de las decisiones del Tribunal Constitucional*, previsto en el artículo del 121 Código Procesal Constitucional. Esta disposición, en efecto, establece que «[c]ontra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna»²⁶.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha explicado²⁷ que la regulación del mencionado artículo 121 sigue «la línea trazada» por los artículos de la Constitución que reconocen al Tribunal Constitucional como última y definitiva instancia, y que establecen la garantía de la cosa juzgada; y en tal

²⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006, p. 26.

²⁵ En este sentido –siguiendo una difundida distinción entre principios y reglas–, se trataría de una regla, ya que nos encontramos ante un «mandato perentorio», uno que debe ser cumplido de modo obligatorio, sin opción en sentido contrario (y no uno que deba ser cumplido «en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible», como sucedería con los principios). Sobre las diferentes perspectivas en torno a la distinción entre reglas y principios, *vide* ÁVILA ROMERO, Jhonathan. «Notas sobre los principios y las reglas: A propósito de las principales tesis de distinción». En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 75, Lima, marzo 2015, p. 178 y ss.

²⁶ Asimismo, que el Tribunal, tan solo «puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido» y que «[c]ontra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede (...) el recurso de reposición ante el propio Tribunal».

²⁷ Cfr. ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC (caso Sipión Barrios), fundamentos 10 y 11, y ATC Exp. N.º 04617-2012-PA/TC (caso Panamericana Televisión), fundamentos 6 y 7.

sentido, ha resuelto que no se encuentra habilitado para revisar ni rectificar cualquier sentencia que él mismo haya emitido²⁸. En resumidas cuentas, el Tribunal explica que existen disposiciones que consagran la irrevisabilidad de sus resoluciones así como la garantía de la cosa juzgada, y considera que, debido a la existencia de estas, ya nada puede hacer frente a decisiones anti-jurídicas que nazcan de su seno.

Al respecto, sin duda llama la atención que se argumente a favor de una supuestamente incontrovertible «santidad de la cosa juzgada», cuando legal, jurisprudencial y doctrinalmente el tema ha dejado de ser polémico, admitiéndose que existe un margen –valioso, aunque excepcional– para la revisión de las resoluciones que cuenten con calidad de cosa juzgada.

Efectivamente, la idea de que la garantía de la cosa juzgada puede trascender a ciertos formalismos o literalidades no es un asunto nuevo, y menos aun uno que recién se haya puesto en discusión con casos como los recientes²⁹. Si bien ha sido una cuestión que pudo haber generado cierta controversia en su momento, hoy se acepta ampliamente (mediando los cuidados necesarios, desde luego) que el mandato de no revisión y de irreversibilidad de la cosa juzgada no es absoluto. Así pues, existen varios supuestos, ya ampliamente conocidos y aceptados, en los que cabe cuestionar tal autoridad, en nombre de la justicia material que subyace a la causa. Por ejemplo, encontramos desde algunos supuestos previstos legalmente (como la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta o la acción de revisión penal)³⁰, hasta casos que han surgido a partir de sustentados pronunciamientos por parte de diversas instancias judiciales, incluyendo desde luego al Tribunal Constitucional

²⁸ También ha indicado que únicamente la jurisdicción supranacional «de ser el caso, está habilitada para rectificar la decisión del Tribunal Constitucional».

²⁹ Cfr. VILELA CARBAJAL, Karla. «El derecho a la cosa juzgada». En: *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 307 y ss.; MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. «Cosa juzgada y cultura jurídica. A propósito de una polémica decisión del Consejo Nacional de la Magistratura». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Año X, N.º 10, Lima, p. 231 y ss.

³⁰ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que «excepcionalmente, en ciertos supuestos, el ordenamiento procesal habilita determinados cauces procesales para que una sentencia con calidad de cosa juzgada y el proceso del que ella deriva puedan ser declarados nulos. De ello se infiere que en el caso de que una sentencia con calidad de cosa juzgada haya sido declarada nula dentro de los supuestos y, en especial, a través de los cauces procesales previstos por nuestro ordenamiento, no se habrá producido una infracción de la prohibición de dejar sin efecto resoluciones con calidad de cosa juzgada (...)» (STC Exp. N.º 01569-2006-PA/TC, fundamento 5).

(entre estos, el desarrollo más acabado tal vez esté relacionado a casos sobre filiación³¹ y sobre impunidad frente a delitos contra derechos humanos³²).

4.1.2. Otras perspectivas

Como quedó indicado, la comprensión formalista del mandato de irrevisabilidad e inimpugnabilidad de las sentencias con la calidad de cosa juzgada ha sido superada, incluso ya hace algún tiempo³³. Como adelantamos, excepcionalmente es posible revisar dicha regla, en aras a obtener justicia real y efectiva, lo cual no debería sorprender ni asustar en el contexto del actual Estado Constitucional³⁴. Ahora bien, al tratarse de una operación delicada, requiere de muchas precauciones, con la finalidad de que se trate de una revisión lo menos subjetiva o discrecional posible.

En lo que sigue, exploraremos tres estrategias argumentativas que permiten explicar jurídicamente cómo, pese a existir un mandato de irrevisabilidad formal y material *prima facie* de las resoluciones que tienen autoridad de cosa juzgada, no es posible interpretarlo como uno absoluto o incontrovertible.

4.1.2.1. Interpretación de la garantía de la cosa juzgada desde los criterios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica

Una primera opción argumentativa está representada por la comprensión de la garantía de la cosa juzgada a partir de los criterios interpretativos de «unidad de la Constitución» y de «concordancia práctica»³⁵. Así conside-

³¹ STC Exp. N.º 00550-2008-PA/TC.

³² STC Exp. N.º 04587-2004-AA/TC, STC Exp. N.º 00679-2005-PA/TC. En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la llamada «cosa juzgada aparente», en especial en relación con casos en los que algunos Estados buscaban extender la garantía formal de la cosa juzgada a decisiones cuyo verdadero propósito era generar impunidad ante afectaciones graves a derechos humanos, sea a través de leyes de amnistía (que, como se sabe, producen efectos de cosa juzgada) o mediante sentencias provenientes de juicios llevados a cabo sin las garantías de independencia e imparcialidad (cfr., entre otros, los casos *La Cantuta vs. Perú*, y *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*).

³³ Es más, en realidad nunca ha existido una prohibición absoluta de «relativizar» la institución de la cosa juzgada. Por el contrario, la «revisión de la sentencia» es una «institución jurídica milenaria»; cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. «Cosa juzgada y cultura jurídica...». *Op. cit.*, pp. 235-236.

³⁴ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy y SOSA SACIO, Juan Manuel «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones». En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, 2015, Lima, pp. 21-22.

³⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1983, p. 48.

rado, para entender adecuadamente qué protege el mandato constitucional de la inmutabilidad de la cosa juzgada será necesario apreciar el conjunto de bienes reconocidos constitucionalmente, y preguntarnos luego si lo que realmente busca la Constitución es santificar cualquier decisión judicial, aunque esta sea manifiestamente írrita, arbitraria o corrupta.

Al respecto, atendiendo a la existencia otros bienes relevantes contenidos en la Constitución, se revela que es imposible entender que la cosa juzgada santifique cualquier tipo de resolución, tornando inmutable e inmodificable su contenido a pesar de que incluya irregularidades graves o arbitrariedades manifiestas. Esto, porque impedir la revisión de sentencias con contenido palmariamente antijurídico, fraudulento o meramente antojadizo contraviene, cuando menos, los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 139, inciso 3 de la Constitución) y a la obtención de una resolución motivada en derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), además del mandato de interdicción de la arbitrariedad (inherente al Estado Constitucional y contenido en cláusulas constitucionales republicanas como las de los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución).

74

Siendo así, una interpretación no aislada y constitucionalmente aceptable de la garantía de la cosa juzgada —una que reconozca la existencia de otros bienes constitucionales valiosos—, permitiría entender que la irreversibilidad y la irrevocabilidad de las decisiones judiciales solo puede predicarse de aquellas mínimamente fundadas en Derecho (tanto en sentido formal como material) y, por ende, que no constituyen cosa juzgada (o que deben ser consideradas únicamente como cosa juzgada «aparente», «fraudulenta» o «inconstitucional») aquellas con incorrecciones graves, dañosas e irreparables.

4.1.2.2. Interpretación de la cosa juzgada como principio y su carácter «derrotable»

Además, otra posibilidad es entender a la inmodificabilidad y a la inimpugnabilidad de las decisiones del Tribunal Constitucional como «principios» antes que como «reglas», los cuales pueden ser ponderados³⁶.

³⁶ Vide, entre otros, ATIENZA y RUIZ MANERO. «Las normas regulativas: Principios y reglas». En: *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona, 2007, p. 23 y ss.; PORTOCARRERO, Jorge. «Sobre la distinción entre reglas y principios». En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Juan Manuel Sosa (Coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 103 y ss.

Desde esta posición, se tiene que en supuestos graves y excepcionales estos principios pueden ser desplazados por otros principios igualmente valiosos, atendiendo al mayor peso relativo de estos últimos. En este caso, ciertamente, además de ponderar las razones que subyacen al mandato de inmodificabilidad e impugnable de las sentencias con otros principios materiales relevantes, sería necesario ponderar también el principio formal que obliga *prima facie* a respetar aquellas reglas jurídicas³⁷.

Asimismo, como es sabido, para resolver este tipo de conflictos o colisiones entre principios la doctrina y la jurisprudencia nacional suele echar mano al test de proporcionalidad como herramienta metodológica para racionalizar el proceso intelectual/argumentativo que demanda la ponderación³⁸.

4.1.2.3. Interpretación de la cosa juzgada como regla y la existencia de excepciones

Una tercera alternativa es concebir a la garantía de la cosa juzgada como una regla, cuyas dimensiones directiva (lo que ordena) y justificativa (las razones que la regla protege) pueden entrar en tensión en casos concretos. De ocurrir esto, lo que corresponderá es reexaminar las razones que subyacen a la regla, para ver si lo que esta dispone es insuficiente por exceso (es *supraincluyente*, pues reguló más allá de lo necesario, afectando casos en los que la regla carece de justificación material y afectando a otros principios valiosos) o por defecto (la regla es *infraincluyente*, pues reguló menos de lo necesario, quedando fuera de sus alcances supuestos que deberían encontrarse regulados en nombre de las razones que subyacen a la regla), para con ello determinar si es necesario generar una excepción a lo que la regla establece expresamente³⁹.

³⁷ Cfr. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. «El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad». En: *Derecho del Estado*. N.º 27, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre del 2011, p. 86 y ss.

³⁸ En lo que concierne a este examen y su uso por el Tribunal Constitucional peruano, *vide*: INDACOCHEA, Úrsula. «Fundamento, estatus jurídico, caracteres y exigencias del principio de proporcionalidad». En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 8, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2008; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano». En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores), y SOSA SACTO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 158 y ss.

³⁹ Sobre esto último, in extenso: RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 87 y ss.

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la inmodificabilidad o la inimpugnabilidad de las decisiones del Tribunal son mandatos excepcionalmente «derrotables», siendo necesario entender, a estos efectos, cuál es la razón que justifica a esta regla, para analizar si existe un desajuste entre lo que prescribe la garantía de la cosa juzgada, de una parte, y la justificación que subyace a dicho mandato, de otra. Este desajuste, dependiendo del caso, podría fundamentar que se haga una excepción a la cosa juzgada entendida como regla, precisamente en nombre de las razones o los principios que esta protege.

Con respecto a la razón o principio que subyace a la cosa juzgada, se ha sostenido que esta pretende garantizar la «seguridad jurídica». Y, si este es el caso, es claro que entender la regla de inmutabilidad o irrevisabilidad en sentido absoluto, sin matices, terminaría siendo infraincluyente, pues obviaría la existencia de casos excepcionales en los que las propias decisiones judiciales generan incertidumbre y contravienen la seguridad jurídica, al haber sido expedidas con arbitrariedad. Efectivamente, hay casos en los que la propia razón que sustenta materialmente a la cosa juzgada como regla (la seguridad jurídica, por ejemplo) es la que precisamente justifica derrotar el mandato de inimpugnabilidad o inmutabilidad, admitiéndose de este modo, de manera legítima, la posibilidad de declarar nulas las resoluciones *prima facie* investidas con autoridad de cosa juzgada⁴⁰.

76

Desde luego, discursivamente es posible usar estas tres estrategias argumentativas de manera conjunta, si bien consideramos que lo conceptualmente más ordenado sería echar mano a una sola de ellas, en la medida que parten de presupuestos y concepciones iusteóricas diferentes⁴¹.

⁴⁰ Volveremos a esta relación entre nulidad y seguridad jurídica posteriormente, en el acápite dedicado específicamente a la seguridad jurídica.

⁴¹ Como, en efecto, se hace en los votos singulares del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña. Por otra parte, en el voto singular de la magistrada Marianella Ledesma (ATC Exp. N.º 04617-2012-PA/TC, caso Panamericana Televisión), si fueron utilizados los tres argumentos señalados *supra*, como se aprecia con claridad en el resumen preparado por José Miguel Rojas Bernal, y que aparece en: ROJAS BERNAL, José Miguel. «Cosa juzgada constitucional derrotable». En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, 2015, Lima, pp. 71-72.

4.2. Segunda objeción aparente: la seguridad jurídica

Por otro lado, se afirma también que un bien jurídico que podría verse trasgredido, en caso de declararse nulas decisiones del Tribunal Constitucional, es el principio de seguridad jurídica⁴². Al respecto, es claro que cualquier revisión o anulación injustificada y desprolija de una resolución judicial sí sería contraria al principio de seguridad jurídica; sin embargo, también es cierto que de esto no se desprende que cualquier revisión de una decisión del Tribunal Constitucional contravenga, *per se*, el mandato de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, como viene explicando reciente doctrina, hace alusión a un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad⁴³ antes que a una situación de total determinación, inmutabilidad y absoluta previsibilidad. Es decir, alude a cierto grado de previsibilidad o predecibilidad, y no a una «completa certeza jurídica»⁴⁴ (de imposible realización además, ya que, como es sabido, la realidad rebasará cualquier previsión normativa previa y obligará a hacer ajustes necesarios).

Esto es así porque la finalidad de la seguridad jurídica no es fijar el Derecho positivo de una vez por todas, sino que se *respete la autonomía de las personas*. En este sentido, se trata de un instrumento de realización de las personas en términos de *libertad, igualdad y dignidad*:

«[L]ibertad, porque cuando mayor sea el acceso material e intelectual del ciudadano (...) con relación a las normas que debe obedecer, y cuanto mayor sea la estabilidad, mayores serán sus condiciones de concebir su presente y planificar su futuro; igualdad, porque cuanto más generales y abstractas sean las normas y más uniformemente se apliquen, tanto mayor será el tratamiento igualitario del ciudadano (...); y dignidad, porque cuanto más accesibles y estables sean las normas y más justificadamente se apliquen, con tanta más intensidad se estará tratando al ciudadano como ser capaz de autodefinirse autónomamente, bien por el respeto presente en la autonomía ejercida en el pasado, bien por el respeto futuro de la autonomía ejercida en el presente»⁴⁵.

⁴² Cfr. ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC (caso Sipión Barrios), fundamento 12.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 573.

⁴⁴ En este sentido Renzo Cavani, siguiendo a Paulo Mendes de Oliveira, se ha referido a la cosa juzgada como «alto grado de indiscutibilidad»; CAVANI, Renzo. «Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano». En: *Estudios sobre las nulidades procesales*. *Op. cit.*, pp. 17-18.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 567 (cursivas agregadas).

De similar manera, se ha sostenido también que:

«La existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva»⁴⁶.

Así considerada, la seguridad jurídica es pues un *valor utilitario*, en el sentido de que es «un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal; y en términos sociales, el formar parte del entramado institucional que posibilita el desarrollo de los derechos humanos, o dicho de otro modo, el desarrollo de la justicia»⁴⁷.

Ahora bien, en lo que corresponde al ordenamiento jurídico nacional, si bien la seguridad jurídica no ha sido incorporada expresamente por la Constitución, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, con acierto, que se trata de un contenido constitucional implícito, que se manifiesta en varias disposiciones de nuestra Norma Fundamental⁴⁸. Y, en cuanto al contenido que garantiza la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional ha indicado que a través de ella se «busca asegurar al individuo una *expectativa razonablemente fundada* respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad»⁴⁹. De esta forma, el principio de seguridad jurídica

⁴⁶ LIFANTE, Isabel. «Seguridad jurídica y previsibilidad». En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N2 36, 2013, p. 88 (Lifante, en parte, sigue los conocidos planteamientos de Francisco Laporta en su obra *El imperio de la ley*)

⁴⁷ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁸ «Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2, inciso 24, párrafo a («Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2, inciso 24, párrafo d («Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley») y 139, inciso 3 («Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación»)» (STC Exp. N.º 00016-2002-AI/TC fundamento 4).

⁴⁹ STC Exp. N.º 0001-2003-AI/TC y otro (acumulados), fundamento 3.

no pretende garantizar de manera inexorable y a rajatabla cualquier decisión; por el contrario, lo que protege son *expectativas razonablemente fundadas* cuando se actúa conforme a Derecho. En efecto, como señala el Tribunal, la garantía de predecibilidad amparada por la seguridad jurídica «consolida la interdicción de la arbitrariedad»⁵⁰, ergo, no la avala y menos aún la blinda.

En este sentido, la protección de resoluciones inconsistentes e incoherentes con el orden jurídico constitucional no parece ser respetuosa de la idea de *razonable predictibilidad* a la que remite el mandato de seguridad jurídica, pues es claro que, sobre la base de consideraciones antijurídicas, no hay certeza ni previsión posible. Más aún: puede afirmarse que toda decisión abiertamente antijurídica es contraria al principio de seguridad jurídica. Por ello, inevitablemente se incurre en inconsistencia cuando se pretende justificar la santificación de decisión judiciales írritas en nombre de la seguridad jurídica. Bien visto, no es precisamente la «seguridad jurídica» (previsibilidad conforme a Derecho, en aras a optimizar la autonomía personal) lo que se garantiza cuando se pretende dotar de inmutabilidad a decisiones antijurídicas, lo que se blinda en realidad, lamentablemente, es algo del todo opuesto (v. gr. anomia, arbitrariedad, fraude o injusticia, esto con forma de decisión jurídica).

A mayor abundamiento, es necesario tener en cuenta que el procesalismo contemporáneo, atendiendo a la efectividad real de los derechos fundamentales y a la idea de proceso justo, se refiere cada vez más a la seguridad jurídica «en sentido dinámico», considerando que esta «debe ser medida por la estabilidad de su finalidad», es decir, teniendo en la efectividad de los derechos, y no como fin en sí mismo. De esta perspectiva, «[n]o se busca más el absoluto de la seguridad jurídica, sino la seguridad jurídica afectada de un coeficiente, de una garantía de realidad. En esa nueva perspectiva, la propia seguridad jurídica induce al cambio, al movimiento, visto que debe estar al servicio del objetivo mediato de permitir la efectividad del derecho fundamental»⁵¹.

Más precisamente, en lo correspondiente a la nulidad, la doctrina procesal ha explicado nítidamente que «[e]l instituto de la nulidad vino al

⁵⁰ STC Exp. N.º 00016-2002-AI/TC, fundamento 3.

⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. «El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales». En: *Revista de Derecho*. Vol. XXII, N.º 1, Valdivia, julio de 2009, p. 195.

ordenamiento jurídico para asegurarle seguridad. Es la penalización por el no cumplimiento de orden imperativo, que implique el desvío de finalidad del acto procesal realizado en perjuicio a la parte que no le dio causa»⁵². En otras palabras, ya que la nulidad revierte una decisión abiertamente antijurídica (por ende, imprevisible y contraria a derechos e intereses), es solo con instrumentos como este que se asegura que las actuaciones y decisiones, pese a irregularidades iniciales, terminen fundándose en Derecho, y en ese sentido generando certeza en los justiciables y operadores del Derecho en general.

Vemos entonces que la doctrina contemporánea y relevante, tanto en la Teoría del Derecho como en el Derecho Procesal, considera que es un yerro referirse a la seguridad jurídica de manera independiente del contenido del Derecho. Y es que la seguridad jurídica protege «expectativas jurídicas razonablemente fundadas» y no contenidos arbitrarios e írritos. En efecto, al ser así, «no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse en igual medida (es decir generar el mismo grado de previsibilidad) independientemente de la justicia o injusticia del derecho del que se predica»⁵³.

80

Así considerado, no es posible justificar la absoluta intangibilidad de resoluciones con contenido antijurídico, defendiendo una supuesta santidad de la cosa juzgada, apelando para ello a la seguridad jurídica sin más. Por el contrario, lo que realmente sería deferente con este principio es la moderada posibilidad de que resoluciones jurídicas írritas e insubsanables sean revertidas, para así obtener una decisión judicial realmente fundada en Derecho (que sería el grado de predictibilidad que cualquier persona debería esperar, para poder desplegar su autonomía de manera digna y plena).

4.3. Tercera objeción aparente: ausencia de norma expresa que regule la institución

Otra objeción a que el Tribunal declare la nulidad de sus propias decisiones se basa en que la institución de la nulidad de las resoluciones no se encuentra expresamente regulada en la legislación procesal constitucional⁵⁴.

⁵² TANGER JARDIM, AUGUSTO. «De las nulidades procesales». En: *Estudios sobre las nulidades procesales*. Renzo Cavani (coordinador), Gaceta Jurídica. Lima, 2010, p. 490.

⁵³ LIFANTE, Isabel. Ob. cit., p. 104.

⁵⁴ Cfr. ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC (caso Sipión Barrios), fundamentos 5 y 6.

Nosotros discrepamos de tal afirmación, pues consideramos que la potestad para que el Tribunal declare la nulidad de sus propias resoluciones encuentra justificación desde una interpretación razonable de la Constitución⁵⁵, el Código Procesal Constitucional y el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional⁵⁶. Esto no de manera forzada ni por arte de birlibirloque: existen disposiciones que aluden expresamente a la posibilidad de que las decisiones del Tribunal Constitucional sean declaradas nulas (artículo 11-A del Reglamento Normativo), previsión a la que bien podría aplicársele supletoriamente las disposiciones sobre la nulidad previstas en el Código Procesal Civil (art. 171 y ss.), conforme lo prevé el Código Procesal Constitucional para los casos en los que este no contenga una regulación específica (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Ahora bien, no obstante lo anterior, es necesario decir algo más: incluso si realmente no hubiera una regulación en esta materia, debe tenerse en cuenta que la labor de los jueces del Tribunal Constitucional (y similares cortes de vértice) no consiste tan sólo en interpretar disposiciones o aplicar normas puestas. De ellos también se espera la pacificación de conflictos, incluso los más álgidos de una comunidad política, conforme al rol institucional que les ha asignado la Constitución. Y, como es sabido, esta importantísima función institucional de las cortes constitucionales en muchas ocasiones en la historia les ha llevado a reconocer para sí algunos poderes considerados implícitos en sus competencias, ejerciéndolos a pesar de que no se encontraban taxativamente reglamentados.

Esto, ciertamente, de nuevo pone en evidencia la insuficiencia de acudir únicamente a los textos legales para resolver casos complejos, así como la insatisfacción de respuestas simplificadoras del tipo: «no está regulado expre-

⁵⁵ En nuestro el ordenamiento constitucional, las resoluciones judiciales deben estar fundadas en Derecho, existe el derecho a la tutela judicial efectiva (y no sólo nominal o formal) y la Constitución prevalece frente a cualquier norma (como los códigos procesales, por ejemplo).

⁵⁶ El Código señala como fines de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar), el principio de informalismo procesal (artículo III del Título Preliminar) y que únicamente adquiere calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo (artículo 6), lo cual merece una interpretación material (verificándose que realmente se resuelve conforme a Derecho aquello que es materia de la demanda constitucional) y no sólo formal (es decir, que no se constate únicamente si la demanda fue declarada fundada o infundada).

samente», «entiendo la justificación (constitucional)brindada, pero sucede que hay una disposición en sentido contrario» o «el texto expreso de la ley no me permite interpretar/resolver el caso de otro modo», respuestas tal vez admisibles sólo en casos muy simples o fáciles.

Tal vez valga la pena, para cerrar este tema, hacer notar las diferencias entre lo sostenido en el caso Sipión Barrios (ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC) por la resolución en mayoría, y lo que resolvió la Corte Constitucional colombiana frente a un problema similar, hace ya más de quince años:

«En el caso de la nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional, aparentemente se podría decir que finalizada la actuación en la Corporación y ejecutoriada la sentencia de revisión, la Corte ha perdido la competencia. Sin embargo, la solución no puede ser tan simple porque los derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 1) así como la misma regulación del debido proceso (art. 29 C.N) constituyen límites materiales al ejercicio de actitudes del Estado, luego estos principios deben preferir a una teoría sobre pérdida de competencia. Además, los derechos fundamentales (art. 2 C.N) por su naturaleza son auténticos derechos subjetivos, como tales son plenamente exigibles a los poderes públicos, pudiendo cualquier persona demandar su respeto, aún sin necesidad de esperar desarrollo legal alguno (art. 85 C.N.), pues una Constitución normativa (art. 4 C.N.) tiene que ser eficaz desde el punto de vista jurídico, y lo es ante todo, en la medida que sus derechos fundamentales, tengan efectiva vigencia y eficacia jurídica. Luego, una de las funciones de la Corte Constitucional es revisar si en sus sentencias en tutela ha incurrido o no en violación al debido proceso. Así debe entenderse la competencia». (Auto 022/99, fundamento 5).

4.4. Cuarta objeción aparente: el Tribunal Constitucional no declara la nulidad de sus decisiones

Una cuarta y última objeción que puede plantearse es que el Tribunal Constitucional no tiene como práctica declarar la nulidad de sus propias resoluciones y, por lo tanto, se le podría estar forzando a hacer algo indebido, reñido con la legalidad y la jurisprudencia constitucional⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC (caso Sipión Barrios), fundamento 14.

Sin embargo, la realidad va en sentido contrario: el Tribunal Constitucional ha reflexionado detenidamente en la posibilidad de declarar la nulidad de sus propias resoluciones, y existe abundante jurisprudencia en la que este órgano colegiado ha ejercido y reivindicado para sí tal facultad.

En efecto, el Tribunal ha resuelto, en numerosas ocasiones, la nulidad de sus decisiones finales. Como ya ha sido expresado con detalle⁵⁸, el calificado intérprete de la constitucionalidad, con diversas composiciones, ha declarado nulidades sustentadas tanto en vicios de forma como de fondo⁵⁹.

No solo ello, sino que ha fundamentado detenidamente la posibilidad de declarar la nulidad de sus decisiones de fondo sobre la base de consideraciones constitucionales, legales y doctrinarias. Entre estas, destacan especialmente la RTC Exp. N.º 6348-2008-PA/TC, de fecha 2 de agosto de 2010 (fundamentos 8-10), y la RTC Exp. N.º 0294-2009-PA/TC, de fecha 3 de febrero de 2010 (fundamentos 11-18).

Así, por ejemplo, tenemos resoluciones en las que, refiriéndose específicamente a la posibilidad de que el Tribunal declare la nulidad de sus propias resoluciones, ha explicado que:

«[L]a nulidad procesal es el instituto natural por excelencia que la ciencia procesal prevé como remedio procesal para reparar un acto procesal viciado, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos, que lo coloca en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte» (RTC Exp. N.º 6348-2008-PA/TC, fundamentos 8-10).

⁵⁸ Véase, al respecto, los cuadros incorporados por el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña en sus votos singulares de los casos Panamericana Televisión y Sipón Barrios; asimismo, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy y Sosa Sacio, Juan Manuel «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones». En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, 2015, Lima, pp. 27-29.

⁵⁹ Entre algunas de las nulidades sustentadas en vicios de forma, tenemos: RTC Exp. N.º 02386-2008-AA/TC-Nulidad, RTC Exp. N.º 02488-2011-HC/TC-Nulidad, RTC Exp. N.º 5314-2007-PA/TC-Nulidad, RTC Exp. N.º 03681-2010-HC/TC-Nulidad, RTC Exp. N.º 00831-2010-PHD/TC-Nulidad y RTC Exp. N.º 03992-2006-AA/TC. Entre las nulidades sustentadas en vicios de fondo, encontramos: RTC Exp. N.º 04324-2007-AC Nulidad, RTC Exp. N.º 00978-2007-AA/TC, RTC Exp. N.º 06348-2008-AA Resolución (RTC 8230-2006-AA), RTC Exp. N.º 4104-2009-AA/TC, RTC Exp. N.º 2023-2010-AA/TC-Nulidad, RTC Exp. N.º 00705-2011-AA Nulidad, RTC Exp. N.º 2046-2011-HC/TC Reposición y RTC Exp. N.º 02135-2012-AA Nulidad.

Lo citado –que parece un asunto obvio– merece ser leído además en consonancia con esta otra referencia, en la que el calificado intérprete de la constitucionalidad precisa que:

«[L]a nulidad de los actos procesales no se justifica en la simple voluntad de la ley. No admite una consideración de la nulidad por la simple nulidad, porque así se expresa o porque es voluntad de la ley, sino porque en el establecimiento de determinadas formalidades que se observen en dicho actos procesales, subyacen bienes constitucionalmente protegidos» (RTC Exp. N.º 00197-2005-PA/TC, fundamento 7 *in fine*).

Siendo así, existiendo antecedentes en los que el Tribunal Constitucional ha declarado la nulidad de sus resoluciones y fundamentado dicha potestad, toda decisión en sentido contrario debería referirse expresamente a estos criterios, debiéndose explicar las razones para apartarse de la jurisprudencia anterior, si fuera el caso.

A mayor abundamiento, puede tenerse en cuenta también que esta potestad nulificante no es un asunto privativo del Tribunal Constitucional peruano, sino que también es una potestad utilizada por otras cortes constitucionales.

84

Así, por ejemplo, entre las cortes más importantes de la región, la Corte Constitucional de Colombia no solo ha reconocido y ejercido su potestad de declarar nulas sus sentencias, incluso a pesar de las limitaciones que aparentemente plantearía la lectura literal de alguna de su normativa, sino que, además, ha indicado expresamente algunas causales y presupuestos que le permitan declarar la nulidad de sus decisiones⁶⁰.

Y la Corte Suprema argentina, que hace las veces de corte constitucional en su país, también ha creado pretorianamente esta atribución, desde cero, para situaciones excepcionales y extraordinarias, tanto por razones formales (errores *in procedendo*) como por razones de fondo (errores *in iudicando*)⁶¹.

⁶⁰ Cfr., entre otras, las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, Auto 045/14 y Auto 022/13.

⁶¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. «La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales. Análisis comparativo entre Argentina y Perú». En: *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04317-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión. Op. cit.*, pp. 14-15.

Con lo anotado, debería quedar claro que hay diversas razones por las que es posible y necesario abandonar interpretaciones formalistas del tema que aquí planteamos. Conforme hemos señalado, ello requeriría, por ejemplo, interpretar adecuadamente la institución de la cosa juzgada; entender que la seguridad jurídica no puede concebirse como una garantía para actos írritos; ver que el Tribunal Constitucional sí cuenta con habilitación legal para declarar la nulidad de sus decisiones (y en su defecto, estaría completamente justificado implementar dicha regulación), y aceptar que en la práctica nuestro Tribunal Constitucional ha hecho uso de esta potestad nulificante.

V. Propuesta para racionalizar la declaración de nulidad de las sentencias del TC

Por último, vale la pena detenernos a analizar, siquiera de manera sucinta, los criterios ofrecidos por el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña en sus votos singulares⁶², que tienen por finalidad que el Tribunal Constitucional cuente con pautas razonables para discutir y/o decidir, de manera excepcional, declarar la nulidad de sus propias decisiones finales.

La propuesta del referido magistrado hace referencia a tres tipos de vicios: (1) vicios graves de procedimiento, (2) vicios o errores graves de motivación y (3) vicios sustantivos contra el orden constitucional. Estos vicios, desde luego, podrían servir al Tribunal Constitucional (o a los jueces constitucionales, en general) para evaluar declarar la nulidad de cualquier decisión judicial (por ejemplo, al momento de resolver los amparos contra resoluciones judiciales). Por ello, debemos destacar que el universo de supuestos ofrecidos por el magistrado aparezca acotado a las infracciones más graves (y que nosotros venimos considerando como «incorrecciones graves, dañosas e insubsanables»), pues solo estas justificarían que el Tribunal declare la nulidad de sus resoluciones.

Así, con respecto a los primeros vicios –los de procedimiento (1)– le estaría permitido al Tribunal declarar la nulidad de sus sentencias frente a (1.1) supuestos de inexistencia del acto procesal (vicios relacionados con el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolu-

⁶² Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña en el ATC Exp. N.º 03700-2013-PA/TC (caso Sipión Barrios), fundamentos 19-20.

ción válida), y a vicios de procedimiento que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa (1.2).

En relación con los vicios o errores graves de motivación (2), ha indicado que la nulidad podría declararse por: (2.1) problemas probatorios de gravedad, lo que podría estar referido especialmente a los supuestos en que se haya resuelto un caso sin valorar un prueba indispensable; (2.2) vicios de motivación referidos a la coherencia narrativa (inteligibilidad de la resolución), consistencia normativa (elemental conformidad jurídica) y/o congruencia con el objeto de discusión (que la solución tenga realmente que ver con lo planteado en el caso), y (2.3) errores de mandato, que puede ser el caso en que se haya dispuesto mandatos imposibles de ser cumplidos o destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, por ejemplo.

Finalmente, están (3) los vicios de infracción constitucional (vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional), supuestos en los que el Tribunal se encontraría habilitado para anular resoluciones por tener un contenido contrario (3.1) a los precedentes constitucionales vinculantes, (3.2) a incuestionable doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal, o (3.3) cuando se haya trasgredido, de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente.

Señalado esto, creemos que puede ser de utilidad el siguiente cuadro, en el que reseñamos algunos casos en los que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de sus decisiones, a los cuales los vinculamos con cada uno de los criterios ofrecidos por el magistrado Espinosa-Saldaña antes referidos:

La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones...

(1) VICIOS GRAVES DE PROCEDIMIENTO	
(1.1) VICIOS EN FORMALIDADES CONSTITUTIVAS DE UNA RESOLUCIÓN VÁLIDA	
RTC Exp. N° 02488-2011-HC/TC. Nulidad, de fecha 22 de diciembre de 2011.	A través de razón de relatoría y resolución de presidencia se declara, de oficio, la nulidad de una sentencia y actos posteriores, por contener la firma de un magistrado equivocado.
RTC Exp. N° 5314-2007-PA/TC. Nulidad, de fecha 26 de abril de 2010.	A través de resolución de Sala se declara de oficio (aunque con ocasión de un pedido de nulidad presentado) nula y sin efecto la resolución, remitiendo los autos al magistrado respectivo para que, a la brevedad posible, emita su ponencia y continúe la causa según su estado.
RTC Exp. N° 03681-2010HC/TC. Nulidad, de fecha 11 de mayo de 2012.	Se declara, con ocasión de resolver recursos de nulidad y de reposición, la nulidad de una sentencia porque se contó mal el sentido de los votos y se llama al magistrado correspondiente para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate.
RTC Exp. N° 00831-2010-PHD/TC. Nulidad, de fecha 10 de mayo de 2011.	A través de resolución de presidencia se declara, a pedido de parte (solicitud de aclaración), la nulidad de una sentencia, pues se contabilizó mal el voto de un magistrado, por lo cual no se había conformado resolución válida.
(1.2) VICIOS INSUBSANABLES QUE AFECTAN GRAVEMENTE EL DERECHO DE DEFENSA	
RTC Exp. N° 03992-2006-AA/TC, de fecha 31 de octubre de 2007.	Se declara, mediando escrito de parte, la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirima, impidiéndose con ello que las partes puedan presentar sus alegatos, si lo deseaban. Se acepta la abstención de un magistrado «pues puede dudarse de su imparcialidad en razón a que se cometió un error en la tramitación del expediente ajeno a su conocimiento» y se ordena que «por Secretaría General se realicen las investigaciones y se sancionen a los responsables conforme lo decretado por el Presidente del Tribunal Constitucional».
RTC Exp. N° 02386-2008-AA/TC. Nulidad, de fecha 12 de noviembre de 2009.	Se declara, a pedido de parte (a través de recursos de aclaración y de nulidad), la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el llamamiento del magistrado correspondiente para dirimir la discordia.

(1.2) VICIOS INSUBSANABLES QUE AFECTAN GRAVEMENTE EL DERECHO DE DEFENSA	
RTC Exp. N° 00294-2009-PA/TC. Aclaración, de fecha 25 de octubre de 2010.	El Tribunal señala que procede solicitar la nulidad procesal de sus resoluciones, y que esta debe presentarse «en la primera oportunidad que la parte perjudicada tuviera para hacerlo, debiendo acreditarse con medios probatorios suficientes que el vicio procesal resulta constitucionalmente relevante para la resolución del caso concreto». Ofrece como ejemplo que habilita a pedir la nulidad al «defecto de notificación» que «genere indefensión a las partes (notificación efectuada sin observancia de las reglas establecidas por ley o reglamentos, falta de notificación de causas ya sometidas a audiencia), entre otras situaciones».

(2) VICIOS O ERRORES GRAVES DE MOTIVACIÓN

(2.1) VICIOS GRAVES POR DESCONOCIMIENTO PROBATORIO (SE IGNORÓ UNA PRUEBA EXISTENTE)

RTC Exp. N° 00978-2007-AA/TC, de fecha 21 de octubre de 2009.	El Tribunal inicialmente declaró improcedente la demanda por (supuestamente) no haber recibido una información solicitada al demandante. Sin embargo, mediando escrito de parte, detectó que esta sí se había recibido, por lo que declaró la nulidad de la resolución para emitir una nueva.
RTC Exp. N° 4104-2009-AA/TC, de fecha 10 de mayo de 2011.	Mediando el pedido de una de las partes (nulidad), el Tribunal anuló su decisión, reconociendo que omitió evaluar un medio probatorio.
RTC Exp. N° 00705-2011-AA/TC. Nulidad, de fecha 3 de agosto de 2011.	El Tribunal, al emitir su sentencia, impuso una multa de 25 URP a una aseguradora, considerando que esta, en complicidad con unos médicos, emitió una certificación médica alterando la verdad de manera intencional en perjuicio de tercero; sin embargo, posteriormente, la multada (a través de un pedido de nulidad parcial de sentencia) puso en conocimiento del Tribunal Constitucional la resolución que archivó la denuncia penal contra la aseguradora, y ante ello, este órgano colegiado resolvió que, «dado que la empresa demandada ha probado fehacientemente que el hecho motivador de la sanción en su contra ha desaparecido por haberse archivado la denuncia penal, corresponde modificar la sentencia de autos en este extremo, dejando sin efecto la multa impuesta (...) y corrigiendo el extremo en que se señala que la demandada ha actuado con palmaria mala fe» ⁶³ .

⁶³ Valga precisar que en este caso estamos ante un supuesto de nulidad parcial de la resolución del Tribunal, pues solo afecta a uno de sus extremos.

La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones...

(2.1) VICIOS GRAVES POR DESCONOCIMIENTO PROBATORIO (SE IGNORÓ UNA PRUEBA EXISTENTE)	
RTC Exp. N° 2046-2011-HC/TC. Reposición, de fecha 7 de setiembre de 2011.	Con ocasión de resolver un pedido de parte (reposición), la Sala del Tribunal Constitucional declaró la nulidad de su resolución (junto con todo lo actuado después de la vista de la causa), debido a que no se valoró un documento crucial, que demostraba que se mantenía la detención del demandante y que no se había producido la sustracción de la materia, como había declarado inicialmente el Tribunal Constitucional.
RTC Exp. N° 02135-2012-AA/TC. Nulidad, de fecha 6 de enero de 2014.	Atendiendo el pedido de nulidad de sentencia formulado por una de las partes, la Sala del Tribunal Constitucional declaró nula la resolución cuestionada porque tomó en cuenta como prueba un documento (Acta de Infracción) que, de modo expreso, había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. n.° 02698-2012-PA/TC). Con ello, ordenó que se fije una nueva fecha para la vista de la causa.
(2.2) PROBLEMAS GRAVES DE COHERENCIA NARRATIVA, CONSISTENCIA NORMATIVA Y/O CONGRUENCIA PROCESAL ⁶⁴	
RTC Exp. N° 2023-2010-AA/TC. Nulidad, de fecha 18 de mayo de 2011.	Con ocasión de resolver un pedido de aclaración presentado por el demandante, el Tribunal encontró que lo resuelto no correspondía al expediente, esto es, que no existía congruencia entre los fundamentos y lo solicitado en la demanda. Ante ello, declaró nulo lo actuado luego de la vista de la causa y se dispuso se continúe con la tramitación del expediente.
(2.3) FALLOS CON MANDATOS DE INDEBIDA O IMPOSIBLE EJECUCIÓN	
RTC Exp. N° 04324-2007-AC/TC. Nulidad, de fecha 3 de octubre de 2008.	A propósito del pedido de nulidad del demandante, el Tribunal verificó que había desestimado una demanda de cumplimiento por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos por la STC Exp. n.° 0168-2005-PC, expresando que la normas invocadas (referidas a la reincorporación del actor a su puesto de trabajo) contenían un «mandato condicionado» («los ex trabajadores podrán ser incorporados al puesto de trabajo del que fueron cesados en la medida en que existan las correspondientes plazas vacantes y presupuestales y aquellos que no alcancen plaza vacante podrán ser reubicados en otras igualmente vacantes del sector público»). Sin embargo, el Tribunal constató que no tuvo en cuenta que el recurrente ya se encontraba laborando en una plaza presupuestada y vacante, en virtud a una medida cautelar confirmada en segunda instancia, por lo que declaró nula la vista de la causa y actos posteriores (entre ellos, la sentencia del Tribunal Constitucional), y ordenó que se emita nueva resolución.

⁶⁴ Por cierto, una resolución que no debería dejarse pasar por alto es la RTC Exp. N° 02046-2013-HC/TC. Reposición, de fecha 30 de mayo de 2014. En ella el Tribunal, resol-

(2.3) FALLOS CON MANDATOS DE INDEBIDA O IMPOSIBLE EJECUCIÓN	
RTC Exp. N° 06348-2008-AA/TC. Resolución (RTC 8230-2006-AA/TC), de fecha 2 de agosto de 2010.	En su sentencia inicial el Tribunal Constitucional ordenó a la sala de segundo grado que admita a trámite la demanda, no obstante que esta originariamente ya lo había hecho. Ante ello, la sala superior hizo una consulta al Tribunal, el cual, atendiendo a la contradicción existente, declaró nula su resolución y señaló una nueva fecha para la vista de la causa, luego de lo cual emitiría pronunciamiento de fondo. El Tribunal en esta ocasión (a diferencia de las otras) fundamentó su «potestad nulificante».

(3) VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD	
(3.1) CONTRAVENCIÓN DE PRECEDENTES Y (3.2) CONTRAVENCIÓN DE INDISCUTIBLE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	
RTC Exp. N° 3908-2007-PA/TC, de fecha 11 de febrero de 2009.	El Tribunal dejó sin efecto el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC Exp. N° 04853-2004-PA/TC, que había establecido el «recurso de agravio constitucional a favor del precedente». El Tribunal decidió esto porque el referido precedente, en realidad no estaba acorde con los criterios establecidos en la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC (doctrina jurisprudencial), reiterados posteriormente en la STC Exp. N° 03741-2004-PA/TC (precedente vinculante).

viendo un recurso de aclaración (entendido como reposición), señaló que, al emitir su fallo, no apreció adecuadamente los alegatos de la demanda y que esta (que había sido declarada improcedente) en realidad sí se refería al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, por lo que declaró nula la publicación y la notificación de la improcedencia, para emitir entonces una nueva resolución sobre el fondo.

Este caso, desde luego, no supera ninguno de los criterios ofrecidos por el magistrado Espinosa-Saldaña (no es un supuesto de problema graves de coherencia narrativa, consistencia normativa y/o congruencia procesal) y, en ese sentido, no encontraría justificada tan irregular y extraña anulación.

La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones...

(3.3) CONTRAVENCIÓN DE COMPETENCIAS O ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES AJENAS ⁶⁵	
RTC Exp. N° 04293-2012-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014.	El Tribunal dejó sin efecto el precedente contenido en la STC Exp. N° 03741-2004-PA/TC, que estableció el llamado «control difuso administrativo». El Tribunal justificó esta decisión considerando que el precedente era contrario a la Constitución, pues extendió la competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad a órganos sin función jurisdiccional, cuando la referida competencia es privativa de los jueces.
RTC Exp. N° 00791-2014-PA/TC. Reposición, de fecha 15 de julio de 2014.	Resuelto por la actual composición del Tribunal Constitucional. El Pleno resolvió el pedido de nulidad (entendido como reposición) presentado por el procurador público del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) contra la resolución emitida en etapa de ejecución por este órgano colegiado, en la cual se ordenaba al CNM nombrar como fiscal supremo al recurrente (Mateo Castañeda Segovia), lo cual, según lo argumentado por el procurador, era contrario la sentencia de fondo emitida por este Alto Tribunal así como lesiva de las competencias constitucionales del CNM.
(3.3) CONTRAVENCIÓN DE COMPETENCIAS O ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES AJENAS ⁶⁶	
	El Tribunal declaró la nulidad de lo actuado desde la decisión del Tribunal Constitucional, de fecha 9 de setiembre de 2013 (emitida en etapa de ejecución), por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2012, y por afectar las competencias exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura.

⁶⁵ En este caso el Tribunal, en vez de declarar nulo el precedente (contenido en un extremo de la STC Exp. N° 04853-2004-PA/TC), lo «deja sin efectos».

⁶⁶ En el caso de la RTC Exp. N° 00791-2014-PA/TC-Reposición y la RTC Exp. N° 0776-2014-PA/TC-Reposición, las anulaciones, si bien recae en resoluciones del Tribunal, no invalidan decisiones de fondo.

<p>RTC Exp. N° 0776-2014-PA/TC. Reposición, de fecha 7 de octubre de 2014.</p>	<p>Resuelto por la actual composición del Tribunal Constitucional. El Pleno resolvió el pedido de nulidad (entendido como reposición) presentado por el procurador público del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) contra la resolución emitida en etapa de ejecución por este órgano colegiado, en la cual se ordenaba al CNM nombrar como fiscal supremo al recurrente (César Hinostroza Pariachi). El procurador argumentó que la decisión del Tribunal era contraria a la sentencia de fondo emitida por el mismo órgano colegiado, así como lesiva de las competencias constitucionales del CNM. El Tribunal declaró la nulidad de lo actuado desde la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013 (emitida en etapa de ejecución), por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y por afectar las competencias exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura.</p>
--	---

Los vicios arriba reseñados, reiteramos, forman parte de un universo mayor: los vicios o infracciones al debido proceso judicial que pueden ser materia de control en sede constitucional.

92

Siendo así, entonces, no es que no cualquier afectación al debido proceso justificará que el Tribunal pueda declarar la nulidad de sus resoluciones. Por el contrario, esta decisión, difícil y excepcional, tan solo quedará justificada por la existencia de vicios gravísimos e insubsanables en el ámbito del debido proceso, frente a los cuales la única forma de reparar las infracciones ocurridas es que el propio Tribunal Constitucional deshaga su decisión antijurídica⁶⁷.

⁶⁷ De hecho, el Tribunal Constitucional cuando encuentra errores o vicios leves en sus sentencias –es decir, cuando estos no revisten gravedad– puede recurrir a la corrección o la integración de sus sentencias. Por ejemplo: ATC Exp. N° 02397-2013-AA/TC-Aclaración, ATC Exp. N° 06072-2009-AA-Aclaración, ATC Exp. N° 05280-2013-HC-Resolución, RTC Exp. N° 05012-2009-PA/TC-Aclaración (caso límite, que también podría haber sido declarado nulo), entre otros. Mención aparte merece el ATC Exp. N° 02880-2013-HC/TC-Aclaración, en el que el Tribunal pudo corregir un error manifiesto en una de sus decisiones, no obstante lo cual decidió mantener incólume el fallo viciado, en nombre del principio de la cosa juzgada; cfr., al respecto, RAMÍREZ VARELA, Lilia. «Sobre la cosa juzgada constitucional y la indebida motivación en un caso de corrupción de alto funcionario público». En: *Derecho PUCP*. N° 74, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2015, p. 535 y ss.

VI. Consideraciones finales

Como se ha indicado, a partir de una perspectiva formalista –que subordina los fines a las formas– en recientes decisiones el Tribunal Constitucional se negó a sí mismo la posibilidad de declarar la nulidad de sus sentencias, pese a que estas pudieran ser manifiestamente írritas. En este trabajo hemos defendido una perspectiva diferente, conforme a la cual es razonable, y a veces hasta constitucionalmente necesario, declarar la nulidad de algunas decisiones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables.

Asimismo, hemos explicado que no puede ofrecerse como argumentos válidos, para impedir al Tribunal ejercer esta potestad nulificante: (1) que la anulación de sentencias írritas contravenga la garantía de la cosa juzgada o el principio de seguridad jurídica; (2) que no existe una regulación procesal aplicable para declarar estas nulidades, o (3) que el Tribunal carece de jurisprudencia previa en la que resuelva la nulidad de sus decisiones finales. Por el contrario, hemos comprobado que existen interesantes decisiones en la que el Tribunal hace uso de las normas procesales pertinentes, y en las que justifica, desarrolla y ejerce su potestad nulificante.

Ahora bien, es cierto que esta potestad debe usarse de modo excepcional, limitando al máximo la posibilidad de que una sentencia de la máxima instancia de interpretación constitucional pierda eficacia. Teniendo en cuenta ello, hemos analizado y acogido la propuesta contenida en los votos singulares del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña. Tal propuesta, a nuestro parecer, concretiza adecuadamente los supuestos de «incorrecciones graves, dañosas e insubsanables» que consideramos sustentan la posibilidad de que el Tribunal declare excepcionalmente la nulidad de sus sentencias, y hemos corroborado asimismo que estos criterios se encuentran respaldados por la práctica jurisprudencial del calificado intérprete de la Constitución.

La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional

✍ BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES*

Sumario:

I. Introducción. **II.** Evolución histórica de la cosa juzgada y la seguridad jurídica (prescripción). **III.** El amparo contra resolución judicial como elemento relativizador de la cosa juzgada. **IV.** La sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional. Motivos para su expedición. 4.1. El RAC no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. 4.2. El RAC versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata. 4.3. El RAC no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia. 4.4. En el RAC no existe lesión de derecho constitucional comprometida. 4.5. El RAC trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional. 4.6. En el RAC no se evidencia la necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado. **V.** Conclusiones.

Resumen:

El autor señala que como cualquier institución jurídica la prescripción y la cosa juzgada transitaron del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional, y que como este último privilegia la justicia, aquellas instituciones debían experimentar cambios profundos. Sostiene que si las sentencias consagran situaciones muy injustas deben ser revisadas y posteriormente anuladas. Nombra como protagonistas de esta dinámica al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, y señala que a través de la emisión de sentencias de merito o interlocutorias imparten justicia en materia constitucional, y que ambas entidades generan la cosa juzgada.

Palabras clave:

Prescripción, seguridad jurídica, justicia, resolución judicial, actos lesivos, sentencia interlocutoria, cosa juzgada, amparo contra resolución judicial, Tribunal Constitucional.

Abstract:

The author notes that, as many legal institutions, statutory limitations and the *res judicata* transited from the legal rule of law to the constitutional rule of law, and as the latter favors justice, those institutions should undergo pro-

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado por la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

found changes. He argues that, if sentences enshrine very unfair situations they must be reviewed and subsequently annulled. Mentions as protagonists of this dynamic the Judiciary and the Constitutional Court, pointing out that through the issuance of ordinary or interlocutory sentences they administer justice in constitutional matters, and that both entities can generate *res judicata*.

Keywords:

Statutory limitation, legal certainty, justice, judicial decision, wrongful acts, interlocutory sentence, *res judicata*, *amparo* against judicial decisions, Constitutional Court.

I. Introducción

No hay duda, como afirma Vigo, que en nuestra tradición jurídica continental, aproximadamente desde la Revolución francesa (1789) hasta los Juicios de Núremberg (1945), y desde estos hasta la actualidad, hemos transitado de un Estado de Derecho legal a un Estado de Derecho constitucional; los cuales se diferencian, entre otras cosas, en que el primero privilegia la seguridad jurídica, y el segundo la justicia¹.

96

En efecto, dicho autor explica que, en el Estado de Derecho legal, la Revolución francesa encarnó:

«El espíritu triunfante de la burguesía, y así resulta muy claro la relevancia que adquiere el valor jurídico decisivo y excluyente de la seguridad jurídica, precisamente mencionada entre los cuatro derechos incluidos en la Declaración de los Derechos de 1789.

Más aún, el derecho tiene por misión central el posibilitar esa previsibilidad que se expresa simbólicamente con el apotegma: '*dura lex, sed lex*', y a esos fines, resultaba decisiva la previsión de un mecanismo oficial para la publicación de la ley y la correspondiente presunción *jure et jure* de su conocimiento, que habilita la improcedencia de cualquier invocación de ignorancia de la ley una vez publicada en el Boletín Oficial».

Mientras que en el Estado de Derecho constitucional «no se trata de ignorar la seguridad sino de conferirle un lugar subsidiario o adjetivo en el

¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Sup. Const. 2010 (febrero), 1-La Ley 2010-A, 1165, Punto 1.

derecho, en tanto lo decisivo es que éste determine y procure lo justo, pero fundamentalmente que no transija con una injusticia extrema, evidente o inequívoca».

De ese modo el gran esfuerzo de los juristas se orienta a la equidad, o sea a la justicia del caso, que, como enseñaba Aristóteles, es el mejor o el más perfecto modo de la justicia.

Debido a que en el período del Estado de Derecho legal primó la seguridad, se fortalecieron y configuraron instituciones para privilegiarla, como aquella que estableció que, luego de un tiempo prolongado, las situaciones jurídicas debían mantenerse tal como se estaban dando y ya no debían ser discutidas ante los órganos jurisdiccionales; o aquella que, al revés, estableció que, una vez discutida y decidida una situación jurídica ante los órganos jurisdiccionales, ésta debía mantenerse así a través del tiempo.

La primera se trata de la prescripción; y la segunda, de la cosa juzgada. Precisamente, refiriéndose a ellas, un jurisconsulto de tal período, Laurent (1810-1887), escribió que «la prescripción se encuentr[a] establecida en interés general, constituyendo con la cosa juzgada, bases sólidas del orden social, bases que dan firmeza al derecho y que ponen término a los litigios»².

La prescripción y la cosa juzgada transitaron del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional, sin embargo, si en este último se privilegia la justicia, era obvio que aquellas instituciones debían experimentar cambios.

II. Evolución histórica de la cosa juzgada y la seguridad jurídica (prescripción)

Si empezamos por el Estado de Derecho legal, donde primó la seguridad, comprobaremos que la tendencia lógica fue que las sentencias firmes, aunque consagraran situaciones injustas, se mantuviesen inmutables en el tiempo.

² LAURENT, Francisco, citado por DÁVILA AGUILAR, Bismarck Antonio y OLIVAS TELLERÍA, Aura Mariana. *La cosa juzgada en materia civil*, Investigación monográfica para obtener el grado académico de Licenciado en Derecho, Managua, Universidad Centroamericana, 2010, p. 106.

Esto se reflejó en Pothier, quien en su obra *Tratado de las obligaciones* (1761-1764), recogiendo la tradición romana, postuló que «[p]or más que una sentencia sea inicua, si se han seguido en ella las formalidades prescritas, puede ganar la autoridad de cosa juzgada, cuando se halla en alguno de los casos prevenidos en el artículo precedente; y por inicua que sea, se la reputa equitativa, sin que se admita prueba en contrario»^{3 4}.

La cosa juzgada no fue recogida en los primeros documentos jurídicos que la Francia revolucionaria legó al mundo y a la historia; sin embargo, su Constitución de 1791 (Título III, Capítulo V, artículo 9) y su Código de Delitos y Penas de 1795 (artículos 67, 255 y 426) establecieron el instituto del *ne bis in idem* (no se puede juzgar dos veces por lo mismo)⁵, que es inescindible de la cosa juzgada⁶; por lo que puede afirmarse que esta figura sí fue recogida en aquellos documentos, aunque de modo tácito.

Se recogió de modo expreso recién en el Código napoleónico de 1804 (artículo 1350, inciso 3), lo cual sería replicado en otros códigos civiles de Europa y de los estados nuevos que comenzaban a nacer en América⁷.

Llegado el Estado de Derecho constitucional, donde prima la justicia, la tendencia lógica es que las sentencias, si consagran situaciones muy injustas, sean revisadas y anuladas.

³ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, Parte primera, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1839, p. 523.

⁴ Posteriormente, otros autores contradijeron a Pothier, pero no atacando la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino esgrimiendo otros argumentos en los cuales fundamentarla. Así tenemos a Savigny (quien fundamentó la inmutabilidad en una ficción del Derecho, la cual podía tornar lo falso en verdadero), Rocco, etc. Para mayor abundamiento ver DÁVILA AGUILAR, Bismarck Antonio y OLIVAS TELLERÍA, Aura Mariana. *Op. cit.*, pp. 25 a 50.

⁵ HENDLER, Edmundo S. *Una regla de confirma sus excepciones: ne bis in idem*, pp. 133 y 134. En: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/10/doctrina30960.pdf>>.

⁶ GOITE PIERRE explica que la cosa juzgada «[r]epresenta el punto de conexión entre la seguridad jurídica y el principio *non bis in idem*». GOITE PIERRE, Mayda. «Principios e instituciones de las reformas procesales: Seguridad jurídica, non bis in idem, cosa juzgada y revisión penal». En *IUS*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., N° 24, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 2009, p. 204.

⁷ Más adelante, una excepción a la regla de la inmutabilidad de la cosa juzgada la constituiría la Alemania nazi también, donde el fiscal podía solicitar la reapertura de una causa fenecida con sólo sospechar de la justicia de la sentencia o si consideraba que un nuevo fallo era importante para la comunidad. (Cfr. PEYRANO, Jorge y CHIAPPINI, Julio. *El proceso atípico*, Segunda parte, Universidad de Buenos Aires, 1984, p. 36). Sin embargo, no cabe duda que esa excepción, no se debió a razones de justicia, sino totalitarias, igual como pasó con la prescripción (ver pie de página 6).

Esto lo podemos apreciar desde Chiovenda quien, adelantándose a los Juicios de Núremberg, en su obra *Principios de Derecho Procesal Civil* (1912-1923)⁸, si bien defendió la «indiscutibilidad» de la cosa juzgada, también postuló que su autoridad «no es absoluta y necesaria, sino establecidas por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal manera, que estas consideraciones pueden a veces aconsejar un sacrificio, para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta»⁹.

Tal tendencia se puso en evidencia al finalizar la segunda guerra mundial. En efecto, amparándose en sus legislaciones, los regímenes totalitarios que iniciaron dicha guerra emitieron, tanto en sus países de origen como en los que invadieron, sentencias muy injustas y desproporcionadas en contra de personas opositoras e inocentes; sentencias que, luego de la caída de aquellos regímenes, fueron declaradas nulas por los nuevos gobiernos a través de otra normativa.

Así lo hizo Francia con sus Ordenanzas de 1943 y de noviembre de 1944, Italia con su *Decreto legislativo Luogotenenziale* 159 de julio de 1944, y Luxemburgo con su *Arrêté grand-ducal* de 1948^{10 11}.

Pero al finalizar esa guerra también, en algunos de los mismos países y en otros de Europa, debido a la imposición de una de las potencias triunfadoras, la ya desaparecida Unión Soviética, se instalaron férreos gobiernos socialistas que, de igual modo, emitieron sentencias demasiado duras contra inocentes y opositores, las cuales, luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, fueron anuladas también mediante normas.

⁸ Años entre los cuales se elaboró y publicó la tercera edición. Ver ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Tomo II, N° 12-30, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 518 (pie de página 80).

⁹ CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*, Tercera Edición, traducción de José Casáis y Santoló, Tomo II, Madrid, Reus, 1925, pp. 412 y 511.

¹⁰ ERRANDONEA, Jorge. *Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España*, Nueva York, International Center for Transitional Justice, 2008, pp. 16 y 17.

¹¹ En el ámbito del Derecho privado, desde los albores de Roma, hasta la actualidad (incluyendo el Perú, con la figura de la cosa juzgada fraudulenta), se ha aceptado la revisión de sentencias firmes, pero circunscrita a ciertos supuestos de injusticia, no a la injusticia superlativa que genera las graves afectaciones de derechos humanos. Para un mayor análisis histórico y universal de la revisión de sentencias en el ámbito privado ver CAÑAS MINERO, Marcos Vinicio, FAJARDO SILVA, Mario Edgardo y TRUJILLO VELÁSQUEZ, Nelson Jovani. *Las doctrinas que sustentan la revisión de las sentencias en el Nuevo Código Procesal Civil*, trabajo de investigación para obtener el grado y título de licenciado en ciencias jurídicas, San Salvador, Universidad de El Salvador, 2010.

Así lo hizo la en ese entonces Checoslovaquia con su Ley 119 de abril de 1990, Hungría con su Ley N° 11 de febrero de 1992, y Alemania con sus Leyes de octubre de 1992 y de 1994. Cabe resaltar que este último país, recién con su Ley de 1998, hizo lo mismo con los fallos de su período nazi¹².

En el Estado de Derecho legal, donde se privilegió la seguridad, la tendencia lógica fue que la persecución de todos los delitos prescribiera sin excepción.

En efecto, aunque un poco antes de la Revolución francesa, Beccaria, en su obra *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), sostuvo que en «aquellos delitos atroces, que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se ha sustraído con la fuga; pero los delitos leves y no bien probados deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano; porque la oscuridad en que se hallan confundidos por largo tiempo quita el ejemplo de impunidad, quedando al reo en tanto disposición para enmendarse»¹³.

Más adelante, le salió al encuentro la doctrina contraria; es decir, la que postulaba que todos los delitos debían prescribir sin importar si eran graves o leves.

Esta doctrina que se vio reflejada en autores como Filangieri, quien en su obra *Ciencia de la legislación* (1780-1788), escribió que:

«[S]i para asegurar la propiedad, se debió establecer una prescripción en cuanto a las acciones civiles, era muy razonable que tratándose de la vida, del honor y de la libertad del ciudadano se estableciese otra en cuanto a las acusaciones criminales. No hay cosa más difícil que defenderse de una acusación, cuando se intenta ésta muchos años después del delito. El tiempo que borró la memoria de las circunstancias que le acompañaron,

¹² ERRANDONEA explica que en otros países no se dispuso la nulidad de las sentencias, sino la extinción de sus efectos, con la consiguiente rehabilitación de los condenados en sus derechos y/o reparación de sus daños. Así lo hizo Lituania con su Ley de mayo de 1990 (para sus períodos nazi y socialista), Letonia con su Ley de agosto de 1990, Bulgaria con su Ley de junio de 1991, la propia Rusia con su Ley de noviembre de 1991, y Albania con su Ley 7748 de 1993. Sin embargo, refiriéndose sólo a este último país, afirma que la extinción de los efectos de una sentencia, equivale en realidad a su anulación. Cfr. ERRANDONEA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 18 a 24.

¹³ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 64-65 (versión digital). En http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1.

priva al acusado de los medios de justificarse, y ofrece al calumniador astuto un velo con que cubrir sus meditaciones imposturas»¹⁴.

Precisamente, debido a la influencia de Beccaria y otros pensadores ilustrados de igual parecer, entre finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, las legislaciones de Italia, Alemania y Austria fueron reticentes a aceptar la regla de la prescripción para todos los delitos.

Sin embargo, la influencia de Francia y de sus códigos de 1791 (penal), 1795 (de delitos y penas) y de 1808 (de instrucción criminal), que sí recogieron esa regla, terminó por imponerse, hasta en aquellos lugares, desde 1889¹⁵.

Llegado el Estado de Derecho constitucional, donde se privilegia la justicia, la postura de que los delitos muy graves nunca debían prescribir, se revaloriza.

Tan es así que en la actualidad, autores contemporáneos como Aguilar Cavallo enfatizan que «en el contexto de los crímenes internacionales, la prescripción favorece la impunidad y rechaza la idea de justicia que se

¹⁴ FILANGIERI, Gaetano. *Ciencia de la legislación*, Tomo III, nuevamente traducida por D. Juan Ribera, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1821, p. 20.

¹⁵ Las Convenciones de Ginebra I de 1864 (para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña), II de 1906 (para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos, enfermos o náufragos en las fuerzas armadas en el mar) y III de 1929 (relativo al trato de los prisioneros de guerra), en sus artículos 49, 50 y 129 respectivamente, se opusieron a la regla de la prescripción de los delitos; aunque no lo hicieron estableciendo de modo expreso la imprescriptibilidad, sino el deber de los Estados parte de tomar las medidas necesarias para castigar y sancionar a quienes contravengan tales convenios (ver ARLETTAZ, Fernando. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva latinoamericana*, comunicación a las jornadas de derechos humanos y memoria histórica, Universidad de Zaragoza, 2012, p. 8. En: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/96C2DAF027D9DCDE05257AEC006203A7/\\$FILE/crimenes.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/96C2DAF027D9DCDE05257AEC006203A7/$FILE/crimenes.pdf)>). También se opuso a esa regla la Alemania del Tercer Reich (1939-1945), pero no porque buscara la justicia, sino por el régimen totalitario que aplicó (ver PEDREIRA GONZÁLES, Félix María. «Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales». En *RDUNED*. Revista de Derecho UNED, N° 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007, pp. 440 a 444). Cabe resaltar que en la tradición del Derecho anglosajón, el Reino Unido y los Estados Unidos contemplaron la imprescriptibilidad para infracciones graves de delito común, incluso antes de que firmaran, junto con Francia y la en ese entonces Unión Soviética, el Acuerdo de Londres para el establecimiento de un tribunal militar internacional, publicado recién en agosto de 1945 (ver BAZÁN CHACÓN, Iván. «Los delitos de genocidio y lesa humanidad. La cuestión de la imprescriptibilidad». En *Derecho y Sociedad*, N° 21. En: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/09/los-delitos-de-genocidio-y-de-lesa-humanidad-la-cuestion-de-la-imprescriptibilidad/>>).

encuentra en el centro del principio de estado de derecho, el cual es crucial en el constitucionalismo contemporáneo»¹⁶.

El primer signo claro de tal revalorización fue fruto de la preocupación de que, después de veinte años desde la capitulación y rendición definitivas del Tercer Reich (ocurridas en mayo de 1945), los Estados parte del Consejo de Europa declararan prescritos los delitos cometidos por los nazis según sus normas internas¹⁷.

Ese signo claro se trata de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (concretamente, su artículo I), adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968; y en vigor a partir del 11 de noviembre de 1970¹⁸.

III. El amparo contra resolución judicial como elemento relativizador de la cosa juzgada¹⁹

El proceso de amparo se ha convertido progresivamente en el más recurrido por los justiciables debido a que a través de este mecanismo procesal de tutela de urgencia, el vulnerado o amenazado en sus derechos fundamen-

¹⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. «Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno». En *Ius et Praxis*, Año 14, N° 2, Talca, 2008, p. 155.

¹⁷ Hecho histórico extraído de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, Causa N° 16.596, «Iturriaga Neumann, Jorge s/ prescripción de la acción penal» (Reg. N° 18.015), Resolución de Apelación emitida el 4 de octubre de 2000, considerando VI, párrafo 2.

¹⁸ Califico a la Convención sobre la Imprescriptibilidad como «el primer signo claro», porque fue el primer instrumento internacional que reconoció tal figura de modo expreso. Antes, entre 1945 y 1964, o bien el instrumento internacional no la reconocía expresamente; o bien el instrumento que la reconocía expresamente no era internacional. Entre ellos tenemos el Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Internacional de agosto de 1945 (ya mencionado en el pie de página 6), el Estatuto del Tribunal de Núremberg de octubre del mismo año (ver AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 176), la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 95 (I) AGNU de 1946, la Convención para la prevención y sanción del Delito de Genocidio (abierta a la adhesión por la Asamblea General a partir de 1948, y vigente desde 1951), la Convención de Ginebra IV de 1949 (relativa a la protección de personas civiles en tiempo de guerra), los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg (aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General), la sentencia emitida por la Corte de Jerusalén (Israel) contra Adolf Eichmann de 1961, y la Ley francesa sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad de 1964 (ver ARLETTAZ, Fernando. *Op. cit.*, pp. 8 a 10).

¹⁹ LÓPEZ FLORES, Berly Javier F. *Amparo contra resoluciones judiciales. Cómo llevar un caso ordinario a un proceso de amparo*, Editora Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

tales puede accionar no solo contra actos de particulares y autoridades (amparo contra particulares y/o autoridades), sino también contra actos procesales de jueces ordinarios («amparo contra resoluciones judiciales») y, vaya la excepcionalidad, contra actos procesales de jueces constitucionales («amparo contra amparo» y demás variantes).

Respecto a estos últimos mecanismos, esto es, el *amparo contra resolución judicial* y el *amparo contra amparo*, tanto el legislador como la doctrina nacional no han sido pacíficos en admitir y habilitar su existencia y procedencia.

Tenemos así que la antigua y hoy derogada Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) no reconoció cláusula textual y explícita que abordara de manera directa ambos mecanismos, fue por el contrario la jurisprudencia la que se encargó de delinear determinados aspectos procesales que permitieron encarar el modo de cómo resolver controversias suscitadas por la interposición de procesos constitucionales contra procesos judiciales ordinarios y contra procesos de la misma naturaleza constitucional.

La necesidad de definir tal o cual esquema procesal a seguir, esto es, la de procedencia o la de improcedencia, se imponía desde que la figura del «amparo contra resolución judicial», y su sub especie, la del «amparo contra amparo», representaban ambas excepciones dentro de lo que ya de por sí resultaba una verdadera excepción (el cuestionamiento de decisiones judiciales vulneratorias de los derechos fundamentales).

De manera frecuente, y cada vez en forma más creciente, se cuestionaban los resultados de un proceso judicial ordinario o de un proceso constitucional por ser tramitados con vulneración de los derechos fundamentales.

La respuesta dispensada por la jurisprudencia peruana durante la vigencia de la Ley 23506, que vetaba la procedencia del amparo contra resolución judicial emanada de procedimiento regular, permitió enfatizar y afianzar el certero juicio referido a que la aparente voluntad del constituyente y del legislador no eran precisamente los únicos referentes cuando se trataba de precisar el camino que en su aplicación práctica ha de seguir una determinada norma constitucional o legal.

Queda claro, por tanto, que los fundamentos que justifican la procedencia del «amparo contra resoluciones judiciales», y de la sub especie «amparo contra amparo», es tanto el principio de normatividad de la Constitución, la

cual como norma vincula también a las autoridades judiciales, como la constatación real de que los jueces del Poder Judicial puedan tramitar una causa y resolverla —consciente o inconscientemente por dolo o error— con manifiesta vulneración de un derecho fundamental, por lo que sería un despropósito no admitir que el juez que resuelve una demanda judicial ordinaria o una constitucional también se encuentra vinculado a la Constitución, originándose de este modo la necesidad de mecanismos de control judicial que den cuenta de esa vinculación.

En efecto, de lo que se trata a través de estos procesos de amparo es de controlar la regularidad constitucional de los actos procesales expedidos por las autoridades judiciales, es decir, de verificar si existe o no una clara, manifiesta, patente, visible o perceptible vulneración a un derecho fundamental o más precisamente a su contenido constitucionalmente protegido; para lo cual se necesitará una participación activa del demandante sobre quien recae la carga de probar o acreditar esa vulneración, o una participación activa del juez constitucional a quien le corresponde ordenar pruebas de oficio para probar o acreditar la vulneración.

104

Con el «amparo contra resolución judicial» se pretende dejar sin efecto o enervar lo resuelto por el Poder Judicial en un determinado proceso judicial ordinario, lo que a la larga implica el sacrificio del derecho fundamental a la cosa juzgada, motivo por el cual este amparo solo debe proceder ante situaciones muy excepcionales.

Por ello es que, atendiendo a esta excepcionalidad, se han impuesto exigencias muy altas para que proceda tal sacrificio.

El estudio del «amparo contra resolución judicial» resulta de vital importancia, toda vez que constituye el último remedio contra la arbitrariedad judicial al que pueden acceder las partes procesales para revertir lo resuelto en una resolución judicial (autos, decretos o sentencias) que ha vulnerado derechos fundamentales por haber dispuesto indebidamente: el pago de una obligación de dar suma de dinero, la entrega en propiedad de un inmueble, el pago de beneficios sociales, la nulidad de un acto administrativo, la denegatoria de una pensión, la nulidad de un acto jurídico, la nulidad de un laudo arbitral, la reposición laboral de un trabajador, etc.

En otras palabras, el «amparo contra resolución judicial» constituye la última esperanza procesal para revertir o nulificar una resolución judicial

arbitraria, y es por ello que merece ser estudiado y aprendido a cabalidad por la comunidad jurídica.

El artículo 4º del Código Procesal Constitucional, señala que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

Ya en lo referente a la tutela procesal efectiva, el Código Procesal Constitucional establece que ésta comprende aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

De este modo, por vía legislativa, la concreción sobre el ámbito de protección del «amparo contra resoluciones judiciales» se ha circunscrito sólo a la protección de los derechos fundamentales de orden procesal, quedando fuera de su órbita todos los restantes derechos igualmente fundamentales (o constitucionales).

105

Empero, ¿habría razones jurídico *ius fundamentales* para que el ámbito de derechos protegidos mediante este amparo tenga que ser replanteado y/o extendido?

El Tribunal Constitucional consideró correctamente que el elenco de derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por este amparo debía ser ampliado. Ello lo hizo sustentándose en el diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso, y también a partir de la doctrina de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de Derecho.

De este modo, los supuestos en los cuales resulta procedente el «amparo contra resoluciones judiciales», no se circunscriben únicamente al agravio a la tutela procesal efectiva, sino que este tiene un carácter de *numerus apertus* solo enunciativo.

Así las cosas, en la sentencia recaída en el Expediente 03179-2004-PA/TC, caso Apolonia Ccollcca, el Tribunal constitucional interpretó extensivamente el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, señalando que, a través del proceso de amparo, puede cuestionarse una resolución judicial firme no solo por la afectación de derecho de orden procesal, sino de derechos fundamentales de orden material, como el derecho de propiedad, al trabajo, a la pensión, a la educación, al honor, entre otros.

A esta interpretación llegó el Tribunal Constitucional tomando en consideración que la eficacia vertical de los derechos fundamentales vincula a todos los jueces su observancia y respeto absoluto. Esta premisa permitió concluir al Tribunal que el juez constitucional podía incluso analizar el fondo del asunto bajo determinados criterios restrictivos y excepcionales.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Expediente 01209-2006-PA/TC, caso Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., pese a seguir el mismo criterio vertido en el caso Apolonia Ccollcca, decidió ampliar su argumentación y reafirmó que el juez constitucional puede y debe tutelar derechos fundamentales de orden material en función a su eficacia vertical.

106

Pero, en esta ocasión, el análisis de la resolución judicial exige esta vez que el juez constitucional verifique si es que la resolución cuestionada vulnera de modo manifiesto los derechos fundamentales sustantivos alegados.

Vale decir que, a partir de ahora, no solo se controla el debido proceso formal, sino también el sustantivo, y en relación al control del derecho al debido proceso sustantivo se deberá aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la decisión cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que no sea de orden procesal. Asimismo, se aplicará el principio de razonabilidad para descubrir la arbitrariedad de una resolución judicial, y por último el principio de decisión justa.

IV. La sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional. Motivos para su expedición²⁰

El precedente Vásquez Romero (Expediente 00987-2014-PA/TC) establece que se emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, declarando *improcedente* el recurso de agravio constitucional (RAC), cuando: la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.

Contrario sensu, existirá un asunto de especial trascendencia constitucional: i) cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia; o ii) cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

Posteriormente, ya con la emisión de sentencias interlocutorias, se detallan aún más los supuestos que no revisten especial trascendencia constitucional.

A estos efectos, en el Expediente 08393-2013-PA/TC se precisa que el RAC tiene esta cualidad cuando: i) no está relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; ii) versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; iii) lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia; iv) no existe lesión de derecho fundamental comprometida; v) trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional; vi) no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado.

107

4.1. El RAC no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental

Este supuesto guarda absoluta relación con la causal de improcedencia establecida en el artículo 5º, inciso 1 del Código Procesal Constitucional. De este modo, no procederá el RAC ante pretensiones que escapan del ámbito de protección o del contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional.

²⁰ Cfr. LÓPEZ FLORES, Berly Javier F. «La especial trascendencia del RAC y su relación con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales». En *Revista Peruana de Derecho Constitucional: La especial trascendencia constitucional*, N° 8, Nueva Época, Edición Especial, 2015, pp. 181-190.

Si el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación permite: *a) acceder a una educación, b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar, y c) la calidad de la educación; entonces el RAC será rechazado mediante sentencia interlocutoria si, por ejemplo, el recurrente solicita la gratuidad en una institución educativa privada; la construcción de colegios privados; o reducir el número de estudiantes en un salón de clases público o privado, etc. Y es que estas últimas pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación.*

De igual forma, si el contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación permite conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones); afiliarse a las organizaciones existentes; y permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias; *entonces el RAC será rechazado mediante sentencia interlocutoria si, por ejemplo, el recurrente solicita su reincorporación o reposición como asociado sin haber sufragado puntualmente las cuotas asociativas señaladas en el estatuto.*

4.2. El RAC versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata

108

Este supuesto guarda alguna relación con la causal de improcedencia prevista en el artículo 5º, inciso 2. del Código Procesal Constitucional, en tanto afirma que existe una vía judicial para tramitar la pretensión solicitada en la demanda constitucional. Esta vía judicial idónea puede ser la constitucional o, en su defecto, la ordinaria.

De este modo, se rechazará el RAC si, por ejemplo, en un amparo se solicita el acceso de información que obra en una entidad pública; solicitud que debe ser promovida al interior de un proceso de hábeas data.

También se rechazará el RAC si en un amparo se solicita la libertad de un detenido sin mandato judicial; solicitud que debe ser promovida al interior de un proceso de hábeas corpus.

Forman parte de este supuesto, en un contexto de amparo o hábeas corpus contra resolución judicial, situaciones en las que el recurrente solicita el replanteo de lo resuelto en un proceso ordinario; la revaloración de pruebas actuadas por el juez ordinario; la reinterpretación, inaplicación, y aplicación de normas que fueron preponderantes para resolver el caso ordi-

nario; puesto que dichas facultades corresponden ser ejercidas por la justicia ordinaria, y no por la constitucional.

4.3. El RAC no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia

Este supuesto guarda absoluta relación con la causal de improcedencia prevista en el artículo 5º inciso 2 del Código Procesal Constitucional, en tanto existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Por esta razón, el amparo u otro proceso constitucional no prosperará.

Presupone que los procesos constitucionales, aun cuando las pretensiones se encuentren dentro del contenido constitucionalmente protegido, solo están diseñados para proteger vulneraciones que revisten carácter de urgente o tengan la característica de grave, basadas en cuestiones de avanzada edad, enfermedad irreversible, irreparabilidad del derecho, etc.

Si la vulneración no cumple tales características, entonces el asunto debe ser dilucidado en la vía ordinaria, a través de los procesos contenciosos administrativos, penales, laborales, civiles, etc.

109

De este modo, no se tramitarán a través de los procesos constitucionales de la libertad, pretensiones relacionadas con el régimen laboral público; con el régimen de pensiones; con el sistema tributario (porque existe el proceso contencioso administrativo); con el régimen laboral privado (porque existe el proceso abreviado laboral); con la jurisdicción arbitral (porque existe el recurso de anulación de laudo arbitral); etc.

4.4. En el RAC no existe lesión de derecho constitucional comprometida

A diferencia de los demás supuestos que sustentan el rechazo del RAC, y justifican la emisión de una sentencia interlocutoria, el presente supuesto involucra un análisis de fondo respecto a la vulneración o no de un derecho constitucional.

Se aplicará este supuesto si de la demanda, de las decisiones judiciales emitidas de primer y segundo grado, y de los recursos interpuestos, no se aprecia la vulneración a un derecho constitucional. Esto puede suceder

porque el acto lesivo (una resolución administrativa, una resolución judicial, una resolución electoral, una carta de expulsión, etc.) se encuentra justificado en su emisión.

Cabe señalar que la intervención del acto lesivo en el derecho constitucional invocado, así como su incompatibilidad con la Constitución, pasa, primero, por determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional invocado; segundo, por identificar cuál acto es el que se cuestiona; y, tercero, por verificar si dicho acto proyecta sus efectos sobre el ámbito constitucionalmente protegido del derecho invocado. Luego de ello se procederá a evaluar la constitucionalidad de la intervención.

La otra forma de entender este supuesto, es que el acto lesivo no existe porque aún no ha sido expedido, y se trata de una conjetura o imaginación del recurrente; o que existe el acto lesivo, pero el recurrente no lo ha acreditado ni ofrecido en su demanda o en el RAC, por lo que se tiene como inexistente.

4.5. El RAC trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional

110

En este supuesto, la cobertura de tutela que puede brindar un proceso constitucional (amparo, hábeas corpus, cumplimiento o hábeas data) resulta minimizada ante lo que pretende el recurrente, puesto que, por esencia, las sentencias que se emitan en los procesos constitucionales tienen naturaleza restitutiva, mas no constitutiva de derechos.

En este sentido, se rechazará el RAC si, por ejemplo, en un amparo se solicita establecer los límites y linderos sobre un inmueble; solicitud que debe ser promovida en un proceso ordinario de rectificación de límites y linderos, que cuenta con etapa probatoria, y no en un amparo

También se rechazará el RAC si en un amparo se solicita declarar propietaria de inmueble a una persona por haber mantenido la posesión pacífica y constante por cierto número de años; solicitud que debe ser promovida en un proceso ordinario de prescripción adquisitiva de dominio, puesto que en el amparo no se declaran ni constituyen derechos de propiedad²¹.

²¹ Cfr. LÓPEZ FLORES, Berly Javier F. «Los medios probatorios en los procesos constitucionales», *Gaceta Jurídica*, Lima, 2012.

El punto clave aquí es determinar que la estructura del proceso constitucional (breve y sumario), aun cuando se invoque o alegue la vulneración a un derecho constitucional, no se da abasto para tramitar o satisfacer las pretensiones planteadas en la demanda.

Apelar al argumento de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales (artículo 9º del Código Procesal Constitucional), resulta esencial para rechazar el RAC.

4.6. En el RAC no se evidencia la necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado

Este supuesto alude al régimen de sustracción de la materia previsto en los artículos 1º y 5º, inciso 5, del Código Procesal Constitucional. De este modo, si la vulneración o la amenaza de vulneración al derecho constitucional cesaron luego de presentada la demanda, por decisión voluntaria del agresor, y esta no dejó agravios o secuelas en la esfera jurídica del recurrente, entonces se rechazará el RAC, vía sentencia interlocutoria. Igual rechazo se decretará si la vulneración al derecho constitucional se volvió irreparable.

111

La práctica procesal indica que la comunicación al Tribunal Constitucional informando sobre la situación de cese de la vulneración o amenaza y/o de la irreparabilidad es efectuada siempre por una de las partes en conflicto. En defecto de ello, el Tribunal Constitucional solicitará información, ya sea a las partes o alguna entidad del Estado, a los efectos de tomar conocimiento sobre la subsistencia de la vulneración o amenaza.

En esta misma lógica, se rechazará el RAC si la vulneración o la amenaza de vulneración al derecho constitucional cesaron antes de presentada la demanda. Igual rechazo se decretará si la vulneración al derecho constitucional se volvió irreparable antes de presentada la demanda.

Este supuesto de rechazo del RAC pone de relieve que se brindará tutela constitucional solo cuando subsista o persista la vulneración o amenaza a un derecho constitucional, y no cuando esta haya desaparecido o cesado.

V. Conclusiones

1. No existe impedimento alguno para que la causal de rechazo del RAC, referida a que se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales, sea evaluada no solo sobre resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, sino también sobre las expedidas del Poder Judicial.

En efecto, la cosa juzgada en la justicia constitucional puede ser generada tanto por el Tribunal Constitucional (en última y definitiva instancia) como por el Poder Judicial (en segunda instancia). Por lo tanto, una misma parte que acudió al Poder Judicial para solucionar una determinada controversia constitucional u ordinaria, puede intentar promoverla nuevamente, y puede esta llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional, situación en la cual operaría esta causal de rechazo.

2. ¿La sentencia interlocutoria genera cosa juzgada? Considero que sí, y ello dependerá de la decisión (infundada o improcedente) de segundo grado emitida en el proceso constitucional.

112

Sabido es que el RAC procede contra una resolución denegatoria (infundada o improcedente) de una demanda constitucional. Si la decisión denegatoria de segundo grado es una que declara improcedente la demanda, y posteriormente a ello le sigue la emisión de una sentencia interlocutoria por parte del Tribunal Constitucional que declara improcedente el RAC, por carecer de especial trascendencia constitucional, no se generaría la cosa juzgada, toda vez que no se habría emitido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto constitucional. Con este fallo, se puede promover un nuevo proceso constitucional, salvo que opere el vencimiento del plazo de prescripción.

En cambio, si la decisión denegatoria de segundo grado es una que declara infundada la demanda, y posteriormente a ello le sigue la emisión de una sentencia interlocutoria por parte del Tribunal Constitucional que declara improcedente el RAC, por carecer de especial trascendencia constitucional, sí se generaría la cosa juzgada, toda vez que se habría emitido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto constitucional. De este modo, declarado improcedente el RAC, subsiste el fallo de segundo grado que declaró infundada la demanda. Con este fallo, ya no se podría promover un nuevo proceso constitucional.

La cosa juzgada: el fin de un mito

✍️ JORDI NIEVA FENOLL*

Sumario:

I. Introducción. **II.** Revisión acerca del origen y objetivo de la cosa juzgada. **III.** Revisión de la doctrina sobre la cosa juzgada del siglo XIX. **IV.** La revisión de las teorías sobre el objeto del litigio. **V.** Redefinición del concepto de «fronteras de la cosa juzgada». La necesidad de estabilidad de la sentencia. 5.1. Resoluciones judiciales que precisan estabilidad. 5.2. Partes de la resolución judicial que precisan estabilidad. 5.3. ¿Cosa juzgada solamente interpartes? 5.4. ¿Cosa juzgada entre órdenes jurisdiccionales? 5.5. Los auténticos límites temporales de la cosa juzgada. **VI.** Contradictoriedad de resoluciones firmes. **VII.** Reflexión final.

Resumen:

Con este trabajo no se pretende sino intentar deshacer algunos de los nudos que atenazan actualmente a la cosa juzgada, y que en buena medida son fruto de disquisiciones doctrinales que, sin tener en cuenta lo que sucede realmente en la realidad judicial, acaban afectándola, a veces negativamente. Ello nos lleva, no obstante, a la conclusión de que la cosa juzgada es algo mucho más tangible que un concepto dogmático, que es en lo que en buena medida se había transformado, convirtiéndose en un mito insuperable para abogados, jueces, fiscales y, por qué no, para estudiantes de Derecho, que sienten lógico terror cuando oyen la pregunta «la cosa juzgada» en un examen. Ojalá que las anteriores reflexiones puedan servir de algo en la conjuración de ese terror y, en definitiva, en la desaparición del mito.

Palabras clave:

Cosa juzgada, jueces, resoluciones judiciales.

Abstract:

With all of this I have tried to undo some of the knots that currently grip the *res judicata*, which to a large extent are the result of doctrinal disquisitions that, without taking into account what actually happens in the judicial reality, end up affecting her, sometimes negatively. This leads, however, to the conclusion that the *res judicata* is something much more tangible than a dogmatic concept, which is in what it had transformed, becoming an insurmountable myth for lawyers, judges, prosecutors and, why not, for students of law, who feel logical terror when they hear the question *res judicata* in an

* Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Barcelona, España.

examination. I hope that this reflections can serve for something in the con-
jururation of that terror and, ultimately, in the disappearance of the myth.

Keywords:

Res judicata, judges, judicial decisions.

I. Introducción

Toda ciencia tiene sus mitos. La Física intenta encontrar el origen del universo, cuando algunos ya afirman que esa búsqueda es imposible, habida cuenta de que las nociones «principio» y «fin» tienen solamente sentido en nuestra dimensión, y por ello nos hallamos condicionados y errados en nuestra observación, como los presos de la caverna de Platón; otro mito, por cierto, aquel de la caverna. La Medicina busca, en el fondo, la inmortalidad, haciendo que el ser humano, al ritmo en que se realizan nuevos descubrimientos en esta materia, asuma cada vez peor algo elemental: que tiene que morir. En su día la alquimia, rudimento de la actual química, buscaba la piedra filosofal y, por supuesto, no dio con ella. Y el Derecho trata de buscar la paz social a través de la seguridad jurídica desde hace milenios. Y aunque no me atrevo a afirmar que eso sea también un mito, albergo mis dudas.

114

El Derecho Procesal, o la Ciencia Jurisdiccional, llámesele como se quiera, también ha contribuido a la creación de algún mito, derivado justamente de esa obsesión de toda rama del Derecho por obtener la necesaria seguridad jurídica que trajera paz social. En nuestro caso, esa búsqueda se ha situado con enorme frecuencia en el concepto de «cosa juzgada»¹, concepto que ha sido estudiado, dogmatizado hasta límites insospechados, usado de forma utilitarista, y a veces hasta dejado de lado cuando, por la razón que fuera, no convenía tenerlo en cuenta.

En el presente estudio voy a pasar revista a algunas de esas ideas preconcebidas que han existido desde hace décadas o siglos sobre la cosa

¹ WURZER, *Die Rechtskraft*, cit., p. 4. NAJARIAN, Krikor, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, París 1973, p. 2. VELLANI, *Appunti*, cit. p. 132. Allorio, *Naturaleza*, cit., p. 156. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit., p. 23. DE PADURA BALLESTEROS, M^a Teresa, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Valencia 2002, p. 24. DÖLLE, Hans, *Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteil*, ZZP 62 (1941), p. 285.

juzgada, y que en realidad nunca debieron haber existido, comenzando por el propio origen de la cosa juzgada, siguiendo por el propio concepto de cosa juzgada, y acabando por las fronteras del propio concepto. Quizás con ello puedan simplificarse en el futuro algunos de los muchos enredos existentes en la jurisprudencia cada vez que la cuestión de la cosa juzgada plantea algún problema.

II. Revisión acerca del origen y objetivo de la cosa juzgada

Comencemos la revisión investigando el olvidado origen de la cosa juzgada, que curiosamente esclarece a la perfección el objetivo de su existencia. Obsérvese detenidamente la extraordinaria sencillez de la primera norma que el mundo conocido creó sobre cosa juzgada. La misma se halla en el precepto el VI, § 5 de las leyes de Hammurabi²:

«Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso».

115

Hammurabi, o sus legistas, acababan de poner por escrito el rudimento de un concepto que obsesionó especialmente a los juristas romanos, que lo recogieron en el Digesto, con la denominación de *res iudicata*. Y fueron tan fieles a lo dicho en época de Hammurabi que prácticamente parece que, de algún modo, tuvieron que tener presente ese texto al redactar las siguientes frases del libro XLII, tít. I del Digesto:

*-«El juez, una vez que pronunció la sentencia, deja de ser juez después; y observamos este derecho, que el juez que una vez condenó en más o en menos, no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez desempeñó bien ó mal su oficio».*³

² Cabe hallarlo en LARA PEINADO, *Código*, cit., p. 7, o en FINET, André, *Le code de Hammurabi*, París 1973.

³ L. XLII, tít. I, 55, Ulpiano: «Iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est». Trad. de García del Corral, *op. cit.*, p. 371.

- «Preguntándose si el juez, que hubiese juzgado malamente, podría juzgar otra vez en el mismo día, respondió que no podía»⁴.

-«No está prohibido enmendar las palabras de las actuaciones, subsistiendo el tenor de la sentencia»⁵.

-«Después de juzgada una cosa, ó de decidida con juramento, ó de hecha en derecho confesión, no se cuestiona nada más después de la Oración del Divino Marco, porque los que confesaron en derecho son tenidos como juzgados»⁶.

Y tal ha sido el éxito de estas disposiciones que impiden al juez volver sobre lo que ya ha juzgado, que se reproducen en las leyes modernas, por ejemplo, en la actual Ley española de Enjuiciamiento Civil de 2000, con una fidelidad al texto de Hammurabi que, por descontado, no demuestra que el legislador español se inspirara en ese Código, sino que la idea es tan sumamente original que ha sobrevivido, en parte gracias a los juristas romanos, durante al menos 3.700 años.

Art. 207.3 L.E.C.: «Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas».

116

Si nos fijamos en lo que tienen en común todas esas normas, hallamos que el elemento que las une es que todas implican una prohibición de reiteración de juicios⁷. Y justamente, una vez hallado ese mínimo común denominador, nos encontramos a las puertas de una completa desmitificación de lo que ha sido la cosa juzgada y todas las categorías en las que la ciencia ha dividido su estudio, ya que todas consisten en lo mismo, en esa prohibición de reiteración de juicios.

⁴ L. XLII, tít. I, 62: «Quum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit, non posse». Trad. de García del Corral, *op. cit.*, p. 372.

⁵ L. XLII, tít. I, 46: «Actorum verba emendare tenore sententiae perseverante, non est prohibitum». Trad. de García del Corral, *op. cit.*, p. 370.

⁶ L. XLII, tít. I, 56: «Post rem iudicatam, vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post Orationem Divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur». Trad. de García del Corral, *op. cit.*, p. 371.

⁷ Así lo concluyo en NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona, 2006, p. 119.

III. Revisión de la doctrina sobre la cosa juzgada del siglo XIX

El trabajo de Savigny sobre la cosa juzgada⁸ es de esencial lectura para entender qué es lo que ha ocurrido con la institución de la cosa juzgada en los últimos 150 años. Savigny tuvo el gran mérito de superar en buena medida la compleja dogmatización de glosadores y comentaristas sobre el concepto, que poco interesa ya en la actualidad ante la nula relevancia de buena parte de las discusiones en las que entraron. La doctrina posterior a Savigny, probablemente debido a la admiración por las ideas del Maestro, trató el contenido del estudio de forma excesivamente teórica, cuando resulta obvio leyendo al Maestro que él no tuvo nunca intención alguna de dogmatizar, sino de ayudar a entender el concepto a los juristas de su época, para que pudieran trabajar con él.

Sólo desde esa perspectiva puede entenderse la conocidísima expresión *Fiktion der Wahrheit* o ficción de la verdad⁹, que en absoluto significaba que la realidad se mutara por el juicio de un juez, sino que el juez posterior tenía que tener el juicio del juez anterior como cierto, debido a que la cosa juzgada le impedía repetir su juicio. Es decir, debía tener obligatoriamente en su mente una especie de «realidad virtual» que debía respetar, que es la realidad virtual que el anterior juicio presentó como realidad auténtica¹⁰. Esa es la naturaleza de la vinculación, destacada por la teoría procesal de la cosa juzgada¹¹, pero que la teoría material se encargó de explicar en su esencia¹². Y es que esas dos teorías¹³ no eran contradictorias. Surgían de lecturas incompletas de Savigny debido a que, por descontado, cualquier lector tiene su propia observación de aquello que lee. Y eso no es negativo, porque es lo que nos permite, *a posteriori*, contrastar todas las ideas que se van diciendo y, finalmente, determinar con precisión cuál fue la voluntad real del autor de las ideas leídas.

⁸ VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 6, reimpresión de la ed. de Berlin 1847. Darmstadt, 1974, p. 257 y ss.

⁹ VON SAVIGNY, *System*, cit., p. 261: «...die Fiction der Wahrheit, wodurch das rechtskräftige Urteil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert wird».

¹⁰ No debe confundirse esta expresión con la distinción entre objeto actual y objeto virtual del proceso, realizada por DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Cizur Menor 2005, p. 76 y ss.

¹¹ STEIN, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*, Tübingen 1928, p. 278.

¹² KOHLER, Josef, *Das materielle Recht im Urteil*, Festschrift für Klein, 1914, p. 1 y ss.

¹³ Vid. una acertada y breve exposición de ambas en BLOMEYER, Arwed, *Rechtskraftstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*, ZZZP 75 (1962), p. 3.

Sea como fuere, de la teoría procesal y de la teoría material surgieron, quizás inadvertidamente, las nociones de cosa juzgada formal y cosa juzgada material respectivamente, conceptos que son perfectamente compatibles con el contenido de cada una de las dos teorías si se acude directamente a las fuentes iniciales que las expusieron¹⁴. La teoría material concibió la función de la cosa juzgada como la creación o eliminación de una acción y, sin embargo, según la teoría procesal, la cosa juzgada sólo implica el vínculo del segundo juez a la primera sentencia, siendo por tanto la cosa juzgada un fenómeno exclusivamente de Derecho procesal. De un modo similar, la cosa juzgada material protege el contenido de la sentencia. Dicho de otro modo, la integridad del objeto litigioso¹⁵, es decir, esa realidad *material* y jurídica declarada por el juez, antiguamente conceptualizada como «acción». Sin embargo, la cosa juzgada formal simplemente significaría la irrevocabilidad de la sentencia en el mismo proceso, lo que obviamente es una cuestión de carácter netamente procesal o *formal*. La prueba definitiva del inadvertido origen de estas dos categorías en las teorías material y procesal, y su compatibilidad se demuestra cuando la doctrina actual¹⁶ unánimemente expresa que la cosa juzgada formal es presupuesto de la material.

Y la noción de cosa juzgada material encerró dentro de sí dos categorías que venían aún de algunos decenios más atrás, que son el efecto positivo y el efecto negativo de la cosa juzgada. Por si fuera poco, la doctrina fue acumulando los conceptos de firmeza, irrevocabilidad, invariabilidad, inmutabilidad, etc, creando una serie de categorías sobreabundantes que lo único que han hecho es oscurecer la noción inicial, que me disculpo por repetir una vez más: que la cosa juzgada no es más que una prohibición de reiteración de juicios.

Si se tiene en cuenta lo anterior, se percibirá con facilidad que ese postulado se repite en todas y cada una de las categorías antes mencionadas.

¹⁴ Hierzu Krückmann, Die materielle Urteilswirkung, ZZP, 46 (1917), S. 371, ZZP 47 (1918), S. 1. S. auch Goldschmidt, James, Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925, S. 185. Kohler, Josef, Das materielle Recht im Urteil, Festschrift für Klein, 1914, S. 1. Neuner, Robert, Die dogmatische Bedeutung der materiellrechtlichen und der prozessualen Rechtskrafttheorie, ZZP 54 (1929), S. 217. Stein, Friedrich, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, Tübingen 1928, S. 278.

¹⁵ Jauernig, Othmar / Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht, München 2011, S. 245.

¹⁶ *Ibid.*, S. 244.

La cosa juzgada formal no es más que la prohibición de repetición del juicio por el mismo juez que creó ese juicio. Lo mismo que la invariabilidad. La irrevocabilidad impide que esa repetición del juicio pueda ser acometida por el juez *ad quem*, el que podría haber conocido de un supuesto recurso. Y la cosa juzgada material no es sino la prohibición de que jueces posteriores desvirtúen en procesos diferentes aquello que dijo un juez anterior, incurriendo de nuevo en una violación de la prohibición de reiteración de juicios. Y puede ser que esa reiteración se intentare de forma parcial, como ocurre con el efecto positivo, o bien de forma total, que es lo que acaece con el efecto negativo.

E incluso, si bien se mira, hasta carece de sentido distinguir entre el efecto positivo y el negativo, porque la esencia de lo que se prohíbe es la misma, la reiteración –total o parcial– de un juicio. Se puede llegar a mantener incluso que esta nomenclatura positivo-negativo creada por KELLER en 1827¹⁷ es confusa, porque no tiene mucho que ver a primera vista la denominación «positivo» o «negativo» con lo que se intenta expresar, salvo que se acuda directamente a la obra de Keller, donde se halla la explicación. Pero al margen de ello, se puede decir que con el efecto positivo el juez debe tener en cuenta el juicio de un juez anterior, y con el negativo se ve impedido de juzgar. Pero la imagen que se deduce de lo anterior es falaz, si se percibe que en ambos casos existe una y la misma prohibición de juzgar. En el primer caso con respecto a una parte del objeto del juicio posterior, y en el segundo con respecto a todo él. Pero esa distinción, si lo que trata de expresar es eso solamente, es obvio que no tiene la suficiente trascendencia como para justificar la existencia de las dos categorías dogmáticas comentadas.

Si se está de acuerdo con lo anterior, el concepto de cosa juzgada queda libre de estructuras teorizantes, y se nos presenta ante nosotros como algo que tiene muy poco de mítico. Cuando un juez ha fallado sobre un asunto concreto, nadie más debe fallar después, ni siquiera él mismo, en ninguna circunstancia, salvo que se produzcan las gravísimas circunstancias que las legislaciones suelen recoger como motivos de revisión de una sentencia, o de

¹⁷ KELLER, Friedrich Ludwig, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Recht*, Zürich 1827, p. 222: «Diese erscheint uns also hier in einer neuen, zweyten Funktion, nämlich als Rechtsmittel zur geltendmachung des positiven Resultates eines frühern Rechtsstreites; während wir sie bisher bloß als Organ der rein negativen, zerstörenden Wirkung des durchgeführten Processes, d. h. der Consumption der Actio kennen lernten».

oposición de tercero. Esa es la única realidad que deberían de recoger las leyes como punto básico de partida.

IV. La revisión de las teorías sobre el objeto del litigio

Dicho lo anterior, el problema de la cosa juzgada se reduce sustancialmente y se limita a las fronteras que señalaron los juristas romanos¹⁸. Porque a partir de ahí, lo único que realmente nos interesa es describir la *res* que ha sido *iudicata*, y en qué circunstancias debemos respetar ese *iudicatum*. Es decir, debemos estudiar el objeto del juicio¹⁹, y las tradicionalmente llamadas fronteras de la cosa juzgada.

Pues bien, con respecto al primer punto también se produjo una importante dogmatización, debido nuevamente a Savigny, aunque en este caso el comentario no puede ser tan elogioso como el realizado anteriormente. El Maestro nos rescató del pasado el concepto de *actio*²⁰, identificando lo que se iba a juzgar con ese concepto, cuando quizás la única relevancia del mismo en época romana había sido obtener el pase a la fase *apud iudicem* del proceso formulario²¹, papel que quedó desvirtuado con el proceso de la *cognitio extra ordinem*, el más parecido al nuestro en la actualidad. Al mismo tiempo nos describió la acción como el derecho a la protección judicial que surgía de la violación de un derecho.

120

Como no podía ser de otro modo, la doctrina se fijó en ese concepto. Windscheid, al margen de su archiconocida y a veces agria polémica con Muther²², nos separa el concepto de acción del de «pretensión», creando de ese modo la noción que en Alemania dará pie al inicio de las doctrinas del llamado *Streitgegenstand*—u objeto del proceso como lo hemos solido designar

¹⁸ Dig. L. XLII, tít. I.

¹⁹ En acertada expresión de RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, t. I, Barcelona 1997, p. 227.

²⁰ VON SAVIGNY, *System*, cit., p. 3.

²¹ Instituciones, Lib. IV, tít. VI: «Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur».

²² WINDSCHEID, Bernhard, *Die Actio des römischen zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, MUTHER, Theodor, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in obligationen. Eine Kritik des windscheidschen Buchs «die Actio des römischen Zivilrechts»*, Erlangen 1857, WINDSCHEID, Bernhard, *Die Actio. Abwehr gegen Theodor Muther*, Düsseldorf 1857. Las tres obras están recopiladas en un único facsímil por Scientia Verlag Aalen, 2ª ed. Darmstadt 1984.

en español—, y que al propio tiempo iniciará la discusión sobre las conocidas y en buena medida infructuosas doctrinas de la acción.

Pues bien, los procesalistas hemos analizado esos conceptos y esas teorías, en busca de soluciones para los problemas más conflictivos de nuestra disciplina, entre ellos el de la cosa juzgada. Y nos hemos quedado descorazonados. Con las manos vacías. Porque aunque hayamos sido capaces de entender esas teorías, las de la acción y las del objeto del proceso, e incluso existan quienes han logrado meritoriamente concebir algunas nuevas, lo cierto es que no nos han ayudado en absoluto a resolver el problema de la cosa juzgada. Incidiendo en la teoría bimembre²³, que es la que más se ha difundido en el ámbito hispanoparlante, no nos ha servido de nada clasificar el objeto entre *petitum* y *causa petendi*, sencillamente porque nos hallamos con la insuperable dificultad de saber qué sea realmente la *causa petendi*, por más que se haya intentado definirla. Aunque, sobre todo, porque resulta complejísimo distinguirla realmente del *petitum*.

En fin, en esta materia hemos llegado a un resultado muy realista: que para conocer cuál es el objeto del juicio, debemos fijarnos en el objeto de cada juicio²⁴. Y ello obliga a abandonar cualquier teorización, no quedando otro remedio que hacer un recuento de todo aquello que ha sido juzgado. De ese modo sabemos precisamente cuál es el objeto de cada juicio, y con ello resolvemos la polémica teórica, pero no la práctica. ¿En qué medida ha juzgado el Juez? ¿Cuál es el alcance de ese juicio? Como antes decía, el problema son las fronteras de la cosa juzgada.

V. Redefinición del concepto de «fronteras de la cosa juzgada». La necesidad de estabilidad de la sentencia

En ese menester de averiguar qué es lo que ha sido juzgado, puede ser útil analizar, no exactamente lo que ha sido juzgado, puesto que eso nos lo dice —con mayor o menor acierto— la sentencia, sino aquello que va a ser necesario respetar para que no pierda vigencia aquello que ha sido juzgado.

²³ ROSENBERG, Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929, p. 249 y ss.

²⁴ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento*, cit., p. 233, BERZOSA FRANCO, Victoria, *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, Córdoba 1981, p. 43, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel (con De la Oliva Santos), *Derecho Procesal Civil*, T. II, Madrid 1991, p. 38. FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1992, p. 350.

Es decir, debe averiguarse qué puntos le dan estabilidad a la sentencia. En otras palabras, debe determinarse qué enjuiciamientos requieren estabilidad a fin de que no se desvirtúe el juicio ya realizado.

Y esa labor no es tan compleja como puede parecer *a priori*, si se contrasta el juicio ya firme con el posible objeto del juicio de la sentencia que vaya a dictarse. Ese segundo juicio tendrá que respetar los enjuiciamientos que requieran esa estabilidad del juicio a la que antes me he referido²⁵. A partir de esa afirmación, puede establecerse una pequeña guía de casos concretos en los que una resolución judicial tendrá efectos de cosa juzgada. Y de hecho esa pequeña guía es la que explica todos los inconvenientes con los que hasta ahora se ha topado la doctrina, lo que puede servir para darles una solución.

5.1. Resoluciones judiciales que precisan estabilidad

En primer lugar, yendo de menos a más, se pueden ir revisando todas las posibles resoluciones judiciales que pueden dictarse. Y se comprobará que todas ellas poseen efectos de cosa juzgada en la medida que la precise lo estabilidad de aquello que disponen. Ocupándome únicamente de las resoluciones más conflictivas, puede comprobarse cómo las resoluciones de contenido procesal, aquellas que inadmiten una demanda, por ejemplo, porque existía un defecto procesal, poseen efectos de cosa juzgada en un futuro juicio si el defecto procesal persiste²⁶, ya que no tiene sentido que el demandante eluda el juicio legítimo de un juez con el facilísimo expediente de acudir inmediatamente a otro a probar suerte. Resulta antieconómico y, por supuesto, contrario a la prohibición de reiteración de juicios propia de la cosa juzgada.

²⁵ NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., p. 176.

²⁶ MAYER, Karl, *Anspruch und Rechtskraft nach deutschem Zivilprozessrecht*, Freiburg i. B. 1896, pp. 52-53. HENCKEL, Wolfram, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, p. 227 y ss. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile*, en: «Enciclopedia di diritto», XVIII, Milano 1969, p. 845. FERRI, Corrado, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1966, pp. 434. MONTERO AROCA, Juan, *La cosa juzgada: conceptos generales*, «Efectos jurídicos del proceso», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 92. LOURIDO RICO, Ana M^a, *La cosa juzgada y su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A Coruña 2001, p. 141. DE PADURA BALLESTEROS, M^a Teresa, *Cosa juzgada formal y cosa juzgada material de las resoluciones sobre cuestiones procesales*, TJ 1999 (1), pp. 65-66.

Lo mismo sucede con las resoluciones de medidas cautelares²⁷. Tienen efectos de cosa juzgada, y esos efectos tienen importancia mientras no se modifique la realidad que disciplinan, y vincularán a futuros jueces que intentaren modificar ese juicio a través de la indebida adopción de medidas cautelares que fueran contradictorias con las primeras. Exactamente igual que cualquier otra sentencia judicial, que deja de tener vigencia cuando responde a una realidad que ya no existe. No es que la sentencia deje de tener efectos de cosa juzgada, sino simplemente que ya no sirve para nada. Pero si esa realidad aún existe, lógicamente no puede ser desvirtuado el juicio previo a través de otra sentencia posterior.

También tienen efectos de cosa juzgada las resoluciones que reconocen allanamientos, o transacciones²⁸, pero únicamente en cuanto a la licitud del allanamiento y la transacción, y con respecto al hecho de que se realizó ese allanamiento o transacción. Si bien se mira, esos puntos son los únicos que ha enjuiciado el juez, y por ello son los únicos que son aptos para tener eficacia de cosa juzgada. Aunque la transacción incluya un reconocimiento de hechos de las partes, dicho reconocimiento no tiene otra eficacia que la de una declaración realizada ante un fedatario público, a la que habrá que atribuirle el valor probatorio que corresponda en cada ordenamiento jurídico. Pero en absoluto tendrá eficacia de cosa juzgada esa declaración de hechos²⁹, puesto que el juez no habrá practicado actividad probatoria, y por tanto enjuiciadora, sobre la misma.

Otras resoluciones discutidas son las sentencias de fondo penales, de las que se ha solido afirmar que poseían solamente el «efecto negativo de la cosa juzgada material», mas no el efecto positivo. Esa afirmación, tradicional

²⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (con Ramos Méndez), *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, p. 33.

²⁸ Sobre esta cuestión, vid. PELÁEZ SANZ, Francisco, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona 1987, p. 169 y SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1252 del Código Civil*, en: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», Madrid 1981, p. 656. Entre la manualística, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1979, p. 410, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, t. II, vol. II, p. 443, BARONA VILAR, Silvia (con Montero Aroca e.a.), *Derecho Jurisdiccional*, Valencia 2003, p. 377, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (con Moreno Catena), *Derecho Procesal Civil*, Valencia 2004, p. 351).

²⁹ A pesar de lo que digan algunos ordenamientos, inspirados erróneamente en el Codex de Justiniano, Ley 20, título IV, *de transactionibus*, Libro II, cuando se dice: «*Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatorum esse*».

en la Doctrina³⁰, podría rebatirse fácilmente a través de la negación de una auténtica distinción entre el efecto positivo y el efecto negativo de la cosa juzgada en el sentido que antes comenté. Pero no es correcto ampararse en la propia teoría para rebatir una conclusión tan asentada en la Doctrina. Sin poder, por razones obvias, profundizar en este momento en el tema³¹, existen algunos puntos que podrían cuestionar seriamente la conclusión tradicional.

Debe decirse, de entrada, que ese pensamiento antiguo puede provenir, fácilmente, del hecho de que en el Digesto apenas se hablara de la cosa juzgada penal. En segundo lugar, debe ponerse claramente encima de la mesa que ese pensamiento tradicional tuvo una de sus primeras contestaciones en Binding³², ya a principios del siglo XX, y una de las más recientes en Grunsky³³. En definitiva, cuando uno trata de saber por qué las sentencias penales debieran carecer de efectos completos de cosa juzgada, realmente se queda con el único argumento de que no es conveniente condicionar la jurisdicción del segundo juez o menoscabar la defensa de un acusado en un ulterior proceso. Pero ese argumento lleva a la comprometida conclusión de que las sentencias penales serían firmes, según y cómo, lo que podría conducir, llevado el argumento hasta el extremo, a poner en cuestión incluso la inocencia declarada de una persona en un ulterior proceso, con el consiguiente e injusto descrédito de la persona absuelta, poniéndose en tela de juicio la regularidad entera de la actuación judicial. Todos ellos son inconvenientes que no puedo más que apuntar en este momento, pero que creo que debieran suscitar un auténtico replanteamiento de toda esta materia.

124

Por último, una de las resoluciones cuyo efecto de cosa juzgada ha sido más debatido³⁴, es la que culmina los procedimientos sumarios. El ar-

³⁰ BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona 1943, pp. 206-207. BRUNS, Hans-Jürgen, Erlaubt die Rechtskraft des Strafbefehls die zusätzliche Verfolgung nachträglich eingetretener strafschärfender Tatfolgen?, JZ 1960, p. 619. DE LUCA, Giuseppe, Appunti sugli effetti della cosa giudicata penale rispetto ai terzi, Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1960, p. 316 y DE LA OLIVA SANTOS, Sobre la cosa juzgada, cit., p. 171. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada Penal*, Bolonia, 1976, pp. 116 y 142-154. PETERS, *Strafprozeß*, Heidelberg, 1985, p. 505

³¹ Vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., p. 144 y ss.

³² BINDING, Karl, *Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen*, en: «Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen», tomo II, München y Leipzig 1915, p. 310 y ss.

³³ GRUNSKY, Wolfgang, *Zur Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft im Strafprozess*, en: «Festschrift für E. Kern» 1968, pp. 223 y ss, p. 225.

³⁴ A favor: MONTERO AROCA, *La cosa juzgada*, cit., p. 94. DE LA OLIVA SANTOS (con

gumento básico consiste en que, si se diera fuerza de cosa juzgada a estos pronunciamientos, que provienen de juicios que se han celebrado de manera rápida, correríamos el riesgo de darle firmeza de manera precipitada a una resolución judicial, con el peligro que ello podría conllevar.

Sin embargo, debe decirse que el pensamiento anterior parte de una noción muy estricta de la sumariedad, que no acaba de compaginarse con la realidad de la práctica judicial de estos procesos en muchos Estados, entre ellos España. Cuando un proceso sumario, una de aquellas antiguas «*causae summariae*», era un proceso en el que se fallaba *simpliciter et de plano*, sin estrépito ni figura de juicio, como decía la Decretal de Clemente V de 1306 –la conocida *Saepe contingit*–³⁵, y como dijeron después de ella muchas leyes, podía ser lógico pensar que la resolución de estos procesos, más que provisional, fuera una resolución que cupiera discutir en un proceso con todas las garantías, es decir, con «*figura iudicii*». Desde luego, un proceso en el que se falla de plano para salir del paso, no es un proceso celebrado con las garantías precisas como para que se pueda subrayar el carácter definitivo de sus pronunciamientos.

Sin embargo, en la actualidad los procesos sumarios, al menos en España, ya no son así. Actualmente se trata de procesos más breves, ciertamente, porque se celebran a través de un procedimiento más conciso de lo que podría ser normal. Pero en los mismos suele existir una amplia posibilidad de defensa, habiendo tiempo de observar las actuaciones, contratar a un

Díez-Picazo), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, p. 494-496. En el mismo manual, Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 606. GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, *Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad*, RDProc, 2003, n. 1-3, p. 320. Parcialmente en contra: PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, 1982, pp. 37-38. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1252 del Código Civil*, en: «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales» (dirigidos por Albaladejo), Madrid, 1981, tomo XVI, vol. 2, p. 722. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 805. GIMENO SENDRA, Vicente, (con Moreno y Cortés), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Madrid 2003, p. 25. LOURIDO RICO, Ana M^a, *La cosa juzgada y su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A Coruña 2001, p. 150. GRANDE SEARA, Pablo, *Notas sobre la regulación de la cosa juzgada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Rev. Vasca DPA, 2000, 13 (2), p. 293. GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Comentario al art. 222*, en: «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Tomo I, Barcelona, 2000, p. 869. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La preclusión en el proceso civil*, Madrid 2004, pp. 287. DE PADURA BALLESTEROS, M^a Teresa, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Valencia, 2002, pp. 180-182.

³⁵ Vid. GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, *Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad*, RDProc, 2003, n. 1-3, pp. 296 y ss, que reproduce y traduce por completo esa Decretal.

abogado, preparar debidamente la prueba y, finalmente, ejercer una defensa absolutamente aceptable. Como dato diré simplemente que existen actualmente vistas de procesos sumarios que duran más de tres horas...

Si el proceso fuera como el «juicio de despojo» del antiguo derecho castellano (1476)³⁶, en el que se fallaba prácticamente de plano sobre la posesión, es lógico que *a posteriori* se permitiera discutir, aunque muy restrictivamente, sobre la regularidad de la desposesión. Pero ello ya no es así. Demandante y demandado se suelen defender con todos los argumentos de que disponen en un proceso sumario, y sin que además existan muchas veces en las leyes restricciones acerca de los argumentos defensivos que pudieran utilizar. Y cuando se les permite celebrar un proceso posterior, lo que ocurre simplemente es que el proceso muchas veces se repite, a veces incluso a través del mismo trámite que se celebró el primero, lo cual resulta obviamente contrario a la seguridad jurídica, y por supuesto a la prohibición de reiteración de juicios que conlleva la cosa juzgada, y que, entre otras cosas, trata de garantizar que una y la misma cuestión no sea puesta en tela de juicio una y otra vez por diferentes jueces, haciendo que los procesos no acaben nunca.

126

Por ello, las resoluciones finales de los actuales procesos sumarios –siempre que no sean fallados *de plano*– deben tener efectos de cosa juzgada en la medida en que se haya realizado el enjuiciamiento o, dicho de otro modo, en la medida en que lo precise la estabilidad del enjuiciamiento realizado en la sentencia dictada, siempre y cuando, insisto en este punto, haya existido la debida posibilidad de defensa en el proceso, ya que de lo contrario existirían puntos fallados, ciertamente, *de plano*, de los que sería injusto predicar la cosa juzgada.

5.2. Partes de la resolución judicial que precisan estabilidad

Determinado, pues, que cualquier resolución judicial puede alcanzar efectos de cosa juzgada, otro de los puntos que han provocado controversia ha sido el de qué partes de la resolución alcanza efectos de cosa juzgada. Vanamente trató la Doctrina de limitar la eficacia de cosa juzgada al fallo de la sentencia. Buena parte de la responsabilidad de que ello haya sido así hay

³⁶ Nov. Recop. Libro XI, tít. III Ley VIII.

que atribuírsela a Chiovenda³⁷, que insistió razonadamente en ese punto. Pero sin embargo, es obvio que el pensamiento sólo responde, en realidad, a la voluntad de algunos prácticos del derecho de evitar complejidades. Si la cosa juzgada se restringe al fallo de la sentencia, hay mucho menos que interpretar, ciertamente. Pero si nos damos cuenta de que ese fallo solamente puede interpretarse si se acude a los fundamentos de la sentencia, ciertamente la conclusión tradicional debe ser puesta en cuestión. Si además pensamos que el criterio que sigue un Juez para determinar lo que escribe en su fallo es sumamente variable, incluso aleatorio³⁸, y que además existe la costumbre en diversos Estados de realizar fallos extraordinariamente extensos y razonados, nos damos perfecta cuenta de lo profundamente cuestionable que resulta restringir los efectos de cosa juzgada al fallo de la sentencia.

De nuevo, la determinación de aquellos enjuiciamientos que requieran estabilidad para no desvirtuar la sentencia, será lo que nos dé la clave para determinar qué partes de la sentencia alcanzan efectos de cosa juzgada. Y simplemente se tratará de todas aquellas partes que precisen mantener su estabilidad para que la sentencia no quede carente de fundamento³⁹. De ese modo, una cita de jurisprudencia realizada a mayor abundamiento puede considerarse perfectamente prescindible. Pero sin embargo, la fijación de un hecho probado o la declaración de propiedad sobre un bien, por ejemplo, forman parte del conjunto inescindible de hecho y derecho que constituirá la base y sustento de una sentencia, por descontado, y por tanto debe acrecer la materia que deberá tener efectos de cosa juzgada.

Sin embargo, también ha preocupado a la doctrina aquello que el Juez no dice en la sentencia, pero que sin embargo sustenta dicha sentencia, es decir, los pronunciamientos implícitos⁴⁰. Sobre los mismos no hay más que declarar su absoluta necesidad en cualquier pronunciamiento judicial, puesto que ningún juez puede ser tan exhaustivo como para reflejar por escrito todos los posibles puntos que vayan a sustentar su sentencia. Hay aspectos, por tanto, que habrá que dar por supuestos.

³⁷ Vid. CHIOVENDA, Giuseppe, *Sulla cosa giudicata*, en «Saggi di diritto processuale civile». Reimpresión de la ed. de Roma 1931, vol. II, Milano, 1993, pp. 401-402.

³⁸ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit., p. 74.

³⁹ NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., p. 176 y ss.

⁴⁰ Vid. acerca de estos pronunciamientos, SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1252*, cit., p. 729 y ss.

Pues bien, en la medida en que esos aspectos omitidos sea necesario afirmarlos para mantener la estabilidad de la sentencia, será preciso tenerlos también por juzgados, pese a los riesgos que pueden intuirse de que ello sea así, y que ahora no puedo desarrollar⁴¹.

El hecho de que exista o no cosa juzgada en un determinado proceso, pese a ser una incógnita que resolvemos los procesalistas, no puede confundirse con una cuestión de mero procedimiento, sino que se trata de un tema que afecta intrínsecamente al enjuiciamiento y, por tanto, versa sobre un tema de fondo. Lo que a veces puede ocurrir, ciertamente, es que el demandante no pretenda discutir esos pronunciamientos implícitos en un nuevo proceso, sino que intente debatir exactamente lo mismo que discutió en el anterior. En ese caso, la existencia de cosa juzgada puede ser determinada prematuramente, en las fases iniciales del proceso.

Pero de lo contrario —y suele ocurrir lo contrario— el tema revestirá una complejidad tal que será necesario determinar esa cuestión en la sentencia. Por ello, resulta muy peligroso impedirle al demandante que ni tan siquiera pueda formular alegaciones sobre puntos que pudieron ser resueltos implícitamente en un proceso anterior, debido a que interpretada extensivamente esa prohibición —que es lo que suele ser común entre algunos jueces—, de pretender ser una garantía de la cosa juzgada —y que ésta no requiere en absoluto—, se torna en una disposición que vulnera la tutela judicial efectiva, lo cual es justamente lo contrario del efecto que, con la mejor de las intenciones, pretendía conseguirse.

128

5.3. ¿Cosa juzgada solamente inter partes?

Determinado todo lo anterior, no queda sino exponer algunas situaciones en las que pueda descubrirse fácilmente la existencia de cosa juzgada. En este punto ha jugado un papel preponderante la vieja teoría —no formulada en estos términos en el Digesto, por cierto⁴²— de las tres identidades

⁴¹ Vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., p. 195 y ss.

⁴² «*Inter easdem personas eadem quaestio*». Libro 44, Tít. II, 7, § 4. «*Idem corpus*» (Libro 44, Tít. II, 12). Que conserve su utilidad a pesar de los deterioros o modificaciones sufridas (Libro 44, Tít. II, 14). Que verse sobre la misma cantidad y el mismo derecho («*Quantitas eadem, idem ius*». Libro 44, Tít. II, 13.), y por último, misma causa de pedir y misma condición de las personas («*et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum*». Libro 44, Tít. II, 14).

necesarias para que pudiera tener operatividad la cosa juzgada, proveniente de la Doctrina, y posteriormente del Derecho francés, y que en tantísimas legislaciones y jurisprudencias ha influido.

Esa teoría no es más que otro de aquellos mitos dogmáticos que persiguen a la cosa juzgada, y creo que ha quedado suficientemente matizada con todo cuanto llevo expuesto. En ese feliz –aunque muy infrecuente– caso en que dos juicios sean exactamente iguales, no es ya que debamos proclamar la existencia de la cosa juzgada, sino que, además, hasta podemos declararla anticipadamente en el proceso. Sin embargo, lo habitual es que dos juicios únicamente se parezcan entre sí, y por ello no quede otro remedio que realizar una delicada búsqueda de qué aspectos de los dos juicios coinciden y que, por tanto, no pueden ser repetidos.

Pues bien, de esa teoría se deriva el principio de que la cosa juzgada solamente tiene efectos *inter partes*. Ese principio debe ser, no descartado, por supuesto, sino simplemente matizado. Por descontado que existe cosa juzgada cuando aparecen las tres identidades. Y especialmente el caso se hace mucho más evidente cuando coinciden las partes en su persona y calidad, como dice el art. 1351 del Código Civil francés⁴³. Sin embargo, como se encargaron de recordar especialmente Allorio⁴⁴ y Schwab⁴⁵, o el propio Ihering⁴⁶ anteriormente, entre algunos otros, la cosa juzgada también tiene operatividad cuando las partes de los distintos procesos son distintas. En este sentido, puede argumentarse, como ha solido hacer la Doctrina, que no puede imponerse la cosa juzgada de un proceso a terceros que no fueron parte en ese proceso y que, por tanto, no pudieron defenderse, precisamente por esa carencia de defensa.

Pero sin embargo, entiendo que hay que determinar muy cuidadosamente si no pudieron defenderse en realidad. Si tenían interés directo, o

⁴³ «L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité».

⁴⁴ ALLORIO, Enrico, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 65

⁴⁵ SCHWAB, Karl Heinz, Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZZP 77 (1964), p. 124 y ss.

⁴⁶ VON IHERING, Rudolf, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen*, en: «Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts», reed. de 1981 de la ed. de Jena 1882, p. 80.

simplemente colateral, y su ordenamiento jurídico les daba ocasión de intervenir en el proceso y, además, lo más importante, tuvieron conocimiento del proceso, su falta de presencia en el mismo sólo a ellos es imputable, y por ello no pueden confiar en que sólo les afecten los efectos favorables de lo que se actúe, como ha dicho la doctrina desde antaño. Es muy cómodo ser deudor solidario y esperar insolidariamente a que el demandante se dirija contra el otro deudor en reclamación de su crédito. Pero lo que no puede aceptarse es que si el Derecho Civil le da en este caso una ventaja al acreedor —y no al deudor!— para que cobre con más facilidad, esa ventaja se torne un gravamen cuando tenga que dirigirse contra todos y cada uno de los deudores, pudiendo poner en tela de juicio su deuda a través de exactamente los mismos argumentos, existiendo el riesgo cierto de sentencias contradictorias. Ello es contrario a la prohibición de reiteración de juicios, produce inseguridad jurídica, y es de todo punto absurdo porque se desvirtúa la ventaja que el Derecho civil concede al acreedor. Por ello, un deudor solidario deberá estar vigilante si se demanda a otro de los deudores. No participará en el proceso si no quiere, por descontado, pero deberá atenerse a los efectos de la sentencia que se dicte si conoció de la existencia del proceso y, voluntariamente, decidió no participar.

130

Diferente es el caso de que el tercero no conociera de la existencia del proceso, que es el supuesto más frecuente en la práctica. Y no porque no lo conociera realmente, sino porque suele resultar imposible demostrar que estaba enterado. En esos casos, en los que además el proceso puede haberse celebrado con la voluntad de perjudicarlo, debe recurrirse, en los ordenamientos en los que exista, a la oposición de tercero a la sentencia firme⁴⁷, como único camino para demostrar su desconocimiento y, por tanto, la legitimidad de la defensa que intentará ejercer.

Por último, el postulado de que la cosa juzgada tenga solamente efectos *inter partes* acaba por cuestionarse por completo si se tiene en cuenta la situación de aquellos ciudadanos a los que les es indiferente la sentencia⁴⁸. Reconozcamos con claridad que esos ciudadanos son la inmensa mayoría en

⁴⁷ Sobre la misma, vid. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Tratado*, cit., t. II, p. 596 y ss. En la Doctrina española, monográficamente, sólo cabe hallar la obra de FONT SERRA, Eduardo, *La oposición de terceros a la cosa juzgada*, RJC. 1980, p. 687 y ss.

⁴⁸ Sobre la identificación de estos terceros, vid. BETTI, Emilio, *Tratato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in Diritto romano*, Macerata, 1922, p. 150 y ss, y LUISO, Francesco Paolo, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p. 32 y ss.

cualquier proceso. Pues bien, si aplicáramos el principio *inter partes* resultaría que todos estos ciudadanos —que se cuentan por millones— podrían discutir el contenido de la sentencia *a posteriori* si les interesare, lo que creo que hasta el momento no ha sido defendido por nadie. Una nueva prueba de que la cosa juzgada también se impone a aquellos que no fueron parte en el proceso, simplemente porque lo requiere la estabilidad de las resoluciones judiciales.

5.4. ¿Cosa juzgada entre órdenes jurisdiccionales?

Otro de los puntos discutidos en materia de cosa juzgada ha sido el de si las resoluciones de un orden jurisdiccional afectan a las de otro orden jurisdiccional⁴⁹. En este punto, que no puedo desarrollar en este momento, se observa algo bien curioso: la incomunicación casi total entre órdenes jurisdiccionales. Resulta que, según suelen disponer las leyes, los tribunales de diferentes órdenes jurisdiccionales pueden decidir, directa o tangencialmente, sobre una y la misma cosa. Habida cuenta de que ni las ramas del ordenamiento jurídico ni los órdenes jurisdiccionales pueden tener contornos precisos, habiendo materias de difícil o discutida ubicación, que ello suceda es factible. Y en este sentido, el ordenamiento suele permitir que cada orden resuelva materias del vecino cuando su análisis sea necesario aunque tangencial, con una única excepción: las materias de naturaleza jurídico-penal.

Ello puede resultar sorprendente, si se observa que la división del Poder jurisdiccional en órdenes jurisdiccionales no es más que convencional, y responde solamente a un criterio de especialización enfocado a una mejor prestación de la función jurisdiccional. Pero no puede llevarse tan lejos como para predicar la existencia de autónomas jurisdicciones ordinarias —pervirtiendo la noción de independencia judicial—, y negar la vigencia misma de uno de los fundamentos más antiguos e imprescindibles de la jurisdicción: la cosa juzgada.

Por ello, si bien es necesario que ningún juez que no pertenezca al orden penal se pronuncie sobre materias penales, precisamente porque lo

⁴⁹ Sobre esta materia, PÉREZ GORDO, Alfonso, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982. SENÉS MOTILLA, Carmen, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Madrid 1996. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, Madrid 2002. VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Valladolid 2004. REYNAL QUEROL, Núria, *La prejudicialidad en el proceso civil*, Barcelona, 2006.

requiere la estabilidad de los pronunciamientos penales, no es de recibo que un juez del orden laboral, por ejemplo, ponga en cuestión un punto ya fijado por un juez del orden civil. Desde luego que si se trata de un tema puramente secundario, podrá hacerlo sin problemas, careciendo su decisión de eficacia en otros órdenes jurisdiccionales. Pero si se trata de un punto principal, entiendo que debería suspender el proceso y plantear la correspondiente cuestión prejudicial, como única manera de obtener el cumplimiento de la prohibición de reiteración de juicios hasta las últimas consecuencias. Sin embargo, los legisladores, en general, han solido dar mayor preponderancia a la celeridad de los juicios que a su compatibilidad en este caso, y por ello pocos ordenamientos se decantan por esta solución. Sin embargo, creo que se trata de un tema que, con los antecedentes indicados, debiera ser sometido a profunda revisión.

5.5. Los auténticos límites temporales de la cosa juzgada

Cambiando de tema, casi nadie se ha planteado la cuestión de si la cosa juzgada debe tener una vigencia temporal⁵⁰. Todo lo contrario, se afirma en general una eficacia eterna de las sentencias y, además, cuando se trata la cuestión de los límites temporales, resulta que se confunden en general con los objetivos, y se acaba recordando algo obvio: que una sentencia mantiene su vigencia mientras exista todavía la realidad que regula.

Desde luego, es un tema que creo que debiera ser objeto de detenido estudio, puesto que no creo que debamos considerar normal que alguien, como en ocasiones ha sucedido, reivindique propiedades u otros derechos remontándose a sentencias de cuatrocientos años atrás, pronunciadas en unas circunstancias por completo distintas de las actuales.

De todos modos, provisionalmente estimo que la fijación de esos límites temporales en una ley puede hallarse con la dificultad de determinar cuál es el plazo razonable de vigencia de una sentencia, pudiendo resultar que se acabe determinando un plazo demasiado corto, o demasiado largo. Por

⁵⁰ Vid. MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid 1883, p. 113. Vid. por ejemplo MONTERO AROCA, e.a., *Derecho Jurisdiccional*, cit., p. 483. CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Reed. de la ed. de Padova 1926. Padova 1986, p. 443. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit., p. 82.

ello, sin la debida y completa reflexión sobre este complejo punto no creo que sea la ocasión de proponer la fijación legal de esos límites temporales, por lo que me limito a exponer la problemática.

VI. Contradictoriedad de resoluciones firmes

Finalmente tampoco se ha afrontado debidamente la cuestión de la contradictoriedad de los juicios firmes. La misma ha sido abordada desde antiguo⁵¹, incluso por glosadores y comentaristas, entrando en una bizantina discusión sobre si debía comandar el primer juicio o el segundo juicio emitido, cuando lo que impondría la prohibición de reiteración de juicios, desde un punto de vista lógico, es que hubiera de regir en todo caso el primer pronunciamiento.

Sin embargo, no es esta materia en la que deban realizarse conjeturas exclusivamente dogmáticas, sino que es preciso, como siempre, descender a la práctica y observar que cuando se produce este caso, en ocasiones ni tan siquiera ha existido mala fe por parte de nadie. Por ello, parece que lo más acertado en principio es celebrar un ulterior proceso declarativo para deshacer la contradicción, pronunciando la sentencia que parezca más justa considerando los materiales fáctico-jurídicos presentes en ambos procesos. Puede suponer un retraso esta solución, ciertamente, y puede reprocharse que es contraria a la prohibición de reiteración de juicios. Y desde luego, así es, pero en un caso en el que, de lo contrario, estaría en juego el valor que tratan de asegurar tanto la cosa juzgada como todas las instituciones del proceso: la justicia.

VII. Reflexión final

Con todo ello no he pretendido sino intentar deshacer algunos de los nudos que atenazan actualmente a la cosa juzgada, y que en buena medida son fruto de disquisiciones doctrinales que, sin tener en cuenta lo que sucede realmente en la realidad judicial, acaban afectándola, a veces negativamente. Ello nos lleva, no obstante, a la conclusión de que la cosa juzgada es algo mucho más tangible que un concepto dogmático, que es en lo que, en bue-

⁵¹ Vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, p. 269 y ss.

na medida se había transformado, convirtiéndose en un mito insuperable para abogados, jueces, fiscales y, por qué no, para estudiantes de Derecho, que sienten lógico terror cuando oyen la pregunta «la cosa juzgada» en un examen. Ojalá que las anteriores reflexiones puedan servir de algo en la conjuración de ese terror y, en definitiva, en la desaparición del mito.

La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional

✍ EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Sumario:

I. Introducción. **II.** Ideas previas: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculación de los poderes públicos. **III.** Definiendo la *cosa juzgada constitucional*: previsiones fácticas previas. **IV.** Necesario contraste de la cosa juzgada constitucional en el derecho comparado. **V.** Elementos opuestos en la *cosa juzgada constitucional* del Tribunal Constitucional peruano. **VI.** *Cosa juzgada constitucional* y principio de autonomía procesal. **VII.** A modo de conclusión.

Resumen:

El autor plantea que la denominada cosa juzgada constitucional rompe los cánones de interpretación constitucional y tiene implicancias procesales más gravosas que sus beneficios, en la medida en que ya existe el instituto jurídico de cosa juzgada formal y material tradicionalmente usado y aceptado en la judicatura ordinaria. Recomienda al Tribunal Constitucional que, cuando realice la determinación de lo constitucionalmente válido, no deje de lado las instituciones conceptuales que se han afianzado en la práctica del Poder Judicial.

Palabras clave:

Cosa juzgada constitucional, cosa juzgada, Tribunal Constitucional, Poder Judicial.

Abstract:

The author argues that constitutional *res judicata* breaks the canons of constitutional interpretation, and that it has procedural consequences more grievous than its benefits, to the extent that there is already a legal institution of *res judicata*, formal and material, traditionally used and accepted by the ordinary judiciary. Recommends that the Constitutional Court, when making the de-

* Doctor en Derecho. Juez Superior Titular de Sala Constitucional Lambayeque. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente del Área Constitucional de la Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Becario del la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales*, Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados*. Montevideo, Uruguay, 2010; y *La Constitucionalidad de las leyes*, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009.

termination of what is constitutionally valid, does not set aside the conceptual institutions already established in the practice of the judiciary.

Keywords:

Constitutional *res judicata*, *res judicata*, Constitutional Court, judiciary.

I. Introducción

Si queremos abordar la figura de la *cosa juzgada constitucional* en nuestro ordenamiento debemos determinar algunas oposiciones de rigor con relación a la potestad interpretativa de los jueces del Poder Judicial y las facultades de interpretación del propio Tribunal Constitucional. Esta tarea resulta especialmente controvertida cuando el escenario deviene complejo frente a la competencia reguladora del propio Tribunal, si nos circunscribimos a la necesidad de reafirmar la interpretación de los derechos fundamentales y de la Carta Fundamental por parte de dicho órgano, y de modo especial, si en esa tarea de determinación deben reformularse conceptos marco que los jueces del Poder Judicial han venido construyendo por mucho tiempo, en concreto desarrollando las nociones de cosa juzgada formal y material.

136

Bajo esa figura, se impone dilucidar cuál es el nivel conceptual y las previsiones de la institución denominada *cosa juzgada constitucional*, y cuáles son sus alcances, efectos y fuerza interpretativa, si en especial ya el ordenamiento prevé las figuras de la cosa juzgada formal y material: la primera, que se refiere a que ya no existe ningún medio de impugnación procedimental de la decisión; y la segunda, que se presenta cuando ha existido una valoración de fondo de la pretensión y, por tanto, existe un pronunciamiento definitivo que pone fin a una controversia de relevancia jurídica.

Las precisiones anotadas no son pacíficas y, en efecto, si ya existía dogmáticamente la figura de la cosa juzgada, en su acepción material como la hemos abordado siempre, ¿por qué la necesidad de prever la *cosa juzgada constitucional*, más aún si su definición por excelencia rompe los cánones de lectura de la finalización de discusión de una controversia con relevancia jurídica? Planteado el tema que nos ocupa de otra forma diríamos: ¿por qué implantar una definición de suyo gravosa si antes no ha existido en nuestro ordenamiento visos ni asomo de esta figura con un margen de complejidad en alto grado? Y en adición a ello podemos igualmente inquirir: ¿crea acaso la *cosa juzgada constitucional* una manifestación contraria a los cánones de la interpretación constitucional?

La única explicación congruente a esta figura es la necesidad de reafirmar las exigencias de la interpretación constitucional por parte del supremo intérprete de la Constitución. Si el Tribunal Constitucional es el referido último intérprete de la Constitución, es razonable que tenga la potestad de fijar los conceptos compatibles o no compatibles con los principios, valores y directrices de nuestra Carta Fundamental, y sin embargo, en esa compleja tarea de determinar lo constitucionalmente válido, es también importante advertir la exigencia de no vaciar de contenido formal y material las instituciones conceptuales cuyo afianzamiento en el tiempo ha sido forjado por ese otro importante grupo de jueces de la Constitución, que en esencia son los jueces del Poder Judicial, cuya importante tarea es de filtro previo respecto del conocimiento de controversias constitucionales en el ámbito de la justicia de los derechos fundamentales.

II. Ideas previas: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculación de los poderes públicos

Las decisiones del Tribunal Constitucional ostentan, en especial las sentencias emitidas en un proceso de inconstitucionalidad, efectos *erga omnes*, fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada.¹ Estas características fluyen propiamente de la calidad de intérprete final del Tribunal respecto de la Constitución y queda refirmada esta tesis en función del concepto haberleano de que dentro de una sociedad abierta de intérpretes, si bien todos podemos interpretar la Carta Fundamental, sí es igualmente cierto que existe una interpretación prevalente, definitiva y final, y es en propiedad la que ostenta el Tribunal por su condición de Guardián de la Constitución y no de Señor de la Constitución.

Será el Tribunal Guardián de la Constitución en la medida en que propenda a una interpretación racional y razonable de la Norma Fundamental, e inclusive en tanto desarrolle sus decisiones dentro de un verdadero *barremo* de *self-restraint*, sin crear filosofía ni moral políticas, observando entonces una verdadera sujeción a los principios, valores y directrices que emanan de nuestra *Norma Normarum*. Por el contrario, podrá atribuirse la calidad de Señor de la Constitución a aquel Tribunal que precisamente se ubique en un escenario opuesto, pues en este último caso habrá una interpretación sesgada de la Carta Fundamental, sin sujeción a la cláusula de real supremacía

¹ STC N° 006-2006-CC/TC. *Caso Casinos Tragamonedas*, fundamento 69.

normativa de la Constitución, y se tergiversará la real, adecuada y ponderada interpretación de los derechos fundamentales.

Pues bien, buscamos entonces que el Tribunal Constitucional sea un verdadero Guardián de la Constitución y que sus decisiones puedan definir verdaderos parámetros confiables de la justicia constitucional; sólo en ese contexto es que habrá de poder efectivizarse ese haz de condiciones que deben presentar las decisiones del Tribunal en el matiz que adopten sus posiciones finales; es decir, en referencia a los fallos que ostenten esa exigible triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculación de todos los poderes públicos.

La fuerza de ley, *Gesetzeskraft* en la doctrina alemana, como elemento de esa triple identidad, implica una categoría vinculante para las decisiones del Tribunal. Apreciemos aquí un detalle relevante: una sentencia del Tribunal Constitucional, en especial la emitida en un proceso de inconstitucionalidad, no es específicamente una norma de rango similar a aquella que expide el Poder Legislativo; sin embargo, la relevancia de una decisión en un proceso de control normativo sí ha de involucrar una necesaria fuerza normativa muy similar a la de la ley. Por tanto, tendrá esta sentencia fuerza de ley sin que sea una ley.

138

En segundo lugar, por cosa juzgada, *Rechtskraft*, entendemos una posición final del Tribunal Constitucional que pone término a una controversia determinada. Existe la necesidad imperiosa de que los procesos concluyan y nos atengamos a reglas de interpretación que es necesario seguir respecto de los altos Tribunales cuando examinan el fondo de un asunto. El Derecho está plagado de muchos conceptos jurídicos indeterminados, aquello que Bocanegra Sierra llama «una esencial incompletion de la Constitución»,² y como tal, esa función saneadora del Tribunal, en el ámbito de sus tareas pacificadora y ordenadora, bien conduce a que pongamos de relieve la necesidad de que las controversias concluyan en exámenes de fondo y que las posiciones que se adopten representen una interpretación final de los derechos fundamentales y del principio de supremacía normativa de la Constitución.

Por último, la vinculación a todos los poderes públicos, *Bindungswirkung* en el escenario alemán, es una condición de realización de las condi-

² BOCANEGRA SIERRA, Raúl. «Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. I, Núm. 1. Enero-abril 1981. p. 241.

ciones señaladas. Existiendo fuerza de ley y cosa juzgada como elementos coadyuvantes de las decisiones del Tribunal en procesos de inconstitucionalidad, es en el efecto de vinculación³ donde apreciamos con más nitidez una condición de realización de las sentencias del Tribunal. Por tanto, los elementos arriba acotados materializan esa exigibilidad de las sentencias del Tribunal, aspectos que deben realizarse en la interpretación constitucional.

Lo acotado tiene vigencia para el proceso de inconstitucionalidad, mas constituye, igualmente, un conjunto de criterios válidos para otro proceso de control de competencias, como lo es el proceso competencial.⁴ Es así que en los procesos de inconstitucionalidad y competencial donde el Tribunal aporta una función reguladora en instancia única, a diferencia de los procesos de tutela de derechos fundamentales, en los cuales corresponde también la interpretación de los jueces del Poder Judicial en las controversias que aluden a procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento.

III. Definiendo la *cosa juzgada constitucional*: previsiones fácticas previas

El Tribunal Constitucional nos presenta una definición de *cosa juzgada constitucional* en la STC N° 006-2006-CC/TC,⁵ la misma que sólo podrá existir hasta en tanto se respete por parte de todos los demás poderes públicos la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, en cualquier tipo de controversia que pueda vincularse con estos contenidos.

³ Ya decía Charles Evans Hughes, decimoprimer Presidente de Corte Suprema de EE.UU. en 1907: «We are under a Constitution but this Constitution is what the judges say it is». (Estamos bajo una Constitución pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es).

⁴ Código Procesal Constitucional de 2004. Proceso competencial. Artículo 109.- Legitimación y representación.

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o
- 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.

⁵ STC N° 006-2006-CC/TC. *Caso Casinos Tragamonedas*, fundamento 69.

Resulta importante descomponer la definición que aporta el Tribunal Constitucional en este importante proceso competencial pues a partir del necesario contexto fáctico que rodeó el *caso Casinos Tragamonedas*, es posible asumir la compleja construcción que planteó esta figura en el ordenamiento constitucional peruano. Veamos un esbozo de esta cuestión.

En el año 2004 entró en vigencia el Código Procesal Constitucional; en el artículo VII⁶ de su Título Preliminar se previó la figura del precedente vinculante, denominación que inicialmente asumió la noción de sustentar fallos del Tribunal Constitucional con la calidad de vinculantes y, luego, especificar los cambios de posición al respecto.

Tuvieron lugar, entonces, diversas controversias vinculadas al funcionamiento de casinos y tragamonedas en distintas partes del país, y algunos jueces del Poder Judicial resolvieron no fundamentalmente vía apartamiento,⁷ sino simplemente no aplicaron el precedente en mención.

Fue así que tuvo lugar la interposición de un proceso competencial que promovió el entonces Ministerio de Comercio, Turismo e Integración MITINCI, en contra del Poder Judicial, alegando que se venía afectando la competencia propia de la Administración al no resolver el Poder Judicial conforme al precedente vinculante en cuestión, es decir, haciendo a un lado la aplicación obligatoria de los supuestos del precedente al caso en mención.

140

Aquí es necesario enfatizar un detalle: *prima facie* los jueces no pueden resolver una controversia contra la Constitución pues si bien no se puede alegar en absoluto el desconocimiento de la norma, sí es importante que el Estado prevea que el funcionamiento de la justicia constitucional pueda exhibir márgenes de eficiencia y eficacia respecto a la aplicación de los precedentes vinculantes.

⁶ Código Procesal Constitucional de 2004. Título Preliminar. Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

⁷ Es distinta la noción de apartamiento del precedente vinculante de la figura de no aplicación del precedente. El apartamiento exige una fundamentación respecto al no seguimiento de las líneas directrices del precedente. La no aplicación implica, muchas veces, el desconocimiento propio del precedente.

Nos explicamos. La figura de la obligatoriedad de aplicación del precedente vinculante, bajo responsabilidad funcional de los jueces del Poder Judicial, no se gestó desde la emisión del propio Código Procesal Constitucional, sino desde la consolidación que el propio *caso Casinos Tragamonedas* aporta, incluso bajo responsabilidad disciplinaria del juez por su no aplicación.

Más aún, una vez introducida la figura del precedente vinculante a nuestro ordenamiento, categoría de suyo especial, no se previó la figura taxativa de su obligatoriedad bajo responsabilidad de su aplicación. Nuestro fundamento es el propio artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el mismo que no presentaba la acotada redacción.

En adición a ello, la difusión del precedente vinculante mereció una escasa difusión entre los años 2004 –año de su configuración normativa– y el 2006 –año de su condición de causal de responsabilidad funcional en caso de no acatamiento– condiciones que más aún dificultaron la aplicación del precedente. Huelga decir que teníamos entonces un Poder Judicial poco informatizado, razón de peso que conducía, con algunas variantes en contra, a que no se pudiera apreciar un escenario de adecuada difusión para la aplicación plena del precedente.

141

Advertidas estas condiciones, podemos entonces formarnos un juicio fáctico de la situación de confirmación de la *cosa juzgada constitucional* en la forma que previó el Tribunal Constitucional.

IV. Necesario contraste de la cosa juzgada constitucional en el Derecho comparado

El artículo 243⁸ de la Constitución colombiana de 1991 se refiere a la cosa juzgada constitucional como aquella condición que implica un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional de Colombia. Aquí observamos una referencia cercana al concepto de cosa juzgada material pues, efectivamente, hay decisión de fondo respecto a una controversia constitucional.

⁸ Artículo 243 de la Constitución de Colombia.

«...Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución...».

En Argentina, los fallos que la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales inferiores dicten en ejercicio del control de constitucionalidad, se los denomina cosa juzgada constitucional,⁹ lo que asume la calidad de un instituto jurídico procesal cuyo fundamento se encuentra en la norma constitucional en forma explícita o implícita.

Una primera conclusión a obtener tras la definición que los ordenamientos descritos atribuyen a la *cosa juzgada constitucional*, es su vinculación a la noción de un último estadio de dilucidación de una controversia con relevancia iusfundamental, lo que bien atañe a la idea de supremacía de la Constitución.

El razonamiento de la STC N° 006-2006-CC/TC, *caso Casinos Tragamonedas*, se acerca a esta definición un tanto más pacífica en los ordenamientos citados, pero difiere en un aspecto sustantivo: la existencia de la *cosa juzgada constitucional* queda supeditada a que se respeten por parte de todos los demás poderes públicos la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, aportando un matiz resolutorio y extintivo respecto la cosa juzgada material en su acepción tradicional si efectivamente no hay observancia de dichas interpretaciones del Tribunal por parte de la justicia ordinaria. En otros términos, subordinamos la cosa juzgada formal y material a la *cosa juzgada constitucional* y, por tanto, no habrá sentencia definitiva en un caso de la justicia ordinaria, si no se observan escrupulosamente las interpretaciones vinculantes del Tribunal Constitucional.

142

V. Elementos opuestos en la *cosa juzgada constitucional* del Tribunal Constitucional peruano

Monroy Gálvez¹⁰ desarrolla una posición sumamente crítica a la tesis que el Tribunal Constitucional peruano construye en el *caso Casinos Tragamonedas*, y enfatiza la afectación de los valores del proceso, al prever que una figura como la *cosa juzgada constitucional* pueda implicar la no validez de sentencias dictadas por el Poder Judicial peruano en varios casos relativos a casinos tragamonedas, aun cuando el plazo para su impugnación ya hubiere vencido.

⁹ MARANIELLO, Patricio. *La cosa juzgada constitucional*. Disponible en: <<http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/01/5.-Maraniello-Patricio.-La-cosa-juzgada-constitucional.pdf>>. Fuente visitada con fecha 30 de setiembre de 2015.

¹⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. «Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 157-216.

Lo acotado *supra* merece una explicación más precisa. El decisorio del caso *Casinos Tragamonedas* abarca mucho más que la cosa juzgada formal y material:¹¹ observamos que deja sin efecto resoluciones respecto de procesos ya concluidos y contra los cuales no hubo impugnaciones de fondo en distintas vías procesales.

Esto última reclama una explicación adicional: concluido un proceso judicial ordinario en el Perú, un primer mecanismo de acción contra esa resolución, una vez agotado el examen de fondo, es la interposición de un proceso de amparo contra resolución judicial.¹² Aquí la justicia constitucional hará control constitucional de la resolución judicial materia de demanda. El término es de 30 días desde que se formula el respectivo requerimiento de lo decidido en la sentencia.

Una alternativa existente en la vía civil implicaría la opción de interponer una acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta,¹³ la misma que exige como elemento capital la probanza del fraude. El término igualmente es de 6 meses.

Una herramienta procedimental verdaderamente excepcional está representada por el proceso de amparo contra amparo,¹⁴ mas aquí habrá de

¹¹ STC N° 006-2006-CC/TC. *Caso Casinos Tragamonedas*. Decisorio.

«1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, **NULAS** las siguientes resoluciones judiciales: (siguen 12 resoluciones).

2. Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales: (siguen 7 resoluciones).

3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006».

¹² Código Procesal Constitucional de 2004. Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

¹³ Código Procesal Civil. Artículo 178.- Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.-

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas.(...).

¹⁴ STC. N° 4853-2004-AA/TC. Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad.

considerarse que las causales de interposición son verdaderamente cerradas, en tanto el amparo contra amparo es de suma excepción y sólo obedece a las causales contempladas por el Tribunal Constitucional.

Apreciadas estas tres herramientas procedimentales, observamos que el caso *Casinos Tragamonedas* no denota ninguna de ellas y esto nos indica un juicio de contradicción manifiesto que afecta el criterio de coherencia lógica que exige toda pretensión. En efecto, el MITINCI presentó una demanda competencial sin que hubiera habido, en forma previa, la diligencia necesaria para que se recurriera a las herramientas previstas en el ordenamiento para que se deje sin efecto una situación que pudiera haber estado afectando derechos determinados.

Ni se recurrió a tiempo, de esta forma, a un amparo contra resolución judicial, ni tampoco se pudo incoar una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, ni menos aún se optó por un proceso de amparo contra amparo. ¿Por qué? Por la situación de plazos vencidos.

Es entonces que se opta por definir, en el ámbito de un proceso competencial, los alcances de la *cosa juzgada constitucional* respecto a la no validez de diversas resoluciones del Poder Judicial que en su momento no observaron diversos precedentes vinculantes; sin embargo, es válida la preocupación de mecanismo *deux et machina*¹⁵ que asume la *cosa juzgada constitucional* para dejar sin efecto la cosa juzgada formal y material que ostentaban las resoluciones cuestionadas del Poder Judicial.

§5. Los supuestos procesales y sustanciales del «amparo contra amparo» (...).

§5.1. Primer supuesto: sentencias estimatorias de segundo grado que afectan derechos fundamentales (...).

§5.2. Segundo supuesto: sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...).

§5.3. Tercer supuesto: decisiones denegatorias de segundo grado que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el proceso y del recurrente que no ha tenido ocasión de interponer el respectivo recurso de agravio (...).

¹⁵ STC 0728-2008-PHC/TC, *Caso Giuliana Llamoja*.

40: «(...) este Tribunal Constitucional considera que el hábeas corpus contra resoluciones judiciales firmes no puede ni debe ser utilizado como un *deux ex machina*, esto es, como algo traído desde afuera para resolver una situación, donde se pretenda replantear una controversia ya resuelta debidamente por los órganos jurisdiccionales ordinarios, sino que debe ser utilizado, sí y solo sí, cuando sea estrictamente necesario, con el único propósito [finalidad constitucionalmente legítima] de velar por que en el ejercicio de una función no se menoscaben la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales reconocidos a los justiciables, y que ello signifique una restricción al derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella».

¿No es un carácter de oposición y contradicción acaso dejar sin efecto una sentencia firme del Poder Judicial a través de este mecanismo excepcional? Creemos que sí porque contradice el principio de seguridad jurídica de las decisiones, cuestión de derecho de por sí imbricada con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

¿Contradijeron los jueces en sus decisiones cuestionadas una interpretación vinculante del Tribunal Constitucional? Ciertamente que sí y ello demanda medios de actuación necesarios. Mas anotemos aquí un detalle de relevancia: esos medios procedimentales deben tener lugar dentro del escenario de opciones que reservan la justicia ordinaria y la constitucional, y no a través de elementos de convergencia que rompen los cánones de la lógica procesal y los valores del Derecho Procesal.

Como una contradicción adicional debemos formular la siguiente interrogante: ¿no era posible para el Tribunal Constitucional inducir otra herramienta de solución y no redimensionar la cosa juzgada hacia una figura que difiere ostensiblemente de aquella que maneja el derecho comparado?

Creemos que desde el punto de vista de la cosa juzgada formal, efectivamente no existía ya otro medio procesal disponible en el caso en concreto. Los términos para la interposición de diversas acciones impugnatorias ya habían precluido y, por lo tanto, quedaba cerrado el camino de las posibles enmiendas procesales.

Y, sin embargo, desde el derecho material consideramos una solución de alto costo procesal argumentar que no hay *cosa juzgada constitucional* si no se respeta la interpretación del Tribunal Constitucional, en especial respecto de los precedentes vinculantes, pues, objetivamente, declarar nulas diversas resoluciones judiciales en relación a procesos que ya habían concluido meses atrás, sin que contra ellas se hubiera accionado legalmente, implicaba de por sí un reconocimiento de naturaleza extraordinaria, a la falta de acción de los órganos adscritos a la defensa del Estado, solo desde el punto de vista de que se habilitaba nuevamente un medio procesal —digamos la reapertura del caso— por la no prosecución oportuna de acciones legales contra decisiones que habrían supuesto la vulneración de la interpretación vinculante del supremo intérprete de la Carta Fundamental.

Consideramos que una alternativa procesal de por sí viable era declarar infundado el proceso competencial materia de demanda, exhortando a los órganos jurisdiccionales emplazados a respetar, a futuro, la interpretación

del Tribunal Constitucional. Bien pudo incluso reiterarse la apertura de procesos disciplinarios por el no acatamiento de la interpretación del Tribunal, mas aquí es importante siempre distinguir entre no aplicación y apartamiento, como hemos enfatizado *supra*. En vía de apartamiento, bien podemos, adicionalmente, considerar la figura del *distinguishing* o distinción,¹⁶ y el control de convencionalidad,¹⁷ supuestos que no ocurren en el caso que nos ocupa.

Estas potestades del Tribunal, por cierto, se inscriben dentro de la interpretación dinámica de los derechos fundamentales, de tal forma que estamos frente a una Constitución viviente¹⁸ que admite reformulaciones en sus dimensiones procesales, en aras de una mejor protección del principio de supremacía normativa de la Constitución.

VI. Cosa juzgada constitucional y principio de autonomía procesal

¿Es la cosa juzgada expresión del principio de autonomía procesal?: Un trabajo nuestro previo en relación al principio de autonomía procesal¹⁹

¹⁶ STC. 4361-2004-AA/TC. *Caso Jaime Alvarez Guillén*.

«5. (...) aun en los sistemas donde el precedente es la fuente principal de organización de su sistema jurídico, se han previsto mecanismos no sólo para ‘evadir’ sus efectos mediante la técnica del *distinguishing* en el caso de los tribunales inferiores; sino incluso para ‘cambiarlo’ por un nuevo precedente, en el caso del propio Tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante.

Con relación al *overruling*, dentro del sistema del *common law* norteamericano (Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Union*, 1989, 172), se ha sostenido lo siguiente:

Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos *overruling* respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que, «cualquier salida de la doctrina de *stare decisis* demanda una especial justificación» (...).

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

«124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

¹⁸ Cfr. CARBONELL, Miguel. «La Constitución viviente». *Isonomía*, N° 35, octubre de 2011. pp. 187-193.

¹⁹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. «El principio de autonomía procesal. Notas para su aplicación material». En *Pensamiento Constitucional*, N° 19, 2014. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2015. pp. 331-354.

pretendió fijar algunas reglas para la aplicación de este principio, atendiendo a la idea contexto de que si bien la autonomía procesal relativiza las formas procesales en aras de la mejor protección de un derecho fundamental, de otro lado es exigible una regla de prudencia en su uso.

Nuestras reglas constituyen una expresión de la idea de un activismo judicial restringido. Activismo²⁰ porque requerimos jueces que efectivamente representen la *emotio* y no solo la *ratio* en la defensa de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, pero a su vez es importante observar cierto nivel de restricción a modo de un *self restraint* o auto control, pues activismo desbocado puede traducirse en hiper activismo, y ello puede constituir un escenario opuesto a la defensa de los derechos fundamentales y la Norma de Normas.

La *cosa juzgada constitucional* sustentada por el Tribunal Constitucional en la STC 006-2006-CC/TC, bajo la pauta de la necesidad de hacer respetar la interpretación de este órgano frente a decisiones judiciales que habrían inobservado lo resuelto por el Tribunal, exige ser sometida a un examen de requisitos conjuntos para su validación, el cual planteamos en los términos que a continuación indicamos:

a) *Exigencia de la tutela urgente de un derecho fundamental.* En el caso que nos ocupa, el control normativo que supone el proceso competencial en examen, acarrea también la observancia de derechos fundamentales. La actividad regulatoria del Tribunal sí supone que los destinatarios tengan mejores reglas de orden en las actividades de los casinos tragamonedas, y en adición a ello, que sí puedan ver mejor fortalecidos sus derechos fundamentales. Bajo esa pauta, una actividad regulatoria prudente del Estado, hace que veamos los ciudadanos en conjunto reforzados nuestros derechos fundamentales.

Sostenemos en dicho estudio:

«A fin de evitar esos escenarios contradictorios a una aplicación ordenada de la *autonomía procesal*, fijamos las siguientes reglas, a modo de propuesta, para su aplicación equilibrada:

- a) Exigencia de la tutela urgente de un derecho fundamental.
- b) Agotamiento del examen de legalidad de la controversia.
- c) Descripción de la regla sustantiva de aplicación de la *autonomía procesal*.
- d) Descripción de la regla procesal de operatividad de la *autonomía procesal*.
- e) Determinación del test de consecuencias de la *autonomía procesal*».

²⁰ Una de las mejores expresiones de activismo judicial es la Corte Warren (EE.UU). Período 1953-1969. Sus sentencias fueron emblemáticas en materia de derechos sociales, entre ellas, *Brown vs Board of Education*, (1954) a fin de terminar con la segregación racial en las escuelas de enseñanza norteamericanas.

b) *Agotamiento del examen de legalidad de la controversia*. El caso *Casinos Tragamonedas* denota que la cosa juzgada formal se ha agotado. No existen medios impugnatorios necesarios contra diversas sentencias del Poder Judicial que han inobservado precedentes vinculantes. Este segundo ítem se cumple también en el caso sometido a examen.

c) *Descripción de la regla sustantiva de aplicación de la autonomía procesal*. En el caso en mención no se ha especificado el rubro de la regla sustantiva que exigimos y sin embargo, sí hay un sustento material de la base principista de la *cosa juzgada constitucional*, en el sentido de la fundamentación de esta figura. A tal efecto, la condición sustantiva es la observancia y respeto por las precedentes vinculantes del Tribunal.

d) *Descripción de la regla procesal de operatividad de la autonomía procesal*. Un esbozo de cumplimiento de este requisito es la determinación técnica de que un proceso judicial en que no existe la *cosa juzgada constitucional*, implica la no conclusión del mismo y, por tanto, puede ser reabierto.

e) *Determinación del test de consecuencias de la autonomía procesal*. Si bien los cuatro pasos anteriores manifiestan un grado de cumplimiento óptimo de las exigencias propuestas, no sucede lo mismo con las consecuencias gravosas que se generan a partir del ámbito de efectivización de la *cosa juzgada constitucional* si un proceso hubiere inobservado en forma por demás lesiva esta institución.

148

En ese sentido, apreciemos a través de un ejemplo el razonamiento a que nos conduce la *cosa juzgada constitucional*, a efectos de enfatizar la idea de que las consecuencias de aplicación de esta figura pueden presentar una situación de mayor gravosidad.

Si tenemos que un proceso entre A y B ha concluido con sentencia estimatoria a favor de A, y más aún, se ha ejecutado la prestación ordenada en la sentencia a favor de la parte vencedora, habremos de concluir que se han cumplido los supuestos conocidos de la cosa juzgada formal y material. Formal, por cuanto el proceso ya concluyó y no hay medio impugnatorio posible una vez concluida la controversia; y material, por cuanto ya hay un pronunciamiento de fondo a favor de A.

Asumamos que el proceso ha concluido entonces y que ha transcurrido un año desde su término incluida la etapa de ejecución, habiéndose archivado la controversia por el cumplimiento fiel de los términos de la sentencia.

La cuestión compleja ha de suscitarse si B, ejecutado en forma definitiva en el proceso que nos ocupa, comparece nuevamente al proceso y señala que el mismo ha incumplido un precedente vinculante del Tribunal Constitucional, invocando a su vez la *cosa juzgada constitucional* en los términos fijados por la STC 006-2006-CC/TC.

Desde un ámbito formal y material, el conflicto que definimos líneas arriba habría llegado a su término, sin mayor objeción que el cumplimiento efectivo de la sentencia judicial del caso, efectividad que se reclama como componente del derecho al debido proceso.

Sin embargo, hemos de tener una respuesta negativa si aludimos al ámbito de efectividad de la *cosa juzgada constitucional*, pues importa señalar para la cuestión que nos ocupa, que B estaría en su derecho de revivir el proceso fenecido por cuanto la institución que invoca ostenta una fuerza mayor a la de la justicia ordinaria.

Y con certeza, si el juez optara por la aplicación de la *cosa juzgada constitucional* en los términos previstos por el Tribunal Constitucional en el caso *Casinos Tragamonedas*, tendría que dejar sin efecto la sentencia que ya adquirió esa calidad, reabrir el proceso y volver a pronunciarse con estricta observancia de la interpretación constitucional inobservada o del precedente vinculante no acatado oportunamente.

En suma, el *test de consecuencias* en este caso específico arroja un resultado negativo para la aplicación de nuestro propuesto *test de autonomía procesal* y, por lo tanto, no habría de aprobarse el resultado gravoso que estamos precisando. Si la concurrencia de requisitos para la aplicación de este *test* es conjunta, el incumplimiento de uno de estos requisitos determinará la no validación de la figura propuesta, por resultar más gravosa en términos de compatibilidad respecto de derechos fundamentales tutelados.

VII. A modo de conclusión

No estamos convencidos de la posición de fondo que enuncia el Tribunal Constitucional peruano al definir la *cosa juzgada constitucional* en la STC 006-2006-CC/TC, en la medida que las implicancias procesales de esta figura resultan un tanto más gravosas que la finalidad que se busca tutelar.

Quedan en el tintero de la necesaria reflexión los matices de una necesaria respuesta procesal frente a trasgresiones a la potestad interpretativa de este alto Tribunal y de su interpretación vinculante, y en relación a lo cual existen mecanismos de protección que son necesarios postular una vez que se produzca una afectación relevante a la interpretación prevalente del Tribunal. Es hacia estos mecanismos procesales donde debe dirigirse la respuesta del Estado frente a eventuales trasgresiones a esta lectura vinculante de la interpretación de la Constitución, y en especial de los precedentes vinculantes.

Por ello, configurar un modo de solución que implique la desaparición de la cosa juzgada formal y material, nos lleva a situaciones de preocupación muy particulares, como la necesaria figura de revivir procesos fenecidos, aspecto que sí importa en la medida que resta eficacia de realización a las sentencias con autoridad de cosa juzgada. Y más aún, crea inseguridad jurídica respecto de controversias en las que hay decisión de fondo de la justicia ordinaria.

Creemos prudente un necesario replanteamiento de esta figura por parte del propio Tribunal, ello en la idea sustantiva de que es importante contrastar cuánto han avanzado determinadas figuras en la interpretación constitucional, las cuales bien pueden reclamar como sucede con la *cosa juzgada constitucional* respecto a que pueda invocar el denominado principio de autonomía procesal; sin embargo, hemos logrado el desarrollo de un *test* que precisamente arroja un resultado contrario respecto a su validación en sede constitucional.

Hemos de rescatar, entonces, ese necesario espíritu de prudencia, equilibrio y ponderación que exige la justicia constitucional para la consolidación de sus instituciones. En el caso que nos ocupa, la *cosa juzgada constitucional* demanda de los intérpretes de la Constitución, en especial de su supremo intérprete, una redefinición de esta figura en concordancia material con los principios, valores y directrices que nuestra Carta Fundamental contempla.

La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?

✍ ALFREDO ORLANDO CURACA KONG*

✍ LUIS ANDRÉS ROEL ALVA**

Sumario:

I. Introducción. **II.** Estado Constitucional y Tribunal Constitucional. 2.1. El Tribunal Constitucional peruano y sus competencias constitucionales. 2.2. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional como órgano de cierre de la justicia constitucional. **III.** La cosa juzgada constitucional conforme a la normativa y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. 3.1. La cosa juzgada en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3.2. La cosa juzgada constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **IV.** La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4.1. Caso Panamericana Televisión. 4.2. Caso Augusto Sipión Barrios. 4.3. Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez. **V.** La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional a partir de la jurisprudencia analizada del Tribunal Constitucional peruano. **VI.** Conclusiones.

Resumen:

Este artículo desarrolla el tema de la inmutabilidad de la sentencia que adquiere la calidad de cosa juzgada constitucional; es decir, de la decisión de fondo que es emitida por el Tribunal Constitucional peruano al resolver una controversia de naturaleza constitucional. Luego de un análisis del Estado Constitucional, del Tribunal Constitucional y sus competencias constitucionales, del valor de sus sentencias, de la cosa juzgada y la cosa juzgada constitucional y de recientes casos, los autores pretenden determinar si se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional.

* Abogado por la Universidad de Lima. Con estudios de Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Lomas de Zamora de la República Argentina. Con Diploma en Derecho Procesal Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Abogado del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE.UU) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Con Diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Abogado del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional.

Palabras clave:

Estado Constitucional de Derecho, Tribunal Constitucional, sentencias, tutela jurisdiccional efectiva, cosa juzgada, cosa juzgada constitucional.

Abstract:

This article discusses the immutability of a sentence that has constitutional *res judicata* status; i.e. of the substantive decision issued by the Peruvian Constitutional Court to resolve a constitutional dispute. After an analysis of the Constitutional State, the Constitutional Court and its constitutional powers, of the value of its sentences, of the *res judicata* and the constitutional *res judicata*, and of recent cases, the authors pretend to define if it is possible to nullify a sentence issued by the Constitutional Court.

Keywords:

Constitutional rule of law, Constitutional Court, sentences, effective judicial protection, *res judicata*, constitutional *res judicata*.

I. Introducción

152 El presente artículo se encuentra orientado al análisis jurídico de la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional, vale decir, de la decisión de fondo que es emitida por el Tribunal Constitucional peruano al resolver una controversia de naturaleza constitucional. Con este trabajo, se pretende, sobre todo, responder a la siguiente interrogante: ¿Se puede *anular una sentencia del Tribunal Constitucional?*, para lo cual nos apoyaremos en lo planteado por la doctrina, tanto nacional como extranjera, pero fundamentalmente en los propios pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional emitidos al respecto, a fin de arribar a una conclusión propia en relación a esta interesante problemática.

Con tal fin, consideramos que es importante pronunciarnos previamente sobre la correlación existente entre el Estado Constitucional y el Tribunal Constitucional; sobre el Tribunal Constitucional peruano y sus competencias constitucionales; sobre el Tribunal Constitucional peruano como órgano de cierre de la Justicia Constitucional; sobre el valor de sus sentencias; sobre la cosa juzgada constitucional a partir de su jurisprudencia; y, finalmente, sobre la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional. Sobre esto último se comentan los siguientes casos recientes: i) Panamericana Televisión (Expediente 04617-2012-PA/TC), ii) Sipión Barrios (Expediente 03700-2013-PA/TC) y iii) Cardoza Jiménez (Expediente 02135-2012-PA/TC), que nos sitúan dentro del tema en discusión; a saber: cómo el Tribunal

Constitucional peruano entiende la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional.

Finalmente, dejamos anotada nuestra posición y nuestras conclusiones respecto de la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional, tópicos en los que esbozamos una tesis propia y respondemos a la interrogante antes planteada.

II. Estado Constitucional y Tribunal Constitucional

Desde ya señalamos que el Estado peruano es o, por lo menos, pretende ser un Estado Constitucional, que es aquel en el cual, como afirma el Tribunal Constitucional, se abandona la tesis según la cual:

(...) la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto¹.

153

Es decir, en el marco de un Estado Constitucional, como al que aspira el Perú, debemos entender a nuestra Constitución ya no como un instrumento que regula un cúmulo de principios y buenas intenciones sin eficacia directa dentro del ordenamiento jurídico, sino como un Texto Fundamental vinculante para todos, tanto gobernantes como gobernados, que goza de esta característica en tanto es expresión normativa del Poder Constituyente, titular primigenio del poder, y en cuyo seno se establecen los límites de la organización política de una Nación, así como los valores supremos y principios orientadores que rigen a la sociedad en su conjunto. En un Estado Constitucional la Constitución pone las reglas de juego y estas no pueden ser rebasadas por ningún motivo.

En línea reiterada y coincidente, el Tribunal Constitucional ha establecido, a partir de la interpretación del artículo 51° de la Constitución Política de 1993², que tanto las entidades y poderes públicos como los parti-

¹ STC 05854-2005-AA/TC, fundamento 3.

² Esta disposición constitucional establece que: «(...) La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente». En concordancia,

culares se encuentran obligados a cumplir la Carta Fundamental, porque esta es la norma suprema de ordenación de nuestro sistema jurídico. Ello no implica sino reconocer al denominado principio de supremacía constitucional³ como un pilar básico del Estado Constitucional. El otro pilar básico en que se cimenta el Estado Constitucional es el de la vigencia y protección efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos también por la Constitución a lo largo de su articulado.

Ahora bien, en procura de hacer respetar la jerarquía constitucional los Estados Constitucionales no solo se caracterizan por concebir a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico, ni solo por contemplar un elenco de derechos fundamentales, sino también por regular mecanismos procesales que garanticen tanto dicha supremacía constitucional como la vigencia efectiva de tales derechos. De nada sirve la consagración de dichos postulados si carecemos de instrumentos procedimentales que garanticen su cumplimiento y sancionen, por ejemplo, el desborde normativo infraconstitucional con la declaratoria de inconstitucionalidad e ilegalidad de la norma, como ocurre con el proceso de inconstitucionalidad y competencial, u ordenen el restablecimiento del derecho constitucional conculcado, objeto mismo de los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento.

154

En cuanto a esto último, Donayre Montesinos comenta: «Como es de conocimiento general, todo Estado Constitucional busca generar y garantizar un escenario donde se respeten los derechos fundamentales. Así, el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales se erige entonces como otra pauta indispensable dentro del Estado Constitucional y supone hacerlos visibles jurídicamente, en tanto realidades preexistentes al Estado y, por lo tanto, principales límites a su accionar; garantizar su ejercicio y; a su vez, crear los mecanismos y las instancias competentes con las garantías necesarias que permitan corregir e incluso sancionar aquellas actuaciones que no se ajusten al marco jurídico establecido y que, por lo tanto, terminen lesionando derechos»⁴.

el artículo 38° de la Constitución estipula: «*Todos los peruanos tienen el deber de (...) cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*».

³ STC 00050-2004-AI/TC; STC 00051-2004-AI/TC; STC 00004-2005-PI/TC; STC 00007-2005-PI/TC; STC 00009-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 56 y STC 00042-2004-AI/TC, fundamentos 7 y 8.

⁴ DONAYRE MONTESINOS, Christian. «Algunas reflexiones en torno al amparo electoral y los mecanismos previstos para asegurar la ejecución de las sentencias emitidas en estos casos

En el mismo sentido, *Gascón Abellán y García Figueroa acotan que la característica más destacada en un Estado Constitucional es «(...) la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen –o incluso por encima– de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados por la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución»⁵.*

En los procesos constitucionales, como mecanismos que operativizan la eficacia vinculante de la Constitución y, por tanto, que protegen los valores fundamentales que esta consagra, juega un rol fundamental el Tribunal Constitucional peruano, pues conoce en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y competencial, y en tercera y definitiva instancia los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento. Tal labor, es bueno decirlo, resulta de suma importancia para la prevalencia y la propia subsistencia del Estado Constitucional peruano, al punto que sin esta serían más proclives las afectaciones a los derechos fundamentales y los excesos del legislador. Por ello, la tendencia de las últimas décadas en el mundo ha sido la de una paulatina consagración de Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales en las Cartas Constitucionales, como órganos consustanciales a la forja del Estado Constitucional.

A este respecto, conforme lo explica el ex presidente del Tribunal Constitucional, Javier Alva Orlandini: «Los Tribunales Constitucionales –con esa denominación o con otra– son instituciones relativamente nuevas en el mundo; pero son pocos los países que no las tienen. El poder político no debe ser incontrolado, pues es proclive al abuso»⁶. En esa misma línea, el también ex presidente del Tribunal Constitucional, Víctor García Toma,

por los jueces constitucionales». En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*, N° 6, Lima, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 8.

⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 27. De igual manera, el profesor César Landa precisa que:«(...) los derechos fundamentales son valiosos en la medida en que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la Administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional». Ver: LANDA ARROYO, César. «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional». En: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 446.

⁶ ALVA ORLANDINI, Javier. «Especial TC. Entrevista a los doctores Javier Alva Orlandini y Víctor García Toma». En: *Revista Estado Constitucional*, N° 1, Arequipa, Editorial ADRUS, 2011, p. 16.

sostiene que: «La actuación del Tribunal Constitucional no consiste en ser Notario del texto constitucional, sino en su más calificado y supremo intérprete. Por ende, su labor se caracteriza por llevar a cabo una labor hermenéutica en donde la Constitución se hace realidad cuando sirve y guía a la realidad⁷», mientras que Castillo Córdova agrega que: «(...) el Supremo Intérprete de la Constitución o Comisionado mayor del Poder Constituyente (lo es) `no solo porque la Constitución llama expresamente controlador de la Constitución solo al Tribunal Constitucional; sino también –y principalmente–, por los mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene este respecto de los jueces ordinarios’»⁸.

Nótese, entonces, que los autores son coincidentes en resaltar el papel protagonista que ostenta el Tribunal Constitucional en la aplicación de la justicia constitucional, como órgano que es el supremo intérprete de la Constitución y que, a nivel interno, tiene la última palabra en temas relacionados con la jerarquía normativa de la Constitución y con la defensa de los derechos fundamentales de las personas⁹.

Cabe precisar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional peruano no siempre pudo cumplir a cabalidad sus fines constitucionales, pues vaivenes propios de su evolución histórica y de la propia historia reciente del Perú, determinaron que su funcionamiento sufra no pocos inconvenientes. El mismo Javier Alva Orlandini grafica lo sucedido de la siguiente forma: «El Tribunal

⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. «Especial TC. Entrevista a los doctores Javier Alva Orlandini y Víctor García Toma». En: *Revista Estado Constitucional*, N° 1, Arequipa, Editorial ADRUS, 2011, p. 18.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006, p. 900. Citado en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional». En: *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 36.

⁹ Sobre el rol del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho, el profesor César Landa concluye que: «En el Estado Social y Democrático de Derecho la Constitución se erige como la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, extendiendo su fuerza normativa hacia todas las ramas del Derecho, así como hacia el Estado y la comunidad en general. Esta fuerza vinculante se garantiza a través de un órgano que la proteja y defienda su plena vigencia; tal es el Tribunal Constitucional, que a efectos de cumplir dichos deberes no puede limitarse a aplicar literalmente las normas expresamente contempladas en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, sino que debe recurrir a la interpretación constitucional de las normas en aras a tutelar los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales». Ver: LANDA ARROYO, César. *Cosa juzgada constitucional fraudulenta y el Caso Panamericana TV*. En: <http://www.ius360.com/jornadas/i-jornada-constitucional/cosa-juzgada-constitucional-fraudulenta-y-el-caso-panamericana-tv-2/>. Consultado el 16 de agosto de 2016.

Constitucional –creado por la actual Constitución en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales, disuelto el 5 de abril de 1992- inició sus actividades en junio de 1996 y fue mutilado en mayo de 1997 al ser destituidos 3 de los 7 magistrados. A partir de entonces –hasta diciembre de 2000, en que fueron restituidos los 3 magistrados– el TC se limitó a resolver las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data). Estuvo, pues, cautivo –y servil– durante más de tres años. No existe democracia sin justicia onstitucional. Los acontecimientos referidos lo confirman en el Perú. Mientras que los regímenes autoritarios actúan sin control, los democráticos ajustan su conducta a los parámetros constitucionales y para evitar eventuales excesos es indispensable un órgano que sea el máximo intérprete de la Carta Magna»¹⁰.

Afortunadamente, esta época ha quedado atrás. En la actualidad, el Tribunal Constitucional se erige como uno de los órganos más relevantes para el fortalecimiento del Estado Constitucional peruano y ejerce sus funciones plenamente como garante de la primacía de la normativa constitucional y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Su labor, al margen de algunas decisiones opinables, ha sido muy ponderable en los últimos tiempos, pues, en términos generales, ha establecido líneas jurisprudenciales, sentidos interpretativos, valores y principios que se decantan de la Constitución, y que han coadyuvado en el referido fortalecimiento.

2.1. El Tribunal Constitucional peruano y sus competencias constitucionales

Tal como hemos se ha precisado con anterioridad, en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido que el Tribunal Constitucional sea el encargado de resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad como los competenciales, así como en última instancia los procesos encargados de la tutela de derechos constitucionales. Esto lo determina el artículo 202° de la Constitución Política del Perú, que, en lo relativo a las «Atribuciones del Tribunal Constitucional», establece que este órgano constitucional autónomo: 1) Conoce, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; 2) Conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; y, 3) Conoce

¹⁰ ALVA ORLANDINI, Javier. Op. cit., p. 13.

los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Así, tenemos que el Tribunal Constitucional posee dos principales competencias constitucionales, que están determinadas por nuestra Constitución y desarrolladas por el Código Procesal Constitucional, que regula los diversos aspectos procesales de los procesos constitucionales. Una dirigida al control constitucional y la otra a la protección de los derechos constitucionales, las cuales se ejercen a través de los procesos constitucionales. En concordancia con esto, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

(...), el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparatorias como preventivas (artículo 2° del CPCo)¹¹.

158

En relación con el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, que es ejercido en única instancia por el Tribunal Constitucional a través del proceso de inconstitucionalidad, podemos decir que resulta evidente el importante rol del Tribunal Constitucional en relación a esta competencia exclusiva asignada por la Constitución, por cuanto actúa como una suerte de contrapeso contra los eventuales abusos que pueda cometer el legislador ordinario o el órgano que detente facultades normativas. Además de eso, si careciéramos de un Tribunal Constitucional no tendríamos un supremo intérprete de la Constitución que establezca los contornos y el contenido de las disposiciones constitucionales y, por tanto, los límites que establece la Constitución al legislador. Por ello, García de Enterría nos recuerda que: «Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados, es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene¹²».

¹¹ STC. 02877-2005- HC/TC, fundamento 5

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Tercera Edición, Madrid, Civitas, 1985, p. 186.

Por otro lado, como hemos advertido, no solo existen procesos que se encargan de la protección de la supremacía constitucional, pues esta sería una concepción muy básica kelseniana, que no conjugaría con el momento actual de la justicia constitucional, que exige también de procesos constitucionales encargados de velar por los derechos constitucionales. Esto obliga, como bien explica Donayre Montesinos, a: «(...) reconocer y consagrar jurídicamente mecanismos procesales específicos destinados a su protección como son los procesos constitucionales de la libertad (en el caso peruano el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data), instancias competentes con todos los elementos necesarios para garantizar esa protección (aquí contamos con especial prevalencia a las entidades con fisonomía jurisdiccional, en tanto son las llamadas a ejercer un control jurídico por excelencia, y se encuentran alejadas de pautas políticas que distorsionen la aplicación que hagan del Derecho, en tanto gozan, entre otros elementos, de independencia) y sobre todo, su eficacia jurídica frente a toda actuación que se repunte lesiva de ellos»¹³.

Cabe precisar que dichos mecanismos procesales se encuentran reconocidos en nuestra Constitución Política (Título V, artículos 200º al 205º) y desarrolladas en nuestro Código Procesal Constitucional.

2.2. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional como órgano de cierre de la justicia constitucional

Si bien el supremo intérprete de la Constitución cuenta con un rol relevante en materia constitucional, nuestro ordenamiento jurídico establece que la justicia constitucional tiene un carácter compartido entre dos órganos jurisdiccionales. Así, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en lo atinente a la defensa de los derechos constitucionales, comparten la jurisdicción constitucional, siendo el primero el encargado de conocer los procesos que cautelan las libertades en primera y segunda instancia, mientras que al Tribunal Constitucional le cabe ser la última instancia que conozca de tales procesos. Por su parte, en lo concerniente al control constitucional de las normas, el Poder Judicial tiene la competencia exclusiva para conocer el proceso de acción popular, cuyo objeto es verificar la legalidad y constitucionalidad de las normas infralegales, mientras que el Tribunal Constitucional tiene com-

¹³ DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Op. cit.*, p. 8.

petencia exclusiva para evaluar la constitucionalidad de las normas legales y los conflictos competenciales surgidos entre órganos constitucionales.

Se infiere, empero, sin lugar a dudas, el papel preponderante que tiene el Tribunal Constitucional en la consolidación del Estado Constitucional peruano; y es que esa alta corte se expresa a través de las sentencias constitucionales que emite en las causas que le competen, las que establecen lineamientos vinculantes para los demás operadores del Derecho, conforme lo dispone el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que es meridianamente claro en establecer que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

De tal modo, el valor de sus sentencias goza de una hegemonía respecto a la de los demás órganos que ejercen jurisdicción constitucional, pues, como dijimos, es el Tribunal Constitucional el que tiene la última palabra en cuanto a la delimitación del contenido esencial de los derechos y a los principios y valores implícitos que se encuentran en nuestra Constitución, por lo que debe ser seguido por los demás jueces constitucionales. No es difícil sostener, entonces, que sus sentencias, cuando se pronuncian sobre el fondo de la controversia, tiene el carácter de cosa juzgada constitucional. El propio Tribunal Constitucional ha declarado que se erige como:

160

(...) máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia (...) ¹⁴, y que sus sentencias: «(...) *dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado* ¹⁵.

En esta misma línea argumentativa, en palabras de Montoya Chávez: «La magistratura constitucional desarrolla a cada momento una actividad ju-

¹⁴ STC 00020-2005-PI/TC, fundamento 2.

¹⁵ STC 01333-2006-PA/TC, fundamento 11. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha precisado que dicha interpretación debe: «(...) encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto». Ver la STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12.

risdiccional que contribuye a extender el contenido material de la Constitución mediante la transformación democrática de la realidad social y del panorama político del país». ¹⁶. Ciertamente, si bien en ciertos casos se podría decir que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional comparten la jurisdicción constitucional, es el Tribunal Constitucional el órgano de cierre de dicha jurisdicción, ya sea en los procesos dirigidos a la protección de los derechos constitucionales como para los encargados de realizar el control constitucional de normas infraconstitucionales ¹⁷. Allí radica la importancia de sus decisiones en lo que atañe a la materia constitucional. Estas tienen un estatus diferente, que tiene su sostén en la calidad del Tribunal Constitucional de ser, en algunos procesos constitucionales, la última y definitiva instancia y, en otros, la única, lo que le otorga una especial trascendencia al Tribunal Constitucional, cuya labor irradia un efecto vinculante sobre los demás órganos jurisdiccionales y políticos. Por ello, compartimos la opinión de Hernández Valle, quien sostiene que: «La especial posición jurídica de los Tribunales Constitucionales, que es radicalmente diferente de la del juez ordinario, se manifiesta de manera especial desde el ángulo de los efectos de sus decisiones, lo que implica que éstas deben desplegar otros y más amplios efectos que los propios de la cosa juzgada para cumplir de manera adecuada y equilibrada las funciones que le son propias (...)» ¹⁸.

Dicha opinión es compartida por el Alva Orlandini, quien ha concluido sobre este tema que: «La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional tiene que ser acatada y cumplida por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y por todos los órganos constitucionales y legales que integran el Estado» ¹⁹. Esta misma idea es concebida por el precitado Víctorhugo Montoya, quien añade que: «El rol del TC ha tenido

¹⁶ MONTAYA CHÁVEZ, Víctorhugo. «El Tribunal Constitucional y 15 años de relaciones con el poder». En: *Revista Estado Constitucional*, N° 1, Arequipa, Editorial ADRUS, 2011, p. 63.

¹⁷ En este extremo queremos hacer una acotación, si bien el proceso constitucional de acción popular es competencia exclusiva del Poder Judicial conforme lo establece la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, no es menos cierto que mediante un amparo contra la resolución que resuelve la acción popular podrá ser este revisado en última instancia por el Tribunal Constitucional (RTC 02304-2012-PA/TC; RTC 03907-2011-PA/TC), puesto que es una de las variantes del amparo contra resolución judicial que ha previsto el propio Tribunal en su jurisprudencia (STC 04853-2004-PA/TC).

¹⁸ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. «La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional». En: *Revista Estado Constitucional*, N° 3, Arequipa, Editorial ADRUS, 2011, pp. 172 y 173.

¹⁹ ALVA ORLANDINI, Javier. *Op. cit.*, p. 15.

una significación especial en la reconstrucción del Estado nacional tras la debacle en la ética pública de los años noventa. Si la fuerza del contenido de sus sentencias invade todos los ámbitos jurídicos, es imposible que no tenga un efecto directo sobre el funcionamiento de todas las instituciones públicas»²⁰.

No hay duda de que el Tribunal Constitucional establece en sus sentencias los principios constitucionales y los valores humanistas que inspiran una buena marcha y un robustecimiento del Estado Constitucional, lo que debe ser seguido incondicionalmente por todos. En atención a esto, rescataremos como una primera conclusión la siguiente: que las sentencias de fondo del Tribunal Constitucional, al ser órgano de cierre de la justicia constitucional en nuestro país, además de supremo intérprete de la Constitución y garante de la supremacía de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales consagrados en ella, no solo tienen la calidad de cosa juzgada, sino de cosa juzgada constitucional, tópico al cual nos referiremos en los puntos que siguen.

III. La cosa juzgada constitucional conforme a la normativa y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

3.1. La cosa juzgada en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El artículo 139º, numeral 2, de la Constitución señala expresamente en relación a la cosa juzgada que «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...)», lo que hace denotar la característica de inmutabilidad de la que gozan las resoluciones que adquieren dicha calidad; al punto que la Carta Constitucional ordena imperativamente que ninguna autoridad puede dejarlas sin efecto. Esta importante característica hace predecible para los justiciables que los pronunciamientos judiciales que obtengan no variarán en el futuro, lo que finalmente otorga seguridad jurídica al sistema de justicia de la Nación.

²⁰ MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *Op. cit.*, p. 63.

Ahora bien, la Constitución deja al legislador la tarea de regular las condiciones que se requieren para que una resolución adquiera la calidad de juzgada. Al respecto, la específica normativa procesal constitucional contenida en el Código Procesal Constitucional, regula la figura de la cosa juzgada en dos artículos.

En relación a la cosa juzgada dictada en los procesos que protegen los derechos fundamentales, el citado código prescribe expresamente en su artículo 6º, comprendido en el título que regula las disposiciones generales de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, lo siguiente: «En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo». Por su parte, el primer párrafo del artículo 82º del mismo código adjetivo, dispone literalmente en relación a los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular, que: «Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación».

163

De las normas citadas, se desprende, en primer lugar, que en los procesos constitucionales de la libertad solo ostenta la calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo, sea de forma estimatoria o desestimatoria; mas no así toda otra decisión jurisdiccional que si bien pudo poner término al proceso, no se pronunció sobre el fondo del asunto. Adviértase, en segundo lugar, que el Código Procesal Constitucional (CPCons) no hace referencia alguna a la figura de la «cosa juzgada constitucional». Esta ha sido una figura reconocida, desarrollada y definida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, básicamente en su sentencia 00006-2006-PC/TC, a la que no referiremos más adelante.

En cuanto a la resolución que adquiere la calidad de cosa juzgada en los procesos constitucionales orgánicos, el CPCons pone énfasis en que las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad, lo que es aplicable también para el proceso competencial, que en su mayor parte se rige por las mismas normas, y las sentencias que emita el Poder Judicial en los procesos de acción popular que tienen autoridad de cosa juzgada, son vinculantes para todos los poderes

del Estado. Esto es así porque con ello se reafirma la función armonizadora del ordenamiento jurídico que tienen los órganos jurisdiccionales al momento de ejercer el control de constitucionalidad de las normas. Sería inútil que estos órganos establecieran por medio de sus sentencias interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones legales e infralegales impugnadas, si los demás órganos del Estado, en el ejercicio habitual de sus funciones, no cumplieran con aplicar tales interpretaciones.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional reconoce a la cosa juzgada como un derecho fundamental. A este respecto ha sostenido que:

(...) mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó²¹.

164

Desde esta perspectiva, a diferencia del CPCons, el Tribunal Constitucional percibe más a la cosa juzgada en esta sentencia como un derecho fundamental del justiciable, lo que la dota de dinamismo. Esta impone que las decisiones de fondo que hayan puesto fin al proceso sean inmutables, se cumplan y que su contenido no pueda ser dejado sin efecto por terceros o por el propio órgano jurisdiccional, como una suerte de garantía de la administración de justicia. En tal orden de ideas, ha establecido además en la decisión recaída en el Expediente 01546-2002-AA/TC, en lo atinente a los atributos de la cosa juzgada, lo siguiente:

La sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada tiene dos atributos esenciales: es coercible y es inmutable. La sentencia es coercible, ya que puede ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado,

²¹ STC 04587-2004-AA/TC, fundamento 38.

La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional...

*como lo señala el artículo 715 del Código Procesal Civil, y es inmutable, porque ningún juez podrá alterar los efectos del fallo ni modificar sus términos, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 178 y 407 del acotado*²².

En dicha línea, ha dejado sentado también que:

*El derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3, Const.) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que detentan la calidad de cosa juzgada (art. 139º, inc. 2, Const.). Esto último resulta relevante en el caso ya que ello implica que si un juez deja sin efecto una sentencia con calidad de cosa juzgada se habrá afectado el derecho a la tutela jurisdiccional de la persona, cuya pretensión dicha sentencia ha estimado*²³.

Así las cosas, a partir de lo expuesto, se desprende que el derecho a la inmutabilidad de la cosa juzgada está vinculado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues como bien afirma el ex magistrado del Tribunal Constitucional, Carlos Mesía Ramírez, «No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta»²⁴, puesto que: «(...) el proceso tiene por finalidad solucionar un conflicto jurídico o despejar una incertidumbre de naturaleza también jurídica (...)»²⁵, y si esta solución no pudiera cumplirse o ejecutarse, entonces no tendría sentido haberse sometido a un proceso.

En efecto, no sería lógico para un sistema democrático que las sentencias no pudieran cumplirse una vez que estas hayan adquirido firmeza, pues en tal hipotético caso nos encontraríamos con una flagrante vulneración del referido derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Por el contrario, es el Estado el que debe cooperar con la ejecución y el cumplimiento de las

²² STC 01546-2002-AA/TC, fundamento 2.

²³ STC 01569-2006-PA/TC, fundamento 4.

²⁴ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Los recursos procesales constitucionales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 98.

²⁵ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 100.

sentencias constitucionales, garantizado así el goce pleno de tal derecho y, a la vez, dotando de seguridad jurídica al sistema de justicia.

De otro lado, conviene precisar que el Tribunal Constitucional también ha establecido jurisprudencialmente una diferenciación entre la cosa juzgada, que hemos tocado aquí, y la cosa juzgada constitucional, que tocaremos a continuación.

3.2. La cosa juzgada constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Para tratar la cosa juzgada constitucional es obligatorio referirnos a la sentencia recaída en el Expediente 00006-2006-PC/TC, en la que el Tribunal Constitucional, interpretando el dispositivo constitucional contenido en el artículo 139º, numeral 2, de la Constitución Política del Perú, ha definido a la denominada cosa juzgada constitucional, como la que:

(...) se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Solo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales²⁶.

La cosa juzgada constitucional es, por tanto, aquella decisión jurisdiccional de fondo que no solamente es dictada por el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales que conoce, sino por cualquier órgano de la judicatura ordinaria en cualquier tipo de proceso. Claro está, siempre y cuando se haya dictado conforme con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales y con la interpretación de la normativa que haya realizado el Tribunal Constitucional.²⁷

²⁶ STC 00006-2006-PC/TC, fundamento 70.

²⁷ Pocos autores han definido a la cosa juzgada constitucional. Uno de ellos es el jurista argentino Adolfo Rivas, quien parte de realizar una diferenciación de la cosa juzgada consti-

De tal modo, habrá casos en los que la sentencia final alcance la calidad de cosa juzgada, pero no de cosa juzgada constitucional, por no haber cumplido con estas condiciones. Por consiguiente, estas sentencias serán pasibles de una nulidad por no respetar el orden constitucional establecido, que refuerza y define el Tribunal Constitucional en cada una de sus sentencias.

En tal dirección, podemos arribar a una segunda conclusión: las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, tienen, de suyo, calidad de cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, serían inmutables. Sin embargo, ello no ha sido impedimento para que, en muchas ocasiones, el litigante vencido interponga un no regulado recurso de nulidad contra la sentencia que lo desfavorece, lo que ha dado cabida a pronunciamientos del Tribunal Constitucional que enfatizan el carácter inmodificable de sus sentencias.

En tiempos recientes, los siguientes casos se han referido al tema: i) Panamericana Televisión (STC 04617-2012-PA/TC), ii) Sipión Barrios (STC 03700-2013-PA/TC) y iii) Cardoza Jiménez (STC 02135-2012-PA/TC); los cuales son analizados en los párrafos que siguen.

IV. La inmutabilidad de la cosa juzgada Constitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como se ha indicado anteriormente, en este apartado analizaremos la figura jurídica de la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para lo cual hemos escogi-

tucional, dependiendo del tipo sistema de control de constitucionalidad que se aplique. Así, explica que: «Con un sentido amplio puede decirse que hay ‘cosa juzgada constitucional’ cuando, sea en un sistema de control difuso o en otro de control concentrado o mixto, resulta una sentencia firme que lleva a cabo el control de constitucionalidad de una norma general o de un acto jurídico particular cotejándolos con la ley suprema y/o interpreta el alcance y sentido de un dispositivo constitucional. Con un sentido restringido, tal cosa juzgada constitucional no sería sino la resultante de la labor de los tribunales constitucionales cuando, en un sistema concentrado, llevan a cabo en causa concreta o fuera de ella la tarea de confrontar el ajuste o desajuste de una ley con la constitución como norma suprema». En: RIVAS, Adolfo. «Cosa juzgada y cosa juzgada ‘constitucional’: Hacia una diferenciación de los institutos». En: *IURA*. Revista Oficial de Investigación Científica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, N° 3, 2012, Lima, UPAO, 2012, p. 36.

do algunos casos relevantes que nos permitirán tener un alcance sobre esta característica.

3.1. Caso Panamericana Televisión

En primer lugar tenemos el denominado *Caso Panamericana Televisión*, Expediente 04617-2012-PA/TC, en el cual, mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por Panamericana Televisión S.A. en contra de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, pues consideró que imputarle a la empresa accionante la deuda tributaria generada desde el 24 de febrero de 2003 hasta el 8 de junio de 2009, tiempo en el que estuvo administrada judicialmente por el señor Genaro Delgado Parker, constituía una expropiación judicial que vulneraba su derecho fundamental a la propiedad. En consecuencia, la sentencia declaró inexigible dicha deuda.

168

Tal sentencia fue materia de un pedido de aclaración presentado por el Procurador Público de la SUNAT, que fuera ampliado luego como uno de nulidad. Frente a esto, el Tribunal Constitucional emitió el auto de fecha 16 de mayo de 2014, que declaró improcedente el pedido, pues, en el fondo, la SUNAT pretendía impugnar la sentencia emitida.

Posteriormente, conforme se aprecia en los antecedentes de la decisión, el Procurador Público de la SUNAT solicitó que se integre el precitado auto de fecha 16 de mayo de 2014, en el extremo que omitió pronunciarse sobre el pedido de nulidad de la sentencia y que, en caso su pedido de integración no prosperase, se declare, por la vía del recurso de reposición, la nulidad tanto de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 como del auto de fecha 16 de mayo de 2014. El citado Procurador alegó que la sentencia dictada vulneraba la garantía del debido proceso, contravenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consignaba hechos inexactos y contenía una motivación aparente e impertinente.

El Tribunal Constitucional resolvió este último pedido mediante la resolución recaída en el Expediente 04617-2012-PA/TC, del 18 de noviembre de 2014, con los fundamentos de voto de los Magistrados Urviola Hani y Ramos Núñez, los votos singulares de la Magistrada Ledesma Narváez y del

Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y la abstención del Magistrado Miranda Canales; resolución en la que dejó establecida la inmutabilidad de la sentencia que tiene la calidad cosa juzgada constitucional y su relación con el principio de seguridad jurídica, que informa a todo Estado Constitucional.

En primer lugar, la citada resolución sostuvo lo siguiente:

(...) de conformidad con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional 'contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Asimismo, contra los autos que dicte el Tribunal sólo procede —en su caso— el recurso de reposición ante el propio Tribunal. ²⁸

Es decir, basándose en la normativa procesal constitucional específica, aclaró desde el primer momento en su resolución, que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna y que, en relación a estas, solo de oficio o a pedido de parte cabe aclarar algún concepto o subsanar errores materiales u omisiones incurridas. Por ello, reconociendo que la sentencia de fecha 14 de marzo de 2014, dictada en el caso «Panamericana Televisión» constituía una decisión final que al pronunciarse sobre el fondo de la controversia adquirió la autoridad de cosa juzgada, estimó que no cabía nulidad alguna, lo que se condice con una: «(...) de las garantías de la administración de justicia, que alcanza ciertamente a la Justicia Constitucional, el no 'dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución»²⁹

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ponderó también en su resolución el principio de la seguridad jurídica, como consustancial en un Estado Constitucional. Así, en relación a este principio, el supremo intérprete de la Constitución sostuvo lo siguiente:

(...) la cosa juzgada es un principio básico del orden jurídico, pero también lo es, y en especial medida, la seguridad jurídica. Ésta ha sido entendida

²⁸ RTC 04517-2012-PA/TC, fundamento 1.

²⁹ RTC 04517-2012-PA/TC, fundamento 6.

por el Tribunal Constitucional como un principio que (...) forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual -La predecibilidad de las conductas (...) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (STC N° 0016-2002-AI/TC, fundamento 3).

(...) Que existe en todo Estado constitucional un órgano de cierre y, en nuestro caso, ese órgano es el Tribunal Constitucional, según se desprende del precitado artículo 202°, inciso 2), de la Constitución. Agotada la jurisdicción interna, sólo se puede acudir a la jurisdicción supranacional (artículo 205.º de la misma Norma Fundamental) en caso no se haya amparado la pretensión contenida en la demanda y es dicha instancia internacional la única que, de ser el caso, puede modificar lo resuelto por el Tribunal Constitucional».³⁰

De este modo, el Tribunal Constitucional afianzó la característica de la inmutabilidad de sus sentencias cuando adquieren la calidad de cosa juzgada constitucional, y reconoció que al ser el órgano de cierre de la justicia constitucional en el Perú, el justiciable tiene expedito el camino de la jurisdicción supranacional, que es la única que, de ser el caso, puede modificar sus sentencias.

170

Como presentaremos a continuación, esta postura fue consolidada jurisprudencialmente en el denominado *Caso Augusto Sipión Barrios*.

4.2. Caso Augusto Sipión Barrios

Otro de los casos materia del presente análisis es el denominado «Caso Augusto Sipión Barrios», recaído en el Expediente 03700-2013-PA/TC. En este, el Tribunal Constitucional emitió sentencia con fecha 28 de abril de 2014, en la cual declaró fundada la demanda en lo atinente a la afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad y dispuso que la SUNAT reinicie el procedimiento de fiscalización contra el accionante, por cuanto consideró, entre otros aspectos, lo siguiente:

³⁰ RTC 04517-2012-PA/TC, fundamentos 8 y 9.

La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional..

Si se ha determinado que el demandante no participó en el mismo, lo que corresponde es permitirle participar en dicho procedimiento a fin de que pueda salvaguardar sus intereses. La Administración Tributaria cuando ejerza facultades discrecionales en las que tenga un amplísimo margen de acción se encuentra ineludiblemente obligada a respetar los derechos del contribuyente y a no caer en arbitrariedades, justificando en todo momento su proceder.³¹

Tal sentencia fue materia de un pedido de aclaración presentado por el Procurador Público Adjunto de la SUNAT, el que fue resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la resolución del 23 de mayo de 2014, que declaró improcedente la solicitud y dispuso que la sentencia se ejecute en sus propios términos. Sin embargo, en los fundamentos 2 y 3 de dicha resolución se expresó que, habiéndose probado que en el segundo remate público efectuado el 6 de octubre de 2009 en el procedimiento de cobranza coactiva, se adjudicó el inmueble del demandante inscrito en la Partida N.º 11003638 del Registro de Predios de Chiclayo a favor de terceros, no procedía la restitución de ese inmueble al actor.

Posteriormente, el Procurador Adjunto Público de la SUNAT solicitó la nulidad de la sentencia, haciendo una invocación genérica de los artículos 171º y siguientes del Código Procesal Civil, referidos a la nulidad de los actos procesales, bajo la presunción de que tales dispositivos debían ser aplicados necesariamente y de forma supletoria al caso³².

171

La resolución recaída en el Expediente 03700-2013-PA/TC, de fecha 20 de noviembre de 2014, que resolvió el pedido de nulidad del Procurador Público Adjunto de la SUNAT contra la sentencia que resolvió la controversia, emitida con los votos de los Magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, y los votos singulares de los Magistrado Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, dejó aclarada una vez más la posición del Tribunal Constitucional en relación a la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional. En primer lugar estableció lo siguiente:

En el caso de autos, estamos ante una sentencia que ha resuelto la controversia y ante un pedido de aclaración de la misma que ha sido declarado

³¹ STC 03700-2013-PA/TC, fundamento 9.

³² RTC 03700-2013-PA/TC, fundamento 4.

*improcedente; sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada por haber sido dictada en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 202°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, contra la cual no cabe recurso impugnatorio alguno, como lo establece expresamente el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, que regula, específicamente, el carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional.*³³

En relación a las específicas argumentaciones argüidas por el Procurador Público Adjunto de la SUNAT para solicitar la nulidad de la sentencia, el Colegiado sostuvo expresamente que:

Considera este Tribunal Constitucional que las premisas en las que se basa el Procurador Público Adjunto de la Sunat para sustentar el pedido de nulidad formulado resultan cuestionables en atención a lo siguiente:

a. Los procesos constitucionales se regulan por su propia normativa especial y en el caso de los procesos de tutela como el amparo, dicha normativa especial no es otra que la prevista en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237.

b. La aplicación supletoria de las normas previstas en otros códigos procesales (en este caso, en el Código Procesal Civil) no opera automáticamente y en todos los casos como se pretende en el pedido planteado. Su procedencia sólo se dispensa en aquellos supuestos en que existe algún vacío en la normativa procesal aplicable y en la medida que dicha aplicación no desnaturalice los objetivos de tutela de los procesos constitucionales. Este criterio, por lo demás, ha sido ratificado en innumerables ocasiones por este Tribunal, como se aprecia de diversas de sus ejecutorias (Cfr. por ejemplo la Sentencia recaída en el Exp. N° 2837-2013- PHD/TC en la que se sostuvo que ‘...no puede soslayarse, bajo ningún punto de vista, que si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional permite la posibilidad de aplicar supletoriamente otros códigos procesales, ello se encuentra supeditado a la existencia de algún vacío en la regulación de determinada situación por parte del Código Procesal Constitucional y siempre que ello no desvirtúe la naturaleza de los procesos constitucionales’).

c. En el presente caso, si la voluntad incuestionable del legislador ha sido establecer el carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitu-

³³ RTC 03700-2013-PA/TC, fundamento 3.

cional, conforme se aprecia de lo expresamente preceptuado por el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, quiere ello decir que no existe vacío alguno que justifique la aplicación supletoria de una figura como la petición de nulidad de sentencia.

d. Tampoco, y muchos menos, podría decirse que la nulidad solicitada contribuya a la finalidad del proceso, pues en el presente caso el objetivo de tutela fue cumplido con la emisión de la sentencia de fecha 28 de abril del 2014 que, como ya se ha indicado, tuvo carácter estimatorio y por tanto se adscribió a los objetivos para los que existe un proceso constitucional.

e. Estando a que no existe nulidad de sentencia prevista como alternativa dentro de la normativa procesal aplicable a los procesos constitucionales, carece de todo sustento el debatir sobre los temas de fondo contenidos en la sentencia respectiva, ya que ésta, por principio, es constitutiva de cosa juzgada.³⁴

De este modo, ante nuevos argumentos, la más alta Corte Constitucional del país zanjó la cuestión en relación a la inmutabilidad de sus sentencias: la normativa procesal constitucional específica, contenida en el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, es sumamente clara en establecer el carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional, de modo que no se necesita de aplicación supletoria que regule este tema. Es más, en la resolución bajo comentario, el Tribunal Constitucional sostuvo argumentos adicionales a los vertidos en el *Caso Panamericana Televisión*, afirmando literalmente lo siguiente:

a. El artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que ‘contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido’.

b. Como se puede apreciar, en ninguna parte del citado dispositivo se establece como facultad del Tribunal Constitucional la de declarar la nulidad de sus propias sentencias. Al contrario, el título que lleva tal norma, y que taxativamente proclama el ‘Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional’, permite inferir que el propósito de dicha norma es preservar la sentencia emitida por el máximo colegiado constitucional.

³⁴ RTC 03700-2013-PA/TC, fundamento 5.

c. Cabe puntualizar, por lo demás y dentro del contexto descrito, que tampoco debe confundirse la facultad de aclarar o corregir una resolución (a las que por supuesto se refiere la norma) con una presunta capacidad para declarar la nulidad de sentencias. La facultad de aclarar o subsanar vía corrección un eventual error, en ningún caso puede modificar, alterar o anular el fondo de las sentencias, únicamente se circunscribe y así debe entenderse a los aspectos formales de las mismas.³⁵

Interesa destacar el fundamento 9 de la Resolución del Tribunal Constitucional 03700-2013-PA/TC, el cual se remite a la sentencia dictada en el Expediente 00054-2004-PI/TC, en el que se proscribió cualquier tipo de distorsión o interpretación de la sentencia que ostenta la calidad de cosa juzgada, bajo el siguiente tenor:

Respecto a la cosa juzgada, el Tribunal Constitucional, en su STC N° 0054-2004- PI/TC, ha señalado expresamente que '(...) vulnera la cosa juzgada de las resoluciones judiciales el hecho de que se distorsione el contenido de las mismas, o la interpretación 'parcializada' de sus fundamentos. (...) De este modo, toda 'práctica' o 'uso' que tenga por fin distorsionar el contenido de una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, debe ser sancionada ejemplarmente, debiendo comprenderse en la sanción no solo a la institución de la que emana la decisión, sino precisamente a quienes actúan en su representación.³⁶

174

Finalmente, a modo de reflexión, el Tribunal Constitucional estableció consideraciones adicionales en lo atinente a la sujeción que tiene dicho órgano constitucional para con la Norma Fundamental del Estado y las consecuencias gravosas que tendría el declarar la nulidad de sus sentencias al margen de lo que diga la Constitución:

(...) El Tribunal Constitucional de hoy, como cualquier otro que tengamos en el futuro, debe aceptar que sus competencias son limitadas por lo previsto en la propia Constitución. Y que si la Norma Fundamental ha establecido que las sentencias de nuestro colegiado son expedidas en instancia definitiva, dicho mandato debe ser cumplido, más allá de las posiciones que en distintos momentos pueda tener cada conformación del Tribunal.

³⁵ RTC 03700-2013-PA/TC, fundamento 6.

³⁶ RTC 03700-2013-PA/TC, fundamento 9.

(...) Lo que resulta paradójico es que el pedido de nulidad acuse a la sentencia del 28 de abril del 2014 de haber violado precedentes y doctrina consolidada por parte del Tribunal Constitucional, cuando, en rigor pretende lo mismo y acaso a mayor escala, al permitirse sugerir una práctica de nulidad, como si fuese avalada por la ley.

(...) Consideramos en suma, que habilitar un proceder como el que pretende el Procurador de la Sunat (la declaratoria de nulidad de las propias sentencias de este Colegiado) abriría un peligroso e impredecible camino que a la larga conduciría al debilitamiento de la justicia constitucional en nuestro país, lo que en modo alguno debe ser permitido.³⁷

Así, la inmutabilidad de la sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada constitucional resulta clara de las dos resoluciones del Tribunal Constitucional que hasta aquí vamos comentando. Sin embargo, existe otro caso reciente en el que el propio Tribunal Constitucional ha anulado su sentencia: el *Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez*, al cual nos referimos seguidamente.

4.3. Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez

175

Este caso es bastante excepcional, pues mediante la Resolución recaída en el Expediente 2135-2012-PA/TC, de fecha 6 de enero de 2014, el Tribunal Constitucional peruano declaró nula su sentencia de fecha 11 de julio de 2013, «(...) dado que en esta se señaló expresamente que el Acta de Infracción de fecha 19 de mayo de 2004 es nula, por lo que la sentencia de autos no podía tomar ésta como medio probatorio válido a efectos de respaldar la solución del caso».³⁸

Como se observa, el presente caso es sustancialmente diferente a los antes citados. En este, frente a un pedido de nulidad de Repsol YPF Comercial SAC, que era la parte demandada del proceso, el Tribunal Constitucional declaró nula su sentencia por contradecir lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente 02698-2012-PA/TC, de fecha 12 de octubre de 2012, que tiene la calidad de cosa juzgada constitucional, dado que en esta última se declaró nula el Acta de Infracción de fecha 19 de mayo de 2008, que fue

³⁷ RTC 03700-2013-PA/TC, fundamentos 13 - 15.

³⁸ RTC 2135-2012-PA/TC, fundamento 2.

tomada en cuenta para resolver por la sentencia anulada (véanse sus fundamentos 4.3.2 al 4.3.5). Evidentemente, la sentencia anulada no podía tomar tal acta nula como medio probatorio válido para resolver el caso.

En suma, hubo un caso muy puntual de error en la tramitación del presente expediente³⁹, pues se tuvo en consideración para resolver un acta de infracción que previamente ya había sido declarada nula. Empero, cabe preguntarse si era necesario anular la sentencia para corregir este vicio; vale decir, si tal vicio era trascendental, al punto de ser necesario que se haya anulado la sentencia. Debe recordarse que, en otro de sus pronunciamientos, y refiriéndose al denominado principio de trascendencia, el Tribunal Constitucional ha destacado a la nulidad como *última ratio*, expresando a este respecto lo siguiente:

(...) la declaración de nulidad de un acto procesal requerirá la presencia de un vicio relevante en la configuración de dicho acto (principio de trascendencia), anomalía que debe incidir de modo grave en el natural desarrollo del proceso, es decir, que afecte la regularidad del procedimiento judicial. Por lo tanto, la declaratoria de nulidad de un acto procesal viciado, únicamente procederá como última ratio, pues de existir la posibilidad de subsanación (principio de convalidación) por haber desplegado los efectos para el cual fue emitido, sin afectar el proceso, no podrá declararse la nulidad del mismo.⁴⁰

176

Sin embargo, a la luz de lo previsto normativamente tanto en el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución como en el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, cabe evaluar si la nulidad como *última ratio* alcanza también a las sentencias con la calidad de cosa juzgada constitucional, o si, por el contrario, dado el carácter inimpugnabile de las sentencias del

³⁹ En este extremo debemos precisar que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en otros casos declarando la nulidad de actos procesales por errores cometidos en la tramitación del expediente. Así, se han dado casos de nulidades de resoluciones por tener la firma de un magistrado equivocado (RTC 02488-2011-HC/TC-Nulidad), casos en los que se contabilizó mal el voto de un magistrado (RTC 00831-2010-HD/TC-Nulidad), casos en los que el Tribunal detectó que sí recibió la información que requirió para resolver, anulando la resolución que no tuvo en cuenta tal información (RTC 00978-2007-AA/TC), casos en los que anuló su decisión reconociendo que omitió evaluar un medio probatorio (RTC 04104-2009-AA/TC), casos en los que observó que lo resuelto no correspondía al expediente y declaró nulo lo actuado (RTC 02023-2010-AA/TC-Nulidad), entre otros. Debemos precisar que estos y otros casos son mencionados por el Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña en los votos que emitió en los casos *Panamericana Televisión, Sipión Barrios y Cardoza Jiménez*.

⁴⁰ STC 00294-2009-PA/TC, fundamento 15.

Tribunal Constitucional, la nulidad debe ser aplicada a todos aquellos otros actos procesales que no tengan la calidad de cosa juzgada constitucional, mas no así para sus sentencias de fondo, lo que obliga a analizar la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional al amparo de las normas aludidas y de los casos referidos.

V. La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional a partir de la jurisprudencia analizada del Tribunal Constitucional peruano

Los casos antes descritos nos llevan a formular varias preguntas. A saber: ¿Cómo compaginar la decisión de anular su sentencia en el *Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez*⁴¹ con la firme postura del Tribunal Constitucional en relación a la inmutabilidad de sus sentencias, expresada en los *Casos Panamericana Televisión* y *Augusto Sipión Barrios*? ¿Alcanza la nulidad como última *ratio* a las sentencias constitucionales con autoridad de cosa juzgada dictadas por el propio Tribunal Constitucional? ¿Acaso no afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad el hecho de que el Tribunal Constitucional anule sus sentencias?

Así las cosas, consideramos que primero debemos partir por responder la última interrogante, que resulta ser la menos complicada. Evidentemente, sí afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad el hecho de que se anulen sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada constitucional, pues dicha práctica podría generar una situación de incertidumbre en los justiciables, que tendrían dudas acerca de la firmeza de las decisiones jurisdiccionales que a su favor hayan sido emitidas por el Tribunal Constitucional; y es que los que no estuvieron de acuerdo con la decisión tomada, podrían presentar una serie de nulidades con la esperanza de alcanzar la anulación de la sentencia que les es desfavorable. Del mismo modo, el panorama tampoco sería alentador para aquellos otros ciudadanos que están pensando acudir a la justicia constitucional en busca de reparar amenazas o agresiones a sus derechos constitucionales, por cuanto, al final, no habría certeza de la firmeza de la decisión tomada por el Tribunal Constitucional.

⁴¹ Cabe mencionar la peculiaridad de que en este caso puntual, la resolución de anulación fue suscrita por los anteriores magistrados del Tribunal Constitucional, Magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, mientras que la nueva sentencia, *post anulación*, fue suscrita por los magistrados integrantes del actual colegiado, Magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera, con el voto discordante del Magistrado Blume Fortini.

Apreciamos que la eventual inestabilidad de la cosa juzgada constitucional daña frontalmente uno de los pilares fundamentales en los que se sostiene todo Estado Constitucional: la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. No habría efectiva vigencia de tales derechos si las sentencias estimatorias fuesen pasibles de decisiones cambiantes o si, por el descrédito de la justicia constitucional, el justiciable considerase inoficioso acudir a esta para procurar la defensa de sus derechos fundamentales amenazados o conculcados. Por ello, el legislador constituyente se preocupó por disponer puntualmente en el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que no se pueden «(...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución», lo que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, tiene su manifestación en el carácter inimpugnable que tienen las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional peruano; carácter que está previsto en el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, ya antes referido.

Consideramos, por tanto, que se debe partir de la siguiente premisa: cuando la sentencia del Tribunal Constitucional alcanza la autoridad de cosa juzgada se vuelve pétrea e inquebrantable. Adquiere, por tanto, un estatus distinto que la hace perpetua e inmodificable. Por ello, al contestar la segunda interrogante, referida a si alcanza la nulidad como última ratio a las sentencias constitucionales con autoridad de cosa juzgada dictadas por el propio Tribunal Constitucional, responderemos de la siguiente forma: la nulidad como última *ratio* no alcanza a las sentencias del Tribunal Constitucional, que tienen la autoridad de cosa juzgada constitucional, ya que estas son inmutables, como lo ha afirmado el propio Tribunal Constitucional en los *Casos Panamericana Televisión y Sipión Barrios* antes descritos, interpretando de forma conjunta el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución y el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, de los que ha decantado la voluntad del legislador constituyente.

178

A nuestro juicio, tal nulidad alcanza a los demás actos procesales que ocurren al interior del proceso constitucional del que se trate. Ciertamente, el mismo artículo 121° del Código Procesal Constitucional añade en su tercer párrafo que «Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal», demostrado que los decretos y autos del Colegiado Constitucional si pueden ser impugnados y, por tanto, revocados o anulados.

Empero, por otro lado, creemos que no toda aparente decisión sobre el fondo, que tiene la forma de una sentencia del Tribunal Constitucional, adquiere la autoridad de cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, obtiene una firmeza pétrea o diamantina. En estos casos, en los que se cometen evidentes errores en la tramitación del expediente, sí es posible anular la supuesta sentencia. Lo que ha ocurrido, por ejemplo, cuando no se obtuvieron los votos suficientes de los magistrados para dictar sentencia, como sucedió en el Expediente 00831-2010-HD/TC, caso en el que, simplemente, no hubo resolución. En efecto, en dicho caso la «sentencia» que se dictó con tal falencia (carencia de los votos necesarios) no fue tal y, menos aún tuvo el estatus de cosa juzgada constitucional, perenne e inmodificable.

Tampoco se alcanzó la autoridad de cosa juzgada constitucional cuando fue suscrita la «sentencia» por un magistrado que no participó en la vista de la causa y no así por el que sí estuvo en esta, como sucedió en el Expediente 02488-2011-HC/TC.

La misma situación, en la que hubo una aparente cosa juzgada constitucional, se dio en el Expediente 02023-2010-AA/TC, en el que lo resuelto no se correspondía con lo pretendido; y también en el Expediente 00978-2007-AA/TC, en el que el Tribunal Constitucional detectó que, pese a que recibió el dictamen médico requerido al demandante, se resolvió la causa sin tenerlo en cuenta. No hubo en estos casos excepcionalísima resolución alguna cubierta con ese manto de inalterabilidad que otorga el contar con la calidad de cosa juzgada constitucional, como si lo ha habido, por ejemplo, en infinidad de casos resueltos por el Tribunal Constitucional, en los que se han desestimado pedidos de nulidad contra sus sentencias.

En el *Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez*, cabe reiterar la interrogante: ¿era necesario anular la sentencia al tener en cuenta para resolver un Acta de Infracción que fue declarada nula en otro proceso constitucional? Al respecto, la segunda sentencia dictada no varió la decisión del Tribunal Constitucional, pues ya sin considerar el acta, declaró también fundada la demanda, en virtud de otros elementos valorativos, es decir, como quiera que el error no conllevó una alteración del sentido ni del espíritu del fallo, pudo aplicarse el mismo artículo 121º del Código Procesal Constitucional, que permite que el Tribunal pueda aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido su sentencia, entendiendo por error

material aquel que puede referirse a un hecho o suceso y no solo a errores mecanográficos.

En tal dirección, a nuestro juicio, la primera sentencia del caso en mención ya había adquirido la calidad de cosa juzgada constitucional, siendo más bien nulo el auto que la anuló, por lo que compartimos lo expresado por el Magistrado Blume Fortini en su voto singular, en el sentido de que:«(...) el auto de fecha 6 de enero de 2014 adolece de nulidad y, es más, en el supuesto que se refiera a la sentencia de fecha 11 de julio de 2013, infringe flagrantemente las normas constitucionales y legales antes citadas, por lo que soy de opinión que no solo es nulo, sino que carece de todo efecto legal».⁴²

Desde nuestra óptica, el Tribunal Constitucional por ningún motivo puede anular las sentencias que, en el ejercicio del control de constitucionalidad o en la defensa de los derechos fundamentales de la persona, hayan adquirido la calidad de cosa juzgada constitucional, pues esta calidad les otorga a dichas resoluciones una firmeza inquebrantable, conforme lo dispone el artículo 139º, numeral 2, de la Constitución, concordante con el artículo 121º del Código Procesal Constitucional.

180

Sin embargo, debemos acotar que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se han verificado casos en los que hubo errores en la tramitación del expediente, como los antes citados; casos en los que aparentemente hubo pronunciamiento de fondo bajo el ropaje de una sentencia, que no fue tal, y que trajeron como consecuencia la anulación de la misma. Consideramos que, en estos casos, las «sentencias» anuladas no alcanzaron la calidad de cosa juzgada constitucional que las dota de la inmutabilidad a la que nos hemos referido con anterioridad.⁴³

⁴² Voto singular del Magistrado Ernesto Blume Fortini emitido en la RTC 02135-2012-PA/TC.

⁴³ Sobre la posibilidad de revisar la cosa juzgada constitucional, el profesor y ex magistrado del Tribunal constitucional César Landa crítica la forma en que esta se realizó en un periodo del Tribunal Constitucional peruano; al respecto, anota:«De modo que, en aras de garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales, la revisión de la cosa juzgada constitucional puede ser una excepción al principio de seguridad jurídica; no obstante, cabe dar cuenta del mal uso que se realizó del mismo durante el período de desprestigio institucional del Tribunal Constitucional (2008-2014), cuando se dispusieron nulidades de sentencias de forma manipulativa e irregular, a razón de algunos poderosos intereses de parte. Los entonces magistrados del Tribunal Constitucional apelando a vicios de forma y/o de fondo o incluso sin motivación alguna declararon la nulidad de muchas de sus decisiones». Ver: LANDA ARROYO, César. *Cosa juzgada constitucional fraudulenta y el Caso Panamericana TV*. En: <http://www.ius360>.

VI. Conclusiones

A modo de conclusión podemos afirmar que no existe la nulidad de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues tienen la autoridad de cosa juzgada constitucional y por lo tanto son inmutables.

Existen decisiones del Tribunal Constitucional que pueden declararse nulas, las que no tienen calidad de cosa juzgada constitucional, pues no resuelven el fondo de la controversia.

En efecto, no toda aparente decisión sobre el fondo, que tiene la forma de una sentencia del Tribunal Constitucional, adquiere la autoridad de cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, obtiene una firmeza pétrea o diamantina.

En los casos en que se cometen evidentes errores en la tramitación del expediente, sí es posible anular la aparente sentencia, como ha ocurrido en algunas ocasiones. En estos casos, las «sentencias» anuladas no alcanzaron la calidad de cosa juzgada constitucional que las hubiera dotado de la característica de la inmutabilidad.

MISCELÁNEA

Chesterton, las demandas frívolas y el Tribunal Constitucional

 RAMIRO DE VALDIVIA CANO*

Sumario

I. Introducción. **II.** La demanda frívola. **III.** Procedencia de la demanda. **IV.** Un recurso frívolo de agravio constitucional. **V.** El pronunciamiento sobre el fondo. **VI.** Análisis de la controversia. **VII.** Recurso de Agravio Constitucional. **VIII.** Colofón.

Resumen:

El autor del artículo discute las demandas frívolas, término que recrea de Gilbert K. Chesterton, a partir del caso que dio origen al precedente emitido en la sentencia 00987-2014-PA/TC; a tal efecto, analiza la procedencia de la demanda, que sería un ejemplo pertinente de demanda frívola, y el subsecuente recurso de agravio constitucional, y de qué manera han contribuido al establecimiento del citado precedente.

Palabras clave:

Litigación frívola, justicia constitucional, precedente.

Abstract:

The author of the article discusses frivolous litigation, a term he recreates from Gilbert K. Chesterton, based on the case that gave rise to the precedent issued in the sentence 00987-2014-PA/TC; to that end, he analyzes procedural matters of a case which would be a prime example of frivolous litigation, and the subsequent constitutional grievance resource, and how they contributed to the establishment of the aforementioned precedent.

Keywords:

Frivolous litigation, constitutional justice, precedent.

* Profesor de la Universidad Católica Santa María de Arequipa y de la Academia de la Magistratura del Perú. Juez de la Corte Suprema del Perú.

I. Introducción

Las garantías del acceso efectivo a la justicia y a la tutela jurisdiccional–consustanciales a un estado constitucional de Derecho– no pueden convertirse en herramientas de uso y abuso para satisfacer veleidades. A quienes lo hacen, Gilbert K. Chesterton les diría que no usen la santidad de la justicia sin propósito alguno; no hablen del debido proceso cuando lo mismo podrían hablar de su horóscopo; no usen los Derechos Fundamentales como relleno de un discurso vacilante.

Solo debe ventilarse ante el juzgador los supuestos o pretensiones que verdaderamente necesiten del amparo de la justicia. La justicia accesible e inclusiva es correlativa a la existencia de órganos jurisdiccionales o administrativos que imparten justicia, por lo que, a esas instancias solo deben llegar los litigios en los que realmente se requiera la presencia del juzgador para dirimir el conflicto. Por tanto, no cualquier desavenencia, inconformidad, capricho o modo particular de apreciar la realidad pueden ser sometidos al conocimiento de los tribunales.

186

El impacto económico de la demanda frívola en la administración de justicia es sobrecogedor. Según cálculos efectuados por el Wall Street Journal¹, este tipo de demandas debe costar unos 260.000 millones de dólares al año a la economía norteamericana; costo que en nada favorece el devenir de la administración de justicia en ese país.

Aún si se asume que esa suma no tiene mayor relevancia para esa economía gigantesca, no es posible dejar de considerar la ética de fondo que hay en el asunto. Sin ignorar que muchas familias y pequeñas o medianas empresas confrontan resultados desastrosos cuando son víctimas del litigio frívolo, en especial cuando éste es prolongado.

Se puede afirmar que esto se produce en los Estados Unidos con más frecuencia que en otros países porque en los EE.UU. hay más abogados *per cápita* que en cualquier otro país del mundo. Muchos de ellos solo cobran si ganan el caso. Quien pierde el litigio no paga costas ni costos.

¹ Enlace: <http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=N1MF31JCwbo>.

En Europa y Asia acontece algo similar. Cuando se trata de demandas frívolas, la diferencia radica en los mecanismos legales que les permiten salirse con la suya. Si en los EE. UU estos casos, mayoritariamente, tienen como demandados a las grandes corporaciones, en otros contextos, las demandas frívolas suelen ser utilizadas como arma propagandística y no siempre tienen como fin el logro de dinero fácil. A veces se emplea la demanda frívola para dar publicidad a una idea y, de ser posible, obtener confirmación legal de que se está o puede estar en lo cierto, o llamar la atención sobre alguna materia de interés personal o grupal². Sin embargo, y aunque por ello puedan parecer inocuos en comparación con otras demandas, constituyen una gran pérdida de tiempo y recursos para los juzgados, que tienen cosas más importantes que atender.

En el Perú, no es ningún secreto el elevadísimo porcentaje de desestimación de demandas de amparo y recursos de casación asociados a la frivolidad del recurrente. El caso típico es la demanda de amparo que se resuelve en el Tribunal Constitucional y que es materia del presente ensayo. Al examinar el fondo de la cuestión, la resolución advierte que la demandante recurre a la Justicia Constitucional, porque el cobro de unos pagarés había dado lugar a la violación de sus Derechos Fundamentales, que se puede resumir de la siguiente forma:

1. En el recurso de agravio constitucional se afirma que:

c. [...] Agravio moral: Se ha causado una inmensa tortura moral y psicológica que consume la intimidad de la agraviada al producir preocupaciones, pena, estrés, depresión, insomnios, melancolía y otros sufrimientos.

2. Si bien la demandada se refería, *prima facie*, al debido proceso, como se ha señalado, los planteos de la demandante carecen por completo de fundamentación constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que en casos como este, podría emitirse, extraordinariamente, un pronunciamiento sustantivo³ (Fojas 314 de autos).

Se entiende el adjetivo calificativo «frívolo» referido a las demandas o recursos que contienen pretensiones que no se puede alcanzar jurídicamente,

² Enlace: <<http://www.taringa.net/pots/humor/12964130/Demandas-judiciales-frivolas.html>> 150429.

³ Tribunal Constitucional del Perú. En: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.ddf>>.

por ser obvio y notorio que su formulación carece de respaldo en el mundo del derecho o ante la inexistencia de hechos que sirvan para actualizar el planteamiento jurídico en que, supuestamente, se apoyan.

Al respecto se advierte dos situaciones. La primera, se presenta respecto de todo el contenido de la impetración. La frivolidad resulta notoria de la mera lectura del escrito. Las leyes procesales suelen autorizar la desestimación de plano correspondiente, sin generar artificiosamente un estado de incertidumbre. Otro es el caso que propone el TC en la resolución materia de análisis:

«El Tercer Juzgado Civil de Chimbote declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, toda vez que la actora pretende replantear una controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados. En consecuencia, se estimó de aplicación el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Considera, además, que ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, lo cual supone –aunque no haya sido expresamente citada– la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del numeral 5° del mismo cuerpo legal.

188

3. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa confirmó dicho pronunciamiento por considerar que el plazo de prescripción transcurrió en exceso, siendo de aplicación el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Debe tenerse presente que sólo cabe acudir al rechazo liminar de la demanda de amparo cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia. Dicho con otras palabras, cuando de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el Código Procesal Constitucional»⁴.

La otra situación se produce cuando la frivolidad del escrito sólo es advertida con su estudio detenido o es de manera parcial. En este caso, la desestimación liminar no puede darse, lo que obliga al juzgador a entrar al fondo de la cuestión planteada.

⁴ Tribunal Constitucional del Perú. En: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>>.

Con frecuencia, la frivolidad se asocia a la impudicia. No obstante que el demandante o el impugnante tuvieron a su alcance los elementos de convicción necesarios para poder corroborar si efectivamente existieron irregularidades en un acto determinado, se limita a afirmar su existencia, y cuando el órgano jurisdiccional lleva a cabo el análisis de éstas. Es así que el juzgador advierte que del material probatorio, clara e indudablemente, se corrobora lo contrario de lo declarado por el impetrante (solicitante), mediante pruebas de carácter objetivo, que no requieren de interpretación alguna o de cierto tipo de apreciación de carácter subjetivo. Tal es el caso del recurso de agravio constitucional que presenta la demandante ante el Tribunal Constitucional en la demanda de amparo materia del presente comentario. El Tribunal Constitucional absuelve el recurso bajo los siguientes criterios.⁵

5. En ese sentido, corresponde analizar ambos pronunciamientos a efectos de verificar si la demanda se subsume, o no, en alguno de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, conforme lo dispone, además, el numeral 47° del mismo.

6. Respecto a la configuración de la causal de improcedencia prevista en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que la demandante ha alegado que no se le ha notificado resoluciones y que se alteró el trámite procesal de su pretensión ante la Corte Suprema; supuestas vulneraciones que pueden ser interpretadas como conexas con el contenido del derecho al debido proceso.

[...]

9. El Tribunal Constitucional entiende que esta alegación de hechos se encuadra, *prima facie*, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso.

10. Sin embargo, conviene enfatizar que el análisis propuesto respecto de si las cuestionadas resoluciones afectan o no los derechos invocados supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y debe realizarse luego de trabada la litis.⁶

⁵ Tribunal Constitucional del Perú. En: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>>.

⁶ Tribunal Constitucional del Perú. En: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>>.

Pero, aún no termina el proceso frívolamente incoado porque en el contexto de este diseño normativo, cabría preguntarse cómo proceder cuando se trata de pretensiones carentes por completo de fundamento, como las que se sostiene, en el caso materia de este análisis, cuando se afirma, sin indicios ni pruebas que los jueces demandados incurren con su resolución en delito de lesa humanidad, por no haber ordenado el pago de unos pagarés.

Es decir, habrá que resolver, aún si en todos los casos en los que la demanda ha sido declarada improcedente *in limine*, y el Tribunal Constitucional entiende que debe emitirse un pronunciamiento sustantivo, corresponde ordenar que todo vuelva al comienzo del proceso y que el Juez del Proceso la admita a trámite.

Por tanto, si existen aparentes litigios, supuestas controversias, o modos erróneos de apreciar las cosas, pero al verificar los elementos objetivos que se tiene al alcance se advierte la realidad de las cosas, evidentemente tales hipótesis no deben, bajo ninguna circunstancia, entorpecer el correcto actuar de los tribunales.

190

Los órganos de administración de justicia deben resolver oportunamente las controversias que son correctamente sometidas a su escrutinio, sin ser distraídos por presentaciones frívolas. De ello se sigue que, una actitud frívola afecta el estado constitucional de erecho y resulta grave para los intereses de otros litigantes y, en general, la ciudadanía, por la incertidumbre que genera una demanda o la promoción del medio impugnatorio; así como para los intereses de aquellos que sí acuden con seriedad a esta instancia. Los casos de frivolidad o de bizantinismo restan tiempo y esfuerzo a los juzgadores que intervienen en ellos, y pueden distraer la atención a los asuntos que realmente son de trascendencia.

Inclusive el propio tribunal se ve afectado con el uso y desgaste de elementos humanos y materiales en cuestiones que son evidentemente inconducentes.

II. La demanda frívola

Siguiendo la alegoría del maestro inglés G. K. Chesterton⁷, incoar una demanda frívola es tomar en vano el nombre de la justicia. Es equivalente a «tomar en vano» en el verdadero sentido serio de aquellas antiguas palabras mosaicas. «No tomar su santo Nombre en vano». Los jurisperitos toman el Nombre en vano muchas más veces que los seglares. Esa es la violación de uno de los mandamientos básicos; es el pecado contra el Nombre. Si quieren –profetiza el maestro Chesterton– tomen el Nombre desatinadamente, tómenlo en broma, brutalmente o con enojo, puerilmente, erróneamente; pero no lo tomen en vano. Usen la santidad de la justicia para un propósito extraño y justifiquen ese uso; usen la santidad para algún propósito dudoso o experimental y júéguese por su éxito; usen la santidad para algún propósito bajo y odioso y sufran las consecuencias. Pero no usen la santidad del derecho sin propósito alguno; no hablen de justicia cuando lo mismo podrían hablar de la señora de Juan Pérez; no usen el agravio moral ni los derechos fundamentales, el debido proceso, los derechos de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva como relleno de un discurso insulso. Este es el pecado de frivolidad, y es lo que caracteriza principalmente a un segmento de la clase litigante convencional que se escuda en el permisivismo de la norma procesal equívoca.

Pues bien, como se verá en el expediente resuelto por el Tribunal Constitucional, que es materia del presente comentario⁸, se ha establecido un precedente, oportuno, en la búsqueda de la mejor administración de justicia. En el expediente citado, se somete a análisis el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña F. Vásquez contra la resolución expedida el 14 de noviembre de 2013 por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró improcedente la demanda de autos. El caso se remonta al 12 de marzo de 2013, cuando la señora F. Vásquez interpuso demanda de amparo contra el Presidente y el Procurador Público del Poder Judicial, los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte

⁷ Cfr. CHESTERTON, Gilbert Keith (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>>.

⁸ Tribunal Constitucional Exp. N° 00987-2014-PA/TC–Santa, sentencia expedida el 06 de agosto del 2014 por el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváz y Espinoza-Saldaña Barrera.

Superior de Justicia del Santa, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. El discreto placer de la frivolidad, diría G. K. Chesterton. La señora Vásquez demanda la declaración de la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Exp. N° 1460-2006, por, supuestamente, haberse vulnerado sus derechos «al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva».

Refiere que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Sostiene, igualmente, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago que es civil lo transformó en constitucional y, «cambiando de jurisdicción», lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada; y que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada hubieron tramitado «con fraude» el Exp. N° 1460-2006. Ya lo sentenció el maestro Chesterton. Se explica que el lego en Derecho profiera blasfemias so pretexto de búsqueda de la tutela jurisdiccional, puesto que habla de un modo trivial de cosas que cree que son triviales. Pero el letrado jurisperito no podría justificar su trivialidad respecto de cosas que él cree que son divinas.

192

El 26 de marzo de 2013, el Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 26 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda de amparo, entre otras consideraciones, en razón a haberse vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, por cuanto la Resolución N° 40 le fue notificada el 26 de octubre de 2011. La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que a la fecha de la interposición de la demanda había transcurrido en exceso el plazo de prescripción.

Para decirlo en términos prosaicos, en el Perú, hay quienes entablan una demanda frívola o interponen un recurso frívolo, a sabiendas que –conforme a la justicia y al derecho– no tienen la mejor posibilidad de arribar a buen puerto. Algunos lo hacen porque saben que la sola duración del proceso judicial que promueven les proveerá algún dinero o publicidad o gratifica-

ción o relaciones sociales, ganar tiempo con alevosía, o alguna otra forma de placer o felicidad. El placer de los momentos de crisis que, en potencia, son trágicos. Chesterton *dixit*. El Tribunal Constitucional, delicadamente, señala que «(...) demandas de esta naturaleza mediante las cuales se invoca derechos fundamentales pero sin demostrar en modo alguno de qué manera habría ocurrido la vulneración o qué contenido específico del mismo fue ilegítimamente intervenido, obstaculizan el normal desenvolvimiento de la justicia constitucional».⁹ «Esa es, justamente, la violación de uno de los mandamientos: es el pecado contra el Nombre...».¹⁰

Para continuar con el escritor inglés, ya Gilbert K. Chesterton lo advirtió a comienzos del s. XX: «(...) Por una de esas extrañas asociaciones que nadie consigue entender nunca, un gran número de personas ha llegado a creer que la frivolidad tiene algo que ver con el placer. Realmente, nadie puede divertirse verdaderamente si no es serio. Hasta aquellos que por lo común consideramos pertenecientes a la clase social que podríamos llamar ubicuos, verdaderamente sienten más placer en los momentos de crisis que en potencia son trágicos».¹¹

III. Procedencia de la demanda

Es necesario de dilucidar, previamente, que el Tribunal Constitucional sí está facultado para pronunciarse respecto a la declaración de improcedencia liminar de la demanda de amparo cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia.

El Tercer Juzgado Civil de la Corte de El Santa, dejó establecido que había vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda de amparo, lo cual supone la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del numeral 5° del Código Procesal Constitucional. Consideró también –excediéndose en argumentación– que los hechos y el petitorio impetrados por la demandante no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Se pretendía

⁹ Tribunal Constitucional Exp. N° 00987-2014-PA/TC-SANTA, sección 4, in fine.

¹⁰ Cfr. CHESTERTON, Gilbert K. (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>>. 2015, May 2.

¹¹ Cfr. CHESTERTON, Gilbert K. (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>>. 2015, May 2.

replantear una controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados. Con estos fundamentos, el Juez de Chimbote declaró improcedente la demanda de amparo. A su turno, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Para abordar el examen de la improcedencia por la causal prevista en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se tiene en cuenta que la actora alega vulneraciones que pueden ser interpretadas como conexas con el contenido del derecho al debido proceso ya que afirma que no se ha cumplido con la notificación de las resoluciones y que se alteró el trámite procesal de su pretensión ante la Corte Suprema. En efecto, la demandante aduce que hasta la fecha de la interposición de la demanda no se le había notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de 19 de octubre de 2011, de modo tal que el agravio invocado consistiría en una omisión, razón por la cual no habría transcurrido el plazo de prescripción para interponer la demanda.

El Tribunal Constitucional consideró que esta alegación de hechos se encuadra, *prima facie*, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho debido proceso. Sin embargo, conviene enfatizar que el análisis propuesto respecto de si las cuestionadas resoluciones afectan o no los derechos invocados supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, no obstante tratarse de una demanda frívola; y debe realizarse luego de trabada la litis. Además, como dice el maestro Chesterton, para disfrutar de una invocación al orden constitucional, se requiere estar arraigado a cierto sentido básico del bien de las cosas.

194

IV. Un recurso frívolo de agravio constitucional

Todos conocemos al abogado verdaderamente frívolo. Chesterton confirma que todos los que lo conocemos sabemos que –pese a la imagen que se ha construido en el medio social– su característica más saliente es su pesimismo. La idea del hombre a la moda, alegre, atolondrado, intoxicado con deleite pagano, es una ficción debida enteramente a la inventiva de gente puritana que jamás encontró a un hombre así en la vida real.¹² Habien-

¹² Cfr. CHESTERTON, Gilbert K. (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>>. 2015, May 2.

do llegado el análisis a este estadio cabe cuestionar si en todos los casos en los que la demanda ha sido declarada *in limine* improcedente y el Tribunal Constitucional entiende que debe emitirse un pronunciamiento sustantivo, corresponde que el Tribunal Constitucional proceda a ordenar que el juez del proceso la admita a trámite. La Constitución política trae respuesta positiva (inciso 2º del artículo 202 de la Constitución política).

No obstante, la demanda no se limita a cuestiones de carácter procesal. Tal es el poder de la frivolidad para hacer entristecer a quien esté desatento, ante las cosas que no importan. Tal vez, en la búsqueda de asideros de orden constitucional, sostiene que «(...) los jueces demandados incurrieron con su resolución de delito de lesa humanidad».

Si no se tratase de elucubraciones referentes a los derechos fundamentales, la argumentación de la demanda podría ser considerada una broma, una treta intrascendente, un «*Gag, just for laughs*». Pero en esta demanda se alude a la supuesta comisión por jueces de diversas jerarquías, de delitos de lesa humanidad. Si bien la demandada se refería, *prima facie*, al debido proceso, como se ha señalado, la teoría del caso de la demandante carece por completo de fundamentación constitucional y fáctica. El gran Chesterton enseñaba que aún, para poder disfrutar de la broma más sutil y halada, el hombre debe estar arraigado a cierto sentido básico del bien de las cosas; y el bien de las cosas significa, por supuesto, la seriedad de las cosas. Para disfrutar aunque sea de un *pas de quatre* en un baile de abono, un hombre debe sentir en ese momento que las estrellas bailan con la misma melodía.¹³ Al parecer, la demanda está desvinculada de cualquier sentido básico del bien.

195

Ese es el nudo gordiano del análisis del precedente a que se contrae el análisis.

¿Cómo proceder cuando se trata de pretensiones carentes de arraigo ético, huérfanas de fundamento? ¿Cómo salvar la obligación de la efectiva tutela constitucional, sin crear precedentes que avalen la frivolidad?

En un párrafo ataviado de especulaciones muy opinables, el Recurso de Agravio Constitucional contiene tres afirmaciones básicas:

¹³ Cfr. CHESTERTON, Gilbert K. (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conozc.com/marco.php?doc=6253>>. 2015, May 2.

«(...) advirtiendo que es una falsedad y un fraude, el Auto N° 38 del 4-12-2009 (ha sido) expedido por los vocales (de la Sala Civil de El Santa) para hacer cobrar a Scotiabank Perú SAA la falsa deuda de los 3 pagarés que no están afirmados por los recurrentes» (fojas 300 de autos).

«resolviendo una cosa por otra y como litigantes y juez parte contra la agraviada, sin desvirtuar la infracción a mis derechos humanos y sin precisar la ley que les faculte hacer a Scotiabank que cobre deuda falsa» (Fojas 301 de autos); y

«(...) Agravio Moral: Se ha causado una inmensa tortura moral y psicológica que consume la intimidad de la agraviada al producir preocupaciones, pena estrés, depresión, insomnios, melancolía y otros sufrimientos» (Fojas 314 de autos).¹⁴

La impetración y sus fundamentos carecen por completo de fundamentación fáctica y constitucional. Para encontrar alguna explicación a estos planteamientos, hay que releer a Chesterton. Cuando se hace honor a clásico «Orabunt causas mellius», el jurisconsulto debe sentir que las estrellas bailan de felicidad. En las antiguas religiones, la gente creía en verdad que, cuando se obraba con rectitud, las estrellas bailaban con la melodía de sus templos; y que bailaron como nadie lo ha hecho desde entonces. Pero el placer completo, el placer sin vacilaciones, sin contratiempos, *sin arriere pensée*, sólo lo disfruta el hombre correcto. El vino, (la buena defensa judicial) dicen la Escrituras, alegra el corazón del hombre, pero sólo del jurisperito que tiene corazón. Y también eso que llamamos buen ánimo es posible sólo en las personas animosas.

196

El Tribunal Constitucional lo entendió así y estableció que, en casos como éste, podría emitirse, extraordinariamente, un pronunciamiento sustantivo. Esta posición se sustenta en diferentes principios como los de economía procesal e informalidad y en otros relacionados con la naturaleza y fines de los procesos constitucionales.¹⁵

El Tribunal Constitucional, en lo que concierne al principio de economía procesal, estableció que resulta innecesario obligar a las partes a reini-

¹⁴ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Exp. N° 00987-2014-PA/TC.

¹⁵ En STC 04587-2004-PA/TC, fundamento 16 a 19 se encuentra amplio desarrollo de estos principios.

ciar el proceso, no obstante todo el tiempo transcurrido; si de los actuados se evidencia los suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda. Con un actuar de modo diferente, o solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

La rigidez de las formalidades también es considerada en el precedente bajo análisis. El sólo hecho de servir al proceso o a la ley, en el marco de una demanda frívola —y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante—, devendría en un exceso injustificable de ritualismo procesal incompatible con él «(...) logro de los fines de los procesos constitucionales». Se señala que si, en el caso concreto, existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, éste debe ser expedido respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal, de manera que se obvie una inútil declaración de nulidad de todo lo actuado.¹⁶

V. El pronunciamiento sobre el fondo

197

En muy pocos casos, el juzgador aplica alguna de las sanciones que las normas han establecido para dar algún desfogue a los gigantescos embalses de carga judicial que provocan las demandas y recursos frívolos. No es poco decir que es sospechosa de demagógica la derogación de los arts. 398 y 399 del Código Procesal Civil¹⁷ referentes a las sanciones a la litigación frívola.

¹⁶ Ver el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

¹⁷ **Artículo 398.**- Si el recurso fuese denegado por razones de inadmisibilidad o improcedencia, la Sala que lo denegó condenará a quien lo interpuso al pago de una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

Si concedido el recurso la sentencia no fue casada, el recurrente pagará una multa de una Unidad de Referencia Procesal. La referida multa se duplicará si el recurso fue interpuesto contra una resolución que confirmaba la apelada.

El pago de la multa será exigido por el juez de la demanda. (*)

(*) Artículo derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009.

Costas y costos por recurso inadmisibles, improcedente o infundado.-

Artículo 399.- Si el recurso fuese declarado inadmisibles, improcedente o infundado, quien lo interpuso sufrirá la condena de costas y costos originados en la tramitación del recurso.

Las costas y costos serán fijados y exigidos por el Juez de la demanda. (*)

(*) **Artículo derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009.**

Chesterton identificaría al frívolo con ese personaje que el imaginario popular identifica con el placer. La comunidad judicial, alegremente, acoge esa identificación y convierte al frívolo en intocable. El hombre del placer, dice el maestro Chesterton, es una de las fábulas piadosas creadas por las leyendas urbanas. Los juristas puritanos le han dado demasiado crédito al poder que tiene el mundo para satisfacer el alma; al admitir que el frívolo es alegre y atolondrado, han dejado de lado la parte más sólida de su tesis. Lamentablemente, el puritanismo judicial, por lo común, cae en el error de acusar al litigante frívolo de todos los vicios que no le corresponden. Dicen, por ejemplo, que el hombre frívolo es «descuidado». En rigor de verdad, el hombre frívolo es muy cuidadoso. No solamente dedica horas enteras a la tarea de elaborar retruécanos judiciales, sino también otros asuntos igualmente bizantinos y de fingida técnica judicial. El caso de autos es un paradigma de las especulaciones frívolas en cuanto a «agravio moral», «debido proceso», «delito de lesa humanidad». Y, como dice el maestro, respecto a estos asuntos, la frivolidad es mucho más solemne que un Papa o un concilio general. Pero, la verdad es que su actitud es más bien triste que solemne, más bien desesperanzada que severa.

198

Frente a la demanda y las dos sentencias judiciales materia del presente ensayo, el Tribunal Constitucional trae a colación la línea jurisprudencia asumida por el mismo Tribunal ante supuestos análogos y propone que un pronunciamiento sustantivo no afectará el derecho de defensa de todas las partes emplazadas. En efecto, y en lo que se refiere a los órganos judiciales demandados, conviene recordar que el tribunal Constitucional ha considerado que, ante afectaciones al debido proceso, es posible condicionar la intervención de las partes, no requiriéndose la participación de los órganos judiciales demandados, al tratarse de cuestiones de puro derecho.¹⁸

Desde el primer momento estuvo claro que en el expediente existen suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento de fondo, resultando innecesario condenar a las partes a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora puede dilucidarse. La frivolidad acarrea la incapacidad de apreciar en su totalidad el peso y el valor de nada. Se cumple, en el caso presente, lo que afirmaba Chesterton; «... En la práctica, no se aprecia ni siquiera el precio ni el valor de las cosas que, por lo

¹⁸ Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 05580-2009/PA/TC, fundamento 4.

común, son tenidas como frívolas...»¹⁹ Refuerza el halo de nimiedad, en el caso concreto, el hecho que la pretensión incoada se circunscribe a cuestionar determinadas resoluciones judiciales, razón por la cual, para el Tribunal, la falta de participación de los órganos judiciales emplazados en el presente proceso no constituye razón suficiente para declarar la nulidad de todo lo actuado.

El Tribunal Constitucional, con acierto, estableció que la evaluación de lo actuado evidencia que –si bien es cierto que la demanda de amparo de autos no se admitió a trámite– sin embargo:

En atención al principio de economía procesal, que en autos existen suficientes recaudos y elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Por lo que hace al principio de informalidad, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa del emplazado Poder Judicial, quien fue debidamente notificado a partir del concesorio del recurso de apelación.²⁰

Ahora bien, la actora manifiesta que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris, hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Agrega, asimismo, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago, que es de naturaleza civil, lo «transformó» en constitucional y, «cambiando de jurisdicción», lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Añade, por último, que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Expediente N° 1460-2006.

Mediante la demanda de amparo de autos la recurrente persigue que se declare la nulidad de todo lo actuado en este proceso.

La demanda se sustenta en afirmaciones como las que el Tribunal Constitucional, en afán didáctico resalta:

¹⁹ Cfr. CHESTERTON, Gilbert K. (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>>. 2015, May 2.

²⁰ Cfr. Tribunal Constitucional Exp. N° 00987-2014-PA/TC.

«(...) los jueces del 4° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa Chimbote en posta jurisdiccional indebida e ilegal, en complicidad con los auxiliares judiciales y evidentemente en acuerdo con los vocales supremos y los vocales de la Sala Civil de Chimbote tramitan con fraude el Expediente N° 1460-2006».

« (...) los magistrados demandados en confabulación han violado el texto expreso y claro del artículo de la Ley N° 27682, la Constitución, las leyes, el debido proceso y en cadena a todos los demás derechos humanos de la recurrente, es claro que los transgresores con esa conducta disfuncional y con fraude y con ensañamiento, crueldad, crimen y delitos de lesa humanidad imprescriptibles han hecho víctima de cruel injusticia a la recurrente que tiene que ser corregida...

« (...) la fraudulenta demanda cambia al número 1460-2006, está expresado y precisado hasta la saciedad que esa demanda está interpuesta, admitida y Judicial con sus magistrados como juez y parte en su interés litigando en lugar del Banco y rehusándome escuchar, oír y entender el reclamo de la recurrente». (Fojas 97, énfasis agregado).²¹

200

VI. Análisis de la controversia

En la demanda se alega que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote, los jueces de la Sala Superior emplazada y los jueces de las salas supremas emplazadas se habrían confabulado para litigar en su contra y tramitar con fraude. Con tan lamentable accionar, dice la actora, se ha vulnerado los derechos de la demandante al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva. Chesterton comenta que si la religión es el poder que hace allegar la alegría ante las cosas que importan; con el mismo criterio, se puede definir la frivolidad en el área judicial como el poder que produce preocupación, y tristeza ante lo nimio, ante las cosas que no importan.

La frivolidad no tiene nada que ver con la felicidad, repite Chesterton, actúa en la superficie de las cosas, y la superficie es casi siempre áspera y desigual.

²¹ Cfr. Tribunal Constitucional Exp. N° 00987-2014-PA/TC, a fojas 97.

El operador frívolo es aquella persona profesional que es incapaz de apreciar en su totalidad el peso y el valor de nada. En la práctica, no aprecia ni siquiera el peso y el valor de las cosas que, por lo común, son tenidas como frívolas. Tal como sucede de la revisión de los actuados. El Tribunal ha advertido que no obra indicio de medio probatorio alguno que acredite los alegatos de la demanda.

De los actos procesales aportados no se evidencia la confabulación alegada, ni el fraude imputado, y también cabe enfatizar que ninguno de ellos prueba que a la recurrente se le haya imposibilitado o negado el libre acceso al órgano jurisdiccional. Por lo tanto, respecto de este primer extremo, el Tribunal Constitucional estima que no se ha acreditado la violación de los derechos invocados supra.

En otro extremo, la recurrente transcribe la parte considerativa del tantas veces citado Decreto N° 40, lo cual no la inhibe de alegar que el mismo no le ha sido notificada la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40. El Tribunal no puede sino confirmar que estos actos sí fueron notificados a la demandante. En consecuencia, y respecto de este extremo, el Tribunal declara aquello que siempre fue obvio: que no se encuentra probada la violación alegada.

La demandante alega que se ha producido una flagrante violación del derecho a la jurisdicción y a la competencia predeterminada por la ley; es decir al derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley. Este es el derecho que garantiza que quien juzgue sea un juez u órgano con potestad jurisdiccional. Se prescribe así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante un órgano jurisdiccional.²²

El Tribunal en su resolución, hace un recuento de lo que cualquier profesional medianamente informado. El inciso 4 del artículo 35° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, prescribe que la Sala de Derecho Constitucio-

²² Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 0290-2002-HC/TC.

nal y Social conoce «de los recursos de casación en materia derecho laboral y agrario cuando la ley presamente lo señala». En consonancia con esta disposición, la Resolución administrativa de presidencia N° 006-2001-P-CS, de 30 de abril de 2001, dispone en su artículo 1° que la referida Sala es la competente para conocer «de los recursos de nulidad y casaciones agrarias pares e impares».

Precisamente, de la resolución de 9 de julio de 2010, emitida por la Sala Civil Suprema emplazada, y que corre a fojas 57 de autos, se desprende que la causa le fue remitida a la Sala Constitucional Suprema emplazada porque se solicitó «la tercería preferente de pago ante una posible ejecución de un predio rústico, constituido por la parcela de terreno N° 11283». Tal es la justificación expresada por la Sala Civil Suprema emplazada para remitir la causa a la Sala Constitucional Suprema emplazada, la cual es conforme con lo dispuesto en el mencionado D. S. 017-93. JUS y su reglamentación.

202 Todo el proceso, el tiempo requerido, la carga judicial añadida, los enormes costos y costas con nada pueden ser compensados. No hay algo que pueda atenuar la gravedad de la tramitación de una demanda frívola en la que se hace gala de hechos que no sustentan la pretensión y que, por su falsedad será imposible acreditar. El Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse en el sentido que la presente demanda debe ser declarada infundada. Tal como lo hubiera pronunciado cualquier abogado que hubiese conocido el caso, años ha, cuando se entabló el amparo. Para mayor contundencia, el Tribunal Constitucional establece esta resolución como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tal como se señala en la regla contenida en el fundamento 49 de esta sentencia.²³

²³ **Fundamento 49:** El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria cuando:

- a. Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- b. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;
- c. La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales. La sentencia se dictará sin más trámite.

VII. El recurso de agravio constitucional

El memorable 9 de diciembre de 2013, la recurrente interpuso el recurso de agravio constitucional solicitando que el Tribunal Constitucional corrija, según afirma, «...el grave error y causales de nulidad del prevaricador, fraudulento, incongruente y nulo auto N° 13 con el cual los eternos prevaricadores y fraudulentos encubiertos por la OCMA y el CNM rechazaron la demanda». ²⁴ Chesterton no pretende ser más crítico, ni sarcástico de lo necesario con el abogado que aconseja al actor de demandas frívolas. Por algo es el maestro del sarcasmo. Para hacer justicia con él, dice el maestro, debemos admitir que no es el único frívolo; otras clases de hombres comparten con él el reproche. Así, por ejemplo; los hombres de estado son generalmente frívolos; los pacifistas por supuestos motivos de conciencia son generalmente frívolos. Los filósofos y los poetas son, a menudo, frívolos; los políticos son siempre frívolos. Pues si la frivolidad es esa carencia de habilidad para comprender la plenitud y el valor de las cosas, debe tener muchas formas, además de esa que consiste en la mera veleidad y la búsqueda del placer, invocando el augusto nombre de la Justicia o el del debido proceso. ¿Se puede calificar como «irreverencia» tales improprios? Muchísima gente tiene como idea fija que la irreverencia, por ejemplo, consiste en hacer publicar denuestos o hacer bromas «gags» a lo «*Just for laughs*». Pero es muy posible ser irreverente con una argumentación carente de decoro y con el alma impoluta del más mínimo asomo de humor. Encuéntrese la definición espléndida e inmortal de la verdadera irreverencia en aquel mandamiento mal entendido y desatendido del prolegómeno de este ensayo. El mandamiento que declara que el Señor no considerará libre de culpa a quien toma su Nombre en vano. ¿O tomar el nombre de la justicia y del derecho? Se supone, vagamente, que esto tiene algo que ver.

Con las bufonadas legalistas, la jocosidad bizarra y los juegos bizantinos de argumentos. Decir algo con un toque de sátira o de crítica individual no es decirlo en vano. Decir algo fantástico como si fuera algún fragmento de las Escrituras o de la constitución del País de las hadas no es decirlo en vano.

Pero argumentar algo, en una demanda o en un recurso, con gravedad pomposa y sin sentido; decir algo de modo que sea al mismo tiempo vago y

²⁴ Tribunal Constitucional Exp. N° 00987-2014-PA/TC, Santa.

fanático; decir algo de manera que sea confuso al mismo tiempo que literal; decir algo de manera que finalmente el juez más decoroso no sabrá por qué diablos fue dicho o porqué él lo ha escuchado; esto es, en el verdadero sentido serio de aquellas antiguas palabras mosaicas, tomarlo en vano.²⁵

Pero, una vez iniciado el proceso judicial, el Juez está obligado a pronunciarse. En el presente litigio constitucional, como ya se ha señalado, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional ha delineado la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional, estableciendo que tal recurso debe ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda y presentado en el plazo de diez días contados desde día siguiente de notificada la resolución.

Aunque una lectura positivista y descontextualizada de dicha disposición podría conducir a creer que bastaría para que se conceda el recurso con la desestimación de la demanda por las instancias de mérito y el cumplimiento del lazo para la interposición del recurso, el Tribunal Constitucional ya ha señalado, que, «a partir de la jurisprudencia y los dispositivos del Código Procesal Constitucional mencionados, e inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es requisito de procedencia de la demanda, pero también del recurso de agravio constitucional».²⁶ En tal resolución, se dejó sentado que:

204

Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requiera que el recurso de agravio constitucional planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC» (Fundamento Jurídico 31).

La frivolidad sigue abriéndose paso, ufanamente, pese a la claridad del precedente y su obligatoriedad general. Es incontenible la recurrencia de casos como el presente en el que se interpone, a destiempo, un recurso de agravio constitucional que es, por añadidura, manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Consti-

²⁵ Cfr. CHESTERTON, Gilbert Keith (29 May 1874- 14 June 1936) *Hombre frívolo*. En: <<http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>>.

²⁶ Ver la STC 02077-2005-HC/TC. (Fundamento jurídico 27).

tución, pero con una completa carencia de fundamento legal, jurídico (y humorístico).

VIII. Colofón

El Tribunal Constitucional no concedió el placer de la victoria a una demanda frívola; placer que solo corresponde a una argumentación seria. Obviamente, no querría que se tome en vano el nombre de la Justicia y sostiene que «resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela» y por lo tanto debe concentrar sus recursos en la atención de reales y serios recursos de agravio constitucional que requieren tutela urgente. Para ello promueve la aplicación del precedente y su Reglamento Normativo, vigente a la fecha, que se orientan en el mismo sentido; por lo que no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes. Como decía el maestro, la idea popular que se tiene del frívolo –confundida con el perfil del hombre moderno, alegre, atolondrado, intoxicado de deleite pagano–, es sólo una leyenda urbana. El Tribunal Constitucional borda este problema en el artículo 11 de su reglamento:

205

«Una de las salas se encargara de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un auto, en los siguientes supuestos:

Si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental;

Si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o,

Si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse».²⁷

Más trascendente aún es la decisión del Tribunal Constitucional de emitir sentencia interlocutoria sin más trámite cuando:

²⁷ Ver STC 04119-2005-AA.

Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;

La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;

La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;

Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

El Tribunal Constitucional afirma que la sentencia se dictará sin más trámite cuando existe una cuestión de especial trascendencia constitucional, cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental. De este modo, afirma, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Así, con el maestro G. K. Chesterton, volvemos a la conclusión última que señala que la verdadera seriedad es mal recibida lo mismo entre los religiosos que entre los no religiosos, lo mismo en el mundo camal que en el espiritual. La frivolidad no tiene nada que ver con la felicidad, ni con el placer, ni con la búsqueda de la justicia.

El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias*

✍ ANÍBAL QUIROGA LEÓN**

Sumario:

I. Introducción. **II.** Instrumentos del derecho procesal constitucional en el Perú. 2.1. Control orgánico. 2.1.1. Control difuso. 2.1.2. Acción de inconstitucionalidad de las leyes. 2.1.3. La acción popular. 2.1.4. Contienda de Competencia. 2.2. Defensa de las libertades o jurisdicción de la libertad. 2.2.1. Hábeas corpus. 2.2.2. Amparo. 2.2.3. Hábeas Data. 2.2.4. Acción de cumplimiento. **III.** El recurso de agravio constitucional. 3.1. El RAC en los procesos constitucionales de libertad. 3.2. Finalidad del RAC. 3.3. El RAC en la protección de los derechos constitucionales. 3.4. El RAC y los supuestos de admisión y procedencia. **IV.** El precedente vinculante. 4.1. *El overruling*. 4.2. Naturaleza formal y material del precedente vinculante. **V.** La sentencia interlocutoria. 5.1. La sentencia interlocutoria y los parámetros vinculantes. 5.2. Sobre la carga procesal del Tribunal Constitucional.

Resumen:

El autor hace un recuento de los instrumentos de derecho procesal constitucional en el Perú, analizando primero el objeto y finalidad de los diferentes tipos de procesos constitucionales existentes, divididos entre procesos de control orgánicos y procesos de defensa de la libertad, antes de analizar detalladamente las características y naturaleza del recurso de agravio constitucional, los precedentes y las sentencias interlocutorias.

Palabras clave:

Derecho procesal constitucional, procesos constitucionales, sentencia interlocutoria, recurso de agravio constitucional, precedente.

* La primera parte de este trabajo fue publicada en el N° 8 de nuestra revista, que estuvo dedicado a la especial trascendencia constitucional. En esta segunda parte se ha incluido el sumario completo para que el lector tenga idea integral del texto.

** Profesor principal y ex editor General de la Revista *Derecho-PUCP*, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Fue Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

Abstract:

The author recounts the instruments of Constitutional Procedural Law in Peru, first analyzing the object and purpose of the different types of existing constitutional processes, divided between organic control processes and processes for the defense of personal freedoms, before analyzing in detail the nature and characteristics of the constitutional grievance resource, precedents and interlocutory sentences.

Keywords:

Constitutional Procedural Law, constitutional processes, interlocutory sentence, constitutional grievance resource, precedent.

2.2. Defensa de las libertades o jurisdicción de la libertad

Tal y como ha sido materia de análisis, las garantías constitucionales se constituyen como el conjunto de derechos mínimos que tenemos por el solo hecho de existir, lo que da cabida a su ejercicio. Estas garantías, están consagradas en el art. 200° de la Constitución vigente. Se caracterizan porque van a) inderogables, en la medida que ni el Congreso ni autoridad alguna puede eliminarlas de la Constitución, solo es permitido reformarlas, ya sea para agregar un derecho o explicarlo para que sea mejor comprendido; b) son irrenunciables, es decir nadie puede renunciar a ellos y tampoco nadie puede negarle el ejercicio de estos derechos; y, c) genera la unión inseparable de derechos.

208

2.2.1. Hábeas corpus

De acuerdo al art. 200 de la Constitución, la acción de hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

Ahora bien, el proceso de hábeas corpus es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.). De acuerdo con la Constitución procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal.

Dicha acción de garantía es básicamente un proceso de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. En puridad, representa la

defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandio* y los anglosajones consignaban como *power of locomotion*.

Lo que se tutela es la libertad física en toda su amplitud y los derechos conexos a ella (la vida, salud, etc.). Ello en razón a que esta no se ve afectada solamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad, sino que también se produce dicha anomalía cuando encontrándose legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces.

En efecto, la facultad de locomoción o de desplazamiento espacial (por el cual es en un mayor porcentaje la razón por la cual es incoada la referida garantía constitucional) no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que ello también se produce cuando se presentan circunstancias, tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad, esta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc.

209

Tal como expone Sagües¹, «en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por los demás estriba en disponer una libertad. Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto [...] lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que, si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él. De ahí que se reconozca que algunas figuras del hábeas corpus [...] abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos –constitucionales también– aunque de índole distinta».

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus al manifestarse que «*es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de*

¹ SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 143.

su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes».

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia (Exps. 2435-2002-HC/TC; 2468-2004-HC/TC, 5032-2005-HC/TC), ha señalado que tal como lo dispone el Inc. 1) del Art. 200° de la Norma Fundamental, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. Para tal efecto, debe reunir determinadas condiciones tales como: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, esto es, que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones.

Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 25° del Código Procesal Constitucional, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- «1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
- 5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.

- 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite «f» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- 9) El derecho a no ser detenido por deudas.
- 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal «g» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.
- 12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- 13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.
- 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.
- 15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el Art. 99 de la Constitución.
- 16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.
- 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena».

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

2.2.2. Amparo

El recurso de amparo 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, no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular.

Podemos llamar así, a la acción de amparo, como la acción judicial que puede iniciar una persona para solicitar a la justicia la protección de urgente («sumaria») de cualquiera de sus derechos individuales, cuyo ejercicio le fuese desconocido o estuviese por serlo en forma ilegal o arbitraria, ya fuese por una autoridad pública o por un particular.

La acción de amparo solo puede iniciarse cuando no existe otro camino legal para hacer valer el derecho violado o amenazado, así corresponde iniciar una acción de amparo, cuando el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución, por un tratado internacional o por una ley, se ve amenazado, restringido o alterado en forma actual o inminente por un acto o una omisión de una autoridad pública o hasta de un particular. Podemos señalar en consecuencia que los derechos protegidos del amparo son:

212

1. De la inviolabilidad de domicilio.
2. De no ser discriminado en ninguna forma por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
3. Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa, siempre que no ofenda la moral ni las buenas costumbres.
4. De la libertad de contratación.
5. De la libertad de creación artística, intelectual y científica.
6. De la inviolabilidad y secreto de papeles privados y de las comunicaciones.
7. De reunión.
8. De asociación (salvo régimen de excepción).
9. De libertad de trabajo.
10. De sindicación.

11. De propiedad y de herencia.
12. De petición ante la autoridad competente.
13. De participación individual o colectiva en la vida política del país.
14. De nacionalidad.
15. De jurisdicción y proceso.
16. De escoger tipo y centro de educación.
17. A exoneraciones tributarias a favor de las universidades, centro educativos y culturales.
18. De la libertad de cátedra.
19. De acceso a los medios de comunicación social.
20. A los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución.

Tiene derecho a ejercer la acción de amparo, toda persona que se sienta afectado en sus derechos, e incluso su representante o el representante de la entidad afectada. Solo en caso de imposibilidad física para interponer la acción, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar o cualquier otra causa análoga, podrá ser ejercida por tercera persona, sin necesidad de poder, pero el afectado deberá ratificarse.

213

Es competente para conocer la acción de amparo en la capital de la República y en la provincia constitucional del Callao, el juez especializado en lo penal, en los demás distritos son competentes, los jueces civiles o mixtos del lugar donde se produzca la violación o amenaza de un derecho constitucional.

Como lo reconoce con claridad, la mayoría y pacífica doctrina del derecho procesal constitucional, la procedencia de una acción de amparo Constitucional supone la coexistencia básica de tres requisitos: a) *La existencia de Derechos constitucionales violados, o amenazados gravemente de violación.* b) *La comisión de un acto violatorio de Constitucionales, o la amenaza grave de ello.* c) *La necesaria relación de conexión directa entre el acto acusado de violatorio, o de amenaza grave de violación y el derecho constitucional violado o gravemente amenazado.* Así interpuesta la demanda, el juez corre traslado por cinco días al autor de la infracción. Con contestación de la demanda o sin ella, el Juez resolverá la causa, dentro de los cinco días de vencido el término para la contestación. La resolución es apelable dentro del tercer día.

El ejercicio de la acción de amparo, prescribe tanto a los treinta días hábiles cuando la misma es dirigida contra una resolución judicial firme (emitida en un proceso irregular), una vez que los actuados sean devueltos al juzgado de origen y se dé por comunicado a las partes el denominado «cúmplase el mandato». Como a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado en aquella fecha, hubiese estado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

2.2.3. Hábeas data

El hábeas data procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza; los derechos contenidos en el art. 2º, Incs. 5 y 6 de la Constitución. Dicha acción de garantía constitucional, es la que puede iniciar una persona para que organismos públicos o privados que posean datos o información sobre ella, se los den a conocer, expliquen la razón por la que los poseen y los fines que tendrá dicha información.

214

Si se comprueba que esos datos son falsos o que fueron reunidos con fines discriminatorios, la persona afectada podrá exigir la supresión de los mismos (mediante eliminación total o parcial del archivo respectivo), o la rectificación de los datos cuestionados. También puede exigirse su confidencialidad (esto es, que no se hagan públicos).

Como ejemplos de este tipo de almacenamiento de datos, objeto de aplicación del hábeas data, podemos citar a los archivos policiales, los pertenecientes a servicios de inteligencia estatal, legajos de personal de empresas privadas, etc.

Esta norma constitucional responde a la experiencia histórica y a una realidad social: con frecuencia, organismos públicos y privados almacenan datos sobre sus empleados, sobre adversarios políticos, etc., sin conocimiento de los mismos y utilizándolos arbitrariamente en su perjuicio. Así, por ejemplo, una empresa podría utilizar datos sobre la salud de sus operarios aun sin que ellos lo sepan y discriminarlos si padecen, por ejemplo, de una enfermedad grave.

Es importante saber que el ejercicio de la acción de Habeas data según lo establece la Constitución Nacional, no pueda aplicarse para revelar el secreto de las fuentes de información periodísticas: en caso contrario, significaría una restricción a la libertad de prensa, expresamente protegida por nuestra ley fundamental.

El hábeas data obliga al funcionario que dispone de información, a su presentación, a la explicación de su uso y los propósitos que motivaron a su almacenamiento. Dicho instrumento procesal nos garantiza el acceso y verificación de la información, y, como consecuencia, pedir que se actualicen los datos, rectificarlos o anularlos, si fuesen erróneos, o afecten a sus derechos, fundamentalmente a la honra o intimidad. En relación con esta garantía, se desprenden tres derechos: derecho de acceso, derecho de conocimiento, derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos. Estos tres derechos confirman el objetivo básico del hábeas data: evitar que el uso incorrecto de la información pueda lesionar el honor, el buen nombre, y el ámbito de la privacidad de la persona, como consecuencia de la difusión de esos datos erróneos, incompletos o inexactos.

Si no se analiza este objetivo básico, se presenta como de hecho se da, una perniciosa confusión entre dicha institución, con la exhibición. Figura típica del procedimiento civil. La acción de hábeas data sirve para proteger al ciudadano del Estado, o los particulares, que hagan uso de una información incorrecta, inexacta u obsoleta y que, al difundirla, se produzcan discriminaciones, calificaciones deshonrosas, etc. El hábeas data nos permite ingresar a la información, descubrir su contenido y exigir su rectificación, en el caso que sea errónea o afecte ilegalmente sus derechos. ¿Con qué propósito? Evitar que dicha información incorrecta, equivocada; circule y afecte su intimidad, honra, buena reputación o pueda causar un daño moral. En definitiva, se defiende derechos concretos propuestos en la Constitución.

De esta manera, por el hábeas data se accede a la información, se verifica su exactitud, que uso está dando el poseedor a dicha información. Impidiéndole que la difunda si es errada, se cambie, si es equivocada. Y se difunda la verdadera información, entre aquellos a quien su poseedor, la remitió o circuló, con el propósito de garantizar eficazmente derechos constitucionales vinculados al honor, a la intimidad, y a la buena fama.

2.2.4. Acción de cumplimiento

Conforme a lo dispuesto en el art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen, entre sus fines esenciales, los de garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales que son posibles, o se concretizan, a través de las finalidades específicas de cada uno de los procesos constitucionales. Por tanto, para configurar el perfil exacto del proceso de cumplimiento, se debe precisar, dentro del marco del art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es que mediante el proceso de cumplimiento se alcanzan los fines comunes a los procesos constitucionales.

Para ello, es necesario tener presente que el Art. 3°, concordante con el Art. 43° de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su capítulo I del Título I, no excluyen los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o 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. En efecto, conforme a los principios de soberanía del pueblo (art. 45.° de la Constitución) y de forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (art. 43.° de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (art. 51.° de la Constitución); el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho.

216

Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad, constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los Arts. 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano en

su extensa jurisprudencia, reconoció la configuración del derecho constitucional al aseguramiento y exigencia de la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente para acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el art. 65° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

En efecto, el inc. 6° del art. 200° de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario *renuente a acatar* una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Así, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa; el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

Con este proceso constitucional, el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (arts. 3° y 43°), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (art. 38°) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (art. 51°) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia. Es así que desde la línea argumental descrita en el art. 66° del Código Procesal Constitucional, el objeto de este tipo de procesos será ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional consideró en su citado precedente vinculante que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y

de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el Art. 70 del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, que «(...) *debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y (...) que se encuentre vigente*»².

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: (considerando 14 de la STC. 168-2005 PI/TC)

218

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

² STC peruano Exp. N.º 0191-2003-AC, fundamento 6.

Dichos requisitos son justificables porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas descritas, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas. Del mismo modo, en este tipo de procesos, el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discuten controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y, sobre todo, eficaz. Por tanto, y conforme al criterio del Tribunal Constitucional Peruano las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente, las cuales se mantienen vigentes a la actualidad.

III. El recurso de agravio constitucional

El recurso de agravio constitucional, es aquel medio impugnativo contra las sentencias expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial, que posibilita a las personas a acudir ante el Tribunal Constitucional como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados.

Para determinar la procedencia de un recurso de agravio constitucional, el órgano jurisdiccional que conoce el recurso no solamente debe de aplicar las reglas del Art. 18 del Código Procesal Constitucional, sino que

además las establecidas en la jurisprudencia constitucional para determinar la procedencia del recurso.

Código Procesal Constitucional.

Art. 18.- Recurso de agravio constitucional.-

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Es así que el recurso de agravio constitucional (RAC) es aquel medio extraordinario de impugnación constitucional mediante el cual la Constitución establece que el Tribunal Constitucional conozca, *de modo excepcional*, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en lo que se ha denominado por la doctrina nacional la ***Jurisdicción Negativa de la Libertad***. Lo que quiere decir —recuerda Bernaldes—³ que interpuesto el respectivo recurso impugnatorio, tomará conocimiento y ejercerá jurisdicción sobre el fondo y forma del asunto, emitiendo la última resolución que pasará, así, en calidad de cosa juzgada.

220

Para lograr tal cometido, es imprescindible, en primer término, que, captando la idea de lo que significan los procesos constitucionales de libertad, tal y como ha sido desarrollado en los acápite anteriores de la presente ponencia, se pueda entender qué implica la existencia de medios impugnatorios, confluencia que, en un ulterior estadio, nos llevará a comprender la idea del RAC. Sobre esta base se habrá de definir si el pedido de responsabilidad del agresor es materia de un RAC, según los parámetros que previamente se hayan establecido.

³ BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. «*El amparo contra el abuso de poder*», en: Legal Express: suplemento de Gaceta Jurídica, año 2. N° 21. Lima, p. 844.

3.1. El RAC en los procesos constitucionales de libertad

En un proceso de libertad debe distinguirse como el RAC representa una fórmula específica para demostrar la supremacía constitucional, prevista en el Art. 51° de la norma fundamental. Para establecer los principios de la intervención del TC en los procesos constitucionales de libertad, especialmente en el hábeas corpus, el cual es materia de la presente demanda. Por ello, la necesaria asistencia de algunas premisas respecto al RAC.

La Constitución, como norma fundamental y guía primordial del ordenamiento jurídico, obliga a los poderes del Estado y establece los límites de su ejercicio y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En virtud del principio de supremacía constitucional, se le considera como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que posee el ordenamiento jurídico. Al ser *lex superior*, define el sistema de fuentes formales del Derecho y aparece como la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se asienta, teniendo así una pretensión de permanencia.

Basándose en tal aseveración, el Tribunal Constitucional, señala explícitamente, en la sentencia recaída sobre el Expediente N.° 0050-2004-PI/TC y otros, que nuestro sistema jurídico se encuentra sustentado en la supremacía constitucional, además del principio de su fuerza normativa. Asimismo, y de forma más categórica, se manifestó en la sentencia del Expediente N.° 0002-2005-PI/TC lo siguiente: *«(...) se da contenido a la praxis del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional»*.

En la sentencia recaída en el Expediente N.° 014-2002-AI/TC, también el TC ha expresado que *«(...) la Constitución adquiere gran importancia al ser la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una pretensión más fuerte de validez, y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada (...). La Constitución es un*

instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio de poder, en particular del poder político, evitando que la concentración del poder político se reúna en un solo detentador, previendo facultades a órganos constitucionales distintos y garantizando a través de una lista cerrada o abierta los derechos de las personas».

En el pensamiento estructuralista, dentro de la pirámide normativa, la Constitución es la norma primordial de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto. Su reconocimiento normativo supone que no tenga únicamente un carácter declarativo, sino también, una vinculación con el carácter obligatorio sobre los destinatarios. En el cual, descansa el ordenamiento jurídico; es por ello que todas las demás normas se deben someter de manera irrestricta a la norma fundamental, además de buscar la salvaguardia superlativa de derechos fundamentales, como bien se desea lograr a través del RAC.

Merece la pena advertir que el sistema de protección constitucional, previsto por nuestro Código Procesal Constitucional establece, como parte del Art. IV del Título Preliminar, que el control de la constitucionalidad está a cargo tanto del Poder Judicial como del TC, y ambos deben seguir lo señalado por la Constitución.

222

En este sentido, la protección de ciertos derechos importa la necesidad de una tutela rápida, ya que la afectación o amenaza comprometen la vigencia de la integridad del sistema constitucional (Art. III del Título Preliminar del CPCo). Por ende, en nuestro ordenamiento se ha creído conveniente que solo existan dos grados que se encarguen de dictaminar la existencia de violación de derechos o no, con la salvedad –claro está– del RAC.

No es adecuado para este tipo de situaciones –a fin de suprimir las conductas agravantes– el prolongado tiempo que normalmente duran los procesos de carácter ordinario. Es por ello que se requiere de una tutela jurisdiccional de urgencia, la cual se expresa mediante procesos más breves y eficaces. De tal forma, de salvaguarda se pueden señalar dos manifestaciones: la tutela de urgencia cautelar, dentro de un proceso principal, destinada a impedir que el transcurso del tiempo convierta en imposible la realización del mandato de la sentencia; y la tutela de urgencia satisfactiva, que comporta el uso de remedios procedimentales breves, bajo el supuesto de la amenaza de un derecho cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional.

Por tanto, los procesos constitucionales de la libertad, previstos por el Art. 200° de la Constitución, están referidos primordialmente a la tutela de urgencia, ya que buscan proteger, eficaz y ágilmente, los derechos que cada una de las garantías constitucionales tiene como finalidad.

El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el Art. II del Título Preliminar del CPCo, el cual, a la letra, dice: «*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*». De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (art. 2° del CPCo).

En el sistema constitucional, cada elemento tiene un espacio determinado, por lo que no puede salirse de ese lugar sin que el sistema corra peligro de verse desequilibrado. Por eso, es imprescindible en cada Estado social y democrático de derecho que los derechos fundamentales tengan el verdadero sitio que les corresponde, máxime si solo a partir de ello se podrá validar el precepto medular recogido en el Art. 1° de la Constitución: «*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*».

La perturbación de un derecho fundamental o de una norma constitucional, a través de su amenaza o directa lesividad, altera el ordenamiento jurídico constitucional. Para que vuelva a funcionar de modo armónico, es necesario reponer la situación a su estado anterior al de la vulneración o amenaza del orden constitucional. La reposición al correcto estado anterior puede lograrse a través del RAC. He ahí su importancia.

3.2. Finalidad del RAC

Solo entendiendo el verdadero carácter de los procesos constitucionales es posible determinar que en él se presentan diversos tipos de medios impugnatorios, aunque básicamente nos centraremos en lo que se conoce como recursos, descartando para el caso concreto, los remedios.

El más clásico de los recursos es aquel por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida. Pero, más aún, el constituyente consideró otro adicional para el caso de los procesos constitucionales de libertad, el cual merece ser entendido como parte de la teoría de los medios impugnatorios: este es el RAC.

Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la Norma Fundamental, en el Inc. 2) del art. 202°, según el cual es una atribución del TC, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Antes conocido como recurso extraordinario (art. 41° de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley N.° 26435), el RAC, según lo previsto por el art. 18° del CPC, es presentado de la siguiente manera: *«Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad»*.

224

Una presentación de este tipo se ve complementada por el Art. 20° del mismo Código, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de hábeas corpus, y treinta para el resto). Entonces, es pertinente que el TC revise algunas de las características que adquiere el RAC, en tanto se presenta como un recurso de los procesos constitucionales. El fundamento de la existencia de los recursos parte de la premisa de que, en la delicada misión de administrar justicia, no debe descartarse a priori la existencia del error judicial. La base constitucional de esta aseveración se halla en el art. 139°, inc. 6) de la Constitución, que garantiza el acceso de los justiciables a la pluralidad de grados como garantía de justicia. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos enumera, en su art. 8°, las garantías judiciales a las que tiene derecho toda persona, estableciendo, en el inciso h), el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Al respecto, el TC se ha pronunciado sobre el derecho a la pluralidad de grados y el derecho al acceso a los recursos, considerándolos como parte de la doctrina procesal de la naturaleza de los medios impugnatorios. Llegando a establecer, en la sentencia recaída sobre el Expediente N.° 604-2001-HC/TC, que *«(...) El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que*

los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y, en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio. La Constitución tampoco ha establecido qué tipo de resoluciones pueden impugnarse. Y aunque el ordinal 'b' del Art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos haya establecido que la pluralidad de instancias sólo comprende al 'fallo' (...).

Así pues, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no solo comprende a las sentencias, sino también a los autos. Sin embargo, como sucede con todo derecho constitucional, el derecho de acceso a los medios impugnatorios no es un derecho cuyo ejercicio pueda considerarse absoluto, pues puede ser objeto de limitaciones, siempre que con ellas se busque preservar otros derechos, bienes o principios constitucionales, y que las mismas sean razonables.

La razón de ser de un medio impugnatorio radica en el reconocimiento de la equivocación humana como accidente posible en el proceso. Ello autoriza la intervención de un órgano para acordar o reconocer la eficacia de una relación o situación jurídica. Justamente, en la actuación que le corresponde al TC se debe advertir cuál es la motivación que amerita su injerencia en la búsqueda de la supremacía constitucional, siempre en el marco del carácter de los procesos constitucionales de la libertad.

Después de analizar, a grandes rasgos, lo que significa el RAC, corresponde, a continuación, observar de qué manera ha de lograrse o posibilitarse una verdadera tutela de derechos fundamentales.

3.3. El RAC en la protección de los derechos constitucionales

Al haberse postulado en la novísima legislación procesal constitucional la figura del RAC, se está reconociendo un mecanismo de control del proceso a fin de tutelar en forma sumaria los derechos invocados por los demandantes. Este recurso circunscribe sus alcances dentro de la clasificación general de recursos excepcionales, dado que no puede invocarse libremente

y bajo cualquier presupuesto, sino que la ley procesal constitucional delimita en forma excluyente las materias en las que procede. Al respecto, es muy claro lo dispuesto por el ya mencionado Art. 18° del CPCo, pero siempre en el supuesto de protección de los derechos fundamentales.

Adicionalmente a estas normas es importante tomar en cuenta los Arts. 19, 20 del CPCo. y el art. 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (RNTC). De todas estas disposiciones jurídicas desprendemos que las características del RAC son:

- Está pensado para procesos constitucionales de la libertad. (ámbito de aplicación)
- Procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado, es decir, sentencias que declaran infundada o improcedente la demanda. (Objeto de impugnación) (salvo excepciones expresamente previstas por el Tribunal Constitucional).
- Es un recurso pensado solo para el demandante vencido. (sujeto legitimado)
- Se presenta en el plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la resolución.
- Se presenta ante el órgano jurisdiccional de segunda instancia, quien calificará el recurso.
- Frente a la negatoria del RAC, procede el recurso de queja. Y
- Será resuelto exclusivamente por el TC.

226

Luego de precisar las dimensiones del diseño legislativo del RAC, cabe indicar que, el TC a través de su jurisprudencia fue requiriendo y redimensionando los alcances del RAC; es así que mediante el precedente vinculante recaído en la STC 02877-2005-PHC/TC, señaló que el RAC:

a) Por su naturaleza: es un medio impugnatorio y –en específico– un recurso extraordinario con efecto evolutivo.

b) Por su importancia: permite que vuelva a funcionar de modo armónico el ordenamiento jurídico constitucional, reponiendo la situación a un estado anterior a la vulneración o amenaza del orden constitucional.

c) Exige tres requisitos de procedencia adicionales a los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el artículo 18 del CPCo:

- Que esté directamente relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Debido a que lo regulado en el artículo 5.1. del CPCo. es un presupuesto procesal que debe ser observable de oficio, consideramos que este requisito es redundante.
- Que no sea manifiestamente infundado. Supuesto que se da cuando las pretensiones no requieran judicialización constitucional, ya sea porque (i) la controversia carece de relevancia constitucional o (ii) porque el acto denunciado no resulta lesivo de derechos fundamentales; aunque claro está, que sí puede tener alguna relevancia legal.⁴
- Que no esté inmerso en una causal negativa de tutela claramente establecida por el TC. Es decir, el RAC será declarado improcedente cuando se advierta a todas luces –conforme a los precedentes vinculantes y a la doctrina jurisprudencial vinculante– que la pretensión será desestimada.

d) Asimismo, (i) buscando una protección superlativa de los derechos fundamentales, (ii) echando de mano de su autonomía procesal y (iii) amparándose en los arts. II, III, V, VIII, y 1 del CPC (STC 02877-2005-PHC/TC, f.j. 21.), el TC creó nuevos supuestos impugnables mediante el RAC.

Estos nuevos supuestos de RAC tienen varias peculiaridades, que desarrollaremos a continuación:

1) El RAC para la tutela objetiva de los derechos.-

- Procede frente a situaciones de sustracción de la materia (ya sea por irreparabilidad del derecho, o por cese del acto lesivo). (Supuesto).
- Cumple una protección en forma expectativa de nuevos actos lesivos semejantes, disuadiendo así las posibles conductas reiterativas del agresor. (Finalidad).

⁴ HUANCAHUARI PAUCAR, Carín. «El Recurso de Agravio Constitucional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Revista de Investigación Jurídica*, IUS, Año II, N° 04, p. 5.

- En ese sentido, lo resuelto por el TC tendrá un carácter suspensivo mientras no se produzca un acto lesivo semejante al -hoy- tutelado. En consecuencia, podemos advertir que lo resuelto por el TC tendrá que ver con pedidos de represión de actos -lesivos- homogéneos; ahí su utilidad. (Efecto).

2) El RAC para el establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de los derechos.-

- Procede cuando existe incongruencia entre la sentencia que declara fundada la demanda y las consecuencias de la misma; es decir, pese a haber obtenido una sentencia estimatoria, esta no tutela adecuadamente el derecho fundamental invocado. (supuesto).

Podemos ver, entonces, que el RAC procede a pesar de que la resolución cuestionada sea una sentencia estimatoria (fundada), y quien incoar sea el demandante ganador. Estos dos aspectos contradicen abiertamente el diseño legislativo del RAC, que estaba pensado para el demandante vencido, quien impugnaría la resolución desestimatoria (infundada o improcedente) de segundo grado. Entonces, aquí vemos claramente una ampliación del RAC.

228

En otras palabras, este RAC es posible incoar cuando existe algún vicio de congruencia procesal por el que no se tutela adecuadamente algún derecho fundamental; por ejemplo⁵: cuando no se haya emitido pronunciamiento de un extremo de lo demandado, o cuando la sentencia de segundo grado ampare una pretensión distinta a la pretendida;

En la sentencia recaída sobre el Expediente N.º 1042-2002-AA/TC, el TC señala que estos derechos constituyen componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico objetivo, en su conjunto. Se ha reconocido el concepto de garantías para referirse a instrumentos y hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos, entre los cuales cuenta, en especial, el proceso. Considerándolos, como las seguridades jurídico-institucionales que la propia normatividad señala para posibilitar la vigencia de los derechos y libertades reconocidos u otorgados, destacando la oponibilidad *erga omnes*.

⁵ HUANCAHUARI PAUCAR, Carín. «El Recurso de Agravio Constitucional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Ob. Cit.*, p. 9.

No hay que olvidar, además, que el TC, como parte del Estado, también debe cumplir uno de los deberes primordiales asignados por la Constitución (en su art. 44°), el cual es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, función que es congruente con el rol específico que el Art. 201° de la propia Norma Fundamental le ha asignado, en tanto órgano de control de la misma.

De lo expuesto, se tiene que, en el país, el extraordinario RAC concede al TC la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad, toda vez que en ella sí se tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review*, derivación judicial de la facultad de control sobre los procesos constitucionales.

En el proceso de tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, el TC adquiere, por medio del RAC, la facultad jurisdiccional para conocer de la pretensión del proceso por violación de derechos, pero delimitando el derecho de acción al caso en que la pretensión del recurrente haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia. De ahí la denominación de jurisdicción negativa, pues sólo procede ante denegatorias de la pretensión. Por ende, es conveniente ubicar al RAC en su verdadero sentido, esto es, como recurso.

3.4. El RAC y los supuestos de admisión y procedencia

La búsqueda de predictibilidad y certeza, entonces, es la principal consecuencia de los criterios presentados por el Tribunal Constitucional, pues determinando con claridad qué significa el RAC y cuándo puede ser presentado o postulado ante la segunda instancia judicial a fin de elevarlo ante el TC, se puede conseguir mejor tutela para los justiciables y el ejercicio de sus derechos.

En esta línea, es conveniente resaltar lo presentado por el artículo 5° del CPCo, el cual establece las causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Entre ellas, es relevante hacer mención de las siguientes: *«que los hechos y petitorio de la demanda no referan directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; que existan vías igualmente satisfactorias para su protección, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; y, que a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable».*

Al respecto, el primero de estos acápite guarda concordancia directa con lo establecido en el art. 38° de dicho Código que postula, aunque exclusivamente para el proceso de amparo, que no procede «(...) *en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*». De tal forma, consideramos que solo podrá admitirse una intervención del TC, si es que lo que está en juego, es la búsqueda real de protección del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, es por ello que consideramos la emisión de la sentencia Exp. 987-2014 AA/TC, caso Francisca Vásquez, que regula la institución de la «sentencia interlocutoria».

Las causales de admisibilidad y procedencia del RAC han sido explicadas someramente en el art. 18° del CPCo, el cual señala que tal recurso debe ser interpuesto por el demandante; dirigido contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda; y presentado en el plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.

230

Dado que ni la Constitución ni las leyes han establecido, más allá del reconocimiento de la protección del contenido constitucionalmente protegido, excepciones o limitaciones, en cuanto a la procedencia de las solicitudes de salvaguardia de los derechos, este Tribunal considera que es necesario determinar, sobre la base de los criterios que se han ido estableciendo *supra*, cuándo le corresponde intervenir. Así, a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del CPCo mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos, es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC.

Entonces, aparte de las prescripciones formales precisadas por el Art. 18°, el TC considera importante que la Sala encargada del análisis de procedencia pueda actuar sobre la base de nuevos cánones de análisis *ex ante* de los RAC, estableciendo si cumplen con el fin para el cual se encuentran reconocidos.

Por tanto, para que el TC pueda ingresar al estudio del fondo del asunto, debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia de los RAC presentados. En ella, consideramos se deba insistir en los siguientes aspectos, con la posible acumulación de casos idénticos:

- Identificación de vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
- Revisión de las demandas manifiestamente infundadas.
- Evaluación de los casos en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales.

No obstante, debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo, pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la procedencia. Para la viabilidad de la reorganización propuesta se requieren de algunos presupuestos que el TC debe ir determinando normativa y jurisprudencialmente, siendo un claro ejemplo de ello, la emisión contenida en la referida sentencia interlocutoria.

IV. El precedente vinculante

La técnica del precedente se basa, en términos generales, en la relación existente entre las reglas jurídicas extraídas en la solución de un caso en concreto y su aplicación en casos posteriores. Esto, sin embargo, ha tenido diferentes matices en el Derecho comparado, oscilando desde el grado de vinculación, hasta las técnicas para desvincularse del mismo. Así tenemos que, mientras para algunos sistemas jurídicos, como el caso del ordenamiento inglés, el grado de vinculatoriedad entre el precedente establecido por la máxima instancia con las instancias inferiores, se torna obligatorio, en otros ordenamientos –como el caso argentino– es más bien flexible, siendo que los jueces inferiores pueden apartarse del precedente establecido por la suprema instancia si así lo creen conveniente. Su desarrollo, además, en el plano constitucional, ha sido eminentemente jurisprudencial sentado por las máximas instancias judiciales de cada sistema jurídico sin mención expresa del legislador.

En nuestro ordenamiento constitucional se ha producido, sin embargo, un hecho singular, esto es, se manifiesta expresamente la técnica del precedente y su grado de vinculación. En efecto, el art. VII del Título Preliminar (TP) del CPCo establece expresamente: «*Las sentencias del Tribunal*

Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...).».

Este artículo fue materia de debate en la doctrina constitucional, toda vez que, interpretado aisladamente, podría entenderse que el legislador ha realizado una distinción en el grado de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, entre los que se señala expresamente como precedente —que serían vinculantes— y las sentencias del Tribunal Constitucional que no se constituyen como tales los que podrían ser entendidos como persuasivos. Además, el art. VII del TP del CPCo, tal y como ha sido redactado, tiene sus raíces en el Derecho Administrativo, pero su desarrollo fue influenciado por el origen anglosajón del precedente, y su mutación en los ordenamientos pertenecientes a la familia jurídica del civil law, lo que ha causado que, en nuestro ordenamiento constitucional, no se tenga un horizonte claro hacia dónde deba dirigirse el desarrollo de esa técnica.

232

Aquello, y la poca claridad entre la distinción del art. VI del CPCo, con el art. VII de ese mismo cuerpo normativo, ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer las pautas generales respecto de cómo se debe desarrollar la técnica del precedente en nuestro ordenamiento constitucional y sus efectos vinculantes para los demás órganos.

Este desarrollo, sin embargo, no se ha dado del todo pacífico dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, toda vez que, en un primer momento, ha tenido que pasar por una etapa de adaptación a nuestro ordenamiento constitucional para luego llegar a una etapa de consolidación, la misma que aún se encuentra en proceso.

Así, el precedente constitucional se convierte en una regla jurídica vinculante para todos los poderes públicos, mientras que la jurisprudencia se encuentra en relación directa con la labor jurisdiccional. Esta última afirmación, sin embargo, puede traer consigo problemas de interpretación (que ya se empiezan a ser objeto de opiniones doctrinarias). Ello pareciera indicar que la jurisprudencia vinculante, establecida por el Tribunal, no es vinculante para los otros órganos públicos, los que solo se encontrarían vinculados a los precedentes constitucionales, con lo cual se establecería, como en sus inicios, una suerte de jerarquía entre sus resoluciones.

4.1. El Overruling

Es evidente e innegable el desarrollo que actualmente ostenta el Derecho Procesal Constitucional peruano en nuestro actual ordenamiento jurídico, tanto por la aportación doctrinaria como jurisprudencial, lo cual se ha visto reflejado en los incontrastables trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar –en un primer momento– la definición y adecuada comprensión de los diversos instrumentos que el Derecho constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control inter-órganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución, y que finalmente se ha plasmado en el Código Procesal Constitucional⁶. De ahí *el innegable interés que suscita su estudio, análisis y divulgación de esta jurisprudencia constitucional*.

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Constitución dentro de lo que se denomina el sistema de control constitucional concentrado o también llamado sistema europeo de control de la constitucionalidad⁷. Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido, inclusive por quienes fueron sus primeros miembros e integrantes, ha sufrido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época luego de su recomposición) un inusual protagonismo en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino en el político, económico o social y que se ha reflejado de modo directo no solo en la especial ubicación que ha logrado en el actual Estado democrático de Derecho, sino también ante el foro, ante la opinión pública –aun por encima del prestigio de la propia Corte Suprema de Justicia de la República, hay que reconocerlo– dando lugar a una importante sólida y sistemática jurisprudencia. Ello, sin embargo, no ha estado exento de algunos errores de concepto y unos cuantos notorios excesos que para nada desmerecen su trabajo integral, de lo que hemos dado oportuna cuenta⁸, y que en alguno de sus extremos ha empezado a ser modi-

⁶ Sancionado por Ley N° 28237, con calidad de Ley Orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo apartado del art. 200 de la Constitución peruana de 1993.

⁷ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano», en: *Derecho-PUC*. N° 50. Lima, 1996, p. 207 y ss.

⁸ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Los excesos del Tribunal Constitucional*, ponencia en el VII Congreso nacional de Derecho Constitucional, Universidad Católica de San María, Arequipa,

ficado y reparado por el propio Tribunal Constitucional a partir del necesario *Overruling*, actitud que, sin lugar a dudas, pondera aún más su actual labor y dinámica en aras del desarrollo y modernización de la jurisdicción constitucional en el Perú.

Así se configurará la presencia de un *Overruling*, en el caso, en donde de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. El caso en que se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.

La Constitución, en un modelo post-constitucionalista, ha dejado de concebirse tan solo como un marco retórico, como una mera declaración de principios y postulados, y ha pasado a formularse como una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares⁹.

Así, la norma constitucional se posiciona en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado y pasa así a ser norma suprema, conforme a la teoría kelseniana, de la cual se deriva también la formulación e implementación del Tribunal Constitucional como máximo órgano del control constitucional concentrado.

234

Los contenidos de la Constitución, sobre todo los referidos a los derechos fundamentales, se expanden a todo el ordenamiento jurídico conforme a la aplicación de los principios pro-hómine, pro-libertatis, in favor processum y de progresividad. Por ello, la Constitución debe ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en casos concretos.

Las determinaciones o concretizaciones de las normas constitucionales deben ser el resultado de un previo proceso argumentativo, de una adecuada fundamentación interpretativa que tendrá que exhibir el Tribunal Constitucional como su principal actividad. Al ser la Constitución una

2005. Publicado por QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Derecho Procesal Constitucional y Código Procesal Constitucional*, ARA, Lima, 2005.

⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra Eds., Lima, 2008. Ver también; CASTILLOS CORDOVA, Luis y CASTILLO ALVA, José Luis. *El precedente judicial y el precedente Constitucional*; ARA, Lima, 2008.

orden abierta a los valores, es necesario definir y ordenar la interpretación constitucional que debe prevalecer.

El Tribunal Constitucional cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional. Esto genera la necesaria vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del Tribunal Constitucional que deviene así en precedente vinculante. Castillo Córdova señala¹⁰, conforme el art. VII del Título Preliminar del CPCo, que el precedente, en los procesos constitucionales significa que ante una sentencia con fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. El precedente que pueda configurar las sentencias del Tribunal Constitucional, vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como así mismo en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate de un apartamiento de su línea jurisprudencial.

Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una Sentencia el Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

235

- En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,
- En segundo lugar, así deberá expresarlo la Sentencia misma; ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.
- Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre.

De hecho, el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra, la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razo-

¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores. Lima, 2006, p. 92.

nes que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que estas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente solo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí –y en plena aplicación del precedente vigente– los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

En efecto, el art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que, para apartarse de uno de estos precedentes, dicho Tribunal debe expresar las razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos *erga omnes*. La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *stare decisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi*, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la *ratio decidendi*. Así, el Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.

236

Sin embargo, resulta poco claro. En primer lugar, el principio del *stare decisis* aplica en un contexto jurídico muy diferente, por lo que buscar un sucedáneo en el precedente vinculante –*ratio decidendi* no procede. Se ha dicho que gracias a aquel el Tribunal Constitucional es el que fija «qué fundamento, principio, aforismo o tan sólo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi*. Ello, no debe interpretarse como una identificación entre lo que es *ratio decidendi* y precedente vinculante, porque puede haber elementos del razonamiento que sean *ratio decidendi* y precedente vinculante, que no sean declarados por el Tribunal Constitucional como precedentes vinculantes. El concepto de uno y otro es distinto, aunque sus consecuencias se aproximen: un argumento con la calidad de *ratio decidendi*, es aquel que sustenta la argumentación que lleva a determinada decisión final en la sentencia; en cambio, el precedente es una parte de la sentencia que el citado Tribunal declara como tal. En este sentido,

la *ratio decidendies* es una cuestión de fondo y el precedente vinculante de forma. La aproximación viene por las consecuencias: el precedente vinculante se impone por la exigencia del Art. VII del Código Procesal Constitucional, mientras que el argumento que es *ratio decidendise*, se impone por convención doctrinal y jurisprudencial.

Lo que no presenta tantos problemas interpretativos es la parte final del art. VII del Código, que obliga al Tribunal Constitucional a dar las razones que le lleven a apartarse de un precedente. La seguridad jurídica y el principio de igualdad exigen semejante solución.

También se ha dicho que esta figura está pensada especialmente para «los procesos que defienden derechos fundamentales o están vinculados a ellos (hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento) y no en los destinados al control de la constitucional abstracto (como es la inconstitucionalidad o la acción popular). Se entiende que la inconstitucionalidad de la ley o reglamento en estos últimos, de ser estimatorios, la elimina del mundo jurídico, y en consecuencia, no puede ser utilizado como un precedente. En realidad, la previsión legal no permite interpretar tal extremo. En el fondo, también se reconoce lo mismo: Pero en estos casos (de inconstitucionalidad de una ley), se pueden extraer principios de la *ratio decidendi*, aplicables a casos futuros. Sin duda, las argumentaciones realizadas en un proceso abstracto de inconstitucionalidad perfectamente pueden servir para dar contenido a un precedente vinculante.

237

Ahora bien, el precedente vinculante en el Perú «vincula» en virtud de la previsión legal del mismo. No obstante, no se precisa ante qué tipo de vinculación nos hallamos. Parece que en alguna ocasión se conecta con la idea propia de la vinculación de las sentencias constitucionales y, en otras, incluso con el efecto *erga omnes*, que es una cuestión diferente.¹¹

¹¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. «El precedente vinculante en la justicia constitucional peruana. A propósito de la Sentencia del Exp. N° 3362-2004-AA/TC». En: *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Ed. Grijley, Lima, 2010, p. 172-174.

4.2. Naturaleza formal y material del precedente vinculante

En un sentido formal, la configuración del precedente vinculante en el sistema constitucional peruano encuentra un primer punto de partida en el artículo VII del Título Preliminar del CPCo y sin embargo, no es en rigor el único extremo de referencia pues la institución del precedente judicial se remonta a la propia normativa judicial desde la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, e inclusive aún de anterior data en cuanto las normas aludidas solo configuraron un escenario normativo que ya de antiguo existía en los hechos. Desde que los jueces comenzaron a aplicar el Derecho, la relevancia de cómo se resolvieron los casos anteriores significaba una premisa gravitante y de orientación propia para los casos futuros. Entonces, no podía ser excluido el valor del precedente y por el contrario, era necesario asignarle dimensión formal.

Aun cuando la diferencia no es taxativa, conviene distinguir entre el precedente vinculante y el precedente judicial, en la medida que el primero es propiamente aquel que expide el Tribunal Constitucional, y el segundo corresponde, a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

238

Un examen del precedente vinculante en la forma en que es planteado por el CPCo nos lleva a una primera reflexión: de la propia dimensión del precedente no fluye que refiera un sentido de obligatoriedad bajo responsabilidad funcional para los jueces respecto a su desvinculación. Y en realidad, fueron los autores del proyecto quienes establecieron la premisa en el sentido de que el precedente vinculante pudiera constituir un referente de vinculación en sentido lato, mas no que su no acatamiento, pudiera devenir en un tema de orden funcional.

Es con una Resolución Jefatural¹² del Órgano de Control de la Magistratura OCMA, que el precedente vinculante adquiere una fisonomía distinta en cuanto a responsabilidad funcional y resultó curiosa la polémica

¹² Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA, de fecha 13 de marzo de 2006, publicada el 4 de abril del mismo año en el Diario Oficial El Peruano.

«Primero. DISPONER que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-AP/TC, publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse».

generada a partir de la emisión de esta Directiva, pues a partir del pronunciamiento del ente contralor, en forma inmediata se produjo una réplica¹³ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el cual señaló taxativamente que los jueces del Poder Judicial se sujetaban solo a la Constitución y la ley, restando tácitamente el efecto inicial de impacto de la Directiva de OCMA.

Después de algunos años de esa diferencia institucional, entonces sustantiva, entre dos de los órganos más representativos del Poder Judicial, y racionalizada hoy, nos persuadimos, de que una de las diferencias, representaba implícitamente, a la otra. En efecto, en la actualidad es de suyo admitido que el precedente vinculante tiene una categoría normativa y que sus efectos son similares a los de la norma jurídica, aunque con ciertas diferencias peculiares, mas finalmente el precedente vinculante ostenta un efecto de aplicación prescriptivo y por tanto, representa una ley, que para los jueces resulta equivalente al mandato definitivo que la teoría constitucional hoy consagra¹⁴.

Distintas sentencias del Tribunal Constitucional, con posterioridad a la resolución de OCMA, han consolidado la aplicación obligatoria del precedente (STC 006-2006-CC/TC Caso Casinos Tragamonedas), resultando, en consecuencia, un mandato prescriptivo para los jueces, sin opción de desvinculación, bajo responsabilidad funcional, es decir, de apertura de un procedimiento administrativo disciplinario por inobservancia del precedente.

Desde una perspectiva material, el precedente vinculante, a juicio nuestro, explica su razón de ser en función a cuatro valores que Néstor Pedro Sagües¹⁵ enuncia, a propósito de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de EE.UU., propuesta que consideramos válida para nuestro

¹³ Comunicado del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de fecha 05 de abril de 2006: Conforme a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y las leyes. Los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en los artículos 146, inciso 1, de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales». en E. Cáceres, I. B. Flores, J. Saldaña y E. Villanueva (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

¹⁵ SAGÜES, Néstor Pedro. «La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina». En *Estudios Constitucionales*. Julio, año/vol. 4, número 001. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile. 2006, p. 19

tema: *«igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata de una solución pragmática».*

En adición a lo señalado, una tarea de interés es distinguir que estos valores, en genérico aplicables a todos los precedentes, asumen una dimensión sui generis en cuanto a los precedentes vinculantes, en tanto las controversias constitucionales atañen a derechos fundamentales y por tanto, abordan una visión interpretativa correctora o extensiva¹⁶ de la Constitución, en cuanto la comprensión de las discusiones iusfundamentales, exige una supra interpretación de los principios, valores y directrices que la norma normarum comprende, y precisamente por tratarse de una interpretación por naturaleza legal y jurisprudencial suprema, es aquella que debe prevalecer.

Lo antes afirmado no está exento de algunas cuestiones controversiales y sin embargo, a juicio nuestro, derrotables. En efecto, ¿no sería acaso la interpretación judicial, en auxilio de una mejor tutela de un derecho fundamental y por ende, de la Constitución, la que debería prevalecer, si protege mejor, en un caso concreto, un derecho constitucional? Fijémonos en un aspecto medular: advertimos en la premisa anterior una mejor tutela de la Constitución y a cargo de quién se encontraría. De alguna manera, el aserto de quién plantea mejor la defensa de un derecho fundamental contemplado por nuestra Lex Legis, conllevaría a sustentar la idea de que su interpretación sería la que mejor prevalecería. Sin embargo, si así conviniéramos, solo estaríamos analizando una parte del problema, partiendo de una premisa muy inicial, en tanto la configuración de una controversia constitucional conlleva dos objetivos, como fines de los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la primacía de la Carta Fundamental, para advertir con más énfasis en los procesos de control normativo, y la protección de los derechos fundamentales, a materializarse en los procesos constitucionales

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. «Problemas de interpretación». En: *Isonomia*, N° 7, octubre, Universidad Autónoma de México, 1997, p. 121.

de la libertad, puede generar distintos intérpretes, mas no otorgar un mismo grado de validez, de un mismo rango, a todas las interpretaciones de la Constitución, debiendo prevalecer aquella a la cual la Ley de Leyes le otorga prevalencia.

Ahora bien, nuevamente otro tema discutible aflora nítidamente: ¿existe normativa constitucional que le otorgue al Tribunal Constitucional la calidad de supremo intérprete de la Carta Fundamental? Propiamente no, en tanto es el artículo primero de su Ley Orgánica, el sustento de esta denominación.

La comprensión de la calidad de supremo intérprete del Tribunal Constitucional exige la concurrencia de los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, en tanto podríamos asumir la premisa, por cierto, literal, que enunciaría que por no encontrarse inserta en la Constitución la condición de «supremo intérprete», no le corresponde esa condición. Sin embargo, es necesario concordar el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), con el Art. 202 de la Carta Magna.

El art. 202, inc. 1, de la Constitución le confiere al Tribunal Constitucional el conocimiento, en instancia única, de los procesos de inconstitucionalidad, así como igualmente, en última instancia, conoce las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de la libertad, y es a partir de estas disposiciones iusfundamentales que resulta válido afirmar que la interpretación del Tribunal se encuentra en un grado superlativo en relación a las interpretaciones del Poder Judicial.

Es cierto y admitámoslo con veracidad, que los jueces del Poder Judicial gozan de autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional. No podemos soslayar esa premisa en modo alguno, y sin embargo, el Derecho en general, y el Derecho Constitucional, muy en particular, admite que los pesos y contrapesos, revisten dos caracteres especiales en la disciplina de los derechos fundamentales: las funciones de control y de integración.

Por las funciones de control, el ejercicio de las potestades jurisdiccionales en el ámbito constitucional, son por excelencia una tarea de control del poder, asumiendo una dimensión del poder en sentido amplio. Junto a las obligaciones del Poder Ejecutivo de gobernar y del Poder Legislativo de expedir leyes, entre otras asignaciones relevantes, igualmente los jueces ejercen un

poder de decisión en los casos concretos. No es este el lugar para determinar las formas de decisión y si respecto a esas decisiones los jueces crean derecho¹⁷, con lo cual asumen una forma de poder, mas es necesario recalcar que la tarea nomofiláctica de los tribunales superiores, de control y expulsión de las interpretaciones contrarias al ordenamiento constitucional, es también en propiedad un ejercicio del control del poder de decisión de los jueces.

De otro lado, hay una tarea de integración amplia que se cumple en sede constitucional: la función de colmar vacíos es una variable permanente en la dilucidación de controversias sobre derechos fundamentales, en tanto asumimos la tesis del principialismo, como corriente interpretativa en el Derecho Constitucional de nuestros días, respecto a que los vacíos que el Derecho presenta, deben ser llenados por los principios. Un ejemplo idóneo de estos precisamente está representado por los derechos de raigambre constitucional que actúan en forma subsidiaria frente a los espacios de los derechos incontestados por la norma jurídica.

En efecto, recogemos aquí la tesis de la subsidiariedad, residualidad y excepcionalidad de la tesis de los principios frente a las reglas, o como suele referir Alexy, las normas-principio frente las normas- regla, en tanto solo si aquellas no brindan una respuesta satisfactoria frente al problema suscitado, recién pueden los principios desplegar su efecto material. Antes no y por una sencilla razón: las normas están investidas de un efecto prescriptivo y de allí la racionalidad de su fuerza, lo cual representa una tesis fuerte en el Derecho.

242

Solo si el efecto prescriptivo se encuentra ausente frente a la controversia a resolver, entonces actúan los principios, pero bajo la tesis de razonabilidad y aceptabilidad, lo cual en principio podría suponer una tesis débil¹⁸, mas no es propio asignarle aquí una condición de carencia de fuerza sino simplemente que el punto de partida de interpretación de los principios, parte de una tesis no prescriptiva sino propositiva, esto es, constituyen mandatos de optimización que apuntan a que algo se desarrolle dentro de las mejores posibilidades fácticas y jurídicas.

¹⁷ BULYGIN, Eugenio. «¿Los jueces crean derecho?», en: Isonomía. N° 18. Abril, 2003, p. 7

¹⁸ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003. p. 68.

Tales exigencias de razonabilidad son necesarias a fin de respetar la delimitación de ámbitos de las normas- regla y las normas- principio. Ni aquellas deben significar el único extremo de interpretación en el Derecho en cuanto ellas expresen una idea de fuerza en la cosmovisión de los derechos fundamentales, ni los principios deben significar una corriente de prevalencia en términos de superioridad, a efectos de evitar esa famosa expresión de Prieto Sanchís¹⁹, en referencia a Commanduci, en el sentido de que los principios puedan acaso representar «*el positivismo jurídico de nuestros días*».

V. La sentencia interlocutoria

Para poder llegar a entender cuáles fueron los orígenes de la sentencia interlocutoria es necesario señalar como fue desarrollado en sus primeros orígenes, por ejemplo, el maestro Eduardo Juan Couture Etcheverry, fue un prestigioso abogado y profesor uruguayo, que conceptualiza, en un inicio, a la sentencia interlocutoria, como aquella mediante la cual se resuelve un incidente en el ámbito del derecho procesal²⁰. Pero no menciona o define precisamente cual es la anomalía que pueda afectar a dicho acto procesal²¹. Pues bien, el jurista ha definido el contenido explícito de la sentencia, hace una clasificación que a posteriori se vio reflejada en el texto, sosteniendo la existencia de las sentencias interlocutorias y definitivas²².

243

Así pues, podemos señalar que las Sentencias Interlocutorias son aquellas decisiones judiciales que resuelven una controversia incidental suscitada entre las partes en juicio. O aquéllas que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

También algunos procesalistas, la denominan auto Interlocutorio, que es una resolución que versa sobre el fondo, ya sean incidentes o cuestiones

¹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Neo constitucionalismo y ponderación judicial*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 10.

²⁰ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*, 3ª edición, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 672.

²¹ Previo a tal concepto, indica que la *sentencia* es el «*Acto procesal emanado de los órganos de la jurisdicción, mediante la cual éstos deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. (...)*» (COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. Op. Cit., p. 667).

²² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª edición, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 243.

previas, y, a su vez, se le puede denominar de dos tipos i) Auto Interlocutorio Simple ii) Auto Interlocutorio Definitivo.

- i) Auto interlocutorio simple: Son aquellos autos por lo que se fundamentan expresamente, como, por ejemplo, cuando se expide un auto de rechazo de demanda, auto inicial, auto de cierre de plazo probatorio, auto de concesión de libertad provisional.
- ii) Auto interlocutorio definitivo: Es una resolución judicial que tiene fuerza de sentencia, por cuanto excepcionalmente, decide o pone fin a una situación jurídica determinada.

5.1. La sentencia interlocutoria y los parámetros vinculantes

La nueva conformación del Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante una serie de criterios mediante los cuales le será posible rechazar de plano gran parte de las demandas que comúnmente llegan a su conocimiento. Con ello se busca que el Colegiado, pueda enfocar sus recursos en atender aquellos casos que merecen una tutela urgente o solucionar conflictos de suma relevancia, procediendo así a reiterar su jurisprudencia del 2005, esta vez, reafirmando expresamente como un precedente vinculante.

244

Así, en el caso Francisca Lilia Vásquez Romero, Exp. 00987-2014-AA/TC, el máximo intérprete de la Constitución, determinó que se podrá emitir sentencia interlocutoria denegatoria del recurso de agravio constitucional (RAC) cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.
- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del TC.
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

De esta forma, el RAC podrá ser rechazado sin más trámite, esto es, sin debate entre las partes ni valoración de pruebas, no obstante, lo desarro-

llado por el TC y lo expuesto en la presente ponencia, dicho pronunciamiento no es el primero en que el TC, limita el RAC.

Este precedente vinculante reviste una gran importancia puesto que el RAC es la única vía a través del cual los justiciables pueden acceder al TC en los procesos de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento).

El art. 18 del Código Procesal Constitucional establece los requisitos de procedencia de dicho recurso. Al respecto, indica que el RAC únicamente será procedente contra resoluciones de segundo grado que declaren infundada o improcedente la demanda. Seguidamente, señala que este medio impugnatorio deberá ser presentado dentro del plazo de diez días contados a partir del día siguiente de notificada la resolución cuestionada.

Pese a que la legislación se limita a establecer solo estas condiciones para la procedencia del RAC, a juicio de nuestro máximo intérprete de la Constitución, no bastaría la desestimación de la demanda y el cumplimiento del plazo. Tal como había indicado el TC en un anterior precedente vinculante 2877-2005 HC/TC, además de los requisitos formales de procedencia resulta indispensable evaluar la relevancia constitucional del caso materia de la demanda.

245

Ello fue recogido en el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, según el cual, aparte de los criterios establecidos en el citado art. 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará la improcedencia del RAC, a través de un auto, en los siguientes supuestos: *«si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse»*.

Ahora bien, pese a la claridad de la normatividad vigente y la obligatoriedad del anterior precedente emitido por el propio TC, en los últimos años dicho Colegiado, fue conociendo demandas manifiestamente infundadas. Esta situación ha evitado que puedan atenderse oportunamente aquellas vulneraciones a derechos fundamentales que merezcan una pronta tutela.

Por ello, los nuevos magistrados constitucionales han considerado necesario emitir este reciente precedente. El tiempo dirá si, en esta ocasión, el TC implementará los mecanismos necesarios para que se cumpla lo dispuesto en este precedente.

En ese sentido, la resolución denegatoria denominada «sentencia interlocutoria» en puridad constituye un auto. Por ello, en caso de rechazarse la demanda, sobre la base de lo dispuesto en este precedente, el afectado podría interponer el recurso de reposición previsto en el Art. 121 del Código Procesal Constitucional.

Efectivamente, hasta donde alcanza nuestro estudio, podemos inferir una premisa en el sentido de la vinculatoriedad de los precedentes y de la expresión de los mismos como interpretación final del guardián de la Carta Fundamental.

No podemos excluir que un sentido más de vinculatoriedad, en realidad de obligatoriedad, efectivamente lesiona en alguna forma la autonomía judicial, argumento frente al cual es necesario asumir una posición de crítica y equilibrio, en defensa de las potestades interpretativas de los jueces del Poder Judicial.

246

Pues bien, como hemos sostenido, el rango de lesión al derecho a la independencia judicial no resulta en propiedad manifiesto sino en rigor menor, en cuanto se satisface de mejor forma, optimizando mejor su contenido- la potestad interpretativa del Tribunal Constitucional- al cual la Constitución y su Ley Orgánica le atribuyen la calidad de supremo intérprete de la Constitución. Por consiguiente, no podemos concluir en una afectación sustantiva de la autonomía judicial, el hecho que se emitida este tipo de sentencias, máxime si al final recae sus efectos de manera directa por ante el mismo Tribunal Constitucional, debiendo, a nuestro criterio ser también de observancia por parte de la Corte Superior o Corte Suprema (cuando funja de segunda instancia) a efectos de rechazar o conceder un recurso de agravio constitucional.

Así pues, con dicha medida, el Tribunal Constitucional busca preservar, de esta forma, que procesos que no satisfagan determinadas condiciones para su conocimiento vía recurso de agravio constitucional, deberán ser desestimados de plano, sin que se emita sentencia de fondo.

La referencia a la especial trascendencia constitucional es un concepto que maneja la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, cuyo Art. 49.1 señala:

El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

En ese sentido, un efecto inmediato de este precedente, prevemos, es la reducción de procesos en curso ante el Tribunal, en especial, los referidos a procesos de la libertad (habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento). Y por cierto, constituye un mensaje de importancia a las Salas Superiores del Poder Judicial a fin de prever, con más rigurosidad, en cuáles casos ha de concederse el recurso agravio constitucional, requisito sin el cual una pretensión no puede subir a conocimiento del Tribunal Constitucional.

5.2. Sobre carga procesal del Tribunal Constitucional

La sobrecarga procesal es un mal que acarrearán nuestros órganos jurisdiccionales en general y el Tribunal Constitucional no es ajeno a esta terrible deficiencia.

La Constitución, en su Art. 201º, le otorga al TC autonomía e independencia en la función de control de la Constitución, labor que implica, asimismo, el resguardo de los derechos fundamentales. Es por esto que se le asigna al TC la competencia para conocer en última y definitiva instancia los recursos constitucionales, entre ellos el RAC/Amparo.

El proceso de amparo, procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos de rango constitucional, reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales, con excepción de aquellos que ya se encuentran protegidos por los otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales – hábeas corpus y hábeas data.

Por ser un mecanismo de cese a la vulneración de los derechos invocados, el amparo reviste un carácter residual y excepcional, ya que supone una tutela de urgencia al verse involucrados los derechos fundamentales. Es por ello que la naturaleza del proceso de amparo es que este sea un medio rápido y eficaz para la protección de derechos.

Sin embargo, en el Perú la figura del amparo se ha visto desnaturalizada por su excesivo uso como medio para obtener un resultado favorable. Es decir, en la práctica es utilizada como un instrumento, no para la reposición de un derecho fundamental, sino para obtener un resultado favorable que en sede judicial no resultó.

Por ello, existe un número excesivo de procesos de amparo iniciados y que llegan al TC que precisamente – y sumado a otros factores– han generado una sobrecarga procesal constitucional que viene colapsando desde hace años y que necesita de medidas urgentes para su solución.

En ese contexto, es válida la interrogante, ¿Cuál es el problema del uso excesivo del proceso de amparo? Esto es que, al generarse innumerables casos para ser resueltos por el TC, aquellos que verdaderamente necesitan de tutela constitucional se ven retrasados por la existencia de aquellos que únicamente han sido planteados para simular una instancia más – cuando es claro que el TC no es una instancia adicional, sino un órgano autónomo.

248

El primer paso realizado por la nueva conformación del TC con la finalidad de paliar la sobrecarga procesal constitucional, se ha visto plasmado en el precedente vinculante establecido en la STC Exp. No. 00987-2014-PA/TC del 6 de agosto del año en curso, caso Francisca Lilia Vásquez Romero.

Este precedente vinculante, como ha sido señalado, establece, cuatro criterios para la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria, es decir, para rechazar de plano las demandas de amparo, las consideraciones vertidas en el fundamento 49 de la citada sentencia.

Ahora bien, ya existían ciertas normas que buscaban enmarcar la limitación de los procesos de amparo. Por ejemplo, el artículo 18° del CPCo había delimitado la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional (RAC), estableciendo que este debía ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declaraba infundada o improcedente la demanda y que, además,

debía ser realizado en el plazo de diez días desde el día siguiente de notificada la resolución.

Si bien una interpretación literal de dicho artículo podía hacer creer a los justiciables que cualquier resolución que declaraba infundada o improcedente la demanda sería susceptible de un RAC siempre que este se interpusiera dentro del plazo legal, esto no puede entenderse así, dado que justamente esto ocasionaría una mayor carga procesal. Es precisamente en busca de orientar la interpretación de este artículo del CPCo que se han realizado los esfuerzos por establecer parámetros para la interposición de este recurso.

También con anterioridad, la jurisprudencia había señalado que era necesario tener en consideración para la admisión del RAC el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados (STC 02877-2005-HC/TC – Fundamento 27).

A su vez, en este mismo fundamento se había establecido parámetros para la admisión de los RAC; como también en el Art. 38° del CPCo, que señala que *«no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo»* y en el inciso 1 del Art. 5° del mismo cuerpo normativo, que estipula que *«no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitório de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado»*.

249

Por otro lado, y de manera más acertada, el artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, promulgado a través de Resolución Administrativa No. 095-2004-P-TC en el año 2004, ya había establecido parámetros de admisión del RAC señalando que:

«La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el Art. 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse».

En suma, ya existían de manera previa al precedente vinculante del Tribunal Constitucional comentado, artículos de cuerpos normativos dispersos direccionados a limitar la procedencia de los RAC, únicamente a aquellos casos en los que se afecta el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Esto teniendo en cuenta la finalidad de dicho recurso constitucional, que es servir para proteger derechos fundamentales afectados o amenazados de manera inminente.

Lo cierto es que el precedente vinculante sí limita de una manera más específica – aunque no suficiente – la admisión de los RAC con la finalidad de evitar la admisión de demandas que resultan manifiestamente improcedentes o inapropiadas para tramitarse en la vía constitucional.

Por ello cabe preguntarse, ¿supone dicha limitación una afectación al derecho de acceso a la justicia? Bien sabemos que ningún derecho es absoluto y que estos pueden verse limitados por otros derechos a fin de que todos puedan ser preservados en su contenido esencial. El derecho que en este caso se está buscando proteger es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de aquellas personas que verdaderamente sí necesitan del auxilio constitucional. Incluso podría decirse, más específicamente, que se busca proteger el derecho a un mecanismo rápido y efectivo de estas personas (art. 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, debe tenerse en cuenta también la situación del caso concreto peruano en el que uno de los problemas que impiden una efectiva solución de controversias es la excesiva carga procesal, para lo cual habría que ponderar ambos derechos y así responder a la pregunta planteada al inicio de este párrafo.

250

Por lo esbozado en el presente ensayo, consideramos que el precedente vinculante que ha establecido el nuevo Tribunal Constitucional es un paso para ir mermando este mal que impide una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. No obstante, esto no debe quedar en una simple declaración, sino que requiere, además, de un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial para así erradicar el uso indiscriminado de los RAC.

De esta forma, debe buscarse que la figura del amparo retome la finalidad para la cual existe en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho: ser un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales y no más un recurso de «*sin sentido y de última oportunidad*» de aquellos que no han logrado obtener respuesta favorable a su pedido en sede judicial.

Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales

✍ JAVIER TAJADURA TEJADA*

Sumario:

I. Introducción. **II.** Valor normativo de los preámbulos constitucionales. 2.1. Planteamiento de la cuestión. 2.2. Intentos de negación del valor normativo de los preámbulos. 2.3. La distinción entre disposición y norma como base del concepto «normatividad». 2.4. Valor normativo directo y valor normativo indirecto. 2.5. Función interpretativa de los preámbulos constitucionales. **III.** Función política de los preámbulos constitucionales. 3.1. Los preámbulos constitucionales como síntesis de la «decisión política fundamental» de un pueblo. 3.2. Los preámbulos constitucionales como factores de integración nacional.

Resumen:

El autor analiza el valor de los preámbulos constitucionales. En primer lugar desde el plano jurídico, explicando los intentos de negación de su valor jurídico, y luego proponiendo y enfatizando los motivos que los hacen relevantes. En segundo lugar, desde el plano político, señalando su valor como elemento integrador de una sociedad y como manifestación de la síntesis de las ideas políticas fundamentales de la misma.

Palabras clave:

Constitución, preámbulos constitucionales, función política, valor normativo.

Abstract:

The author analyzes the value of constitutional preambles. First, from a legal perspective, explaining the attempts to deny their legal value, and then proposing and emphasizing the reasons that make them relevant. Secondly, from a political perspective, noting its value as an integrative element of a specific society, and as a manifestation of its fundamental political ideas.

Keywords:

Constitution, constitutional preambles, political function, normative value.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco, España.

«El Preámbulo de la Constitución es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a que precede y viene a ser algo así como el preludio donde se contienen los motivos capitales de la ley fundamental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, y en otras análogas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entrañaba el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste según modernas opiniones».

Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución Española*
(9-XII-1931), Madrid, 1932.

252

I. Introducción

Podemos definir un Preámbulo constitucional como el texto introductorio que precede al articulado de una Constitución y que, presentándolo, expone las razones por las cuales actúa el poder constituyente, así como los objetivos o fines que con su actuación persigue. Los preámbulos constitucionales se configuran así como elementos que ponen de manifiesto la continuidad de las distintas estructuras estatales al conectar el pasado –la situación de partida que motiva la apertura de un proceso constituyente– con el futuro –la exposición de los fines a alcanzar–¹. El objeto de estas páginas es abordar la problemática jurídica y política que dichos textos plantean.

¹ Para una exposición más detallada de esta definición Cfr. TAJADURA TEJADA, J.: *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997. págs. 7 - 13.

II. Valor normativo de los preámbulos constitucionales

2.1. Planteamiento de la cuestión

Desde un punto de vista jurídico, la principal controversia que los preámbulos constitucionales han suscitado ha sido la relativa a su valor normativo. Dicha problemática se ha planteado también en relación con los preámbulos de las leyes ordinarias. El estudio de este problema exige distinguir previamente dos cuestiones: primero, si el preámbulo forma o no parte del texto normativo al que precede, ley o Constitución; y, segundo, su carácter normativo.

En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que los preámbulos son parte del texto jurídico en el que se encuentran situados. A favor de esta tesis juegan los siguientes argumentos:

a) A los efectos de su tramitación parlamentaria, las asambleas, legislativas o constituyentes, consideran los textos introductorios que luego se convertirán en preámbulos, como una disposición más, como un artículo cualquiera, al que se pueden presentar enmiendas. La única especialidad procedimental radica en que dichos textos introductorios y las enmiendas a ellos presentadas son discutidas al final del articulado.

b) Los preámbulos que preceden al articulado de las leyes o constituciones figuran siempre tras la fórmula de promulgación.

La determinación, por tanto, del valor jurídico de los preámbulos constitucionales, ha de partir del hecho de que éstos son parte integrante de los textos a cuyo articulado anteceden. Esto, no hace falta insistir en ello, no prejuzga la cuestión de si tienen algún género de valor sustantivo y, en particular, si gozan o no de valor normativo.

Aunque la doctrina parece decantarse mayoritariamente por negar valor normativo a los preámbulos, es en esta cuestión donde la confusión es mayor.

2.2. Intentos de negación del valor normativo de los preámbulos

El rechazo del valor normativo de los preámbulos (de leyes o constituciones) puede intentarse desde dos puntos de vista: la *teoría general del derecho* y el *derecho positivo* de un ordenamiento concreto.

a. Desde la *teoría general del derecho* se afirma que la norma jurídica, en cuanto proposición imperativa que vincula una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho mediante el nexo de la imputación, resulta incompatible con la estructura lingüística de los preámbulos. Es decir, el preámbulo está redactado en lenguaje descriptivo y la norma necesariamente ha de formularse en términos prescriptivos. La conclusión es que los preámbulos no son aptos para contener normas jurídicas.

La anterior argumentación aparentemente es lógica, pero la lógica exigiría que fuera predicable para cualquier ordenamiento positivo y no lo es. Como es sabido, el preámbulo constitucional francés tiene valor normativo directo.

Además, la tesis expuesta incurre en un error de base: identificar norma y disposición², o lo que viene a ser lo mismo, la función prescriptiva del lenguaje con el lenguaje normativo³. Nadie discute que la norma deba poder ser enunciada como proposición imperativa, pero nada impide que tal proposición no sea formulada directamente por el legislador, sino que deba ser inferida de un texto redactado formalmente en términos descriptivos.

254

En el planteamiento que rechaza el valor normativo de los preámbulos subyace una confusión entre funciones del lenguaje y tipos de lenguaje. Siguiendo a Bobbio podemos distinguir tres funciones fundamentales del lenguaje: la *descriptiva*, la *expresiva* y la *prescriptiva*. Cada una de ellas da origen a tres tipos de lenguajes bien distintos: el lenguaje científico, el poético y el normativo. Ahora bien, casi nunca encontramos estos tipos en la realidad en estado puro. En concreto, dadas las mayores pretensiones de la función prescriptiva del lenguaje que tiene por finalidad modificar el comportamiento de los demás, no es extraño que se valga, además del lenguaje normativo que le es propio, del lenguaje descriptivo e incluso expresivo. Escribe el autor citado: «No es difícil explicar que una prescripción vaya acompañada de proposiciones de otro tipo. Para que la persona a quien dirigimos la prescripción se decida a actuar, no siempre es suficiente que escuche el mensaje del man-

² CRISAFULLI, V. «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*. vol XIII, Milán, 1964, p. 204.

³ BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Debate, 1991. Distingue entre una proposición y su enunciado. Aunque toda norma es una proposición (p. 55) dicha proposición puede ser expresada mediante diferentes enunciados (p. 56).

dato puro y simple, pues a veces se requiere que conozca algunos hechos y desee algunas consecuencias. Para que llegue a conocer aquellos hechos que lo induzcan a obrar, es necesario darle informaciones; para que desee ciertos efectos, es necesario suscitar en él un determinado estado de ánimo⁴. Cabe utilizar pues un lenguaje no normativo para realizar una función prescriptiva⁵. Por tanto, no resulta lícito negar carácter normativo (o prescriptivo) a toda disposición no escrita en lenguaje normativo. De hacerlo, habríamos de admitir que no sólo el preámbulo, sino otras muchas disposiciones del articulado de una Constitución, carecen de valor normativo. Y tal postura, a la luz de la doctrina mayoritaria⁶, es hoy difícilmente sostenible.

b. Si la teoría general del derecho no nos proporciona ninguna base para rechazar el valor normativo de los preámbulos, la negación de éste ha de estar justificada en preceptos de *derecho positivo*. Así, cabría decir que los preámbulos no contienen normas, porque existe en el ordenamiento jurídico del país que se esté considerando, una norma sobre la producción jurídica que establece que sólo otras partes de la ley contienen auténticas normas, es decir, que solo cabe inferir normas de las disposiciones contenidas en el texto articulado. Pero el examen del derecho comparado nos muestra que, generalmente, tal tipo de normas no existe. Esto quiere decir que el derecho positivo no contiene una norma que niegue valor normativo a los preámbulos.

Finalmente, admitiendo lo anterior, es decir, la inexistencia de una norma escrita que prive a los preámbulos de valor normativo, hay quien recurre a la costumbre, como argumento para negar dicho valor. Existe una norma consuetudinaria que rechaza el valor normativo de los preámbulos. Dicha norma reúne los elementos de práctica consolidada y *opinio iuris*. Por lo que a la Constitución se refiere, esto no puede aceptarse por la sencilla

⁴ BOBBIO, N. *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 59-61. Bobbio recoge con estas palabras la antiquísima idea de Platón acerca del valor de la persuasión en el Derecho.

⁵ En el mismo sentido LUCAS VERDÚ, P. escribe: «La diferencia de estilo de los preámbulos no afecta a su fuerza jurídica. Su retórica e incluso patetismo indican su valor político-social e incluso jurídico. Parece absurdo sostener la tesis que las partes que el legislador expresa con más énfasis se debilitan jurídicamente». *Curso de derecho político*, Vol II. Tecnos, 3ra Ed., Madrid, 1981, pp. 428-429.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 3a edición, Madrid, 1985. pp. 63 y ss. «No basta con afirmar que todas las normas contenidas en nuestro texto constitucional tienen alcance normativo. Hay que añadir que ese todas atañe también a un sector no articulado como el Preámbulo». LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, p. 117.

razón de que en la historia constitucional, hasta la segunda posguerra mundial ningún texto ha tenido valor normativo, no hemos vivido más que bajo constituciones semánticas, y ésta es una nefasta costumbre con la que por fin parece hemos logrado romper. La costumbre ha sido, por tanto, que no sólo los preámbulos sino que los textos constitucionales articulados también han carecido de valor normativo, hasta hace apenas cincuenta años. En lo que a la Constitución respecta, no parece, por tanto, que pueda negarse el valor normativo de los preámbulos con base en preceptos consuetudinarios, porque dada la brevedad de la historia de las constituciones normativas no cabe deducir práctica consolidada en este sentido, ni por supuesto, en sentido contrario.

2.3. La distinción entre *disposición* y *norma* como base del concepto de «normatividad»

Nos encontramos, pues, con que no hay base suficiente para negar, *a priori*, el valor normativo de los preámbulos. Ahora bien, tampoco la hay para atribuírselo. Nuestra opinión sobre este punto se basa en la distinción conceptual entre *disposiciones* y *normas*⁷. Con base en ella daremos un concepto de «normatividad»⁸ y veremos si el mismo es o no predicable de los preámbulos.

256

Los actos normativos (entendiendo por tales, aquellos actos lingüísticos realizados por órganos competentes que pronuncian enunciados con una finalidad prescriptiva) dan lugar a documentos normativos⁹ (textos que contienen reglas de conducta jurídicamente obligatorias). Un documento normativo es, por tanto, un conjunto de enunciados con finalidad prescriptiva resultantes de un acto normativo. Cada uno de esos enunciados es una disposición. Toda disposición se entiende así como la fórmula institucionalmente destinada a establecer y manifestar, por medio de su interpretación, la norma. Por tanto, disposición y norma son cosas distintas. La primera es

⁷ Dicha distinción está basada en CRISAFULLI. *Disposizione...*, *ob. cit.*, p. 204. En el mismo sentido WROBLESKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 25. «la norma legal es una regla construida a partir de disposiciones legales».

⁸ El sostenido por WROBLESKI, J. en *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 103-104.

⁹ EZQUIAGA GANUZAS, F. J. «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y los Preámbulos» en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988. p. 36.

la formulación lingüística de la segunda. La norma se obtiene mediante la interpretación de las disposiciones¹⁰. Una disposición, por tanto, puede contener varias normas, y a la inversa, una norma puede ser expresada mediante varias disposiciones¹¹.

La negación del carácter de disposiciones a los enunciados preambulares, nos exigiría admitir la imposibilidad de que éstos dieran a lugar a normas. Pero ello no es posible. Los enunciados preambulares son disposiciones. Ello es claro dado que son enunciados lingüísticos con significado. Y son disposiciones que, aun formuladas en lenguaje descriptivo, forman parte del texto normativo, y como tal tienen una finalidad prescriptiva. Dos argumentos corroboran esta afirmación:

a) En primer lugar, como ya hemos visto, son parte del documento normativo porque los preámbulos se encuentran sistemáticamente ubicados tras la fórmula promulgatoria y son discutidos, enmendados y aprobados como un artículo más.

b) En segundo lugar su finalidad prescriptiva se desprende del hecho de que el legislador, cuando actúa como tal, ni informa ni describe, sino que prescribe y todo lo que él emana tiene *ab origine* ese carácter.

Pero del hecho de que los enunciados preambulares sean disposiciones no se desprende sin más que sean idóneos para extraer de ellos normas jurídicas y por tanto para calificarlos de disposiciones normativas. Como afirma Wroblewski, la discusión relativa a la normatividad de cualquier parte de un texto legal o constitucional solo es significativa después de definir el

¹⁰ CRISAFULLI niega que el preámbulo contenga disposiciones. Según él en los preámbulos sólo encontramos enunciados «descriptivos». De esos enunciados no cabe deducir normas. Su conclusión es, por tanto, que los preámbulos no tienen valor normativo. La distinción entre disposición y norma le lleva a él a un resultado opuesto al nuestro. La razón es que él identifica tipo de lenguaje con función del lenguaje. En cambio nosotros como ya vimos sostenemos que cabe realizar la función prescriptiva mediante un lenguaje descriptivo, aunque, evidentemente, no solo y exclusivamente a través de él.

¹¹ «La falta de correspondencia entre disposición y norma e incluso, la existencia de verdaderas normas sin una disposición que les sirva de soporte es un fenómeno harto conocido. Por ello, no cabe negar de plano la posibilidad de extraer normas de un preámbulo. Cuestión diferente es que a menudo ello no sea fácil». DIEZ PICAZO, «Los preámbulos de las Leyes» en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993. p. 188. En el mismo sentido, «Los enunciados del preámbulo son disposiciones, y en cuanto tales normativas, aunque con una intensidad normativa menor que la del articulado». EZQUIAGA, *Concepto...*, *ob. cit.*, p. 36.

término «normatividad»¹². Y si por normatividad se entiende, siguiendo al autor citado, que las disposiciones de un texto legal son o bien directamente aplicables (valor normativo directo), o aplicables tras construir algunas normas a partir de estas disposiciones¹³ (valor normativo indirecto), debemos analizar si de las disposiciones preámbulares cabe predicar tal cosa.

2.4. Valor normativo directo y valor normativo indirecto

El interrogante acerca del valor normativo del preámbulo queda planteado, pues, en los siguientes términos: ¿es posible extraer normas de las disposiciones preambulares?

En primer lugar la doctrina es prácticamente unánime, y coincidimos con ella, en afirmar que las disposiciones preambulares por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no pueden construirse normas a partir *sólo* de ellas¹⁴. De las mismas no cabe extraer derechos ni deberes para los ciudadanos o los poderes públicos, ni pueden ser consideradas como fuente de competencias para ningún órgano del Estado. Los preámbulos no son aptos para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. Esto quiere decir que los preámbulos, como principio general, carecen de valor normativo directo. Con la excepción del Preámbulo francés, ningún preámbulo constitucional goza, desde el punto de vista jurídico, de valor normativo directo.

258

Ahora bien, las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado.

Los preámbulos tienen así un valor normativo indirecto, en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose –o combinando– tanto de las disposiciones del articulado como de las del preámbulo¹⁵. Por supuesto

¹² WROBLESKI, *Constitución...*, *ob. cit.*, p. 103.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ ALZAGA, O. *La Constitución española de 1978*, El Foro, Madrid, 1978, p. 69. EZQUIAGA, *Concepto...*, *ob. cit.* p. 37. HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, Planeta, 1980, p. 306. MORODO, R. «Preámbulo», en *Comentarios a las Leyes Políticas* (Alzaga, dir.), Madrid, Edersa, 1983, tomo I, p. 17. PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 21.

¹⁵ El Tribunal Constitucional ratifica esta tesis del valor normativo indirecto en su senten-

que nos encontramos con unas disposiciones cuya intensidad normativa es menor que las del articulado, pero se trata de una diferencia de grado y de forma.

La diferencia entre las disposiciones del articulado y las del preámbulo reside, pues, en que de las primeras cabe extraer normas sólo de ellas, mientras que las segundas necesitan siempre ser combinadas con aquellas para permitir al intérprete extraer una norma.

Las constituciones actuales, cuyo valor normativo nadie discute ya, constan, por tanto, de dos tipos de disposiciones:

a) Disposiciones de valor normativo directo: de las que por sí solas cabe extraer normas.

b) Disposiciones de valor normativo indirecto: que por sí solas no permiten extraer normas, pero que combinadas, por el intérprete, con las anteriores, contribuyen a la determinación de su significado. A estas últimas pertenecen las disposiciones preambulares.

Las consecuencias que se derivan de esta menor intensidad normativa de las disposiciones preambulares son (y esto es aplicable tanto a la Constitución como a cualquier otro texto normativo), las siguientes¹⁶:

a) En caso de discrepancia entre disposiciones preambulares y disposiciones articuladas, prevalecen estas últimas.

b) No es posible fundamentar resultados normativos con base exclusivamente en disposiciones preambulares.

c) No cabe declarar la inconstitucionalidad de una ley, con base exclusivamente, en su incompatibilidad con una disposición preambular. Esa posibilidad sólo se da en Francia, y desde fecha relativamente reciente, julio de 1971.

cia 36/1981 de 12 de noviembre, F. j. 7. Cuando rechaza el valor normativo de los preámbulos se ve que se refiere al valor normativo directo porque al reconocer que son útiles para la interpretación les está atribuyendo el valor normativo indirecto.

¹⁶ MARTÍN CASALS, M. «Preámbulo y disposiciones directivas» en *La forma de las leyes*, Gretel, Bosch, Barcelona, 1986, p. 78.

2.5. Función interpretativa de los preámbulos constitucionales

La problemática de la interpretación constitucional se sitúa dentro de un contexto más amplio: la teoría de la interpretación jurídica, y ocupa en él un lugar destacado. «Para el Derecho constitucional –escribe Hesse– la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento¹⁷». El objetivo de toda interpretación es siempre el mismo: extraer una norma jurídica aplicable¹⁸. La interpretación se configura así como la tarea previa e ineludible de todo operador jurídico puesto que toda aplicación de la norma exige el previo esclarecimiento de su significado. El problema es determinar cuál es el contenido efectivo de dicho significado¹⁹. La doctrina aparece dividida en dos posturas enfrentadas entre las cuales algunos propugnan una argumentación sincrética. Las tesis en pugna son, por una parte, la de quienes erigen la *voluntas legis* como objeto esencial del descubrimiento normativo²⁰, y, por otra, los que asignan tal posición a la *voluntas legislatoris*. Los defensores de la primera alegan que, por lo general, la ley resulta, a la postre, ser más inteligente que sus autores²¹. La obra del sujeto se desvincula del mismo y adquiere nueva vida.

Frente a estas posturas, Hesse afirma que el «objetivo de la interpretación sólo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una ‘voluntad’, objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución»²². Y ello porque

260

¹⁷ HESSE, K. *Escritos de Derecho constitucional* (traducción de P. Cruz Villalón). Madrid, CEC, 1983, p. 36.

¹⁸ «Como a toda interpretación, a la constitucional se le puede atribuir como objetivo el de determinar el sentido de la norma, la voluntad objetiva (a diferencia de la subjetiva *voluntas legislatoris*) que ésta incorpora». RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 617. CANOSA USERA, R. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid, CEC, 1988, p. 15.

¹⁹ CANOSA USERA, R. *Interpretación...*, *ob. cit.*, p. 16.

²⁰ «La interpretación se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico. No se propone, pues, la fijación del sentido pensado por el autor de la ley». RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. p. 147. En el mismo sentido LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1980. p. 344.

²¹ CANOSA USERA, *Interpretación...* *ob. cit.* p. 16.

²² «Identificar como ‘objetivo’ de la interpretación constitucional el descubrimiento de la previa voluntad objetiva de la Constitución o del constituyente equivale a pretender dar cumplimiento a algo que no preexiste realmente y, por lo tanto, a equivocarse desde el mismo punto de partida respecto de la problemática de la interpretación constitucional». HESSE, K. *Escritos...*, *ob. cit.*, pp 39-40.

«en los supuestos en que la Constitución no contiene un criterio inequívoco, lo que equivale a decir en todos los supuestos de interpretación constitucional, propiamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión, habiéndose limitado a proporcionar una serie más o menos numerosa, pero incompleta, de puntos de apoyo de aquella²³». Ahora bien, de la existencia de compromisos apócrifos, por utilizar la terminología de Schmitt, no se desprende sin más que la noción «voluntad del constituyente» sea una ficción. Del hecho de que en algunos casos esté ausente, no se deriva su inexistencia. Es más, sin recurrir a dicha «voluntad del poder constituyente» resulta imposible explicar el origen y nacimiento de una Constitución.

En este contexto corresponde señalar qué papel puede jugar un preámbulo a la hora de interpretar el texto normativo al que precede, qué utilidad presenta el preámbulo constitucional a la hora de interpretar la Constitución, es decir, a la hora de deducir normas jurídicas de sus concretas disposiciones. La respuesta a esta pregunta confirmará la tesis sostenida en el apartado anterior: las disposiciones preambulares están dotadas de un valor normativo indirecto.

En este sentido importa subrayar lo siguiente. Dado que en los preámbulos se halla sintetizada la expresión de la voluntad del autor de la norma —síntesis que se independiza u objetiva de dicha voluntad—, y en tanto en ellos se recogen los fines u objetivos por los cuales el legislador actuó y para lograr los cuales lo hizo de determinada manera, consideramos que los textos preambulares pueden desempeñar un papel fundamental para la interpretación tanto psicológica como teleológica de cualquier texto normativo, incluida, por supuesto, la Constitución.

Ahora bien, lo anterior no debe hacernos olvidar que es preciso relativizar, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la importancia de este valor interpretativo de los preámbulos, dado que el intérprete no se halla vinculado por ningún canon concreto de interpretación. En general, podríamos concebir los preámbulos, en dos sentidos diversos:

a) Como canon hermeneútico principal y vinculante, es decir, como primer criterio de interpretación, y de carácter vinculante, dado que supone

²³ *Ibidem*.

una positivación del sentido, objetivos y finalidad del texto al que precede. Entonces, el valor jurídico del Preámbulo como criterio interpretativo se resume en la afirmación siguiente: las disposiciones normativas estructuradas en los artículos que siguen a continuación deben ser necesariamente entendidas de tal modo que consigan los objetivos descritos en el Preámbulo.

b) Como un canon hermenéutico más, teleológico o sicológico, a utilizar libremente en la interpretación.

Este último es el valor interpretativo que debe atribuirse a un Preámbulo constitucional, y ello por las siguientes razones:

a) Si se atribuye al Preámbulo el carácter de elemento interpretativo vinculante se está diciendo que las disposiciones articuladas sólo pueden ser entendidas en el sentido que de él se desprende. Se limita así la libertad del intérprete y se excluyen o, como mínimo, se colocan en una posición subordinada, los demás criterios de interpretación.

b) Además del criterio teleológico, todos los ordenamiento establece otros cánones hermenéuticos los cuales no aparecen clasificados en un orden jerárquico de prelación, ni tienen el carácter de *numerus clausus*.

c) El intérprete no debe utilizar simultáneamente todos los criterios hermenéuticos, sino que es libre de utilizar aquellos que considere más convenientes para conseguir una recta interpretación de la norma concreta.

La doctrina española que ha rechazado mayoritariamente el valor normativo de los preámbulos ha sido sin embargo consciente de esta función interpretativa. Así, por ejemplo, el profesor Alzaga ha escrito: «El preámbulo, en cuanto declaración solemne de intención que formula colectivamente el poder constituyente, se sitúa en lugar muy destacado entre los elementos de que puede servirse el Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales ordinarios a la hora de la búsqueda de una interpretación auténtica de determinado precepto de la Constitución ²⁴».

²⁴ ALZAGA, O, *Constitución española de 1978*. El Foro, 1978, p. 69. En el mismo sentido, MORODO, R. «Preámbulo» en *Comentarios a las Leyes políticas* dirigidos por O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1985. Tomo I, p. 18. HERNÁNDEZ GIL, A. destaca la utilidad del Preámbulo constitucional «para la explicación de las normas», pero rechaza su valor normativo. *El cambio político...*, *ob. cit.*, p. 306.

Examinado así el problema del valor jurídico de los Preámbulos constitucionales procede examinar las funciones políticas que dichos textos desempeñan.

III. Función política de los preámbulos constitucionales

Desde un punto de vista político dos son las funciones principales que cabe atribuir a un Preámbulo constitucional. En primer lugar una función de síntesis: los preámbulos sintetizan la «decisión política fundamental», por utilizar la expresión clásica de Schmit, en que toda Constitución consiste. En segundo lugar, los preámbulos presentan también una faceta o dimensión simbólica que los convierte en factores de integración nacional, en tanto que la asimilación de los textos preambulares contribuye a la potenciación del sentimiento constitucional.

3.1. Los preámbulos constitucionales como síntesis de la «decisión política fundamental» de un pueblo

Corresponde a Carl Schmit la atribución de esta importante función política a los preámbulos constitucionales. Como es de sobra conocido, junto con Herman Heller y Rudolf Smend, Schmitt es uno de los autores más representativos de la reacción contra el extremado formalismo jurídico en que había desembocado la dogmática alemana del derecho público (Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen).

La clave de su obra reside en el decisionismo. Para Schmitt la Constitución es decisión, no norma. «La esencia de la Constitución no está contenida en una ley o norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente²⁵». El fundamento de la Constitución reside, por tanto, no en la razón sino en la voluntad.

La Constitución se establece mediante un acto del poder constituyente²⁶. «La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones

²⁵ SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución* (versión española de Francisco Ayala), Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 47.

²⁶ *Ibid.*, p. 66.

cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior²⁷». Mediante un acto, pues, de una voluntad preexistente, la voluntad de un pueblo, se establece la Constitución. «Siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución²⁸». Este acto de la voluntad nacional, esta decisión fundamental, tiene por objeto la forma y el modo de la unidad política. Unidad política que, por tanto, no surge por la Constitución, no es consecuencia o efecto de ella, sino antes bien, su fundamento o causa.

Este planteamiento, que trata de superar el hueco formalismo en que se hallaba la Teoría del Estado, conduce al intento de captar el concepto de Constitución, no mediante un análisis de sus partes integrantes, sino a través de una intuición esencial que la revele como una totalidad en función de la cual se expliquen luego las partes componentes.

La idea de totalidad se logra con el concepto de «decisión política fundamental». Ella impide la disolución de la Constitución en un complejo inconexo de normas. Ella garantiza la unidad ontológica y jurídica de la Constitución. «Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución²⁹».

264

Schmitt ilustra sus tesis con ejemplos de la época. Así, analizando la Constitución alemana de 1919, afirma que la decisión política fundamental en ella afirmada, es la hecha a favor de la democracia, del federalismo y del liberalismo. En esta triple decisión consiste la Constitución de Weimar, todo lo demás son meras leyes constitucionales. Lo que importa subrayar en orden a nuestro tema es que, dicha decisión, según Schmitt, se halla, en buena parte, contenida en el Preámbulo constitucional.

El concepto de Constitución como decisión política fundamental lleva, por tanto, a Schmitt, a otorgar una importancia capital a los preámbulos constitucionales y a las declaraciones de principios. Estos textos, menospreciados, subestimados por el Derecho Constitucional clásico, pasan a conver-

²⁷ Ibid., pp.45-46.

²⁸ Ibid., p. 46.

²⁹ Ibid., p. 47.

tirse ahora en elementos fundamentales no sólo para la construcción científico-jurídica sino también para la aplicación de los preceptos constitucionales. «Las Constituciones del Reich de 1871 y 1919 contienen preámbulos en que la decisión política se encuentra formulada de manera singularmente clara y penetrante... El preámbulo de la Constitución de Weimar contiene la declaración auténtica del pueblo alemán, que quiere decidir con plena conciencia política como sujeto del poder soberano³⁰». En tanto en cuanto, frecuentemente, dichas declaraciones y preámbulos contienen las decisiones políticas fundamentales del poder constituyente, son ellos los que dotan de sentido al resto de preceptos y leyes constitucionales. «La Constitución de Weimar de 11 de Agosto de 1919 se apoya en el poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el Preámbulo: ‘El pueblo alemán se ha dado esta Constitución’³¹.

Prescindiendo de las connotaciones políticas de las tesis de Schmitt podemos suscribir las palabras del maestro García Pelayo: «No es cuestión de hacer aquí unas reflexiones críticas sobre el decisionismo, ni sobre la distinción tajante entre Constitución y leyes o normas constitucionales. Diré solamente que, aun partiendo del supuesto de que todos los preceptos incluidos en el texto constitucional son proposiciones igualmente vinculatorias, hoy no parece dudarse de que no todas son de la misma especie, rango, efectividad, o capacidad engendradora o acuñadora de otras normas³²». La distinción es deudora de la obra schmittiana.

En la doctrina española el profesor Pérez Serrano se hizo tempranamente eco de las tesis schmittianas y destacó, en estos términos, el valor político de los preámbulos constitucionales: «En tesis general, y aun cuando alguien crea que éste se refiere a hechos históricos, tiene una alta significación, pues es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a que precede y viene a ser algo así como el preludeo donde se contienen los motivos capitales de la ley fun-

³⁰ *Ibid.*, p. 49.

³¹ *Ibid.*, p. 79.

³² GARCÍA PELAYO, M. en «Epílogo» a la *Teoría de la Constitución* de Schmitt. ob. cit. p. 376.

damental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, y en otras análogas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entrañaba el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste según modernas opiniones³³.

La teoría de la «decisión política fundamental» ha calado también en la doctrina española actual. En ella se percibe una clara tendencia a encontrar la norma constitucional básica, la decisión política fundamental, en la norma de apertura del texto constitucional. Esto es, en el artículo 1.1. que dice «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político». Ahora bien, como señala el profesor Torres del Moral, el denso contenido normativo implícito en el artículo 1.1. se halla de forma ejemplarmente sintetizado en el Preámbulo de la Constitución³⁴.

266

El concepto de decisión política fundamental encaja, por lo demás, sin ninguna dificultad, en todos aquellos textos preambulares que recogen la palabra «voluntad». Esta es la palabra clave. En el Preámbulo constitucional, el Pueblo o la Nación proclaman, en uso de su soberanía, como titulares del poder constituyente su voluntad.

Ahora bien, lo anterior no debe hacernos olvidar lo expuesto en la primera parte de este estudio: las disposiciones preambulares carecen de valor normativo directo. Y puesto que toda decisión carece de eficacia jurídica si no es también norma —y esto es algo que parecía olvidar Schmitt—, hemos de sostener que la decisión en cuanto tal se halla contenida en el articulado. Lo que encontramos en el Preámbulo es, pues, el resumen de esa decisión, la síntesis de la misma. La lectura de esa síntesis, por su claridad y precisión, nos permite captar inmediatamente la totalidad de la Constitución. Los preámbulos constitucionales nos anuncian que nos encontramos ante el orden ju-

³³ PÉREZ SERRANO, N. *La Constitución española (9-XII-1931)*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 51-52.

³⁴ TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 3a edición, 1992. Vol I, p. 42.

rídico fundamental de la Comunidad (Hesse) y nos presentan dicho orden como una unidad de sentido. Los preámbulos, en cuanto introducción del texto articulado, nos anticipan ya su contenido con palabras de gran belleza. Se trata de solemnes cartas de presentación de la nueva Constitución. Nos ponen de manifiesto el sentido último de todo el texto, los presupuestos filosóficos e ideológicos de que parte, en una palabra, nos anticipan el espíritu de la Constitución.

El valor político de los textos preambulares es pues notable. En ellos se condensa el espíritu del constituyente, se objetiviza el espíritu de la Constitución. De esta manera su valor político trasciende su mero valor jurídico. En cuanto sus disposiciones sintetizan el contenido del articulado cabe afirmar que, por remisión, todas ellas adquieren un valor normativo, no ya meramente indirecto. Ahora bien, esta afirmación exige ser verificada, es decir, requiere analizar si todas las disposiciones preambulares hallan reflejo en el articulado. Es menester comprobar si en verdad el contenido de un Preámbulo constitucional determinado se halla proyectado en el correspondiente texto articulado.

3.2. Los preámbulos constitucionales como factores de integración nacional

Corresponde a Rudolf Smend la elaboración de una de las más sugestivas teorías constitucionales, la Constitución como integración, que se enmarca, como es sabido, en el mismo contexto que la teoría schmittiana ya expuesta: la reacción contra el extremado formalismo en que había caído la dogmática del derecho público alemán.

En una breve obra titulada «Constitución y Derecho Constitucional» y publicada en 1928, Smend expone su célebre teoría de la integración. El profesor alemán expone una visión dinámica del Estado según la cual éste es resultado de un proceso de creación continuo que se cumple mediante las tres típicas integraciones: personal, funcional y real. «El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en

duda³⁵». Sobre esta base construye Smend el concepto de integración: «El Estado no constituye en cuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración³⁶».

El concepto de integración conduce a Smend a una concepción unitaria y totalizadora de la Constitución. La Constitución es el orden jurídico del total proceso de integración en que el Estado consiste, es esencialmente un «orden integrador»³⁷. La conclusión que de esto se extrae es similar a la deducida del concepto schmittiano de Constitución: la constitución no puede disolverse en un complejo de normas, sino que es una unidad que actúa como ley vital de algo absolutamente concreto, y cuya esencia, por tanto, está más allá de su carácter técnico jurídico.

268

Los diferentes tipos de integración que Smend considera son los siguientes³⁸:

a) Integración personal.³⁹ A esta esfera corresponden ciertas personas o grupos (jefes de Estado, Gobierno, burocracia, etc.) cuya esencia no se agota en su carácter de portadores de competencias o en su calidad de órganos del Estado, sino que constituyen un trozo esencial del Estado mismo, que se hace visible en sus personas como totalidad espiritual y corporal.

³⁵ SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional* (trad. de J. M. Beneyto Pérez), Madrid, CEC, 1985, p. 61.

³⁶ *Ibid.*, pp. 62-63.

³⁷ *Ibid.*, p. 140, 168 y 226. Smend alude al Preámbulo de la Constitución de Weimar: «El contenido del carácter integrador se encuentra asumido en su totalidad en la parte inicial de la Constitución de Weimar, es decir, en los apartados del Preámbulo».

³⁸ Hay que advertir que ninguno de los fenómenos incluidos en cada uno de los tipos de integración pertenece, de manera exclusiva o pura, al grupo en cuestión. SMEND, R. *Constitución...*, *ob. cit.*, p. 92.

³⁹ *Ibid.*, pp. 70-77.

b) Integración funcional.⁴⁰ A ella pertenecen todas las especies de forma de vida colectiva de una comunidad, y en particular todos los procesos cuyo sentido es producir una síntesis social, desde un desfile militar hasta un debate parlamentario.

c) Integración material. En este tercer tipo de integración vamos a centrar nuestra atención, puesto que consideramos que un Preámbulo constitucional cumple una función de integración material⁴¹. La integración material se opone a la integración personal y a la funcional en tanto estos últimos son, únicamente, modos de integración formal. A este respecto Smend escribe: «Es cierto que no existe, en última instancia, ningún modo de integración formal sin una comunidad material de valores, del mismo modo que no es posible la integración a través de valores sustantivos si no existen formas funcionales. Pero generalmente predomina uno de los dos tipos de integración... A los tipos de integración que consisten en momentos formales (personales y funcionales)... se oponen radicalmente aquellos tipos de configuración de la comunidad que se basan en valores comunitarios sustantivos⁴²».

A la integración material o real pertenecen todos aquellos fenómenos que significan participación de los individuos en un contenido de valores estatales. Entre estos destacan todos los símbolos⁴³ que materializan el contenido axiológico del Estado y hacen sencillo su conocimiento.

«Un punto clave de la moderna teoría del Estado es la consideración de que el Estado se basa en la consecución de objetivos comunes, o, por lo menos en que dichos fines justifican la existencia del Estado⁴⁴». Los mencionados fines y objetivos, como acabamos de ver, suelen hallarse recogidos en los preámbulos constitucionales y en tanto que aquéllos son factores de integración real, los preámbulos en cuestión adquieren el mismo carácter.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 78-92.

⁴¹ La idea la formula SMEND en relación con el Preámbulo de la Constitución de Weimar.

⁴² *Ibid.*, pp. 92-93.

⁴³ «La Constitución, o más exactamente sus fórmulas concretas, tienen carácter de símbolos jurídicos, contienen expresiones que pueden transmitirse en la vida diaria a los juristas y en general a los ciudadanos». LUCAS VERDU, P. *El sentimiento constitucional*. Madrid, Reus, 1985, p. 129.

⁴⁴ SMEND, R. *Constitución...*, ob. cit. p. 93.

Como ya vimos los preámbulos constitucionales suelen contener el techo ideológico del régimen, sintetizan todo su contenido axiológico, y cumplen esta función de un modo asequible para todo ciudadano. El pueblo, interiorizando y asimilando el texto preambular de una Constitución, penetra sin dificultad en la esencia de ésta y en la medida en que gracias a este sencillo acercamiento se identifica con la Constitución, aunque le sean desconocidos los preceptos concretos del articulado, queda integrado en el sistema político. Es paradigmático en este sentido el caso del Preámbulo de la Constitución de los EEUU que todos los jóvenes norteamericanos aprenden de memoria en la escuela. La adhesión de los ciudadanos al Preámbulo, texto de fácil comprensión, es expresión de un sentimiento constitucional que ha de interpretarse como identificación del pueblo con la Constitución en su conjunto aunque le resulte desconocido su concreto articulado. La idoneidad del texto preambular para suscitar esta identificación hace de él un factor de integración material de primer orden.

De lo anterior cabe extraer algunas conclusiones sobre la posible utilización de los preámbulos constitucionales para la enseñanza de la Constitución y la potenciación del sentimiento constitucional.

270

Frente a la poca atención que se ha prestado a los preámbulos constitucionales, mantenemos que una enseñanza de la Constitución preocupada por los aspectos axiológicos, culturales e históricos del fenómeno constitucional no puede prescindir de ellos. Una enseñanza de la Constitución que aspire a acercar ésta al ciudadano medio necesita recurrir al Preámbulo constitucional dada la mayor facilidad de comprensión de los conceptos allí recogidos.

La importancia de la educación política y de la enseñanza de la Constitución no puede ser inadvertida. Dicha importancia aumenta conforme se incrementa la ambición transformadora de un texto constitucional. «Las Constituciones que apuntan a metas sociales ambiciosas exigen a los ciudadanos una elevada conciencia o religiosidad civil, una dedicación a intereses superiores⁴⁵». Y es que la enseñanza del Derecho Constitucional no se agota

⁴⁵ LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento...*, *ob. cit.*, p. 130. Esto es algo que ya está presente en nuestra historia constitucional desde sus inicios en Cadiz, en 1812. Con referencia a éste texto un autor de la época escribía: «Lo que importa es que nuestro Código fundamental, tal cual es, mientras se perfecciona con el tiempo, la experiencia y el estudio, sea amado y respetado por

en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se «insista en la necesidad de que la sociedad se adhiriera a aquélla (a la Constitución), sintiéndola como cosa propia⁴⁶». Resulta imprescindible, pues, acrecentar la adhesión a la Constitución y a lo que representa⁴⁷. Una enseñanza adecuada del texto constitucional puede ser una contribución notable para la consecución de este fin. En este sentido, podemos hacer las siguientes consideraciones⁴⁸:

a) La necesaria implantación en una sociedad determinada de un auténtico sentimiento constitucional exige como tarea inexcusable ubicar la enseñanza de la Constitución en las enseñanzas primaria y secundaria. Ahora bien, por la índole específica de sus destinatarios y de los profesores que la imparten no puede pretenderse en modo alguno la explicación técnico-jurídica del régimen político, sino que lo que ha de intentarse es la transmisión del telos de la Constitución, de los principios ideológicos fundamentales que la informan. Para este fin los preámbulos constitucionales –siempre que cumplan las funciones políticas anteriormente analizadas– se configuran como instrumentos de gran utilidad puesto que la comprensión de sus enunciados no ofrece grandes dificultades.

b) El objeto de esta enseñanza, por tanto, no reside en el texto articulado de la Constitución, lo cual es materia de la correspondiente asignatura de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, sino en las ideas básicas de Estado de Derecho, convivencia democrática, soberanía del pueblo, etc.

Por lo que se refiere a la doctrina española, la utilidad del Preámbulo constitucional para la enseñanza de la Constitución, para la potenciación

los españoles con una especie de culto; no permita que se viole jamás, aun en el que parezca más insignificante de sus artículos, y que todos los buenos españoles estén prontos a defenderle aunque sea arriesgando su sangre. La Constitución, toda la Constitución sin excepción, debe ser la voz de guerra de los ciudadanos de España siempre que se ataque su ley fundamental (SALAS, R. *Lecciones de Derecho público constitucional para las Escuelas de España*. Madrid, CEC, 1982)». En este sentido la Constitución de 1812 disponía en su artículo 368: «El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas». El artículo 148. 3 de la Constitución de Weimar, por su parte, disponía que cada escolar recibiese al terminar la escuela un ejemplar de la Constitución. Naturalmente esto por sí es insuficiente, es menester exponer el espíritu del texto que se entrega.

⁴⁶ LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento...*, ob. cit., p. 70.

⁴⁷ JUSTO LÓPEZ, M. *El mito de la Constitución*. Buenos Aires, A. Perrot, 1963.

⁴⁸ Lucas Verdú, P. *El sentimiento...*, ob. cit., p. 134.

del sentimiento constitucional, no es una idea nueva. La relación entre la enseñanza de la Constitución y el Preámbulo constitucional fue ya puesta de manifiesto en los debates constituyentes. En el transcurso de los debates que precedieron a la aprobación de la Constitución española de 1978, el escritor y economista, José Luis Sampedro, en su calidad de senador de designación real, remitió al Presidente de las Cortes constituyentes, Antonio Hernández Gil, una carta en la que resaltaba la importancia de que la Constitución fuera aprobada precedida de un Preámbulo. La defensa de este texto introductorio se hacía en los siguientes términos: «Debería lograrse un texto lapidario capaz de motivar el juicio positivo de los ciudadanos conscientes a la hora del referéndum, porque es claro que no van a analizar toda la Constitución. *Debería servir también como base de comentarios sencillos en las escuelas* y en los medios de difusión. Debería servir, en fin, para demostrar que la Constitución no es sólo (y ya es mucho) un texto jurídico, sino también una palanca motivadora y estimulante para la democracia⁴⁹».

272

Para Sampedro estaba claro que el sentimiento constitucional no consiste en la adhesión entusiasta a éste o a aquél artículo, capítulo o título de una Constitución, sino en la necesaria, firme y sentida vinculación de la ciudadanía con el *telos* de la Constitución. La gran mayoría de los ciudadanos no entiende mucho de los tecnicismos jurídicos del texto constitucional, pero sí comprende que la Constitución nos diferencia de y protege contra la autocracia pasada o futura.

Esta relación entre Preámbulo constitucional y sentimiento constitucional, ya advertida por el senador citado antes de aprobarse el Preámbulo actual, ha sido destacada también por los autores que se han ocupado de comentar el Preámbulo de la Constitución española. Así Morodo escribe: «El valor del Preámbulo es el de ofrecer al intérprete un material de primera mano a la hora de aclarar el sentido de las normas constitucionales y, al mismo tiempo, trazar unas líneas de referencia a los poderes públicos en su labor de actuación y desarrollo de los contenidos de nuestra Constitución. Todo ello sin perjuicio de *la utilidad que puede tener para crear ese 'sentimiento constitucional'* que se da cuando los ciudadanos asumen como propios los principios constitucionales y los incorporan como elemento irrenunciable de

⁴⁹ HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político español y la Constitución*. Planeta, Barcelona, 1982. p. 310.

la convivencia nacional. Es decir, sin perjuicio de la funcionalidad que puede tener el Preámbulo constitucional como *elemento de socialización política y factor de integración nacional*⁵⁰. En el mismo sentido se pronuncia Alzaga: «Es de celebrar la existencia de éste lacónico y bien redactado preámbulo, que por su propia naturaleza ha podido abandonar la terminología técnico-jurídica que necesariamente impregna hasta el último rincón el extenso articulado de nuestra Constitución, para emplear un lenguaje directo y *capaz de llegar hasta el último de los españoles*. Y esto es importante y auténticamente positivo, pues no debe olvidarse que la Constitución no es sólo una ley, sino muy especialmente un instrumento de socialización política⁵¹». Por último, reproduzcamos las palabras del que fuera presidente de las Cortes constituyentes Hernández Gil: «En un entendimiento democrático del poder, el preámbulo enuncia el mensaje que encarna el espíritu y refleja el propósito justificativo de la creación de un orden jurídico nuevo. El preámbulo puede servir para *acercar a todos, de manera sintética e insinuante, el fondo de las determinaciones normativas, su base histórica y sus ideales inspiradores*⁵²». La lectura del Preámbulo permite, pues, a la ciudadanía, captar el *telos* democrático y progresista del texto constitucional.

De todo lo anterior podemos extraer la conclusión de que en el caso español el Preámbulo constitucional por expresar, estética y simbólicamente, la ruptura con el ordenamiento autocrático anterior; por sintetizar el *telos* democrático y progresista del texto constitucional; por la facilidad de retener sus formulaciones; y por su excelente construcción literaria, es un instrumento básico para la enseñanza de la Constitución y para la educación cívica. Se configura como un texto idóneo para ser comentado en las escuelas con objeto de fomentar en las jóvenes generaciones un auténtico sentimiento constitucional

Lo anterior es algo que no solamente cabe atribuir al Preámbulo de la Constitución española, sino a todo preámbulo constitucional que cumpla con la función política de sintetizar la decisión constitucional básica y expresar los principios ideológicos fundamentales de un régimen político.

⁵⁰ MORODO, R. «Preámbulo» en *Comentarios a las Leyes políticas*. Tomo I (dirigidos por O. Alzaga), Madrid: Edersa, 1983, p. 18.

⁵¹ ALZAGA, O. *Constitución española de 1978*. Ed. El Foro, Madrid, 1978. pp 67-68.

⁵² HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político...*, ob. cit. pp. 305-306.

Las razones del precedente en las tradiciones del *common law* y el *civil law*

✍ LUIS M. SÁNCHEZ*

Sumario:

I. Introducción. **II.** El precedente en los orígenes del *common law*. **III.** Precedente en el *civil law*. **IV.** Algunas cualidades del uso razonable del precedente. **V.** Precedente e interpretación. **VI.** Precedente y razones para el balanceo. **VII.** Precedente y separación de poderes.

Resumen:

El autor hace un recuento de los orígenes de la institución jurídica del precedente en los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*, para luego analizar algunas de sus características, los problemas derivados de su interpretación, particularmente si se trata de reglas o estándares, y las dificultades que implica para la teoría de la división de poderes.

Palabras clave:

Common law, *civil law*, *stare decisis*, precedente, división de poderes, interpretación jurídica, reglas, estándares.

Abstract:

The author recounts the origins of precedents as legal institutions in both the common law and civil law systems, so that he can then analyze some of its characteristics, the problems arising from its judicial interpretation, particularly if they are rules or standards, and the difficulties it carries for the theory of separation of powers.

Keywords:

Common law, civil law, *stare decisis*, precedent, division of powers, judicial interpretation, rules, standards.

* Abogado, maestro en Gobierno y Asuntos Públicos (FLACSO, México, D.F.); profesor de Derecho y Políticas. Ha publicado artículos en *Isonomía* (México), *Doxa* (Alicante), *Politics and the Life Sciences* (Indiana). Es autor de: *Argumentación jurídica y teoría del derecho* (1988); *Argumentación jurídica, un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial* (2004); y *Después del positivismo. Re-sustantivando el derecho* (2011).

I. Introducción

Se conoce que la doctrina del *precedente judicial* –también llamada doctrina del *stare decisis* es propia del *common law*, lo que no quiere decir que sea extraña a la tradición del *civil law*. En el *civil law*, la autoridad de los casos sentenciados opera usualmente bajo el nombre de *Jurisprudencia constante*, la que tiene singularidades en la manera en que se conforma, pero su fuerza normativa es semejante a la del *precedente* del *common law*. En este ensayo se hace una revisión comparativa de las características sustantivas de ambas tradiciones, lo que constituye un punto de partida necesario para entender mejor la manera en que se configura y se extiende el uso del precedente en el Perú.

II. El precedente en los orígenes del *common law*

Es usual remitir los orígenes del *common law* a los procesos de conquista de Inglaterra por los ejércitos normandos, al inicio del segundo milenio. En la medida de su desplazamiento por los territorios interiores, los reyes normandos y sus funcionarios se veían llamados a atender los conflictos y peticiones de la gente, lo que trataban de hacer siguiendo las costumbres de cada sitio. Sin embargo, no siempre lograban un entendimiento pleno de las usanzas locales y la gente protestaba. Para aplacar los descontentos, los funcionarios dieron en atenerse a la regla «los casos iguales deben resolverse de la misma forma».

Así se fue originando la doctrina del *stare decisis*, que impone al juzgador la tarea inicial de averiguar cómo se han tratado los casos iguales en el pasado¹ y tener en cuenta los juicios emitidos. Siguiendo este criterio se fueron sumando decisiones que la gente tendía a aceptar, porque daban una cierta seguridad del tratamiento a recibir y suscitaban una expectativa de trato igualitario. Eso afirmaba también el interés del rey de mantener la paz y el orden, sin entrar en conflicto con la gente. El resultado iba siendo la formación de un cuerpo de criterios que los administradores usaban como

¹ En su formulación básica la doctrina del *stare decisis* postula tomar en cuenta las decisiones de los antecesores. El *Black's Law Dictionary* se refiere al *stare decisis* como «atenerse a los casos resueltos, respetar los *precedentes*, mantener las adjudicaciones previas». *The Law Dictionary*, Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary, 2nd Ed.

reglas, llamadas poco a poco *common law*², porque se asumían como reglas comunes para el trato entre las diferentes comunidades.

Sin embargo, en la tradición anglosajona el *common law* no agota el derecho. Otro rol importante, y con frecuencia superior al precedente, lo tiene la equidad (*equity*), a cargo en sus orígenes de los cancilleres nombrados por el Rey (*Chancellors*). «Cuando ellos [los cancilleres] confrontan intrincados asuntos de prueba, no miran a la prueba, como hacían sus pares del *common law*. Más bien, ellos basaban sus juicios en preceptos cristianos», expresan Cook y otros³.

Vale destacar las razones por las que la *equidad* se fue haciendo necesaria frente al *common law*, pasando a ser en los hechos una fuente de derecho con mérito propio. El canciller Lord Ellesmere lo explicaba de esta manera: «La causa por la que hay cancelería [léase, *equity*], es porque las acciones de las personas son tan diversas e infinitas, que es imposible hacer alguna ley general que puede adecuarse con propiedad a cada acto particular, y no fallar en algunas circunstancias»⁴.

Las decisiones del *common law* parecían mostrarse rígidas frente a la diversidad de circunstancias a atender, y los procedimientos formales (*writs*) para acceder a la justicia del *common law* se volvían cada vez más complicados. La *equidad* se performa entonces como un sistema de justicia que trata de eludir estas dificultades, basado en cierta discrecionalidad del juzgador. Explica al respecto Cook: «En el *common law*, si uno puede probar ciertas cosas, uno tiene un derecho establecido a algo. En contraste, en la *equidad*, el Canciller retiene una discreción para no otorgar un remedio reclamado si piensa que el demandante moralmente no lo merece»⁵.

Ocurrió entonces que mientras las reglas del *common law* se endurecían, la *equidad* ganaba mayor confianza de la gente. Además, no dejaba de plantearse conflictos entre ambas. De hecho el conflicto más trascendente se dio a comienzos del año 1600 entre el Canciller Lord Ellesmere y el Juez

² Véase, CATRIONA COOK, Robin CREYKE, Robert GEDDES, Ian HOLLOWAY, *Laying down the Law*, Butterworths, Australia, 1996, 4th edition, p. 9. (Las traducciones corresponden al autor, salvo que se indique de otro modo).

³ *Ibid.* p. 13.

⁴ LORD Ellesmere, citado por COOK *et. al.*, ed. cit., p. 13.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

superior del Tribunal del Rey, finalmente resuelto en una conferencia de los magistrados más antiguos. «La conferencia recomendó –dice Cook– que en caso de conflicto entre los dos, la *equidad* debe prevalecer. Esta es la regla hasta hoy»⁶.

La *equidad* se mantiene, entonces, como un criterio que, en la tradición anglosajona, todas las cortes pueden utilizar. Los jueces pueden aplicar las reglas del *common law* o la *equity*, o ambas, según juzguen apropiado para el caso⁷, Independientemente de cuál sea su nivel o ubicación.

Más adelante, con la formación del parlamento, en el siglo XIII, surgieron las leyes (*statutes* o *acts*), aunque originariamente este tipo de normas se conformaban con los decretos del rey, y con el surgimiento del parlamento se plantea el problema crucial de la separación de poderes. Se plantea, por consiguiente, la cuestión del interjuego que tendría que haber ante todo entre *statutes* y *common law*.

La primera consecuencia de ello es que los jueces del *common law* empiezan a usar las reglas aprobadas por el Congreso, además de las reglas del *stare decisis*⁸. Eso no lleva, sin embargo, a que las reglas estatutarias reemplacen –ni deban reemplazar– al *common law*, entre otras cosas porque una norma general nunca agota la infinidad de casos particulares. El *common law* sigue operando como norma de justicia para los casos específicos. A juicio de Sunstein, esto le da al *common law* una cierta superioridad como medio de adjudicación del derecho: «si las fragilidades humanas y necesidades institucionales son dejadas de lado, los juicios particularizados, basados en las características relevantes de cada caso, representan la más alta forma de justicia»⁹.

Nótese que el reconocimiento de la necesidad y la alta cualidad imperativa de las normas que construyen los jueces con sus decisiones, no equivale a decir que los jueces aprueben normas que tienen la característica de «leyes» generales en el sentido de los *statutes*.

⁶ Ídem.

⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁸ A propósito de las reglas, SUNSTEIN subraya que «El hecho que el *common law* opera por analogía, no significa que no tiene reglas. Más bien está invadido por estas, no menos que los sistemas del *civil law*». Cass R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 78.

⁹ *Ibid.*, p. 135.

Importa observar también, de acuerdo con lo reseñado, que las innovaciones en el derecho del *common law* se fueron produciendo en conexión con las demandas prácticas de la gente y los criterios que construían los jueces, no tanto por migración o importación de instituciones de la experiencia de otros países. Incluso cuando la tradición del *common law* se extiende a los países colonizados por Inglaterra –conformantes del *Commonwealth* en su gran parte–, esa forma de progreso endógeno del *common law* sufre variantes pero no se altera de modo radical.

Cook resume los rasgos generales del funcionamiento del *precedente* en el *common law* del modo siguiente:

- Cada tribunal está obligado por la decisión de los tribunales superiores en su jerarquía¹⁰;
- La decisión de una corte en una diferente jerarquía puede ser de considerable peso pero no es obligatoria fuera de esa jerarquía;
- Sólo la *ratio decidendi* (la decisión del juez sobre los hechos materiales) de un caso es obligatoria;
- Cualquier decisión relevante, aunque no obligatoria, puede ser considerada y seguida;
- Los precedentes no son necesariamente abrogados por el paso del tiempo¹¹, así como tampoco el paso del tiempo determina de por sí la autoridad del precedente¹².

De manera que cuando los jueces del *common law* expresan que se están adhiriendo al principio del *stare decisis*, lo que están diciendo simplemente es que han decidido mantener las razones de la decisión en casos anteriores¹³.

¹⁰ En el derecho anglosajón pueden haber jerarquías separadas. No toda la administración de la justicia conforma una sola jerarquía. Por ejemplo, en el caso de Australia hay las jurisdicciones de las Cortes temáticas como las de familia, relaciones industriales, equivalente en posición a las Cortes Federales. *Cook et al*, ed. cit. p. 362

¹¹ *Ibíd*, p. 63.

¹² *Ibíd*, p. 75.

¹³ *Ibíd*. p. 63.

Esto no implica que los jueces deban decidir basándose sólo en el *stare decisis*, ni que no puedan apartarse de él ni cambiarlo. Como se sabe, el estilo de pensamiento del *common law* tolera la disensión judicial, tan luego como puedan concurrir ciertas circunstancias de justificación que le toca al propio juez evaluar. En Inglaterra, por ejemplo, Garvey Algero anota: «Hoy, las decisiones de las *High Courts*, que son algo comparables a las *Trial Courts* en Estados Unidos, no obligan a otras cortes, sino que sirven simplemente como autoridad persuasiva para otras *High Courts* y las cortes inferiores. Las decisiones de las *Courts of Appeals* obligan a las *High Courts* debajo de ellas en la misma jerarquía y, fuera de circunstancias inusuales, obligan a la *Court of Appeals* a cargo de la decisión. Finalmente, las decisiones de la *House of Lords*, que es más o menos equivalente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, son estrictamente obligatorias para todas las cortes inferiores y para la *House of Lords* en sí misma, aunque la Corte ha establecido una práctica de rechazar *precedentes* cuando se determina que son insatisfactorios, especialmente cuando ellos pueden ser distinguidos»¹⁴.

Es decir que el sentido de lo «obligatorio» admite variantes de intensidad en el *common law*. La obligatoriedad estricta liga a las diferentes cortes particularmente cuando se trata de las decisiones de la *House of Lords*, la instancia más alta. Sin embargo los propios Loes asentaron en 1966, que «Su investidura reconoce que la adherencia demasiado rígida al *precedente* puede conducir a la injusticia en un caso particular, así como restringir indebidamente el propio desarrollo del derecho»¹⁵.

Semejante es el caso en los Estados Unidos donde la doctrina del *stare decisis*, así como la estructura jerárquica de las cortes, típicamente requiere que las cortes bajas estén limitadas por las decisiones de las cortes altas de cada jurisdicción¹⁶. Sin embargo, según recuerda Garvey, en los Estados Unidos, «(...) las cortes típicamente se separan de la estricta adherencia al precedente cuando éste parece estar desactualizado, ‘cuando la regla existente ha producido resultados indeseables’, o cuando ‘la decisión anterior estuvo basada en lo que ahora se reconoce como razonamiento defectuoso»¹⁷.

¹⁴ Mary GARVEY ALGERO, *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common law Nation*, 65 La. L. Rev. (2005) P. 784-785.

¹⁵ Citado por GARVEY ALGERO, loc. cit. p. 785.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ *Ibid.* p. 768.

También ocurre esto en la tradición australiana, donde se mantiene la flexibilidad en los usos del precedente bajo ciertas consideraciones. Al respecto Cook sostiene que: «Mientras un simple juez en un Estado o territorio de una Corte Suprema, o un juez en una corte inferior debe estar consciente de los valores contemporáneos de la sociedad y lo que una persona común consideraría como apropiada decisión en ese contexto, generalmente hablando los jueces de primera instancia están obligados a seguir a la ‘autoridad obligante’ en la forma de una decisión de una corte de más alta jerarquía sobre un mismo asunto»¹⁸.

Sin embargo un juez puede decidir no seguir el criterio del superior. «Si el juez decide no seguir tal *precedente*, él o ella deben expresamente distinguir (es decir, explicar de qué modo el caso originario es diferente del caso actual) y por lo tanto [el precedente] es no aplicable»¹⁹.

¿Qué pasa si el juez no hace expresa la distinción? La decisión es considerada *per incuriam*: es decir, una decisión dada por ignorancia o por olvido, y por lo tanto incapaz de constituirse en precedente vinculante para casos futuros²⁰.

Cook remarca un hecho aún más importante: en las decisiones judiciales de las cortes de apelación, los *principios* y las *políticas* juegan un rol que «(...) podría decirse dominante, en adición a la autoridad de las reglas, o la doctrina del *stare decisis*»²¹. Los *principios* y *políticas* están referidas a las creencias políticas, sociales, económicas y culturales contemporáneas, a los valores sociales en general y de los jueces en particular en su manera de comprender la sociedad²².

Esto permite que, en el contexto del *common law*, la creatividad judicial no queda excluida, sin que ello autorice a las cortes a practicar un decisionismo puro, ni a comportarse como un órgano legislativo propio. Los jueces tienen la responsabilidad de decidir los casos partiendo del derecho que encuentran, por lo que tienen un deber general y permanente de fundamentar y auto restringirse²³.

¹⁸ COOK *et al*, ed. cit., p. 78.

¹⁹ *Ibíd*, p. 79.

²⁰ *Ídem*.

²¹ *Ibíd*, p. 80.

²² *Ídem*.

²³ *Ibíd*, p. 87.

Cook explica la utilidad social del precedente porque éste no es más que un refinado y formalizado ejemplo del proceso normal de toma de decisiones que busca evitar la arbitrariedad y promover la certidumbre y consistencia. Se parece en eso a lo que las personas hacen de continuo en su propia experiencia, ateniéndose a las soluciones que conocen, hasta tanto no haya evidencias contundentes que las haga cambiar de criterio.

Otro autor, Daniel Farber, considera que la decisión de atenerse al punto de vista de los predecesores tiene ventajas de *eficiencia*: ahorra tiempo y dificultades, ya que volver a discutir los acuerdos y las prácticas en todos los casos, llevaría a la parálisis²⁴. Comporta también *humildad*, desde que sería arrogante asumir que solo las generaciones actuales tienen acceso a la verdad. Respetar el *precedente* implica la obligación de considerar con cuidado lo que otros jueces inteligentes y reflexivos pueden haber pensado antes sobre un caso.

También hay ventajas de *igual tratamiento*, desde que sería arbitrario decidir este año un caso de una manera, y de manera opuesta un caso idéntico al siguiente año. Farber explica que la preferencia por la uniformidad no es un imperativo inquebrantable, pero previene de apartarse del *precedente* con demasiada rapidez.

282

La otra ventaja que Farber remarca es la de *Neutralidad*. Cuando un juez decide un caso particular, debe proporcionar razones que tendrán efecto precedencial en casos posteriores, incluso –o sobre todo– para él mismo. Existe un deber moral de neutralidad que le dice al juez: «debo seguir mi *precedente* en el futuro», asumiendo por supuesto que en adelante se le presenten casos iguales o análogos.

Farber añade que, de este modo, el *precedente* concurre bien a los propósitos de estabilidad para gobernar que busca la Constitución. Si las cortes no le dieran especial credibilidad a los *precedentes*, especialmente a aquellos que pueden considerarse fundacionales (*bedrock*), no sólo sería imprudente, sino que ello socavaría los propósitos del constitucionalismo²⁵.

²⁴ Daniel A. FARBER, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 *Minn. L. Rev.* (2005), pp. 1177-1178. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1693>.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 1180-1181.

Eso hace posible también que las cortes sean, en vez de una colección de individuos que cambian cada cierto tiempo en el puesto, una institución capaz de construir un cuerpo de normas. «Esta clase de decisiones, que son familiares a los estudiantes del Sistema del *common law*, están suficientemente estructuradas para proveer estabilidad y coherencia, siendo suficientemente flexibles para permitir la improvisación y el crecimiento»²⁶.

La doctrina del *stare decisis* permite entonces preservar la estabilidad, pero también deja espacio para la innovación y la corrección de los errores²⁷. Si se mantuviera atada al pasado seguramente perdería aptitud para dar soluciones adecuadas a los nuevos problemas. Tiene plena validez, en relación con esto, el comentario de Richard Posner cuando sigue a Nietzsche, «Los precedentes proporcionan buenas soluciones para los problemas actuales sólo si el presente se parece muy cercanamente al pasado. Si no es así, entonces una persona que ‘sólo repite lo que ha escuchado, aprende lo que es conocido, o imita lo que ya existe’ no será capaz de resolver esos problemas»²⁸.

Se podría decir así que *estabilidad* y *apertura* son las dos propiedades con las que el precedente contribuye al gobierno del derecho (*Rule of law*), lo que desde luego no equivale a decir «derecho de las reglas» (*Law of rules*). De esta manera, en la tradición anglosajona, el *precedente* no bloquea radicalmente el contacto con las creencias de justicia de la gente ni con la manera en que se razona en la vida diaria. Esto lo explica Brian Bix: «Dado todos los giros y vueltas del razonamiento del *common law*, uno podría estar tentado de concluir que esta es una forma completamente rara de administrar un Sistema legal, sino fuera por el hecho que el razonamiento del *common law* parece reflejar, en un nivel público, la forma en que la gente desarrolla sus propios principios morales y visiones sobre la vida»²⁹.

Ernest Blochse ha referido a ello también, de un modo igualmente convincente: que, de cierto modo, «la práctica inglesa, desarrollada a lo largo de innumerables precedentes, descansa sobre un *commonsense* democrático (...)»³⁰.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 1183-1184.

²⁷ *Ibíd.*, p. 1175.

²⁸ Richard POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, p. 151.

²⁹ Brian BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, 3d ed. 2004, p. 149. Citado por FARBER, loc. cit., pp. 1183-1184.

³⁰ Ernst BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, traducción Felipe GONZÁLES Vicén. Clásicos Dykinson, Safekat S.I, Madrid, 2011, p. 179.

Otro aspecto a observar, en la perspectiva constitucional, es que en la tradición anglosajona el derecho constitucional no se guía únicamente por el precedente judicial, sino que considera el *precedente* del Congreso y el del Presidente de la República. Por ello, como dice Farber, hay que resistir la tentación de poner una simple ecuación entre *common law* y *constitutional law*. El Derecho constitucional «no se basa únicamente en precedentes judiciales a la manera del *common law*... otras formas de historia constitucional también juegan un importante rol... *Precedentes* no judiciales también son importantes... Una línea consistente de interpretación por el Congreso y por el Presidente también merece respeto»³¹.

Esto es así, entre otras cosas, porque no hay forma de inferir los límites precisos de actuación de los poderes, como Madison ya lo mantuvo en su época. En *The Federalist N° 37*, Madison escribió: «la experiencia nos instruye que ninguna destreza en la ciencia del gobierno ha sido capaz todavía de discriminar y definir, con suficiente certidumbre, lastres grandes provincias del legislativo, el ejecutivo y el judicial; o incluso los privilegios y poderes de los diferentes brazos del legislativo».³²

284

Se tiene entonces que concluir que la doctrina del precedente se interesa en mantener un cierto vínculo de lo judicial con la política y con la sociedad. Por eso es que en casos paradigmáticos de la discusión norteamericana, ha habido confluencia de criterios entre los poderes del Estado. Farber recuerda, a propósito de ello, que las consideraciones de las cortes norteamericanas post *New Deal* recibieron el apoyo del Presidente y el Congreso por un buen periodo. De la misma manera el mandato de integración del caso Brown fue refrendado por el Congreso y el Presidente en la *Civil Rights Act* de 1964³³.

III. Precedentes en el *civil law*

A veces se ha supuesto que el *stare decisis* no forma parte de los criterios de adjudicación en la tradición del *civil law*³⁴. Ciertamente no parece ha-

³¹ FARBER, loc. cit. p. 1184.

³² *Ibíd.*, p. 1186.

³³ *Ibíd.*, p. 1185.

³⁴ Véase, VINCY FON, FRANCESCO PARISI, «Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis, *International Review of Law and Economics*». 26 (2006) 519-535.

ber sido así en los orígenes de las democracias europeas debido posiblemente a la enorme influencia de la revolución francesa, que desconfió de las cortes monárquicas de modo radical, y consagró a la ley y al parlamento como únicas fuentes legítimas de soberanía popular.

Eso no significa que el valor de las decisiones de las cortes fuera ignorado. Por ejemplo, Savigny, considerado uno de los autores más representativos del *civil law*, ubicaba las decisiones de los jueces como parte del derecho consuetudinario, punto de vista que ha sido más o menos corriente hasta los años sesenta del siglo XX³⁵. Un viraje teórico significativo en este punto de vista, según anota Zaccaria, vino con Martín Kriele (1967), quien constata que «(...) en los sistemas de *civil law*, es tal la influencia de hecho de los precedentes en la orientación de la interpretación y la decisión judicial, que se puede tranquilamente hablar de «vinculación presuntiva»³⁶.

Entre los jueces de la tradición continental europea la tendencia ha sido a aceptar la fuerza de los casos anteriores a menudo de manera implícita. Además, en el *civil law* no se suele acudir a la autoridad de un caso simple, sino a la repetición de casos, a lo que generalmente se denomina *jurisprudencia constante*, *costumbre judicial* o a veces *doctrina legal*. Además la fuerza de la jurisprudencia es principalmente interpretativa. En el *civil law*, dice Garvey, «Cuando se considera al *precedente*, las cortes tienden a mirar las decisiones anteriores como simples interpretaciones del derecho, y a menudo son libres de decidir consistentemente con las anteriores interpretaciones de las cortes o rechazarlas».³⁷

Se puede concluir entonces, siguiendo a Zaccaria, que en las decisiones de las cortes del *civil law*, «incluso cuando no se atribuye una relevancia formal a los *precedentes*, a las orientaciones jurisprudenciales consolidadas, estas últimas ejercitan de hecho una considerable influencia sobre las decisiones judiciales»³⁸. De cierto modo las decisiones de las cortes se asumen como obligatorias sobre todo para las cortes inferiores, aunque la «obligatoriedad»

³⁵ Véase, Giuseppe ZACCARIA, «La jurisprudencia como fuente de derecho: Una perspectiva hermenéutica», en ISONOMÍA No. 32 / Abril 2010, p. 95 y ss.

³⁶ *Ibíd.*, p. 97.

³⁷ GARVEY ALGERO, *loc. cit.* p. 787.

³⁸ ZACCARIA, *loc. cit.* p. 98.

tiene connotaciones diferentes según los casos. Eso ocurre particularmente cuando hay un nivel de consistencia entre varios casos sentenciados.

En Francia, detalla Garvey, no hay obligatoriedad formal de seguir la decisión judicial previa. De hecho se puede decir que hay una regla opuesta: está prohibido seguir un precedente sólo porque es un *precedente*. Esto, sin embargo, no significa que las decisiones de los tribunales más altos no tengan fuerza para las cortes bajas.³⁹

En Italia el caso es parecido. Ningún precedente puede ser considerado estrictamente obligatorio, porque el sistema legal no está basado en el precedente como principio formal. Los precedentes no son considerados fuente del derecho⁴⁰. Sin embargo, las decisiones de las cortes superiores de todos modos tienen gran influencia orientadora para las cortes inferiores cuyas decisiones son apelables. Las cortes inferiores pueden adoptar una posición diferente sobre el asunto, sin embargo, se espera que expliquen adecuadamente las razones por las cuales no toman en cuenta los criterios de las superiores. «Las cortes inferiores tienen un derecho, no una obligación, para aplicar las reglas precedentes»⁴¹.

286

En España uno de los principios del derecho es que ‘el juez está obligado por las leyes y no por el precedente’. La jurisprudencia, o el precedente, no están listados en el Código Civil como una de las fuentes del derecho, a la manera de la legislación, la costumbre y los principios generales del derecho. Sin embargo, el artículo 1(6) del Código Civil reconoce que «la jurisprudencia de las cortes complementa el orden legal con la doctrina que, de manera constante, puede ser establecida por la Corte Suprema, al interpretar la legislación, la costumbre y los principios generales del derecho».⁴²

La proximidad entre el sistema legal europeo y el anglosajón en los usos argumentativos del precedente y la jurisprudencia, es en tal sentido, grande, como lo corroboran importantes estudios como el dirigido por

³⁹ GARVEY ALVERO, loc. cit., p. 787.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 789-790.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ibíd.*, p. 791.

MacCormick y Summers del año 1997⁴³. No por ello dejan de haber diferencias. Una de ellas se da en los estilos de razonamiento judicial. En general, según observa Bell⁴⁴, los operadores del *civil law* parecen suponer que a quien debe convencer la solución legal es a los especialistas, a los magistrados del tribunal o a los jueces inferiores; no tanto a la sociedad. En adición tienen cierta preferencia por el uso de argumentos de carácter apologetico (defender una posición) y polémicos (atacar un punto de vista), antes que acudir a argumentos persuasivos, dirigidos a convencer a un auditorio.

Se tiende a suponer por ello que el precedente establece un derecho que no admite dudas⁴⁵, y se asume una cierta jerarquía formal entre precedentes, de acuerdo con el órgano que los emite. Ello no significa que en los países del *civil law* los operadores dejen de prestar atención al caso específico o incluso al sentido de justicia. «Sólo cuando se le imponen argumentos de fuerza tales de hacer cesarla presunción a favor del precedente, el juez deberá ponderar nuevamente las cuestiones ya decididas con anterioridad y retomar entonces el examen del contexto efectivo del caso específico», anota Zaccaria⁴⁶. John Bell confirma esta opinión, comentando el estudio de MacCormick y Summers: «[L]o que emerge de los reportes nacionales es que los jueces no responden bien a los dictados jerárquicos de las cortes superiores. Como todos los profesionales, ellos están influenciados por el propósito de hacer justicia a los ciudadanos antes que por el respeto a un orden, incluso en los sistemas burocráticos que existen en la mayoría de países del *civil law*»⁴⁷.

Significativamente, una Constitución como la Alemana establece en su artículo 20, que los jueces están subordinados a «las leyes y el derecho» (*Gesetz und Recht*), no tanto a los superiores jerárquicos⁴⁸.

Esto hace que en los hechos la comunidad legal del *civil law* es más amplia que la conformada por los jueces, indica Bell. La comunidad legal

⁴³ Véase, Neil MACCORMICK & Robert S. SUMMERS, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Edited by D. Neil MacCormick & Robert S. Summers. Aldershot: Dartmouth Publishing Co. Ltd. 1997

⁴⁴ John BELL, *Comparing Precedent*, 82 Cornell L. Rev. 1243 (1997), p. 1252. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss5/13>.

⁴⁵ ZACCARIA, loc. cit. p. 98.

⁴⁶ ZACCARIA, loc. cit. p. 99.

⁴⁷ J. BELL, loc. cit. p. 1252.

⁴⁸ Ídem.

abarca no solo a las cortes sino a los profesionales del derecho, escritores y académicos doctrinarios, a los órganos de gobierno que diseñan el derecho así como los organismos no gubernamentales involucrados en hacer y aplicar el derecho, y no se debe perder de vista que las decisiones de las cortes se dirigen a todos ellos⁴⁹. Es notorio que en países como Francia o Italia, los autores y académicos tienen influencia notable en los jueces, o incluso tienen preeminencia para performar las decisiones jurídicas, en particular en el derecho privado.

Se puede decir, entonces, que si en el *common law* los jueces inferiores deben seguir el precedente, a menos que haya buenas razones para distinguir el caso, en el *civil law* el precedente es tratado como una de las razones para la decisión, lo que es particularmente cierto en materias diferentes a la penal en donde opera un principio de legalidad estricta en la determinación del tipo y de la pena. En ambos casos el resultado práctico es semejante: el precedente es tratado como una norma que puede ser derrotable en presencia de nuevas razones.

288

Este es el punto de vista que surge del estudio de MacCormick y Summers, resumido por Bell de la siguiente manera: «[L]os reportes sobre Alemania e Italia sugieren que la existencia de una decisión anterior de la Corte nacional más alta, altera la carga de la prueba. La carga está ahora en quienes disputan la corrección del *precedente* y se interesan en producir argumentos convincentes para derrotarlo. El efecto práctico de esto es muy similar a la racionalidad de las cortes del *common law* de no cambiar sus propios *precedentes* con demasiada prisa»⁵⁰.

En el *civil law* las decisiones precedentes contribuyen a la justificación del caso concreto, lo que no evita la necesidad de emprender discusiones sustantivas sobre lo que debe considerarse correcto⁵¹.

La conclusión que Bell obtiene de esto es que el precedente parece ser una característica de cualquier sistema legal en una forma u otra. Ello ocurre porque los ordenamientos tienen que satisfacer un conjunto de valores entre los que se cuentan la consistencia, coherencia, confiabilidad y protección de

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 1253.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 1254.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 1259.

las expectativas de la gente. Los jueces son conducidos a adherirse a las decisiones de sus predecesores, a menos que tengan buenas razones para actuar de un modo diferente: «La complejidad de un sistema legal exige que los precedentes impongan límites sobre las decisiones de los jueces por razones teóricas y prácticas, aunque la forma en que se usan los precedentes depende de varios factores institucionales y constitucionales»⁵².

La afirmación de Bell propiamente resume el punto de vista de MacCormick y Summers según el cual «cualquier sistema jurídico que tiene un sistema jerárquico de fuentes y publica las decisiones de las cortes de un modo apreciable... eventualmente llegará a reconocer los *precedentes* como una fuente mayor de razones autoritativas para la decisión»⁵³.

IV. Algunas cualidades del uso razonable del precedente

De la revisión anterior emerge que los precedentes son un medio necesario para ordenar el funcionamiento del derecho, entre otras cosas porque el conjunto de normas y soluciones se torna inmanejable dentro de cualquier esquema teórico, y sin embargo las decisiones de los jueces deben responder a una cierta coherencia de sentido. Esto significa que hay ciertas condiciones que hacen necesario y por otro lado delimitan la razonabilidad del uso del precedente, las cuales están referidas principalmente a la autoridad del precedente, a sus alcances de obligatoriedad así como a sus formas de interpretación. Sin duda, esto tiene un vínculo directo con el balanceo de reglas y razones y, ultimadamente, con el esquema de separación de poderes.

En lo que se refiere a la autoridad del precedente, el tratamiento que recibe en las dos tradiciones europeas es semejante. Se acepta como criterio que si la corte más alta hace el esfuerzo de resolver aspectos cruciales del derecho y tratan de unificar los esfuerzos de las diferentes cortes, es una falta de respeto e imprudencia que las cortes bajas ignoren el precedente. «El respeto por la jerarquía y la sabiduría de los jueces más altos, requiere que las cortes bajas den algún peso a las decisiones de aquellos. Este enfoque de sentido común se evidencia en todos los sistemas legales».⁵⁴

⁵² *Ibíd.*, p. 1271.

⁵³ MACCORMICK y SUMMERS, citados por BELL, *loc. cit.* p. 542.

⁵⁴ BELL, *loc. cit.* p. 1255.

Eso no quiere decir que la autoridad de los precedentes sea inviolable. Al respecto el estudio comparativo de MacCormick-Summers detecta tres niveles de autoridad en ambas tradiciones. El primero es el de las decisiones *formalmente obligatorias*, que tienen gran fuerza de prelación y solo pueden ser derrotadas por argumentos del mismo nivel; el segundo es el de las *decisiones más débiles*, que solo ofrecen argumentos para una decisión; y el tercero es el de las *decisiones meramente ilustrativas*. No obstante esa diferenciación, MacCormick y Summers tienden a apreciar la autoridad del *precedente más bien como un continuo antes que como un orden escalonado*.

Bell anota por su lado que, en «La mayoría de casos del *common law* los casos no son realmente obligatorios en sentido estricto, pero pesan de tal modo que pueden alterar la carga de la prueba en los argumentos de la corte; aunque ultimadamente no son decisivos, incluso en las cortes bajas». Las cortes del *common law* tienen disposición para distinguir los precedentes que pueden ser inconvenientes, lo que «se equipara, de algún modo, al fenómeno encontrado en muchos sistemas de *civil law* de muchas cortes bajas que rechazan las decisiones de las cortes altas».⁵⁵

290

Se hace evidente entonces que la razón por la que las cortes inferiores siguen las decisiones de las cortes altas, es más bien de carácter *prudencial* antes que *jerárquica*. Las cortes inferiores deben evitar comportarse de modo temerario, lo que no excluye que puedan apartarse de los fallos anteriores cuando haya razones fundadas. Si tuviesen que adherirse al *precedente* por estrictas razones jerárquicas no cabría en ningún caso el apartamiento. Como resultado, el *stare decisis* no impide la innovación o, si se quiere, la «experimentación» de soluciones por prueba y error, mecanismo de progreso que es tan válido en las ciencias como lo es en el derecho⁵⁶. Desde ese punto de vista el *stare decisis* proporciona una base de continuidad normativa potencialmente apta para asegurar la igualdad en el trato⁵⁷, pero también para tratar la diferencia.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ver, O.A. HAAZEN, Precedent in the Netherlands, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1 (May 2007), p. 6. En: <<http://www.ejcl.org>>. Daniel Farber, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, loc. cit. p. 1175.

⁵⁷ Cfr. Eloy ESPINOSA SALDAÑA, «El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana», en revista *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 1, Universidad de Talca, 2006.

Esto sugiere que la doctrina del precedente no se ata a la uniformización *per se* del Derecho. Lo que busca es la estabilidad prudencial del orden jurídico, dejando margen adecuado para que los jueces puedan distinguir las diferentes situaciones. Más *que* «uniformidad» lo que se busca es *consistencia* en las decisiones, bien entendido que se trata de una consistencia práctica, no tanto *lógica*: *lo que importa es la consistencia en soluciones que serán aceptadas por la gente* en la medida que sean soluciones justas.

En consonancia con lo anterior, los mecanismos por los que la autoridad del precedente se vuelve obligatoria, son también diferentes a los que se usan para hacer cumplir la ley.

A veces las cortes inferiores adhieren voluntariamente a las decisiones de las cortes altas, casi como diciendo «me justifico en lo que dice el superior». Otras veces la obligación de respetar las decisiones se pone de manera expresa por ejemplo, el artículo 65 de la Constitución italiana señala que todas las autoridades públicas (incluyendo las cortes) están obligadas a respetar las decisiones de la Corte Constitucional, caso equivalente al de la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el Perú—no se encarga a las cortes altas la función de «unificar» el derecho.

291

También se suele blindar los precedentes, estableciendo por ejemplo que estos no pueden ser removidos sino con una conformación calificada de la corte o de la reunión (por ejemplo con más integrantes), o a través de procedimientos especiales para que las cortes superiores puedan revisar decisiones autoritativas sobre asuntos ya decididos.

Otro medio de crear obligatoriedad son los reportes oficiales, práctica propia del *common law* pero también usada por las Cortes altas en países como Finlandia, Francia, Alemania e Italia. A partir de su publicación los casos seleccionados en los reportes judiciales⁵⁸ adquieren condición de obligatoriedad y deberán ser tomados en cuenta por las cortes inferiores.

Es difícil pensar que en presencia de este tipo de prácticas y normas expresas que demandan obligatoriedad, las cortes inferiores no tomarán en cuenta las decisiones de las superiores. Sin embargo, esto no significa que no

⁵⁸ Ídem.

tengan la posibilidad de apartarse de las mismas. En la práctica pueden resistirse de varios modos a la aplicación mecánica de los criterios superiores, no solo a través de la distinción sino apelando también a diferentes estrategias de interpretación. Hay que admitir, por ello, que la obligatoriedad de los precedentes opera *prima facie* pero no es invencible.

Eso explica que haya pocas noticias de casos donde la obligatoriedad del precedente se sancione con algún tipo de responsabilidad para el que no sigue el precedente. En las dos tradiciones europeas la obligatoriedad del precedente tiende a basarse en la convicción de los jueces, en la cultura institucional (ocupando el lugar de la «regla de reconocimiento» que correspondería al criterio de Hart), o en los hábitos de respeto a los criterios de administración de justicia que acuña cada tradición jurídica. La obligación de seguir el precedente se asemeja a una obligación jurídica sin sanción que por lo mismo se asemeja más a una obligación moral.

Hay, sin embargo, autores que creen que no dejan de haber sanciones contra los que no siguen el precedente. Legarre y Rivera dicen, por ejemplo, que «en el *stare decisis* vertical se advierte con más claridad la sanción en caso de incumplimiento: si un tribunal se aparta de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada)»⁵⁹. Lo que parece es que en este caso se hace un uso muy lato de la palabra «sanción». Primero porque las cortes superiores no están obligadas a dejar sin efecto la sentencia del inferior: pueden simplemente confirmar el criterio disidente del inferior y su actuación se considerará válida. Segundo, si el superior decide sentenciar de otro modo, estamos ante una diferencia de criterios jurisdiccionales, pero no ante una sanción en sentido propio.

En el *common law*, según lo visto antes, si se encuentra que el inferior se apartó del precedente sin justificar la distinción, la decisión es considerada *per incuriam* y no puede servir de precedente; pero la sentencia no se anula inmediatamente por ese hecho, correspondiéndole a la corte de apelaciones corregirla de ser el caso. En el *civil law* el superior puede dejar sin efecto la decisión disidente anterior pero no está obligado a hacerlo. Si el precedente fuese obligatorio en sentido fuerte —o en sentido jurídico propio—, el superior

⁵⁹ Santiago LEGARRE y Julio César RIVERA (h), «Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N0 1, pp. 109 - 124 [2006].

y el inferior estarían obligados: el superior a dejar sin efecto o a aplicar cualquier otra medida coercitiva contra el juez inferior, y éste a sufrirla.

V. Precedente e interpretación

Una cosa es decir –para ambas tradiciones– que un precedente –o una jurisprudencia constante– debe seguirse, anota Farber; otra es decir qué significa precisamente seguir un precedente⁶⁰. La existencia de un precedente no excluye para nada la interpretación, teniendo en cuenta, además, como señala Farber, que no se puede convertir la interpretación en un duelo de diccionarios, o en la exquisitez de partir las palabras de la manera más fina⁶¹. Más atinado es considerar que la interpretación jurídica no persigue la develación del misterio del lenguaje en sí mismo; tampoco la estipulación de significados lingüísticos. Lo que busca es la construcción de soluciones justas para cada caso, de acuerdo con los significados aceptados en cada contexto.

Desde ese punto de vista la discusión sobre los usos del precedente recae en el problema de saber si estos deben ser considerados como reglas o como estándares, o eventualmente como principios. Si los precedentes, dice Farber, son vistos más cercanos al caso o relacionados con los principios generales, entonces se parecen más a estándares legales⁶².

Es cierto que, en general, en ambas tradiciones los precedentes tienden a ser tratados como reglas en las cortes más bajas, pero si los jueces, aun los de las cortes inferiores, tienen la posibilidad de distinguir un criterio diferente, significa que en realidad el precedente está funcionando algo más como un estándar, como un criterio para la decisión, antes que como una regla estricta.

Una de las mayores ventajas de considerar a los precedentes como estándares es que, de ese modo, se hace más viable conseguir respaldo mayoritario a favor de ellos⁶³. Por otro lado se facilita su aplicación a situaciones análogas, a diferencia de lo que tiende a ocurrir con las *reglas*, cuya aplicación exige delimitaciones más estrictas.

⁶⁰ Farber, loc. cit. p. 1199.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 1201.

⁶² *Ibíd.*, p. 1200.

⁶³ *Ibíd.*, p. 1202.

VI. Precedentes y razones para el balanceo

El estudio de MacCormick y Summers referido antes soporta la conclusión de que los *precedentes* son tratados, en la práctica, en las dos tradiciones europeas, como razones de peso en la argumentación legal. Son razones privilegiadas en la deliberación de los jueces, frente a casos específicos, en el sentido que no puede prescindirse de ellas: en principio son prioritarias, a menos que puedan oponerse razones más convincentes. No se excluye entonces que el precedente pueda ser derrotado por otra norma, por una ley, o por una nueva y justificada re-interpretación judicial.

Bell puede decir, por ello, que «el precedente supone dar peso a las decisiones judiciales previas, en un proceso de razonamiento que atiende al balance de razones en cada caso. El hecho que una corte superior ha dado una decisión sobre un particular asunto afecta el balance de razones, pero no determina el resultado»⁶⁴.

Este entendimiento no se altera si se asume que el valor del precedente no viene de un caso singular sino de la jurisprudencia constante, aunque esta expresión pueda dar una idea equivocada de la similitud -extraordinariamente rara- entre los casos. Como dicen MacCormick y Summers, lo decisivo son las razones que subyacen al precedente, antes que el hecho del precedente en sí mismo⁶⁵ o la repetición del mismo. Lo valioso son las razones que se invocan en el caso o los casos decididos y la idoneidad de su extrapolación al caso por resolverse.

Entonces el precedente parece más un *set* de razones para la decisión antes que una fuente que pueda establecer derecho por sí misma. Se acomoda de esa manera -junto con todo el derecho- a la tesis de la argumentación legal como «caso especial» de la argumentación práctica (Alexy), requerida de producir certidumbre en las decisiones judiciales conforme a restricciones de tiempo y forma. En el final lo que verdaderamente importa, como lo expuso en su momento Perelman, es que el precedente satisfaga las certidumbres del auditorio democrático, y no *únicamente las* de las cortes o del legislador: «Si los jueces tuvieran que justificarse sólo con el legislador a través de su razona-

⁶⁴ BELL, loc. cit., p. 1256.

⁶⁵ D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, *op. cit.*, p. 545.

miento, mostrando que no violan el derecho, sería suficiente que refieran a los textos que están aplicando en su decisión. Pero si en su razonamiento tienen que hacer frente al público general, esto requiere que la interpretación que hagan del derecho sea más consistente con la justicia y el interés público»⁶⁶.

Debe anotarse, además, que asumir el precedente como una razón que no excluye el balanceo con otras razones -incluso políticas, morales o de principio, por más que en el balanceo no todas las razones tengan peso equivalente- choca inevitablemente con ciertas versiones de positivismo ensimismadas en la función de las reglas. Somos guiados -dice Bell- al punto de vista de que la pregunta por lo que sea derecho no puede excluir completamente argumentos morales, y al hacer eso, «al usar el precedente para plantear este asunto, McCormick y Summers performan un servicio invaluable»⁶⁷.

VII. Precedente y separación de poderes

Algunos autores piensan que la doctrina del precedente se contrapone a la separación de poderes, asunto que es relevante para ambas tradiciones europeas, aunque posiblemente lo sea más para la tradición del *civil law*. En los 80 John Merriman aducía, por ejemplo, que: «(...) la doctrina del *stare decisis* -es decir, el poder y la obligación de las cortes de basar sus decisiones en decisiones anteriores- familiar al *common law*, es obviamente inconsistente con la separación de poderes como se halla formulada en los países del *civil law*, siendo rechazada por estos. Las decisiones judiciales no son derecho. La función del juez, dentro de esa tradición, es interpretar y aplicar 'el derecho' tal como es técnicamente definido en su jurisdicción»⁶⁸.

Es posible que la explicación de Merriman de cuenta de la tradición francesa del siglo XIX, pero no tanto de las prácticas que el *civil law* ha seguido incorporando en los siguientes siglos. Como se dijo antes, la judicatura francesa no deja de tomar en cuenta los casos sentenciados, sin que, por otra parte, esto haya los llevado a sostener que la doctrina de la supremacía del poder legislativo deba ser revisada.

⁶⁶ PERELMAN, Chaim, *La Motivation des Decisions de justice, Essai de Synthèse*, citado por Bell, loc. cit. p. 1261.

⁶⁷ BELL, loc. cit. p. 1262.

⁶⁸ JOHN MERRIMAN, *The Civil Law Tradition*, 22-23 (2d ed. 1985), citado por Bell, loc. cit p. 1247.

Incluso en el caso de algunos códigos expresos que permiten a las cortes llenar vacíos legales por medio del *precedente* -como en el caso suizo o en el peruano- el conflicto con la separación de poderes no es inevitable. Cuando los jueces completan lagunas normativas, sin duda crean normas y se podría pensar que actúan como «legisladores» especiales; sin embargo, esto no plantea un problema intenso para la división de poderes al menos por dos razones: a) porque las normas que introducen no se postulan como normas generales, ni pueden superponerse a las leyes, ni son inderrotables; b) porque los jueces -como lo recuerda Bell- raras veces hacen uso de esa prerrogativa; la mayoría de veces prefieren apelar a argumentos por analogía.

Se puede concluir entonces que el precedente juega en un espectro de creatividad que va desde los extremos del legalismo atribuible al *civil law* francés, que no le reconoce calidad de fuente normativa -y sin embargo lo usa-, al discursivismo propio de los juicios constitucionales del *common law*⁶⁹, que encumbra al precedente pero tampoco puede prescindir de la ley.

En las dos tradiciones legales europeas, el precedente opera con una fuerza de obligatoriedad relativa, en medio del balance de razones formales y sustantivas que los jueces requieren considerar para su decisión. En la medida en que tampoco se le atribuye la fuerza de una ley de efectos generales, el uso del precedente no plantea un problema especial para la división de poderes⁷⁰. Lo que viene a continuación es preguntarse si esta es también la manera en que el precedente opera en el Perú, y de qué manera nuestros tribunales contribuyen con ello al mejor logro de los fines de la justicia. Habrá oportunidad de volver sobre esto.

⁶⁹ BELL, loc. cit. p. 1251.

⁷⁰ Esto cuando menos en teoría desde que no se excluye las tensiones y desbalances entre poderes que se pueden presentar en la práctica a partir de los usos que los jueces hagan de sus facultades.

La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional

✍ ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ*

Sumario:

I. Derechos fundamentales y terceros privados. 1.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la concepción liberal temprana. 1.2. Mundialización y bipolarización de las relaciones de poder. 1.3. Las objeciones de las concepciones liberales hacia la *Drittwirkung*. **II.** La eficacia de los derechos frente a las empresas en las constituciones estatales: una perspectiva comparada España - América Latina. 2.1. Eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales frente a privados. 2.2. La Constitución española de 1978. Un ejemplo de eficacia *indirecta o mediata* de los derechos fundamentales. 2.3. El constitucionalismo latinoamericano y la eficacia *directa o inmediata* de los derechos frente a terceros y a empresas. 2.3.1. La Constitución colombiana de 1991. 2.3.2. Las nuevas Constituciones de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009). **III.** La *Drittwirkung* en el marco de un nuevo constitucionalismo internacional. **IV.** Tomarnos en serio el Derecho Constitucional internacional. **V.** Conclusiones.

Resumen:

La mutación del capitalismo monopolista de Estado de la segunda mitad del siglo XX al capitalismo monopolista transnacional a partir de la mitad de los años setentas implicó una expansión de las empresas transnacionales. Ello abrió un escenario donde ya no tiene ningún sentido que la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, tanto a nivel estatal como internacional, se reduzcan a actuar solamente contra las posibles vulneraciones de los mismos por parte del poder estatal y no de los terceros privados. El presente artículo analiza el papel de las corporaciones transnacionales como potenciales vulneradoras de derechos humanos y explora nuevos campos de regulación jurídica, en el constitucionalismo estatal e internacional, para garantizar a los ciudadanos mecanismos de defensa de sus derechos frente a estas.

Palabras clave:

Derechos fundamentales, empresas transnacionales, *Drittwirkung*, tratados internacionales de derechos humanos.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).

Abstract:

Mutation from State monopoly capitalism in the second half of the 20th Century to the transnational monopoly capitalism in the mid seventies involved an expansion of transnational corporations. This opened a stage where no longer makes sense that the protection of fundamental rights and their systems of guarantees, both at internal and international level, are limited to take action only against violations made by the State and not by private parties. This article analyzes the role of transnational corporations as potential violators of human rights and explores new fields of legal regulation at both State and international level constitutionalism, to guarantee to citizens defense mechanisms against them.

Keywords:

Fundamental rights, transnational corporations, *Drittwirkung*, international human rights treaties.

I. Derechos fundamentales y terceros privados

La globalización o mundialización puede definirse de manera general como aquella fase del sistema capitalista (fase transnacional del Capital monopolista), en la que las dinámicas de inversión y acumulación se dan, sin ningún tipo de límites, más allá de los Estados, y también por tanto, la integración de los procesos productivos y mercados de trabajo¹.

298

Ahora bien, ocurre que a la internacionalización, sin límites ni trabas, de los derechos de los inversores y de los grandes propietarios transnacionales no le ha correspondido una globalización de los derechos para la gran mayoría de las personas, del mismo modo que la mundialización de la lógica económica del beneficio privado no ha venido acompañada por la internacionalización de la lógica política de la satisfacción de necesidades básicas y la extensión de garantías de libertad e igualdad.

Todo ello ha llevado a:

- 1) Una crisis del constitucionalismo tradicional, entendido como sistema de límites al poder público y a los particulares con el objetivo de proteger los derechos de los ciudadanos.
- 2) Y, derivado de lo anterior, una crisis de los derechos de los ciudadanos, esto es del acceso de estos a sus derechos: civiles (control social

¹ Para un estudio detallado de las fases del capitalismo, ver: A. PIQUERAS. *La opción reformista: entre el despotismo y la revolución*. Anthropos. Barcelona. 2014.

y vulneración de los derecho a la intimidad), políticos (el traslado de los espacios de decisiones de la esfera pública nacional a la esfera internacional privada supone una crisis de las instancias parlamentarias y de la representación política pública), sociales (medidas de austeridad impuestas desde órgano supranacionales y desmantelamiento del Estado social y precarización de la vida), medioambientales (crecimiento infinito en contraposición a recursos finitos), etc.

Frente a este contexto y aceptado este análisis, no cabe duda que existe la necesidad de una reconstrucción estatal y global de un constitucionalismo material y garantista que permita asegurar plenamente la eficacia de los derechos de las personas. Y, entre las figuras que este nuevo constitucionalismo debe incluir, especialmente en un sistema-mundo como el actual caracterizado, entre otros aspectos, por el gran poder adquirido por las empresas transnacionales, está la de la eficacia de los derechos frente a éstas, o lo que también de ha denominado la eficacia de los derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*².

1.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la concepción liberal temprana

No es hasta las últimas décadas del s. XX que empiezan a aparecer en las constituciones normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales. Hasta este momento, los derechos fundamentales sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los particulares.

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el

² La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se ha denominado con el término «Drittwirkung», pues ha sido estudiada con especial atención por la doctrina alemana.

Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad.³

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos.⁴

300

1.2. Mundialización y bipolarización de las relaciones de poder

Esta concepción no tiene ningún sentido hoy, la globalización ha supuesto importantes transformaciones en el campo de poder contemporáneo.

Con la mundialización, comprender los fenómenos de poder general deja de ser asequible en términos sencillos. El concepto originario, feudal, de soberanía (era soberana, según Althusio, la entidad que no reconocía superioridad a otras entidades. La soberanía consistía en poder indiferenciado) es ahora reformulado dando lugar a lo que se ha denominado una *bipolari-*

³ P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)». En M. CARBONELL (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM. México. 2002. p. 693.

⁴ *Ibid.*

zación de las relaciones de poder⁵. Nos encontramos ahora dos tipos de poder diferentes:

1. El poder político-estatal (*Estado abierto o permeable*), por lo común un Estado-nación o asociaciones estatales como la Unión Europea (UE), que constituye la antigua instancia que asume el *poder público explícito* y manifiesto de la sociedad, y quien implementa las políticas; y,
2. El *soberano privado supra-estatal difuso*, constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y sobretodo, hoy, de los conglomerados financieros.

Entre las causas de esta bipolarización del poder encontramos el hecho de que el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales sin trabas y las privatizaciones masivas han supuesto el traspaso de muchas decisiones fundamentales de la esfera pública a la esfera privada.

Esto hace que ambos poderes Estado abierto/soberano supra-estatal privado estén inter-relacionados. El poder del soberano privado supra-estatal no es algo autónomo del otro, sino que tiene efectos de naturaleza pública precisamente porque determina las políticas estatales. El soberano difuso no es sólo capaz de imponer sus opciones políticas a los Estados penetrando la voluntad de sus instituciones (instancias como el G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, la OMC, la UE, etc. constituyen mecanismos a través de los cuales el soberano privado puede imponer su voluntad a los Estados), sino que además dificulta llevar a la práctica las políticas decididas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con sus propias opciones. El soberano privado señala el tipo y condiciones de la política económica aceptable para él⁶ y el Estado abierto mediante la gestión estatal y la intervención político-administrativa de la actividad económica⁷ se

⁵ J.R. CAPELLA. *Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*. Concejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. pp. 104-105.

⁶ Estas hacen referencia al marco de condiciones necesario para el funcionamiento de las compañías transnacionales: para facilitar los flujos del capital financiero, eliminar o graduar incompatibilidades o fronteras tecnológicas, políticas, arancelarias y de cualquier tipo referentes al tráfico de bienes y servicios, y acordar la distribución de los ámbitos de actuación de los diferentes grupos económicos.

⁷ Como señaló James Petras: «lejos de ser contrario al estatismo, el capital multinacional exige un Estado activista que desmantele el Welfare State a favor de la mundialización» (J. PETRAS. *El mito de la globalización*. En Ajoblanco (Barcelona). Núm. 105. 1998).

dedican a instrumentar las políticas que le vienen señaladas por la instancia supra-ordenada⁸.

En consecuencia, la aparición en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.⁹ Para poner sólo un ejemplo, algunos de los principales violadores de derechos sociales hoy en día son el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Como han puesto de manifiesto diversas resoluciones del Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), a través de sus políticas de privatización de empresas, sin las medidas de seguridad social adecuadas, estos organismos internacionales han tenido graves efectos negativos sobre los derechos sociales de múltiples Estados¹⁰.

Asimismo, diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (UN), han puesto también de manifiesto el papel protagónico que, en varios países, las empresas transnacionales juegan en el desarrollo de conflictos donde se vulneran derechos humanos¹¹.

⁸ Sobre esta dualidad de poderes ver: J.R. CAPELLA. *Grandes esperanzas*. Trotta. Madrid. 1996. pp. 161 y ss.. Para el caso de la UE vid. A. GUAMÁN y A. NOGUERA. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Bomarzo. Albacete. 2015.

⁹ Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el ya citado caso «Kot» de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958): «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

¹⁰ Ver Observaciones del Comité de DESC: Algeria, E/C.12/1/add 71 (2001); Argentina, E/C.12/1/add 38 (1999); Bulgaria, E/C.12/1/add 37 (1999); Camerún, E/C.12/1/add 40 (1999); Colombia, E/C.12/1/add 74 (2001); Egipto, E/C.12/1/add 44 (2000); El Salvador, E/C.12/1/add 4 (1996); Honduras, E/C.12/1/add 57 (2001); República de Korea, E/C.12/1/add 59 (2001); Nepal, E/C.12/1/add 66 (2001); Holanda, E/C.12/1/add 25 (1998); Nicaragua, E/C.12/1993/14 (1994); Rumanía, E/C.12/1994/4 (1994); Senegal, E/C.12/1/add 62 (2001); Senegal, E/C.12/1993/18 (1993); Islas Solomon, E/C.12/1/add 33 (1999); Venezuela, E/C.12/1/add 56 (2001); Ver también: Comisión de Derechos Humanos. «Report of the Expert Seminar on Human Rights and Extreme Poverty». 7-10 febrero 2001, E/CN.4/2001/54/add 1, para 14. (M. SSENIONJO. «Non-State actors and Economic, Social and Cultural Rights». En M.A. BADERIN y R. MCCORQUODALE. *Economic, Social and Cultural Rights in Action*. Oxford University Press. Oxford. 2007. pp. 109-135).

¹¹ La resolución 1499 del Consejo de Seguridad (UN Doc. S/RES/1499 (2003), de 13 de agosto), con respecto a la situación de la república del Congo, estableció un grupo de expertos

Ello significa que, procediendo con elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no debería reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos provenientes del poder estatal, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares o actores internacionales que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos.¹²

Esta no es una cuestión nueva, en las décadas de 1960 y 1970 las operaciones de grandes empresas de negocios ya fueron objeto de atención internacional y la necesidad de su regulación emergió como una prioridad dentro de organizaciones como la ONU y otras organizaciones regionales. Códigos de conducta fueron negociados, sin éxito, al nivel de la ONU¹³, y con algún éxito a nivel regional¹⁴. No obstante, este intento temprano de

cuyo informe reconocía que las empresas multinacionales que operaban en el área, especialmente en el desarrollo y explotación de los recursos naturales, tienen un papel protagónico importantísimo en el desarrollo del conflicto en curso en el país, a raíz del cual se producen graves violaciones de derechos humanos. Ya previamente, mediante la Resolución 1306 del Consejo de Seguridad (UN Doc. S/RES/1306 (2000), de 5 de julio), este organismo ya se había manifestado sobre el importante papel de las compañías transnacionales dedicadas a la extracción de diamantes, en el fomento de los conflictos en África, especialmente en Sierra Leona y Angola.

¹² P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». Cit. p. 697.

¹³ La Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo y Comercio (UNCTAD) creó un grupo de personas con el objetivo de estudiar el rol de las corporaciones multinacionales en el comercio mundial. De conformidad con ello, una comisión de UN y el Centro de Corporaciones Transnacionales de UN se crearon en 1974. Como resultado se realizó un proyecto de Código de conducta de las corporaciones transnacionales (23 I.L.M. 626 (1984)), que cubrió muchos aspectos diferentes como trabajo, consumidores, mujeres, medio ambiente, corrupción y prácticas de negocios restrictivas. La primera generación de Códigos de Conducta se culminó en 1977 con la Declaración tripartita de principios relativos a las empresas transnacionales y política social, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aunque sus reglas fueron concebidas a la luz de reivindicaciones políticas provenientes de los países desarrollados para instaurar lo que se conoció como Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), también hacían referencia a algunos derechos humanos de los trabajadores, promoción de empleo, libertad de asociación, negociación colectiva, igualdad de oportunidades y trato, seguridad y salud en el trabajo, etc. No obstante, la implementación de este instrumento fue voluntaria y, en la práctica, es muy difícil recordar algún caso de plena implementación por parte de empresas o tribunales. (Sobre esto, ver: J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS. *Global Business Regulation*. Cambridge University Press. Cambridge. 2000. p. 192; A. GIARDINA y G.L. TOSATO. *Diritto del commercio internazionale: Testi di base e note introduttive*. Guiffré. Milán. 1995. pp. 427 y ss.)

¹⁴ A nivel regional, las líneas básicas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para las empresas transnacionales (40 ILM 237 (2001)) fueron desarrolladas y revisadas como Anexo de la Declaración en Inversión Internacional y empresas transnacionales (2000) (DAFFE/IME/WPG(2000)9). Estas establecieron el principio general de

regularizar las operaciones de las empresas transnacionales ocurrió en un momento histórico y político muy diferente al que vendría en próximos años. En la década de 1970, la cuestión de la responsabilidad internacional de las corporaciones multinacionales volvió a surgir en el contexto de descolonización¹⁵ y la mayor preocupación era asegurar una efectiva independencia de los países jóvenes con respecto los centros de poder económico establecidos en el interior de sus territorios durante el periodo de dominación¹⁶. No obstante, a pesar de estos intentos históricos, hoy el mundo es muy distinto. El triunfo de la ideología neoliberal a nivel global ha llevado a un incremento de las empresas transnacionales y los movimientos internacionales de capitales a tal nivel, que resultan absolutamente incontrolables en la actualidad y

que las corporaciones tienen la obligación de respetar «los derechos humanos de aquellos afectados por sus actividades en consonancia con las obligaciones internacionales del gobierno anfitrión» (Puede verse: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428>). Sin embargo, sus reglas, recordando a la Declaración Universal de Derechos Humanos, son recomendaciones para cumplir a través de la legislación local, salvaguardando intereses de los consumidores, abolición del trabajo infantil, la lucha contra el soborno, la protección del medio ambiente, etc. Su implementación está basada en puntos de contacto nacionales encargados de promover sus directrices, como es general en la práctica de la OECD.

304

Al nivel de la Unión Europea, después de la Declaración de empresas europeas contra la exclusión social, y de la Cumbre del Consejo Europeo en Lisboa del 2000, consultas extensivas condujeron a la creación del «libro verde de responsabilidad social de las corporaciones». Una vez más fue recomendado a las corporaciones transnacionales adoptar un código de conducta incorporando su responsabilidad social, y tomando en cuenta los instrumentos internacionales como los Convenios de la OIT, las líneas base de la OECD, etc. En la práctica, no se ha creado ninguna norma de *hard law*, y la cuestión de la responsabilidad social de las empresas se ha quedado en meros mecanismos voluntarios con poca eficacia. (Sobre la elaboración durante la década de 1970, por parte de organizaciones intergubernamentales, de códigos de conducta de responsabilidad social de las corporaciones transnacionales, ver: F. MARRELLA. «Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», En W. BENEDEK, K. De FEYTER y F. MARRELLA (eds.). *Economic globalization and Human Rights*. Cambridge University Press. Nueva York. 2007. pp. 290-294).

¹⁵ Un ejemplo típico de este periodo fue la imposición a las corporaciones transnacionales de obligaciones específicas a cooperar en la efectiva implementación de las sanciones de UN contra Southern Rhodesia, a continuación de la proclamación unilateral de independencia por parte del régimen de la minoría blanca, en 1965. También las resoluciones llamaron a prevenir, en la década de los 70, la cooperación de las empresas multinacionales con el régimen de Apartheid de Sudáfrica, especialmente con respecto a la explotación de recursos naturales en Namibia. El famoso Decreto de Namibia Núm.1, de 27 de setiembre de 1974, adoptado por el Consejo de UN para el sud-este de África, un órgano subsidiario de la Asamblea General, estableció una prohibición general de exploración y explotación de los recursos naturales de Namibia, en aquel momento todavía ocupada ilegalmente por Sudáfrica, y esta prohibición debía ser vinculante para los estados y personas privadas, incluidas las empresas transnacionales.

¹⁶ F. FRANCONI. «Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations». En W. BENEDEK, K. De FEYTER y F. MARRELLA (eds.). *Economic globalization and Human Rights*. Cit. p. 246.

exigen de la adopción de nuevas medidas, tanto a nivel estatal, como global. La mera adopción de normas de *soft law* (declaraciones, directrices, etc.) incapaces de dar lugar a ningún tipo de sanción de los órganos de control de cada una de estas instituciones movilizadas en el marco de un procedimiento de control autorizado por estos textos, se ha mostrado, en la actualidad, totalmente ineficaz.

1.3. Las objeciones de las concepciones liberales hacia la *Drittwirkung*

A pesar de todo lo expuesto, en muchos autores existe aún la convicción de que al admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a poderes privados, esto es en las relaciones entre particulares, se está desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del derecho privado.¹⁷

Estos autores han intentado dar soluciones a este problema de la indefensión sin romper los moldes del constitucionalismo liberal. Ejemplo de ello es la llamada «teoría de la eficacia indirecta» o teoría de la «*Mittelbare Drittwirkung*» de Dürig.¹⁸ Esta teoría, por un lado, entiende que al ser en el

¹⁷ Así, por ejemplo, B. PIEROTH y B. SCHLINK («Grundrechte Staatsrecht II», 16. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 44), mantienen que el resultado de extender el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sería: «una limitación irremediable de la libertad». También E.W. BÖCKENFORDE (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 91), parece compartir esa opinión, al afirmar que «una extensión global e indiferenciada de la vinculación a los derechos fundamentales en el ámbito social anularía de nuevo en gran parte, en la relación de unos individuos con otros, aquellas libertades que deberían asegurarse a través de la vinculación del Poder estatal a los derechos fundamentales de los individuos». No obstante, Böckenförde parece mantener otra opinión en las pp. 113-114. En España, J.M. BILBAO UBILLOS (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 1997), también ha observado esta preocupación de buena parte de la doctrina alemana: «Late en el fondo de estas posturas (las que rechazan la «unmittelbare Drittwirkung») la convicción de que la «Drittwirkung» puede ser una especie de «caballo de Troya» que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada» (p. 283). (Ver: T. DOMINGO, «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». En *Derechos y Libertades*, No. 11, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, pp. 251-289).

¹⁸ Esta teoría tuvo su origen con la famosa sentencia Lüth del Tribunal Constitucional Federal en 1958, que recogió la tesis de Dürig. Los hechos que motivaron esta Sentencia fueron los siguientes: Veit Harían, un conocido director de cine que durante el régimen nazi habla dirigido películas antisemitas -absuelto de la acusación de haber participado en los crímenes nazis- dirigió en 1950 una película titulada *Immortal Lover*, lo que provocó la indignación de Erich Lüth, un informador de Hamburgo perteneciente a un grupo que pretendía reparar las heridas que la guerra había abierto entre judíos y cristianos. Lüth instó a su audiencia a boicotear *Immortal Lover*, lo que le supuso una condena por violación del artículo 826 del Código

marco de la sociedad, y no del Estado, donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es en ese mismo ámbito de la autonomía de la voluntad, donde únicamente cabe situar con realismo la problemática jurídica de los derechos fundamentales. Pero, por otro lado, para no alterar ni confundir los estatutos jurídicos de la sociedad y del Estado, tal y como los concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación al poder público, en relación a las posibles violaciones producidas por los particulares, su eficacia tiene que aparecer mediatizada por la necesaria integración de los mismos en los actos normativos que regulan las relaciones privadas¹⁹. De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se actuará a través de la ley de convenios colectivos de trabajo, o la defensa del consumidor a través de las leyes protectoras del consumo.²⁰

Esta visión se traduce en el hecho de entender, falsamente, que la protección que la legislación ordinaria confiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad, sirve también como garantía y protección de los derechos fundamentales. Incluso en los supuestos de lagunas y vacíos de esta legislación ordinaria, se llegará a sostener que los derechos fundamentales no sufrirían por ello menoscabo alguno, pues siempre podrían hallar como marco normativo de referencia las llamadas cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.), previstas en el Código Civil para preservar y garantizar el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad. La ausencia del debido desarrollo de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, quedaría de esta forma perfectamente suplida con la inserción en las cláusulas generales del derecho privado de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.²¹

Sin embargo, como dice P. Vega, es obvio señalar, que ni las cláusulas generales pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático

Civil, que establece: «Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado». Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal. (Ver: T. DOMINGO. «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». Cit. p. 256).

¹⁹ Ver: G. DÜRIG. «Grundrechte und Zivilrechtsprechung». En T. MAUNZ (ed.). Festschrift zum 75. Geburtstag van Hans Naviasky. Isar. Munich. 1956. pp. 157 y ss.

²⁰ P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». Cit. pp. 698-699.

²¹ Ibid.

sistema de derechos sin trastocar su significado²², ni tiene tampoco sentido plantear siquiera a través de la actuación de la legislación ordinaria la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales²³. Por tanto, no hay duda, de que hace falta un tratamiento constitucional de la eficacia de los derechos frente a los terceros particulares.

II. La eficacia de los derechos frente a las empresas en las constituciones estatales: una perspectiva comparada España-América Latina

2.1. Eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales frente a privados

A la hora de atribuir eficacia a los derechos fundamentales frente a poderes privados, o en las relaciones entre particulares, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, sobre todo la alemana, han barajado dos opciones. La eficacia *directa* o *inmediata* (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) y la eficacia *indirecta* o *mediata* (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*).

La eficacia *directa* o *inmediata* permite a los sujetos exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales la justiciabilidad de derechos y libertades fundamentales vulnerados por empresas u otros particulares, pudiéndolos hacer valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex-constitutione*.²⁴

La segunda, por el contrario, nacida como reacción ante las limitaciones que la primera impondría a la autonomía privada, confiere a los derechos fundamentales únicamente *eficacia indirecta o mediata*, por lo que los particulares sólo obtendrían su tutela indirectamente a través de las posiciones

²² Por lo que a las cláusulas generales se refiere, baste recordar que se desvirtúa el sentido de las mismas al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta de que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas.

²³ Por otro lado, carece de fundamento, y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión, plantear la eficacia de los derechos fundamentales sólo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es de reconocimiento legal, o de desarrollo legal de los derechos fundamentales, sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente. (Ibid. p. 700).

²⁴ FJ. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. Madrid. 2004. p. 191.

jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos.²⁵

2.2. La Constitución española de 1978. Un ejemplo de eficacia *indirecta* o *mediata* de los derechos fundamentales

No aparecen en la Constitución española normas explícitas de reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. En España, la Constitución guarda silencio, autores como J. García Torres o A. Jiménez Blanco han señalado la falta de un precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama con claridad la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales²⁶. Además, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre) dice, en su artículo 41.2, que «*el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado*». De ello se deriva una falta de eficacia, al menos directa, de los derechos fundamentales frente a los terceros particulares en el ordenamiento constitucional español.

308

Ahora bien, esta falta de eficacia debe ser matizada, la eficacia no es *directa* o *inmediata* pero sí es, como señala L. Prieto Sanchís, *indirecta* o *mediata*. La Constitución española establece en el artículo 9.1 que «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento*», estableciendo, por tanto, una relación expresa de sujeción de la ciudadanía a los mandamientos constitucionales. Además, el artículo 10.1 de la Constitución señala que «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden público y de la paz social*», con lo que se desprende que la inviolabilidad de estos derechos se constituye independientemente del sujeto activo de la conculcación eventual de estos, conformando una obligación genérica por parte de todos, también las empresas, y no sólo del poder político, de respetar los derechos ajenos²⁷.

²⁵ Ibid.

²⁶ J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid. 1986. p. 48.

²⁷ J. GARCÍA MORILLO. «Les garanties dels drets fonamentals». L. LÓPEZ GUERRA, et. al. *Dret Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. Vol. I. p. 424.

Esta concepción ha sido también prevista en el plano legislativo. Justamente, esto es lo que quiere decir el artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en señalar que «*los derechos y libertades reconocidos en el capítulo primero del Título I vinculan, íntegramente, a todos los jueces y tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de estos*». Hay que mencionar que las expresiones *garantía* y *tutela efectiva* tienen un alcance genérico, no limitado a la protección frente a los actos de los poderes públicos. Además, el apartado siguiente del mismo artículo indica que los derechos aludidos en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de acuerdo con el contenido declarado constitucionalmente, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar este contenido. Parece claro, pues, que si las resoluciones judiciales no pueden restringir, menoscabar o inaplicar este contenido, quiere decir que este es efectivo indiferentemente del carácter que tenga, público o privado, el destinatario del mandamiento. Y, de esta manera, no pocas veces el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo frente a violaciones de derechos fundamentales procedentes de particulares, utilizando la vía indirecta de concederlo, no directamente ante el acto del particular –cosa que no sería posible–, sino ante la resolución judicial que pone fin a la tutela solicitada en la jurisdicción ordinaria. De hecho, en algunos derechos fundamentales, las posibles violaciones proceden, típicamente, de particulares, por ejemplo, los derechos de contenido laboral (huelga, sindicación, etc.). Por esto, el hecho de admitir que la Constitución no tuviese eficacia, en este terreno, ante los particulares, supondría tanto como admitir significativas violaciones de contenido dogmático.²⁸

La situación, pues, se puede resumir de la siguiente manera: los ciudadanos están sujetos a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales, que tienen la obligación de respetar. Los jueces y tribunales, por su parte, están obligados a emparar los derechos fundamentales, de manera que el incumplimiento, por parte de los particulares, de la obligación de respetarlos puede dar lugar a una acción en pretensión de tutela o reparación ante los órganos jurisdiccionales. Por último, el eventual incumplimiento por los órganos judiciales de la obligación de amparar el derecho permite acudir a la ampara constitucional.

²⁸ Ibid.

2.3. El constitucionalismo latinoamericano y la eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros y a empresas

Por el contrario, en América Latina, muchas constituciones ya reconocían la justiciabilidad directa de los derechos fundamentales frente a terceros particulares y corporaciones económicas²⁹, aunque la gran novedad de algunas de las Constituciones aprobadas durante las últimas décadas, como la Venezolana de 1999, la Ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009, es que al reconocer el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos³⁰ amplían la *Drittwirkung* no sólo para derechos civiles y políticos sino también para el caso de los derechos sociales.

2.3.1. La Constitución colombiana de 1991

En ocasiones se ha situado el proceso constituyente colombiano de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional, no sólo latinoamericana sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocible, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán los procesos constituyentes y las Constituciones de Ecuador de 1998, Venezuela de 1999, de nuevo Ecuador de 2008, y Bolivia de 2009³¹.

Uno de los elementos novedosos e importantes para la justiciabilidad de los derechos fundamentales que reconoció la Constitución colombiana fue la posibilidad de interponer acción de tutela o amparo por vulneración de derechos, no sólo frente a autoridades del Estado, sino también frente a particulares. El artículo 86 del texto constitucional señala: «*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de*

²⁹ A modo de ejemplo, la anterior Constitución boliviana de 1967 ya establecía en su art. 19: «se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios *o particulares* que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes».

³⁰ Sobre ello, ver: A. NOGUERA, «Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo». *Derechos y Libertades*. Número 21, Época II, junio 2009, pp. 117-147

³¹ A. NOGUERA y M. CRIADO, «La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina». *Estudios Socio-Jurídicos*. 13(1). Enero-junio de 2011. pp. 15-49.

la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión». Ahora bien, sobre el tema de la justiciabilidad de los derechos frente a terceros particulares en Colombia, debemos detenernos en dos cuestiones.

¿Qué derechos son justiciables frente a terceros? ¿Sólo los derechos individuales, o también, los derechos sociales?

El artículo 86 de la Constitución reconoce la posibilidad de cualquier persona de interponer acción de tutela, frente al Estado y a terceros particulares, para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, dentro de su Título II «De los derechos, las garantías y los deberes», la Constitución colombiana recoge a los derechos civiles y políticos en el Capítulo I «De los derechos fundamentales», y en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II «De los derechos sociales, económicos y culturales», con lo cual, a diferencia de los primeros, a los que se otorga «fundamentalidad», estos segundos son considerados como «no-fundamentales». ¿Quiere esto decir que no se puede interponer acción de tutela para la protección de los derechos sociales?

De la literalidad del texto constitucional se entiende que no se puede interponer tutela para la protección de los derechos sociales, pues estos no son considerados como derechos fundamentales. Sin embargo, en la práctica, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional, de «fundamentalidad» a los derechos sociales por vía jurisprudencial, ha hecho que sí se haya podido interponer tutela para la protección de los mismos. Los derechos sociales, no han sido incorporados, en Colombia, al derecho positivo como «derechos fundamentales», por la Constitución, lo cual denota el carácter liberal de la misma, sino por la Corte Constitucional a través de un ejercicio de uso alternativo del derecho³². Es la Corte Constitucional y no la Constitución la que ha otorgado la fundamentalidad a los derechos sociales y, por tanto, la que ha «actuado» y «re-valorizado» derechos «inactuados» o «degradados» por la Constitución. Los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992

³² Sobre la teoría del uso alternativo del derecho, ver: A. NOGUERA. *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del derecho constitucional*. Ediciones cooperativas. Buenos Aires. 2007. p. 44-48.

de la Corte Constitucional, acogieron la tesis de que es posible establecer la fundamentalidad de un derecho por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso.³³

Ejemplos de interposición y aceptación a trámite por la Corte Constitucional de acción de tutela para la protección de derechos sociales hay muchos, es muy difícil resumir todos los asuntos tratados y la jurisprudencia creada³⁴, pero para poner un ejemplo paradigmático, fijémonos en el siguiente caso:

En 1992 la recién inaugurada Corte Constitucional resolvió un caso muy curioso. El demandante fue un anciano de 69 años que no había recibido ni dinero ni respuesta de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), la entidad estatal responsable de pagar su pensión. Había perdido su vivienda por no tener con qué pagarla, y vivía con un hijo que lo mantenía con dificultad. No tenía ningún medio económico para subsistir y requería de una operación urgente para no perder la vista, operación que no podía pagar sin la pensión. La situación no era nada fácil, el derecho a una pensión es un derecho recogido en el art. 48, incluido en el capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales, y por tanto, se trata de un derecho no susceptible de acción de tutela que sólo puede ejercerse por vulneración de un derecho Fundamental. La vía que le quedaba era la costosa jurisdicción ordinaria a la que el anciano no tenía acceso por falta de recursos.

312

Sin embargo, y a pesar de ello, la Corte Constitucional le aceptó la acción de tutela para el caso y resolvió a su favor por considerar que se había violado un derecho fundamental, lo que llamó el «derecho innominado al mínimo vital». Es un derecho innominado porque no está en la Constitución sino que se desprende de los derechos fundamentales, especialmente del derecho a la vida y a la dignidad.

³³ R. ARANGO. Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital». Revista Estudios Ocasionales. Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. Universidad de Los Andes. Bogotá. 2003. p. 112.

³⁴ Para una visión general del trabajo realizado por la Corte Constitucional, ver: M.J. CEPEDA. «Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: the role of the Constitutional Court». En E. POSADA-CARBO (ed.). *Colombia: The politics of Reforming the State*. Macmillan Press. Londres. 1998. p.91.

«La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no porque esté en la lista de la Constitución –señaló la Corte–³⁵. Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (Constitución art. 94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta a la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión»³⁶.

En los años siguientes, la vulneración al «derecho innominado al mínimo vital» fue alegado cientos de veces para exigir mediante una acción de tutela el cumplimiento de derechos sociales, y la Corte Constitucional resolvió también a favor, invocando al mínimo vital, cientos de casos tanto contra el Estado, como contra empresas, como la mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social³⁷, la mora en el pago de salarios³⁸, el despido de mujer embarazada³⁹, la falta de prestación de servicios de salud al trabajador⁴⁰ y la exclusión de medicamentos y tratamientos vitales del Plan Obligatorio de Salud^{41, 42}.

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992.

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-801 de 1998 y T-881 de 2002.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de pensiones: T-426 de 1992, T-005 de 1995, T-144 de 1995, T-147 de 1995, T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076 de 1996, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997, SU-022 de 1998, SU-430 de 1998, T-07 de 1998, T-120^a de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, SU-062 de 1999, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Sentencias de no pago de licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-205 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, T-390 de 2004.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 199, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001, T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156 de 2001, T-148 de 2001, T-115 de 2002, T-162 de 2002, T-594 de 2002, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

³⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias SU-562 de 1999, T-497 de 1997.

⁴¹ Algunos casos son el tratamiento del SIDA (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998), del cáncer (T-283 de 1998), parálisis cerebral (T-286 de 1998), casos en que necesitan equipos ortopédicos (T-597 de 1993) o intervenciones quirúrgicas (T-571 de 1998).

⁴² J. LEMAITRE RIPOLL. «El Coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia». En VV.AA. *Derecho y pobreza*. Editores del puerto.

En consecuencia, con todos estos fallos la Corte ha desarrollado una doctrina extensa sobre la justiciabilidad de los derechos sociales cuando se amenaza la supervivencia.⁴³

De acuerdo con ello, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, de «fundamentalidad» a los derechos sociales implicó también la eficacia de los derechos sociales frente a las empresas o terceros particulares.

¿Existen límites a la justiciabilidad de los derechos sociales frente a terceros?

En Colombia, es el ya mencionado artículo 86 de la Constitución el que trata esta cuestión, remitiendo a la Ley la regulación de «*los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión*». No obstante, como podemos observar, la Constitución delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia, con la cual a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos constitucionales, o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específica contra ellos, tiene un carácter excepcional.⁴⁴ Este carácter excepcional se convirtió aún más excepcional todavía, con las restricciones a los tres supuestos citados en la Constitución que hizo el Decreto ley 2591 de 1991, encargado de desarrollar legislativamente el artículo 86⁴⁵.

Buenos Aires. 2007. pp. 53-54; Ver también: R. ARANGO. Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital». Cit.

⁴³ Ver: J. LEMAITRE RIPOLL y R. ARANGO. *El derecho fundamental al mínimo vital. Sistematización y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Investigación elaborada por el CIJUS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Bogotá. 2001. Inédito.

⁴⁴ A. Julio ESTRADA. «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano». En M. CARBONELL. *Derechos fundamentales y Estado*. Cit. p. 270.

⁴⁵ En cuanto al primer supuesto, por ejemplo, previsto en la Constitución (art. 86) de posibilidad de interponer tutela contra particulares que presten un servicio público, el artículo 42 del citado Decreto ley, en primer lugar limitó los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional por la Corte mediante la Sentencia C-134 de 1994), y en segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios. Esto da a entender que cuando se trate de los demás casos de prestación por un particular de un servicio público no cabe interponer la acción de tutela. (Ibid. p. 272).

Sin embargo y a pesar de estas restricciones, sorteadas muchas veces por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁶, podemos decir que el artículo 86 ha permitido en muchas ocasiones garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a empresas.

En base a la posibilidad de tutela frente a empresas que presten servicios públicos, desde 1996 han sido aceptadas por la Corte un gran número de tutelas contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio público de salud. La primera decisión en este sentido fue la sentencia T-533 de 1996, que trataba el caso de una compañía privada que se negaba a autorizarle al demandante, con quien había suscrito un contrato de prestación de servicios médicos, una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una «preexistencia», es decir, una enfermedad que ya tenía el paciente antes de firmar el contrato y por tanto, no se incluía como objeto de las prestaciones a que obligaba el mismo. Como señala A. Julio Estrada, la aceptación de un amplio número de tutelas de este tipo fue la respuesta del juez constitucional a la privatización de la seguridad social en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual generaba una grave desprotección de los usuarios que escogieron el sistema de seguridad social privado, pues para resolver cualquier controversia que tuvieran origen en la ejecución del contrato sólo podían recurrir a la tardía jurisdicción ordinaria, como en cualquier relación contractual, pero no a la tutela, con lo que en casos de dolencia grave que deben atenderse inmediatamente los pacientes estaban sin protección.⁴⁷

El otro aspecto y el cual se configura como el elemento que con mayor frecuencia ha sido invocado, existiendo un gran número de sentencias de este tipo, para la protección de los derechos sociales frente a empresas, ha sido el

⁴⁶ En el caso de la Sentencia T-507 de 1993, la Corte Constitucional se enfrentaba a la doble limitación expuesta en la nota anterior: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos, por lo que era un servicio no incluido en el artículo 42 del Decreto ley, y además se le imputaba la violación de un derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal no promulgada. Las barreras eran aparentemente infranqueables pero no a juicio de la Corte, que sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. Con esta sentencia, la Corte sentó la línea jurisprudencial que se aplicaría en muchos otros casos. (Ibid.).

⁴⁷ Ibid. p. 288-289.

supuesto de «la indefensión y la subordinación». La Corte delimitó conceptualmente esta expresión en su Sentencia T-290 de 1993 señalando que «la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos⁴⁸, o con los estudiantes frente a sus profesores (...), en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate», por ejemplo cuando el demandante sea un menor o se encuentre en situación de marginación social y económica⁴⁹ que puede agravarse si se trata de una persona de la tercera edad⁵⁰, o padezca una minusvalía física o psíquica que lo coloque en situación de desventaja frente al demandado⁵¹.

2.3.2 Las nuevas constituciones de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009)

316

La Constitución ecuatoriana de 1998 estableció en su artículo 95: «*También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso*». Artículo que se repite en el artículo 88 de la actual Constitución ecuatoriana de 2008.

En la misma dirección, en Venezuela, es el artículo 27 de la Constitución el que regula de manera genérica el amparo pero es el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, de 27 de septiembre de 1988, que ha mantenido su vigencia una vez aprobada la nueva Constitución de 1999, la que establece: «*La acción de amparo (...)*».

⁴⁸ Son ejemplos de demandas interpuestas por trabajadores contra sus patronos solicitando la protección de derechos, entre otras: Sentencia T-593 de 1992, T-161 de 1993 y T-230 de 1994.

⁴⁹ Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-605 de 1992.

⁵⁰ Ver, entre otras: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999, SU-062 de 1999.

⁵¹ Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

*También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados (...)*⁵².

O, la nueva Constitución boliviana de 2009 dice, en el artículo 128: «*La acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*».

Si bien como he señalado antes, muchas constituciones latinoamericanas anteriores ya reconocían la eficacia directa de los derechos frente a particulares, la Constitución boliviana de 2009 incorpora alguna novedad no establecida en ninguna otra Constitución previa, como por ejemplo la posibilidad de poder presentar incluso la acción de Hábeas corpus contra particulares, acción que esta Constitución denomina con el nombre de Acción de libertad⁵³. Con ello se da solución a situaciones que se daban en este país como, por ejemplo, empresarios que cerraban con llave las puertas de empresas para que los trabajadores en huelga dentro no pudieran salir, quedándose sin provisiones. O, de hospitales privados que mantenían drogados sin dejarlos irse, hasta que no pagaran, a pacientes a quien ya se tenía que haber otorgado el alta médica pero que no tenían suficiente dinero para pagar el internamiento en el hospital.

En consecuencia, estos artículos demuestran como los nuevos textos constitucionales latinoamericanos suponen un auténtico avance en la regulación de la *drittwirkung*, estableciendo un modelo de eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros particulares y empresas privadas. Y, por tanto, dejando cerrado, cada vez más, un problema presente hoy en muchos Estados, y que es el de la existencia, en una sociedad cada vez más dominada, controlada y dirigida por los poderes privados, de posibles problemas de indefensión del individuo frente a la vulneración de sus derechos.

⁵² Ver: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En Gaceta Oficial N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988.

⁵³ Del artículo 127. I se deduce la posibilidad de interponer Acción de libertad tanto contra autoridades públicas como terceros particulares: «*Los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales*».

III. La *Drittwirkung* en el marco de un nuevo constitucionalismo internacional

Si bien cualquier intento de reconstruir un constitucionalismo material y garantista de los derechos frente a los terceros particulares, especialmente empresas, debe pasar necesariamente por una reforma de la mayoría de constituciones estatales en el sentido iniciado por los últimos textos latinoamericanos, también es cierto que, en el actual contexto globalizado, con empresas transnacionales operando por encima de las fronteras estatales, resulta ilusorio pretender conseguir el respeto de los derechos fundamentales por parte de estas, únicamente, desde la territorialidad estatal.

Ello hace surgir, con más fuerza que nunca, el debate entorno a la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, en abierta tensión con la lógica de la globalización y que, al menos en su dimensión normativa, se encuentra parcialmente esbozado en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de derechos de 1948 o los Pactos de 1966 (PIDCP Y PIDESC), por mencionar sólo algunos.⁵⁴

⁵⁴ Sobre la idea de existencia de un constitucionalismo mundial, debemos remitirnos a Ferrajoli. Frente a la noción de un poder absoluto y sin límites, Ferrajoli define el constitucionalismo como limitación y establecimiento de obligaciones al poder y a los particulares para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Sobre esta base, el autor plantea como la oposición entre estado de naturaleza y estado civil abre camino, desde la Revolución francesa, a dos líneas de evolución o itinerarios paralelos y opuestos en relación al concepto de soberanía: la de su progresiva limitación interna, en el ámbito del derecho estatal, y la de su progresiva absolutización progresiva, en el ámbito del derecho internacional.

A diferencia del derecho estatal donde al aparecer el Estado constitucional de derecho, la soberanía interna como *potestas absoluta*, tanto por parte del Ejecutivo como del legislativo, deja de existir al no existir ningún tipo de poderes absolutos pues todos se encuentran sometidos a la Constitución y, por tanto, limitados al respeto de los derechos en ella establecidos. En el ámbito internacional, la consolidación en Europa, entre el siglo XIX y la primera mitad del XX, del Estado nacional, hace que estos se liberen definitivamente de cualquier clase de vínculo y remora jurídica en las relaciones con los demás estados, y además, se autolegitimen ante ellos mismos y ante los demás Estados. Por tanto, fortalecen su posición en el mundo de las relaciones internacionales, con la cual cosa fortalece su soberanía externa. Sucede, sin embargo, que esta soberanía externa, al coincidir con la igual soberanía de los demás estados, genera una libertad salvaje que reproduce en el ámbito de la comunidad internacional el estado de naturaleza sin reglas que había sido negado y superado en el ámbito interno gracias al sometimiento de los poderes internos al Estado Constitucional. De ello se derivan dos consecuencias: la negación del derecho internacional; y, el espíritu de potencia y la vocación expansionista y destructiva que anima semejante paradigma de la soberanía estatal.

Este paradigma de la soberanía externa alcanzó su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso, en la primera mitad del siglo XX, donde tienen lugar dos guerras mundiales, que llevan a tal paradigma al suicidio. A partir de este momento tuvo lugar la creación de la ONU (San Francisco, 1945), y empiezan a aprobarse un conjunto de declaraciones y

Ahora bien, apesar de la existencia de estos textos jurídicos internacionales constitutivos de lo que podemos denominar un constitucionalismo mundial, el problema está, primero en que sólo afectan a los Estados, los actores privados al no tener personalidad jurídica internacional no están obligados por ellos. Y, segundo, en que éstos no son, en muchos casos, tomados en serio, ni gozan tampoco de los instrumentos necesarios para ello. El cumplimiento de estos tratados internacionales se piensa muchas veces más como un deber moral y político, como una cuestión de justicia, que no como una obligación jurídica con respecto del derecho internacional vigente, que establece unos principios y normas vinculantes.

Tomarlos en serio demandaría: 1. proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización, tanto para los Estados como para los privados; y, 2. hacer valer estos documentos como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo, de las actuaciones de actores internacionales privados llevadas a cabo contra el derecho internacional de los derechos humanos.

No se trataría, claro está, de liquidar el constitucionalismo estatal ni los elementos clásicos del Estado constitucional, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer ninguna subordinación de uno frente a otro⁵⁵. Todo ello permitiría orientar

tratados internacionales, como la Declaración Universal de derechos del Hombre de 1948 por la Asamblea General de UN, el PIDCP y el PIDESC (1966), etc. Todos ellos documentos que transforman, al menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil. A través de estos documentos, la soberanía externa de los estados deja, en principio, de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada o limitada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.

En consecuencia, aquella soberanía que en el orden interno de los estados había quedado limitada o reducida con el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, queda ahora también reducida o limitada en el ámbito externo con el desarrollo de todas estas normas internacionales. De ahí que, si partiendo de la definición de constitucionalismo como sistema de límites y obligaciones al poder y a los particulares para la defensa de los derechos fundamentales de las personas, Ferrajoli califique estos tratados internacionales de derechos humanos como la dimensión normativa de un constitucionalismo mundial. (L. FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999. pp. 135-142).

⁵⁵ Se trataría de una posición intermedia o conciliadora entre la doctrina dualista, inspirada en la vieja doctrina de H. Triepel y D. Anzilotti, orientadas en el sentido de la co-existencia separada del derecho internacional con el derecho interno, y según la cual el derecho inter-

las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes –públicos y privados–, en una dirección que pudiera ofrecer respuestas internacionales a problemas internacionales. Nos encontramos, hoy en día, con problemas como el de que la única vía para exigir responsabilidad por violación de derecho a una empresa es la vía de la jurisdicción interna de los Estados. Ello supone límites como el hecho de que, en el caso de las empresas transnacionales, al ser consideradas personas jurídicas diferentes, las sociedades matriz (salvo en los casos de corresponsabilidad expresamente previstos por la legislación) no son responsables, en principio, de los actos ilícitos cometidos por una filial en otro país, aunque ésta sea la única accionista, salvo si puede considerarse a la filial un simple agente. De igual manera, la compra de servicios y bienes a los proveedores de otros países, aunque sean exclusivos, se considera una operación entre partes no asociadas. Por lo tanto, es, actualmente, muy difícil en el plano jurídico lograr que la empresa transnacional en su globalidad rinda cuentas y repare los daños resultantes de la violación de los derechos humanos, con más razón aún si aquéllos se han cometido el extranjero⁵⁶.

IV. Tomarnos en serio el Derecho constitucional internacional

Tomarnos en serio los tratados internacionales de derechos humanos implica tener que buscar garantías adecuadas contra las violaciones de derechos por parte de los Estados y de terceros privados, especialmente las empresas transnacionales.

nacional para poder generar derechos y obligaciones a los ciudadanos nacionales requeriría, necesariamente, de un acto especial para ser incorporado al derecho interno, o simplemente para ser asimilado como norma de carácter obligatorio dentro del territorio de un país determinado (H. TRIEPEL. *Droit international et droit Interne*. París. Oxford. 1920. p. 110). Y, la doctrina monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados, construida por H. Kelsen, la que establece que «el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados» (H. KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Citado por H. NOGUEIRA ALCALÁ. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2000. Fundación Honrad-Adenauer-CIEDLA. Buenos Aires. p. 166). Esta posición intermedia, debería ser una posición coordinadora o conciliadora basada en la unificación de ambas ramas jurídicas (nacional-internacional) en un sólo sistema, diferenciándose del monismo en que las relaciones entre las dos normas son de coordinación y no de subordinación. Ello haría que el derecho internacional y el derecho interno interactúen, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos.

⁵⁶I. DAUGAREILH. «Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica». En *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 27. 2009. p. 82.

Ello pasa por establecer, diversos tipos de reformas en los propios tratados internacionales de derechos humanos y en los reglamentos de los órganos jurisdiccionales internacionales encargados de garantizar su justicia-bilidad, que afecten a los siguientes aspectos:

Obligatoriedad de la jurisdicción internacional

Primero, debería establecerse el carácter obligatorio de la jurisdicción de estos tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc.) hoy subordinada, según el esquema de los procedimientos arbitrales, al reconocimiento previo por parte de los Estados⁵⁷.

La legitimación activa

Segundo, debería vincularse la legitimación activa ante estos órganos jurisdiccionales internacionales no al principio de territorialidad, sino al principio de personalidad. Esto es, garantizar que no sólo los particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión⁵⁸, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, a la que un actor privado nacional de un Estado firmante haya vulnerado un derecho puede iniciar un

⁵⁷ Como señala el art. 45 de la Convención Americana de Derechos Humanos: «1. *Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.* 2. *Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.* 3. *Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.* 4. *Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización».* En el mismo sentido, el art. 56.4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, establece: «*Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo podrá, en cualquier momento sucesivo, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares tal como se prevé en el artículo 34 del Convenio».*

⁵⁸ El art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga posibilidad de presentar denuncias de violación de derechos a la Comisión, sólo a personas, grupos de personas o organizaciones no gubernamentales de los Estados firmantes, no de otros Estados: «*Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte».*

proceso judicial contra este, ante el tribunal internacional correspondiente. Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales en terceros países no firmantes de un tratado internacional de derechos humanos, firmado por el Estado originario de la empresa.

La legitimación pasiva

Cuando en 1945 la Carta de la Organización de Naciones Unidas creó las bases para el desarrollo del derecho moderno de los derechos humanos, la intención del proyecto fue proteger y promover la dignidad e iguales derechos de los individuos de la arbitrariedad de los poderes gubernamentales, pero no hace referencia a la violación de derechos por actores no-gubernamentales, especialmente corporaciones transnacionales. Sobre esta cuestión, debo referirme a dos aspectos.

En primer lugar, en este contexto donde sólo los Estados pueden ser procesados⁵⁹, la forma, inmediata como primera fase, para poder empezar a exigir responsabilidad internacional a las empresas transnacionales que violen derechos humanos pasa por asumir que la responsabilidad para prevenir y suprimir violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas transnacionales debe recaer, también, tanto sobre el Estado anfitrión en el territorio del cual se encuentra la empresa, como sobre el Estado de origen de la empresa transnacional sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación.

En cuanto a la responsabilidad del Estado anfitrión, todos los Estados tienen el derecho soberano de garantizar el acceso a su territorio a compañías extranjeras que quieran invertir en el país. El establecimiento de una corpo-

⁵⁹ El propio Convenio Europeo de Derechos Humanos deja claro que sólo podrá denunciarse la violación de derechos reconocidos por el mismo por parte de Estados:

Art. 33 CEDH. Asuntos entre Estados: «*Toda Alta Parte Contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante*».

Art. 34 CEDH. Demandas individuales: «*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*».

Lo mismo sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos (ver art. 44. Nota 59).

ración extranjera en el territorio nacional debe ocurrir y regirse de acuerdo con las leyes nacionales del país en cuestión. Por tanto, parece claro que en los casos en que una compañía opere en un Estado determinado vulnerando sistemáticamente los derechos laborales de los trabajadores o los derechos de las mujeres, entre otros, con la total connivencia de las autoridades y la ley estatal, debe existir algún tipo de responsabilidad internacional para este Estado anfitrión.

Asimismo, deberíamos también, poder hablar de una responsabilidad del Estado de origen de la empresa transnacional, sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Si bien es cierto que esta obligación, es una obligación principalmente territorial, también es cierto e indiscutible que bajo los tratados internacionales de derechos humanos, la responsabilidad de proteger tales derechos se extiende también a actividades fuera de su territorio, siempre y cuando el Estado tenga jurisdicción sobre el actor o la conducta en cuestión. Este es un principio aceptado en el art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁶⁰, o en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁶¹. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos⁶² han confirmado a través de su jurisprudencia que, en ciertas ocasiones, los Estados parte del convenio son responsables de violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el extranjero⁶³. Estas consideraciones pueden sustentar el argumento de que,

⁶⁰ Art. 1 CEDH: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

⁶¹ Art. 1.1 CADH: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

⁶² El Comité de Derechos Humanos es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por los Estados que lo han ratificado. Normalmente se reúne en tres periodos de sesiones al año, en Ginebra o Nueva York.

⁶³ Ver Resolución del Comité de Derechos Humanos: Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comunicación Núm. 56/1979, UN Doc.CCPR/C/OP/1 a 92 (1984), para 10.3, donde se establece que «sería inconcebible que a fin de interpretar la responsabilidad en virtud del art. 2 del Convenio que permita a un Estado parte perpetuar violaciones del convenio en el territorio de otro Estado, violaciones las cuales no podría realizar en su territorio»; Para la Corte Europea de Derechos Humanos, ver: caso Loizidou v. Turquía 15318/89, 1995 ECHR (13 de marzo

hoy, existen bases legales y racionales para el desarrollo de una teoría de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas transnacionales. En general, esta teoría puede ser formulada de la siguiente manera: el Estado es responsable de su debido fracaso en actuar con la debida diligencia con respecto a la conducta de las empresas transnacionales en su territorio⁶⁴, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos en un país extranjero donde la corporación está haciendo negocios a través de sus subsidiarias, y cuando el Estado de origen tiene suficiente conocimiento de que tal conducta puede causar violación de derechos humanos en el extranjero, y tiene los medios legales y técnicos para tomar acciones preventivas para evitarlo. Los Estados de origen se encuentran estrechamente vinculados a la actividad de las empresas transnacionales, en tanto ellos se benefician de las operaciones de estas empresas a lo largo y ancho del mundo a través de los ingresos por impuestos y el incremento de la riqueza de sus ciudadanos. Además las empresas financian y controlan la mayor parte de la investigación de estos países, que es el motor de la innovación tecnológica y el crecimiento económico de los mismos.

324

Ahora bien, y en segundo lugar, conjuntamente con estas medidas más inmediatas, como segunda fase, debería procederse, también, a una ampliación de la legitimidad pasiva sobre los terceros privados. Ello permitirá abrir las puertas para que paralelamente a la responsabilidad de los Estados por infracción de sus obligaciones internacionales, la responsabilidad individual pueda también surgir bajo la ley internacional por violación de determinadas obligaciones. Y, por tanto, permitiría exigir, también, responsabilidad individual a los directores o managers de las empresas transnacionales que han ordenado o no han, negligentemente, tomado las medidas necesarias para impedir alguna violación seria de derechos humanos. Así como, construir una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones transnacionales en virtud del derecho internacional público.

La idea de responsabilidad individual de los individuos por actos contrarios al derecho internacional no es nueva. Viene ya del siglo XX, con

1995), donde se estableció a Turquía como obligada a respetar los derechos humanos en la zona del norte de Chipre ocupada por ella, sobre la base del efectivo control ejercido por Turquía sobre las autoridades territoriales del Norte de Chipre.

⁶⁴ A pesar de las múltiples subsidiarias que una empresa pueda tener, ésta continúa teniendo el centro de operaciones en su país de origen.

la Carta de Núremberg y los juicios por parte del Tribunal Militar Internacional contra los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Hoy esta idea se ha consolidado en el derecho internacional a través de la creación, primero de tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y Ruanda (ICTR) y después con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, si los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas, policía, movimientos de liberación nacional u otros grupos militares o para-militares organizados, pueden incurrir en responsabilidad internacional por violación de determinados derechos humanos, porque no puede también incurrir en ella los responsables de corporaciones económicas transnacionales que llevan a cabo violaciones de derechos humanos? En principio, no tiene porque haber obstáculo para extender la doctrina de la responsabilidad individual a los directores de las empresas transnacionales. De hecho, diversos juicios conducidos por la Ley núm.10 del Consejo de control de las fuerzas aliadas, fueron realizados contra diversos responsables de empresas alemanas, por crímenes internacionales fruto de su colaboración con el régimen nazi, en particular por la producción y suministro de Gas Zyklon B, usado para la exterminación de civiles inocentes.⁶⁵

Paralelamente, la ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones en virtud del derecho internacional público. Desde el punto de vista jurídico, las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas.⁶⁶ Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados soberanos. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico, salvo en algunos países, donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterri-

⁶⁵ Juicio a Bruno Tesch y a dos más. 1 Law Report of Trials of War Criminals. Corte Militar Británica. 1946. Reeditado en 1993. p. 93.

⁶⁶ G. RIPERT. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. LGDJ. Paris. 1995. p. 354; PH. Le TOURNEAU. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*. éd. Dalloz-Dunod. Paris. 2000. pp. 4 y 269; M. TRIGEAUD. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*. éd. Brière. Bordeaux. 1995. pp. 210 y 458.

torial de la ley nacional del país de origen de la empresa. En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (*Alien Tort Claims Act*) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país⁶⁷. En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos dondequiera que ésta se hubiera cometido, y con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas⁶⁸. O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque «*los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido*», lo que no siempre ocurre. Y «*el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público*» según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas presentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados⁶⁹.

⁶⁷ En el caso «Doe v. Unocal» (Doe v. Unocal, 963 F. Supp- 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Affd. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001)), ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso «Filartiga v. Pena Irala» (Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1980, 630 F.2d 876), la Corte declaró que las empresas multinacionales norteamericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

⁶⁸ A. BAILLEUX. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*. Éd. Bruylant. Paris. 2005.

⁶⁹ W. BOURDON. «Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme». *Revue de sciences criminelles*. 2005. pp.747-753.

Al margen de estos casos de aplicación extraterritorial de la ley nacional, las empresas transnacionales no pueden ser, como decía, y debido a su falta de estatuto en el derecho internacional, responsables de violación del derecho internacional de los derechos humanos. Es, precisamente por esto, que la modificación de los principales tratados internacionales de derechos humanos en el sentido de una ampliación de la legitimidad pasiva a los terceros privados es, en la actualidad, una necesidad.

V. Conclusiones

Del trabajo presentado, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. El surgimiento de la globalización neoliberal ha supuesto la aparición de nuevos actores internacionales (empresas transnacionales) que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos.
2. En este contexto, surge la necesidad de una reconstrucción estatal y global de un constitucionalismo material y garantista que permita asegurar plenamente la eficacia de los derechos de las personas. Entre las figuras que este nuevo constitucionalismo debe incluir, especialmente si tenemos en cuenta el gran poder adquirido por las empresas transnacionales, está la de la eficacia de los derechos frente a éstas, esto es la eficacia de los derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*.
3. En el ámbito del constitucionalismo estatal, gran parte de los textos constitucionales latinoamericanos ya reconocían la *Drittwirkung*, estableciendo a diferencia del modelo español, un modelo de eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros particulares y empresas privadas. Además, algunas de las nuevas constituciones aprobadas recientemente en la región han ampliado la eficacia de los derechos frente a terceros a los derechos sociales o a otras acciones judiciales como el Hábeas corpus. Ello otorga a los ciudadanos la posibilidad de exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales, la justiciabilidad de derechos y libertades fundamentales vulnerados por empresas u otros particulares, pudiéndolos hacer valer como auténticos derechos subjetivos ante estos órganos sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de

una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex-constitutione*.

4. Ahora bien, en el mundo globalizado actual, no puede llegarse a una reconstrucción de un constitucionalismo material y garantista de los derechos frente a los terceros particulares, si nos quedamos en el ámbito estatal. Conjuntamente con este, es necesario la construcción de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, en abierta tensión con la lógica de la globalización.
5. Este constitucionalismo mundial se encuentra esbozado, al menos en su dimensión normativa, en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de derechos de 1948 o los pactos de 1966 (PIDCP Y PIDESC), etc. Ahora bien, el reto está en buscar fórmulas para conseguir que estos documentos sean obligatorios y tomados en serio, tanto para los poderes públicos como privados. Ello demanda: 1. proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización, tanto para los Estados como para los privados; y, 2. hacer valer estos documentos como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo, de las actuaciones de actores internacionales privados llevadas a cabo contra el derecho internacional de los derechos humanos.

Sobre el uso del cine en la formación judicial

✍ BENJAMÍN RIVAYA*

Sumario:

I. Algunas razones para utilizar el cine en la formación judicial. **II.** El Derecho como argumentación. **III.** El Derecho como persuasión. **IV.** El influjo de los medios de comunicación en la decisión judicial. **V.** La posibilidad de errar en el conocimiento de los hechos. **VI.** El carácter probabilístico del conocimiento de los hechos. **VII.** El papel de las emociones en las decisiones judiciales. **VIII.** La valentía y el sentido de la justicia como virtudes judiciales. **IX.** Los jueces como funcionarios de las clases dominantes.

Resumen:

El autor analiza la conveniencia de la utilización del cine en la formalización judicial, notando que temas importantes para la formación de los jueces han sido tratados a lo largo de la historia del cine. Repasa una serie de películas y los dilemas y valores que tratan, señalando que la ventaja del cine es que no solo tiene la capacidad de instruir sino también de mostrar, como en la puesta en escena y desarrollo de un drama donde sea difícil conocer los hechos de un crimen o de acertar la culpabilidad o inocencia de alguien.

Palabras clave:

Cine, argumentación, formación judicial, jueces, virtudes judiciales.

Abstract:

The author analyzes the convenience of using cinema for training judges, noting that important issues for their education have been dealt with throughout the history of cinema. It reviews a series of films and the dilemmas and values they treat, pointing out that the advantage of cinema is that it not only has the capacity to instruct but to show, as in the staging and development of a drama where it's hard to know the facts of a crime or to ascertain the guiltiness or innocence of someone.

Keywords:

Cinema, argumentation, judicial training, judges, judicial virtues.

* Universidad de Oviedo, España.

I. Algunas razones para utilizar el cine en la formación judicial

Me pregunto una vez más si el cine puede ser una herramienta didáctica interesante para la formación judicial; si puede aportar algo al futuro juez más allá de la mera diversión. Sigo creyendo que sí¹. En términos generales, en la formación cultural de los jóvenes de hoy el componente audiovisual resulta de enorme importancia, por lo que no se explica que en su preparación académica aún no haya adquirido mayor peso. ¿Por qué renunciar a un medio que puede ser sumamente eficaz? Semejante interrogante valdría para la formación generalista en todos o casi todos los saberes; desde la historia, la geografía o la psicología hasta el deporte, la medicina o las matemáticas, por sólo citar algunos².

En el caso de los jueces, su función implica el conocimiento de conflictos personales y sociales, y el conocimiento de normas jurídicas, así como una labor valorativa, argumentativa y decisoria. Por supuesto, difícilmente podrá el cine enseñar ciencia jurídica como lo hace la literatura especializada, como lo hacen los científicos del Derecho; realmente no puede, aunque tampoco lo pretende, pero sí puede aportar algo novedoso e interesante al aprendizaje; darle un sesgo distinto. En el ámbito de la formación judicial, antes de que se comience a dictar sentencias, el cine vale como simulador, de tal manera que la película seleccionada imita un caso real al que hay que enfrentarse jurídicamente. En muchas ocasiones, «en la narración fílmica se muestran los asuntos jurídicos de una forma similar a como éstos se dan en la realidad –dice con razón Pérez Triviño–, y en este sentido, aparecen con todas sus diversas y múltiples aristas y vinculaciones»³. Frente a un acercamiento abstracto al mundo del Derecho, el cine propiciaría un conocimiento concreto, realista, interdisciplinar. En esta aproximación cinematográfica también aparecerían las emociones y las ideologías, cuando unas y otras están

¹ Vid. RIVAYA, B., *Un vademécum judicial. Cine para jueces*, Valencia, Tirant lo Blach, 2012. Parece que no soy el único que ve ese interés; vid. Torres-Dulce, E., «El juez en la pantalla», en Toharia, J.J., ed., *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Madrid, CGPJ, 2000, p. 45-60; GARAPON A., «La imagen de la justicia francesa en el cine», en Toharia, *op. cit.* p. 83-98; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Jueces de cine y el arte de juzgar. Del juez de la horca al juez profesional», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento* 26, 2009, p. 467-483; Siniscalchi, G., «Imputato, Alzatevi! La figura del giudice nel cinema italiano», *Questione Giustizia* 2, 2012, p. 157-170.

² Vid. RIVAYA, B. y ZAPATERO, L., *Los saberes y el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

³ PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Cine y Derecho. Aplicaciones docentes», *Quaderns de Cine* 1, 2007, p. 71.

inevitablemente presentes en la realidad jurídica. Si a ello unimos que la narración fílmica requiere ser observada críticamente porque muchas veces los mecanismos persuasivos que utiliza propician precisamente la «adopción acrítica» de perspectivas y juicios morales, «inducidos por la manera en que se construye y se presenta el relato», entonces el espectador/ alumno ha de ser capaz de elevarse a «una reflexión argumentativa explícita y crítica»⁴. Así, el uso del cine parece reconocer que el modelo de juez tradicional no es real, que al pretendidamente simple técnico es preferible un juez consciente, reflexivo, crítico, con inteligencias múltiples, la emocional entre ellas.

El cine enseña, en el doble sentido de la palabra, instruye y muestra; es eso lo que lo convierte en un procedimiento especial del que no deberían prescindir quienes son responsables de la formación judicial. Los resultados que se consiguen con su uso (entendiendo por «uso» más que el solo visionado de películas; también la reflexión que propician éstas, reflexión que tanto depende del documento fílmico como de la formación del espectador); los resultados que se consiguen con su uso —decía— son distintos, y complementarios, a los que se logran con el insustituible estudio de la literatura jurídica. Trataré de demostrarlo a continuación, refiriéndome a algunas enseñanzas cinematográficas.

II. El Derecho como argumentación

Creo que la primera enseñanza que debe adquirir cualquier jurista y, por supuesto, el juez, es que si bien el Derecho se puede definir de múltiples formas, atendiendo a sus varias dimensiones, la práctica del Derecho consiste básicamente en argumentar, no de cualquier manera sino conforme a ciertas normas y principios, para tomar decisiones. El cine lo ha mostrado en múltiples películas pero bastará con referirse a *Twelve Angry Men*, título mal traducido en España por *Doce hombres sin piedad* (Sidney Lumet, 1957), a mi juicio uno de las mejores películas jurídicas de todos los tiempos que es, en sí misma, una clase magistral de Derecho⁵.

⁴ BONORINO, P.R., *La violación en el cine*, Valencia, tirant lo blanch, 2011, p. 19-20.

⁵ A *12 AngryMen* le dedicó un número monográfico la revista *Chicago Kent Law Review* 82, 2007, *Symposium: The 50th Anniversary of 12 Angry Men*, y acaba de aparecer un libro monográfico sobre el clásico de Lumet: CHÁVEZ, E., ed., *12 hombres en pugna. Ni castigo ni perdón. El derecho a dudar*, Lima, Grijley, 2015.

Como casi todo el mundo sabe, la película de Lumet narra los debates de un jurado que ha de decidir acerca de la inocencia o culpabilidad de un muchacho acusado de haber dado muerte a su padre. Para llegar a tomar esa decisión, no porque sí sino por unas u otras razones, los personajes tienen que hablar, discutir, argumentar. La *visión* del Derecho que resulta de la clásica película es absolutamente moderna, apartada tanto de una concepción racionalista como de otra irracionalista de la práctica judicial; porque el pensar jurídico no es «monológico» sino «esencialmente dialógico»; porque más que de «razonamiento jurídico» habría que hablar de «argumentación jurídica». Es decir, *Doce hombres* enseña que la «práctica jurídica decisoria no está primariamente presidida por un razonar subjetivo, sino por un argumentar intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de la razón individual, las de la conciencia subjetiva del intérprete y/o juez, sino los argumentos intersubjetivos, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones. De este modo, la 'verdad' jurídica no se averigua subjetivamente, se construye intersubjetivamente; no se demuestra en su certeza inmanente, sino que se justifica o se fundamenta en su 'razonabilidad' hacia el exterior, para los demás»⁶. Por eso, como los hechos y su interpretación jurídica no están claros, el deber que algunos recuerdan a lo largo del debate es el de hablar, el de seguir discutiendo. Efectivamente, si se quiere llegar a conocer correctamente los hechos o a interpretar razonablemente las normas, si se pretende hacer luz, el método «más acreditado» de averiguación de la verdad es el de contradicción. «A él se refiere expresivamente la sentencia popular: «de la discusión sale la luz»⁷.

332

De *Doce hombres* podríamos fijarnos en otros muchos elementos interesantes en perspectiva judicial, pero sólo señalaremos una distinción conceptual fundamental a los efectos de entender el Derecho como argumentación⁸. Se trata del momento en que un miembro del jurado pide a otro que explique el cambio de su voto, a lo que éste le contesta que lo hace «porque está harto», lo que provoca una agria discusión. Realmente, aquél no pide a éste que le «explique» su actuación sino que la «justifique»; es decir, lo

⁶ GARCÍA AMADO, J.A., «Retórica, argumentación y Derecho», *Isegoría* 21, 1999, p. 137.

⁷ Andrés IBÁÑEZ, P., «La argumentación y su expresión en la sentencia» *Estudios de Derecho judicial* 32, 2000, p. 13.

⁸ Tomo la expresión del título del libro de Atienza, M., *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

que debería hacer el interpelado no es enunciar los motivos, las causas, sino apuntar las razones, los argumentos, de su voto. En otros términos, quien toma una decisión práctica no está obligado a explicar sus motivos, por qué lo hace, sino a justificar los argumentos de su decisión, por qué debe hacerlo. «Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretende alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión. Hay muchas acciones, muchas decisiones, que podemos explicar aunque no nos parezcan justificadas»⁹.

III. El Derecho como persuasión

Pero si bien la práctica argumentativa es la propiamente jurídica (y científica, por cierto), consigue resoluciones razonables y aporta legitimidad al juicio, también es cierto que en la toma de las decisiones pueden intervenir otros factores que alejarían el proceso del modelo ideal de diálogo e implicarían un déficit de racionalidad en la decisión. En este sentido, las garantías procesales, bien articuladas, ofrecen un cauce a la discusión que debe ser respetado.

Aquí habría que citar el cine del linchamiento y el cine de la venganza, precisamente para darse cuenta de la importancia del Derecho procesal y las garantías procesales; para tomarlos en serio. El cine del linchamiento tiene su mayor obra en *The Ox-Bow Incident*, *Incidente en Ox-Bow* (William A. Wellman, 1943). En estos casos se trata de hacer justicia, pues se pretende castigar a un presunto criminal, pero sin ningún tipo de garantía. Al prescindir del formalismo típicamente jurídico se prescinde también de las cortapisas que el Derecho establece para evitar que se cometa una injusticia; la *justicia en caliente* puede acabar, mucho más que un juicio con todas las garantías, en una injusticia. Lo mismo ocurre con todo tipo de ajustes de cuentas, tópico éste que ha dado lugar al cine de la venganza, cuya mejor representación se halla –creo– en la serie de *Dirty Harry*, *Harry, el sucio* (Don Siegel, 1971), justiciero que instruye, decide y ejecuta, al mismo tiempo, además de criticar implacablemente todas las garantías jurídicas. Ejercicio que el aspirante a juez puede llevar a cabo es el de observar la teoría del Derecho penal del enemigo en estas películas.

⁹ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 254.

También debería traerse aquí el cine de la pasión y muerte de Cristo, tantas veces llevado a la gran pantalla, pues la historia que narra tiene que ver con la decisión, que en este caso quizás sea errónea pero que es, sin duda, injusta y democrática. Claro que depende de lo que se entienda por democracia, pues es cierto que si la democracia es un procedimiento y nada más que un procedimiento, entonces «las minorías no tienen defensa alguna» y «se pueden legitimar las peores atrocidades y genocidios»¹⁰. En cualquier caso, esta filmografía valdría para (de)mostrar que ni la mayoría ni siquiera la unanimidad son las que justifican la decisión judicial. La multitud no es el mejor juez, sencillamente. Pensar lo contrario contradice el modelo del Estado constitucional de Derecho, que «tiene su fundamento ideal en la armónica integración de dos momentos complementarios: el propiamente *democrático* y el de *derecho*». El juez no ha de estar sometido a ni ser un representante de la mayoría; su legitimación no se halla en el momento democrático sino en el de derecho; sus sentencias no adquieren justificación por ser aceptadas o por coincidir con la opinión de la mayoría, sino por ser conforme a Derecho; su función es la de garantizar derechos, lo que «tiene una ineliminable dimensión de contrapoder»¹¹. Podríamos rastrear precisamente entre gran número de películas que tratan de la pretendida legitimidad democrática de la justicia penal, pero sólo quisiera referirme a un producto cinematográfico sin duda deficiente, *Citizen Verdict, Justicia en directo* (Philippe Martínez, 2003), pero que apunta una idea terrible que nos interesa ahora, la de convertir la justicia en un *reality show* en el que es la audiencia la que juzga a un presunto criminal.

334

IV. El influjo de los medios de comunicación en la decisión judicial

Conectada con la anterior enseñanza se encuentra esta otra. Si todo el proceso que culmina en la toma de la decisión judicial ha de hacer uso de la racionalidad y concluir en una decisión razonable, el juez tiene que ser consciente de que en ocasiones los medios de comunicación, de forma ilegítima, pueden orientar o incluso tomar la decisión, haciendo que la sentencia adolezca, otra vez, de un déficit de racionalidad. Hay casos tanto reales como cinematográficos que lo prueban. Entre los cinematográficos destaca el de

¹⁰ MIRANDA, J. P., *Racionalidad y democracia*, Salamanca, Sígueme, 1996, p. 78 y 134.

¹¹ Andrés IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 434.

Barbara Graham, personaje con el que Susan Hayward obtuvo el Oscar a la mejor actriz, en *I Want to Live!*, ¡Quiero vivir! (Robert Wise, 1958). La película de Wise puede leerse como un documento sobre la pena de muerte y, en este sentido, no aporta nuevos argumentos contra ese castigo sino que su peculiaridad reside en el sexo del reo. No aporta nuevos argumentos porque parece el caso claro del error judicial, además de mostrar muy claramente el sufrimiento, la tortura que significa el anuncio de la condena y la espera hasta la ejecución. Más interés tiene la explicación de los motivos que llevaron a que Barbara Graham fuera condenada. Precisamente porque se trataba de una mujer, los autores la acusaron a ella del crimen, en el entendimiento de que no sería condenada a la pena capital. Pero el plan falló y fue sentenciada a esa pena. ¿Por qué falló el plan? Porque un periódico orquestó una campaña contra ella, culpabilizándola, convenciendo tanto a la opinión pública como al tribunal de su responsabilidad. Buen ejemplo, por tanto, de cómo los medios de comunicación pueden orientar una decisión, del riesgo que para el Derecho tienen los juicios paralelos de la opinión pública. Quienes luchen por evitar la ejecución serán conscientes de la importancia que tuvieron los periódicos para crear «el clima que la condenó», y por eso ahora tratarán de que los mismos medios transformen ese contexto.

Ante la presión mediática, «los profesionales de la justicia tendrían que aprender a moverse con una relativa indiferencia. Algo que puede, mejor, debería enseñarse»¹². En efecto, la lección para los jueces es clara: se les pide que se hagan conscientes de la importancia que pueden tener los medios y la opinión pública en la toma de decisiones, y que eduquen su espíritu crítico ante la presión de aquellos, para lo que podría valer tanto ¡Quiero vivir! como alguna otra filmografía¹³.

V. La posibilidad de errar en el conocimiento de los hechos

Otro conocimiento fundamental para los jueces, pero que afecta a cualquier persona, es el de la falibilidad del conocimiento humano. Una vez más, es distinto leer en un manual que el conocimiento es falible, que observar en una narración cinematográfica que un dato que teníamos por ver-

¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia*, cit., p. 154.

¹³ Vid. RIVAYA, B., «La libertad de expresión en el cine», *Derechos y Libertades* 25, 2011, p. 115-144.

dadero no lo es. Como ningún otro medio, el cine ha convertido en tópicos argumentales el del falso culpable y el error judicial, sin duda porque ambas circunstancias van unidas a una emoción muy cinematográfica, la del suspense. Precisamente Alfred Hitchcock, a quien se llamó el rey del suspense y dirigió *The Wrong Man, Falso culpable* (1956), explicó a Francois Truffaut por qué le atraía tanto ese argumento: «Es que el tema del hombre acusado injustamente produce mayor sensación de peligro a los espectadores, porque se colocan más fácilmente en la situación de este hombre que en la de un culpable que trata de escapar. Siempre tomo en consideración al público»¹⁴. Por lo demás, el director satisfacía así en la pantalla su propio interés, pues en alguna ocasión declaró que le habría gustado ser abogado criminalista.

Este argumento tiene tanta fuerza dramática que ha sido utilizado desde los inicios del cinematógrafo, nada menos, y podríamos rastrearlo a lo largo de toda la historia del cine, hasta el momento actual. En *Intolerance, Intolerancia* (D.W. Griffith, 1916) ya se encuentra el caso del error judicial en uno de sus medimetrajes, pero el que parece que se va a producir es el más trágico que quepa imaginar, el que significa la condena a muerte de un inocente. Por eso la pena de muerte ha ido unida muchas veces al error judicial, siendo esta unión un recurso argumentativo abolicionista típicamente cinematográfico (ya hemos visto el ejemplo de ¡Quiero vivir!), porque el fallo en este caso es absolutamente irreparable, lo que sirve para reforzar, por medio de una emoción dramática, tanto el atractivo de la trama cuanto el argumento contra la pena capital.

336

Pero el gran director que trató los temas del falso culpable y del error judicial fue, junto a Hitchcock, Fritz Lang; no sólo porque el tópico lo desarrolló en varias ocasiones sino por lo alambicado de los argumentos de las películas que dirigió que versan sobre el error, no sólo judicial, y sobre todo por fijarse en los efectos imprevistos, inimaginables e indeseables, de las decisiones erróneas, pues si bien es verdad que las decisiones acertadas también pueden producir efectos lamentables, resultan mucho más censurables cuando son el resultado de una equivocación que, por principio, no debería producirse. Para el tema que nos interesa, de Lang habría que destacar, sobre todo, *Fury, Furia* (1936), *You Only Live Once, Sólo se vive una vez* (1937) y

¹⁴ TRUFFAUT, F., *El cine según Hitchcock*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 50.

Beyond a Reasonable Doubt, cuyo título en español fue simplemente *Más allá de la duda* (1957), haciendo desaparecer el adjetivo «razonable». Cualquiera de esas películas valdrían, por cierto, para plantearse la cuestión de la duda y de la certeza razonables. Realmente, muchísimos otros filmes podrían valer para lo mismo; por citar uno más reciente, véase *MysticRiver* (Clint Eastwood, 2003), película en la que el cineasta juega con el espectador, haciéndole creer que es culpable quien es inocente, que por cierto llega incluso a confesar su (inexistente) culpabilidad. En fin, no sólo ocurre que la empresa del conocimiento humano es complicada y dificultosa, sino que también puede fracasar. ¿Siempre?

VI. El carácter probabilístico del conocimiento de los hechos

Siempre. ¿Por qué? Porque puede afirmarse con certeza que el conocimiento humano, también el científico, también el de los jueces, es probabilístico, lo que no significa que no sea posible el conocimiento sino que no es absoluto sino probable. La película que como ninguna otra sirve para ilustrar la cuestión («el tema de la muy cuestionable sencillez de los hechos»¹⁵) es una obra de arte del cine judicial, aunque realmente no trate de un juicio sino de un interrogatorio policial, *Rashomon* (Akira Kurosawa, 1950); película que tiene tanta importancia que ha dado lugar a lo que en el ámbito de las ciencias sociales se denomina *efecto Rashomon*, precisamente, que hace referencia a la inevitable subjetividad que afecta a todo testimonio, de tal manera que los diversos relatos de *unos mismos hechos* constituyen *hechos distintos*, siendo todos igualmente plausibles. El *efecto Rashomon* se observa especialmente cuando personas provenientes de culturas diversas describen la misma realidad y, sin embargo, al utilizar cada uno su peculiar perspectiva, no describen lo mismo. No hace falta decir que la película resulta imprescindible para los aspirantes a jueces.

Un bandolero asalta a una pareja: presuntamente, mata al hombre y viola a la mujer. Pero los problemas surgen de inmediato. ¿Efectivamente mata al hombre? Si realmente lo mata, ¿es culpable de la muerte? Si es culpable de la muerte, ¿se trata de un homicidio o de un asesinato? En cuanto

¹⁵ Andrés IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia*, cit., p. 252.

a la mujer, ¿el asaltante mantuvo relaciones sexuales con ella? Si realmente las mantuvo, ¿fueron o no consentidas? ¿O lo fueron más o menos?, etc. Los cuatro testimonios que constituyen la película se refieren a los referidos hechos, pero éstos son distintos según que atendamos a unos u otros testimonios. Supuesto que los tres participantes en el suceso y el testigo no mienten, ¿son todas las versiones igualmente verdaderas? ¿Hasta qué punto es posible llegar a saberlo? Ante semejante tesitura, el juez se convierte en el narrador privilegiado obligado a describir unos hechos que no ha conocido directamente, absolutamente incontrastables en condiciones idénticas, que ya nunca más volverán a producirse y sobre los que en adelante sólo podrá actuarse interpretativamente¹⁶.

Rashomon también sirve para distinguir muy claramente entre hechos externos e internos, entre datos conductuales y mentales. Estos últimos resultan fundamentales para determinar la responsabilidad pero es verdad que, en principio, «las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes» son más difíciles de conocer que los otros, que los hechos externos¹⁷.

VII. El papel de las emociones en las decisiones judiciales

El juez tiene que hacerse consciente de sus emociones, para que no sean éstas las que tomen una decisión que ha de ser racional o razonable. También el cine serviría para lograr este cometido educador. Aunque pudieran analizarse otras, la película que quiero utilizar para mostrarlo es nada menos que *El rito*, de Ingmar Bergman (1969), una película en la que casi no existe una reflexión explícita, verbalizada, sobre el Derecho, pero sí existe otra cinematográfica, en imágenes, que se observa en el ambiente claustrofóbico de la narración, en el abundante sudor del personaje del juez, en sus gestos, a veces de superioridad, de condescendencia o de ira; a veces de miedo, de terror o de humillación. Resulta indiferente que la labor del juez, aplicar reglas, esté reglada, parece que quiere decirnos Bergman, pues todo el proceso, incluyendo su resolución final, es un producto de vivencias emocionales

¹⁶ RIVAYA, B., *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 176.

¹⁷ GASCÓN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 78.

y factores psicológicos absolutamente incontrolables. Desde luego, pretender que existe un Derecho previo del que se deducirían las decisiones judiciales no sería más que una «ilusión»¹⁸. Realmente no llama la atención la tendencia bergmaniana al psicologismo y al moralismo sino que esas perspectivas se utilicen para observar el trabajo de un juez, lo que no es común en nuestra tradición y puede resultar hasta escandaloso. En palabras de Juan Antonio Gómez, «la película es una crítica implacable a la concepción positivista, formalista del juez, como ejecutor mecánico de un proceso cognoscitivo lógico-deductivo, como fría, calculadora, aséptica y racional *bouche de la loi*. Es la propia naturaleza psíquica del juez, y su evolución a lo largo del filme, lo que determina el auténtico *modus esendi* de la función judicial, en plena sintonía con los postulados teóricos del realismo jurídico escandinavo»¹⁹.

El juez no parece ese funcionario del que hablaba Kantorowicz, que se halla sentado ante su mesa, en su cuarto, «armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie», al que se «le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta»²⁰. Quizás al principio de esta cinta de Bergman pueda el juez ofrecernos esa imagen, pero bastará poco tiempo para darnos cuenta del sentimiento de culpa que le embarga por dedicarse a la jurisdicción, precisamente, una actividad que desprecia: «Admito que hay cierta crueldad también en mi profesión –dice–. Reprimir, humillar, juzgar e investigar». Pero las emociones del juez podrían ser otras y seguramente lo son en la mayoría de los casos. Sean unas u otras, lo que importa es que determinan la decisión; ésa es la realidad del Derecho según *El rito*. No digo que sea así necesariamente pero no está de más reflexionar sobre esa posibilidad.

¹⁸ OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 106.

¹⁹ GÓMEZ GARCÍA, J. A., «Derecho y Cine: *El rito*, o el Derecho y el juez según el realismo jurídico escandinavo», *Revista de Derecho UNED* 3, 2008, p. 118.

²⁰ KANTOROWICZ, H., «La lucha por la ciencia del Derecho»; en Varios, *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 329.

VIII. La valentía y el sentido de la justicia como virtudes judiciales

Manuel Atienza, que ya hace años aseguró que el cine y la literatura deberían jugar un papel en la enseñanza de las virtudes judiciales²¹, apuntó la valentía y el sentido de la justicia entre éstas²². Efectivamente, tanto es cierto que el cine puede ayudar a cultivarlas como que la valentía y el sentido de la justicia son virtudes fundamentales de los jueces, porque pueden encontrarse ante muy diversas circunstancias que bien exijan enfrentarse a personas o instituciones, lo que un juez cobarde no haría; o bien saber de qué lado está la justicia, lo que un juez sin sentido de ésta no averiguaría. Efectivamente, el cine nos ha enseñado tanto el caso de jueces valientes como de jueces cobardes; tanto el de jueces con un acusado sentido de la justicia como carentes de éste. Para verlo, querría referirme ahora a la filmografía de Constantin Costa-Gavras, a quien se tiene por el director del cine político por excelencia, pero también es autor de un extraordinario cine judicial, absolutamente recomendable para que sea visto por los jueces, pues muchas de sus películas giran en torno a procesos. Ahora que lo pienso, el dato no deja de resultar curioso porque el juicio se presenta en sus películas como uno de los marcos en el que se desarrolla la política: en *Z* (1969), en *L'Aveu, La confesión* (1970), en *Section Spéciale, Sección especial* (1975), en *Music Box, La caja de música* (1989), además de en otras donde los juicios son paralelos, como *Etat de siege, Estado de sitio* (1973), o no llegan a verse, como en *Missing, Desaparecido* (1982).

340

Entonces, dos ejemplos tomados de Costa-Gavras para mostrar una virtud y, su contrapartida, un vicio judiciales; así como el sentido o la carencia de sentido de la justicia. *Z* es una película que forma parte de la historia, ya que contribuyó sin duda al desprestigio y al final del régimen de los coroneles, y de la historia del cine, pues resulta un caso peculiar de thriller político que tuvo enorme éxito. La trama gira en torno a un atentado que acaba con la vida de un líder político griego, progresista y pacifista, y la posterior investigación que lleva a cabo un joven juez, interpretado por Jean-Louis Trintignant, pulcro, inteligente y con sangre fría. En su momento tomé la

²¹ «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ, R., eds., *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa y UNAM, 2008, p. 25.

²² «Ética judicial», *Jueces para la Democracia* 40, 2001, p. 17.

película como ejemplo de uso alternativo del Derecho, pero sólo en un sentido muy genérico pude afirmarlo; realmente se trataba de un uso correcto, valiente, del Derecho. Quiero decir que no había varias alternativas entre las que un juez pudiera legítimamente elegir, optando el protagonista por la opción más avanzada, sino que la disyuntiva consistía en aplicar el Derecho o no hacerlo. ¿Por qué? Porque el poder político, y especialmente el militar, habían colaborado en el crimen y, por tanto, eran los más interesados en que no se aplicara el Derecho, en convertir el juicio en una farsa. El juez de la película resulta ejemplar porque se enfrenta al poder político, cuando lo más fácil sería aceptar la versión oficial que éste había elaborado, la «tesis del accidente», y cerrar la instrucción. Evidentemente, hacer frente a políticos y militares sólo puede traerle problemas y perjuicios, pero decide hacer lo que tiene que hacer, aplicar la ley. Muchas veces el juez tiene que hacer uso de su valentía y en un gran número de ocasiones se debe a las interferencias del poder político, que se inmiscuye en la actividad jurisdiccional buscando satisfacer sus intereses. Esta es otra enseñanza, por cierto, que se puede aprender en el cine: el poder (político pero se puede aplicar a otros poderes) trata de someter a los jueces, ponerlos de su lado, hacer que fallen a su favor.

El otro ejemplo, en el que no se muestra tanto el valor cuanto la cobardía, en el que no se muestra tanto el sentido de la justicia cuanto su carencia, se encuentra en *Sección especial*, una imprescindible película judicial; una de esas películas que se convierten en la mejor explicación de un concepto; en este caso el de la razón de Estado. ¿Les ha de interesar a los jueces la razón de Estado? Creo que sí.

En Vichy, en 1941, varios jóvenes acaban con la vida de un oficial alemán. Ante las previsibles represalias que las fuerzas de ocupación llevarán a cabo, las autoridades francesas deciden, por medio de una ley retroactiva, crear un tribunal especial para juzgar ese tipo de delitos, con competencia para decidir la pena de muerte. El (otro) problema es que no consiguen detener a los culpables y tienen que actuar con celeridad para, de nuevo, contentar a los ocupantes, así que deciden volver juzgar a algunos presos, condenados por delitos leves, que seleccionan entre comunistas y judíos. Ante semejante atrocidad, el ministro de Justicia se opondrá, aunque acabará cediendo. También se opondrá un juez al que se le ofrece la posibilidad de presidir la Sección especial, que airado dirá: «¿Perseguir a terroristas, ser severos, vale; pero condenar a muerte por una ley retroactiva a hombres que no

tuvieron nada que ver es abominable!». Entre los otros jueces y fiscales que participan hay cierto debate, pero la gran mayoría acaba aceptando la vulneración de los principios más básicos. Porque ese tribunal no es imparcial (ajeno a los intereses de las partes), ni independiente (exterior al poder), ni natural (anterior al hecho juzgado); es decir, vulnera las mínimas garantías que ha de cumplir un tribunal²³. Pero además ese tribunal ha de aplicar el Derecho de una forma que no sólo repugna a quien defienda los principios jurídicos clásicos, liberales e ilustrados, los principios de irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, etc. ¿Por qué? «La cuestión no es sólo jurídica; nos guía la razón de Estado», dice el presidente de la Sección especial refiriéndose a ese argumento que pretende convertir en legítimo lo que, en circunstancias normales, sería condenable a todas luces, amparándose en el interés nacional, la defensa del Estado o el estado de necesidad.

Sección especial recuerda otra joya del cine judicial, *Paths of Glory, Senderos de gloria* (Stanley Kubrick, 1957), en cuya trama el Derecho se aplica con el objetivo de elevar la moral de la tropa, para lo que hay que «fusilar de vez en cuando». Pero la justificación de la decisión judicial, al igual que vimos que no podía fundamentarse en la mayoría o incluso en el consenso social, tampoco puede descansar en consideraciones instrumentalistas o utilitarias. «En el Derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la verdad precisamente en el sentido de correspondencia lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados»²⁴. Con la sentencia sólo se ha de buscar satisfacer la justicia conforme a la ley, no elevar la moral de la tropa, tranquilizar a la sociedad, firmar un tratado de paz o quitar de la circulación a elementos indeseable (!) que no han cometido el crimen que se juzga.

No es un mal momento para recomendar a cualquier juez que lea la novela de Kafka y vea la película de Orson Welles, *The Trial, El proceso* (1962), antes de preguntarse por los requisitos que ha de cumplir un juicio. Porque ¿es *El proceso* efectivamente un proceso? Desde luego no es un proceso justo²⁵: hay una evidente, escandalosa, indefensión; no se resuelven

²³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teorías del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 578.

²⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 68.

²⁵ Díez-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas-Thomson, 2005, p. 405-428.

razonablemente las pretensiones del procesado; no conocemos qué es lo que puede hacer, qué recursos procesales puede utilizar, ni siquiera cabe esperar una resolución firme; la imparcialidad del juez parece un chiste; el derecho a la publicidad del proceso no existe; no hay asistencia ni siquiera interés del abogado por defender a su cliente; la dilación es la regla; ni siquiera tiene el derecho a presentar los medios de prueba que considere pertinentes; el derecho a conocer la acusación se vulnera; la presunción de inocencia se invierte y pasa a serlo de culpabilidad. En fin, hablar de «proceso» en este caso resulta una broma de mal gusto.

IX. Los jueces como funcionarios de las clases dominantes

El marxismo ha tenido múltiples versiones pero, en relación a los jueces, probablemente la canónica afirme que se trata de gestores de los intereses de la burguesía. Al fin y al cabo, si el Estado no es más que el consejo de administración de la burguesía, si los juristas no son otra cosa que «sirvientes a sueldo» de la burguesía y si las leyes no pueden dejar de ser «prejuicios burgueses, tras los cuales se ocultan los correspondientes intereses de la burguesía»²⁶, no parece que quepa una mejor concepción de los jueces. Los anarquistas tampoco los vieron con buenos ojos. Por ejemplo Kropotkin, que los sufrió, dijo del juez que era un «pervertido por el estudio del Derecho romano», un «maniático del código», un visionario que vivía en el mundo de «las ficciones jurídicas»²⁷, tras lo cual se hallaría su opción de clase. ¿Se trasladó a la pantalla la crítica de los movimientos socialistas?

Sí. A efectos eruditos se podría analizar la relación entre el socialismo y la prehistoria del cine, pero el hecho de que la revolución soviética triunfara en 1917 hace que pronto surja un potente cine socialista que muestra la nueva visión del mundo, incluidos el Derecho y la judicatura. La película que mejor muestra la crítica marxista a los jueces es una joya de la cinematografía soviética, *La madre* (Vsévolod Pudovkin, 1926), que representa filmicamente la lucha de clases, un conflicto entre trabajadores y empresarios que

²⁶ MARX, K. y ENGELS, F., *El manifiesto comunista* [1848], Madrid, Alhambra, 1985, p. 53-54, 65.

²⁷ KROPOTKIN, P., *Las prisiones*, Valencia, F. Sempere y Cia, s.f., p. 52; *Ouvres*, Paris, Francois Maspero, 1976, p. 224; *Palabras de un rebelde*, Palma de Mallorca, Pequeña Biblioteca Calamus Sriptorius, 1977, p. 91.

acabará en los tribunales. Nos interesa la presentación que hace de éstos en una escena que debería ser de obligado visionado por los jueces, comenzando con una toma completa del majestuoso edificio del Palacio de Justicia, custodiado por militares. Ya dentro espera la madre del revolucionario encausado, una mujer angustiada, enjuta, cuya pequeñez y desamparo contrasta con el imponente edificio que se acaba de enseñar. La imagen de los jueces no deja lugar a dudas de la condena que se hace caer sobre ellos. Pudovkin identifica a cada uno de los tres magistrados con una virtud, rectitud, justicia y piedad, pero quedan contradichas por la actitud o la expresión de los personajes: Uno con cara de aburrido; dormido otro; con un semblante cruel el tercero. Tras la vista, en la que destacan impresionantes primeros planos, la condena. «¿Es esto justicia?», se preguntará la madre. No, contestará el comunismo, porque ésa es una justicia de clase.

Desde el anarquismo, la crítica cinematográfica a la judicatura puede verse, nunca mejor dicho, en *Sacco e Vanzetti* (Giuliano Montaldo, 1971), película que narra los conocidos sucesos que dieron con la ejecución de Sacco y Vanzetti, en 1927, condenados por robo y asesinato. La imaginen que la película de Montaldo transmite de los jueces es lamentable. Es cierto que quien comienza ejerciendo la defensa mantiene una actitud excesivamente relajada ante el tribunal y que el juez muestra el hartazgo por ese comportamiento, pero la genial escena del plano subjetivo, cuando la cámara se convierte en los ojos del juzgador que miran las sandalias que calza el letrado ya nos dice que la sentencia va a ser condenatoria, no porque los acusados sean culpables sino por otras razones: porque son pobres, anarquistas, inmigrantes y el abogado no guarda el debido respeto. Se trata, como saben ver los dos imputados y su defensor, de un «proceso político» que acabará con la condena de los imputados, en el marco de la lucha contra el movimiento obrero.

Por supuesto, no hay que compartir necesariamente la crítica, pero es un ejercicio interesante que los jueces se planteen si es cierta, o pudo haber sido, y hasta qué punto.

Éstas son sólo algunas de las enseñanzas, las más obvias, que en el cine puede encontrar un juez o un aspirante a juez. Por la forma fílmica de enseñar, vivencial y en absoluto abstracta, se trata de realidades o propuestas que se convierten rápidamente en motivo de reflexión; quizás ésa sea una de las grandes virtudes del cine como medio de enseñanza.

La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine

✉ ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA*

Sumario:

I. Introducción. **II.** Planteamiento y método de la investigación. **III.** Propuesta del cine como estrategia didáctica en la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales, a través del curso de razonamiento jurídico. 3.1. Introducción. 3.2. Fundamentos. 3.3. Objetivos. 3.4. Metodología. 3.4.1. Películas. 3.4.2. Contenidos. 3.4.3. Infraestructura. 3.4.4. Evaluación. 3.4.5. Forma de trabajo. **IV.** Resultados. **V.** Discusión. **VI.** Conclusiones.

Resumen:

El autor propone el uso del cine como herramienta para la enseñanza de principios constitucionales a los alumnos de Derecho, usando el curso de razonamiento jurídico. Para ello presenta un estudio que realizó directamente, usando un grupo experimental y un grupo de control, ambos bajo su dirección. Un grupo aprendió conceptos jurídicos mediante el cine y otro por la manera tradicional. El artículo nos presenta su metodología y resultados.

345

Palabras clave:

Cine, razonamiento jurídico, ponderación, enseñanza del Derecho.

Abstract:

The author proposes the use of cinema as a teaching tool in legal reasoning classes in order to teach constitutional principles to students of law. He presents his own investigation on the subject, where he used an experimental group and a control group, both under his direct supervision. One group learned legal concepts through cinema and the other through the traditional way. The article presents his methodology and results.

Keywords:

Cinema, legal reasoning, balancing, legal education.

* Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco.

I. Introducción

Hace más de cuatro décadas que la enseñanza del derecho vive una permanente tensión entre la tradición y el cambio¹. Es desde aquellos momentos que estudiosos como De Trazegnies, Avendaño y Zolezzi, plantearon los principios en los que debería basarse ese discurso renovador que define al derecho como «un instrumento para la realización de fines sociales y no como un simple ordenamiento formal», lineamientos que hoy podemos considerar vigentes: a) estudiar al derecho tal como se produce en la sociedad, es decir, a través de los distintos modos en los que se manifiesta y no en abstracto; b) confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales para examinar la coherencia de su racionalidad interna en contraste con las exigencias, necesidades y aspiraciones sociales; c) asumido como practica social, el Derecho evoluciona con la sociedad misma y no es el único orden jurídico posible².

Tradicionalmente la enseñanza del derecho se realiza mediante la descripción de las normas o instituciones de cada rama del derecho desde la perspectiva formalista, de una manera aislada sin conectarlos con la sociedad donde se desarrollan³. A esto debemos sumar que por la experiencia, los abogados sabemos que la enseñanza del derecho se realiza principal y casi generalmente a través de la clase magistral, que en palabras de Capella (1995), citado por Rivaya (2006) para el caso Español, se trata de «un monólogo de tres cuartos de hora de duración (...) impartido a centenares de personas a la vez, ininterrumpido salvo excepcionalmente (...) seguido en ocasiones, al acabar la clase, de aclaraciones y consultas por parte de alumnos interesados y peloteo de los que quieren hacerse ver».

Más allá del tema de la enseñanza jurídica, no podemos dejar de considerar el enfoque constructivista que viene guiando la educación en este siglo, en el que ya no solo se habla de «enseñanza» como lo hacía el diseño

¹ GONZALES, Gorki (2008), «La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades». PUCP. Lima.

² GONZALES, Gorki (2008), «La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades». PUCP. Lima..

³ PEREZ, José Luis (2008), «Cine y Derecho. Aplicaciones Docentes» Univ. Pompeu Fabra. En: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/cine-y-derecho-aplicaciones-docentes-0/>>. Consultado el 2 de diciembre de 2013.

instruccional, sino más bien de un complejo proceso de enseñanza-aprendizaje, para el cual: «el aprendizaje no es cambio de conducta ni mera adquisición de información ni solo un cambio de percepción, sino el proceso de construcción de representaciones de la realidad que hace el sujeto»; y dentro del cual se puede resaltar el constructivismo social de Vygotsky, que sitúa al alumno dentro de un contexto sociocultural. (Pacheco, 2004)

Un tercer aspecto a considerar es la aparición, en los últimos años, de diferentes estudios interdisciplinarios entre el derecho y otras disciplinas sean estas sociales, filosóficas o culturales, las cuales encuentran su justificación en que, a partir de mediados del siglo XX se ha empezado un proceso para dejar atrás la concepción única y casi absoluta del formalismo jurídico, empezando a complementar al, hasta entonces, insuficiente derecho, con la moral, la sociología, la economía, entre otros. Según Rivaya (2004), un ejemplo de ello son los trabajos en materia de Cine y Derecho que se han venido realizando, principalmente en los Estados Unidos, pero con un ritmo importante en España y en nuestro propio país; los que encuentran un sentido primario en que «el cine no ha podido dejar de lado la temática jurídica, sencillamente porque el Derecho no es más que la propia vida social, observada desde cierta perspectiva, por que el dato jurídico, la impregna toda».

347

En este panorama, considerando por una parte la permanente crisis de la educación en materia jurídica, y por otra, los avances del enfoque constructivista, así como los diferentes estudios interdisciplinarios entre el cine y el derecho, y teniendo en cuenta que en las últimas décadas se han desarrollado diferentes estrategias, medios y materiales didácticos, de naturaleza visual, sonora, audiovisual y de nuevas tecnologías; vemos de suma importancia para el contexto social la aplicación de nuevas estrategias en el proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho y en el caso específico, mediante el cine, debido a sus diferentes relaciones de reciprocidad que muestran los estudios y experiencias realizados hasta la fecha. Son estas las consideraciones que motivaron la presente investigación.

II. Planteamiento y método de la investigación

El presente trabajo busca probar que la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales puede tener mucho éxito mediante la estrategia didáctica del cine. Para ello he seleccionado la asignatura de razonamiento

jurídico, como el medio para aplicar mi propuesta, debido a que sus contenidos incluyen la aplicación de los principios constitucionales en la realidad y a la vez para realizar el experimento que pruebe su influencia positiva en el proceso de enseñanza-aprendizaje, esto último mediante el rendimiento académico de los estudiantes matriculados en la mencionada asignatura, por ello el objetivo de la presente investigación es determinar en qué medida, la aplicación del cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje, influye en el rendimiento académico de los estudiantes del curso de razonamiento jurídico.

En ese entender, tenemos que la presente es una investigación experimental, del tipo experimento «puro» y diseño con posprueba únicamente y grupo de control. Experimental, pues lo que se pretende es establecer el posible efecto de una causa que se manipula. (Fernández, Hernández y Baptista, 2010).

Del mismo modo, siguiendo la tipología de Campbell y Stanley (1966) citados por Hernández, Fernández y Baptista (2010), estamos ante un experimento «puro», pues este reúne dos requisitos para lograr el control y la validez interna: grupos de comparación (manipulación de la variable independiente), y equivalencia de grupos.

348

Se trata de un diseño con posprueba únicamente y grupo de control, porque incluye dos grupos equivalentes seleccionados de acuerdo a la técnica del emparejamiento, uno recibe el tratamiento experimental y el otro no, de esta manera la manipulación de la variable independiente alcanza solo dos niveles: presencia y ausencia. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010)

La población está constituida por el 100% de los estudiantes matriculados en el curso de Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B», en la carrera profesional de Derecho de la Universidad Andina del Cusco. Los cuales totalizan 111 estudiantes, 55 en el grupo «A» y 56 en el grupo «B». La población del presente estudio es de tipo finita, integrada por los estudiantes matriculados en el curso de Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B».

El tipo de muestreo utilizado en este trabajo es no probabilístico o dirigido, pues supone un procedimiento de selección informal. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010) Las investigaciones experimentales, la mayoría de veces utilizan muestras dirigidas, a diferencia de los estudios no experi-

mentales descriptivos o correlacionales-causales, que deben utilizar muestras probabilísticas. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010)

En este trabajo era necesario conformar dos grupos que sean prácticamente iguales, para poder aplicar el experimento de acuerdo al diseño de investigación señalado, de esta manera, se seleccionaron:

- Un grupo experimental conformado por quince alumnos del curso de Razonamiento jurídico, grupo «B»;
- Un grupo de control conformado por quince estudiantes del curso de Razonamiento jurídico, grupo «A».

Ambos grupos fueron seleccionados, de acuerdo al promedio obtenido por los estudiantes en las dos primeras unidades. De esta forma ambos grupos son homogéneos en cuanto a su rendimiento académico, incluyéndose en cada grupo: dos estudiantes cuyo promedio es 18, tres cuyo promedio es 17, tres con 16, tres con 15, tres con 14 y uno con 13; siendo el criterio de inclusión el de ser estudiante de la carrera profesional de derecho y estar matriculado en el curso de Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B».

349

La recolección de datos se realizó mediante un examen escrito de conocimientos correspondiente a la unidad 3 del curso de razonamiento jurídico, el mismo que fue diseñado por mi persona, como docente de la asignatura y autor de la presente investigación. El objetivo fue evaluar el rendimiento académico de los estudiantes, tanto del grupo experimental como del grupo control, en la unidad 3, y de esta forma comparar la influencia de la estrategia empleada en la investigación. El examen consistió en una prueba objetiva de diez preguntas y que fue desarrollada por todo el universo (Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B») en un tiempo de 15 minutos. Para posteriormente considerar solo las calificaciones del grupo control y el grupo experimental en la comparación destinada a determinar en qué medida influyó la estrategia planteada. Al ser mi persona el docente de ambos cursos, la información sobre el rendimiento académico se obtuvo de primera mano.

Finalmente, debo precisar que para realizar la investigación, desarrollé una propuesta basada en utilizar el cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza aprendizaje del curso de razonamiento jurídico, trabajo analítico y argumentativo que explico y fundamento a continuación.

III. Propuesta del cine como estrategia didáctica en la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales, a través del curso de razonamiento jurídico

3.1. Introducción

El cine como estrategia didáctica para la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales en el curso de razonamiento jurídico, es la propuesta que realicé con el fin de ser aplicada como parte del proceso de enseñanza-aprendizaje de la asignatura de razonamiento jurídico, e incluso materias afines que tengan contenidos iguales o similares, dentro de los planes curriculares de la carrera profesional de derecho.

Planteamos una propuesta didáctica novedosa que sirve como canal facilitador de la obtención de conocimientos y agente de enseñanza que inspira la reflexión y el análisis, constituyendo un nuevo enfoque para la enseñanza y el aprendizaje de los contenidos temáticos del razonamiento jurídico, en especial de los principios constitucionales.

350

3.2. Fundamentos

Para comenzar a argumentar los fundamentos que sustentan la presente estrategia didáctica debemos comenzar haciéndonos la siguiente pregunta: ¿es posible utilizar el cine como un instrumento para la didáctica jurídica?

La pregunta lanzada no es nueva, pues ya fue realizada para el mundo académico por diferentes profesores en el mundo, entre ellos Rivaya (2006) en la Universidad de Oviedo, quien en la búsqueda de responderla realiza un estudio, cuyos detalles son necesarios de precisar.

En primer término, el profesor español hace un análisis sobre el tradicionalismo de la pedagogía jurídica española, basándose en estudios previos hace una crítica sobre cómo esta se realiza en gran medida mediante la denominada clase magistral, la cual si bien sigue siendo necesaria, no es suficiente para los objetivos de esa operación, hoy en día tan compleja, que es el estudio o la formación jurídica. Puntualiza la problemática de la desmotivación del estudiante así como de su participación activa en el proceso. (Rivaya, 2006).

En segundo lugar, nos habla sobre un posible papel para el cine en el nuevo contexto de la enseñanza del derecho, explicando la transformación completa en la formación superior de acuerdo a los nuevos espacios educativos en Europa, precisando que el derecho no podrá mantenerse al margen de dicha situación, por lo que se configura un panorama en el que el cine puede colaborar decisivamente en esa tarea, argumentando ciertas virtualidades que el cine podría aportar a la educación jurídica, tales como: el ser una atractiva innovación educativa, un medio para que la educación se centre en el alumno, introduce nuevos recursos lo que mejora la calidad de enseñanza, potencia la interdisciplinariedad, y ayuda al desarrollo de las posibilidades de una formación permanente. En esa medida también puntualiza que con ello no se busca que la educación en derecho sea cinematográfica, pues esta siempre debe ser literaria, sino en aprovechar las posibilidades que este instrumento nos brinda para mejorar aquella (Rivaya, 2006).

Finalmente, el autor hace una propuesta de las modalidades en las que se podría introducir el cine en la enseñanza del derecho, considerando dos; una mediante la incorporación de una película dentro de una asignatura convencional, con el objeto de explicar un tema jurídico específico, pudiendo tener diferentes posibilidades de acuerdo al sin número de películas con temáticas civil, penal, constitucional, procesal, derechos humanos, entre otras; y la otra, constituyendo una asignatura dedicada específicamente a cine y derecho, en el que se puede desarrollar de forma consecutiva análisis y estudios de las diferentes disciplinas jurídica (Rivaya, 2006).

Reforzando la idea de utilizar el cine para la didáctica jurídica, encontramos los aportes del profesor Pérez (2008), quien expone dos argumentos en los que basa la relevancia del estudio de películas en un aula jurídica.

El primero de ellos, al que el profesor denomina «potencialidad contextual» del cine, se sustenta en la concepción de que el derecho no es un ámbito que pueda estar aislado de otros fenómenos como la moral, la política o los aspectos sociales, sino mas bien es una realidad amplia y compleja que está continuamente relacionada con dichos fenómenos, es en ese entender que el cine puede contribuir a mostrar todos esos aspectos con los que interactúa, siendo este el escenario en el que el estudio del derecho a través del cine adquiere un valor notable, pues existen pocos instrumentos tan pro-

picios como el cine, para un análisis interdisciplinario, ya que describe la realidad casi tal cual como es. (Pérez, 2008)

Bajo la aceptación del argumento antes expuesto, surge la «potencialidad emocional» del cine, la que se fundamenta en que además de la interdisciplinariedad, se deben tomar en cuenta otros aspectos de naturaleza práctica y emocional. La docencia del fenómeno jurídico no puede reducirse a la comprensión abstracta de las normas jurídicas, pues estas se entrelazan en un contexto social, político y moral, y su aplicación a los casos concretos tiene importantes efectos en la vida de los individuos. El análisis jurídico a través del cine, supone dar entrada al factor emocional en la enseñanza, pues el cine, como las demás artes, está destinado a producir emociones, y estas suelen tener dos repercusiones positivas para la docencia: favorecen el interés del estudiante por un tema jurídico, y sirve para que se comprenda mejor la materia que se está tratando. Como agregado sustancial encontramos que, para que la «potencialidad emocional» del cine sea buena consejera docente, debe ser alentada, apoyada y guiada por el profesor. (Pérez, 2008).

352

3.3. Objetivos

Explicar los contenidos temáticos del curso de razonamiento jurídico de una forma adecuada y comprensible, así como lograr un mayor interés por parte de los estudiantes al analizar la realidad del derecho mediante los filmes, y que de esta manera comprenda y aprenda significativamente los conocimientos más importantes acerca de los principios constitucionales en la asignatura del razonamiento jurídico.

Presentar un modelo de estrategia didáctica basada en la apreciación, comentario y análisis de películas, reflexionando sobre la importancia de utilizar medios más interesantes en la didáctica jurídica.

3.4. Metodología

De acuerdo a lo expuesto, la estrategia didáctica del cine, es una propuesta novedosa para la enseñanza de los principios constitucionales en el curso de razonamiento jurídico, que busca mejorar el aprendizaje significativo en los estudiantes. En ese sentido, pasaremos a desarrollar los componentes de nuestro modelo.

3.4.1. Películas

Como parte medular de nuestra estrategia hemos seleccionado dos películas cuyos argumentos cinematográficos tienen contenido jurídico y pueden servir para ejemplificar o recrear las situaciones que muestran el derecho práctico, directamente relacionado con los contenidos de la asignatura. Se trata de las películas:

¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg) (Film Affinity)

Título original: Judgment at Núremberg

Año: 1961

Duración: 186 min.

País: Estados Unidos

Director: Stanley Kramer

Guión: Abby Mann (Teatro: Abby Mann)

Música: Ernest Gold

Fotografía: Ernest Laszlo (B&W)

Reparto: Spencer Tracy, Burt Lancaster, Richard Widmark, Marlene Dietrich, Maximilian Schell, Judy Garland, Montgomery Clift, Edward Binns, Werner Klemperer, Torben Meyer, Martin Brandt, William Shatner, Kenneth MacKenna, Alan Baxter, Ray Teal

Productora: MGM/UA

Género: Drama Histórico. Drama judicial. Nazismo

Sinopsis: En 1948, tres años después del final de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), cuatro jueces, cómplices de la política nazi de esterilización y limpieza étnica, van a ser juzgados en Núremberg. Sobre Dan Haywood (Spencer Tracy), un juez norteamericano retirado, recae la importante responsabilidad de presidir este juicio contra los crímenes de guerra nazis.

El escándalo de Larry Flynt (Film Affinity)

Título original: The People vs. Larry Flynt

Año: 1996

Duración: 130 min.

País: Estados Unidos

Director: Milos Forman

Guión: Scott Alexander & Larry Karaszewski

Música: Thomas Newman

Fotografía: Philippe Rousselot

Reparto: Woody Harrelson, Courtney Love, Edward Norton, Crispin Glover, James Cromwell, James Carville, Brett Harrelson, Donna Haver

Productora: Columbia Pictures

Género: Drama Biográfico. Años 70

Síntesis: En Estados Unidos, a principios de los años setenta, en plena revolución sexual, un empresario llamado Larry Flynt crea una cadena de establecimientos de strip-tease, que será la base de su gran imperio de revistas: Hustler fue, para muchos, una revista vulgar, sensacionalista y provocadora, pero convirtió a Flynt en el adalid de la primera enmienda de la Constitución americana.

3.4.2 Contenidos

354

En cuanto a los contenidos, consideramos los siguientes temas de la asignatura que tratan sobre principios constitucionales, para que puedan ser estudiados utilizando la estrategia didáctica del cine.

Teoría de los principios

Fue el filósofo del derecho, Ronald Dworkin, quien por primera vez planteó un modelo de principios en contraposición al modelo de reglas del sistema jurídico, planteado por autores como Kelsen o Hart, vigente hasta nuestros días, pero con mayor auge en la primera mitad del siglo XX (Alexy, 2006).

Según este enfoque principialista planteado por Dworkin, el derecho no sólo está integrado por reglas sino también por principios a los que se recurre ante un caso difícil, como sería la ausencia de una regla positiva que resuelva dicho caso. Siempre hay una y solo una respuesta correcta en el derecho y el juez debe aspirar a ser un «Hércules» equipado de una serie de habilidades y capacidades que lo harían capaz de encontrarla (Alexy, 2006).

En ese mismo sentido el profesor alemán Robert Alexy (2006), propone un enfoque similar pero con ciertas y marcadas diferencias; nos dice

que el derecho está integrado por normas las cuales se dividen en reglas y principios y que no se puede esperar una sola respuesta correcta en los casos difíciles porque los jueces no disponen de tiempo ni conocimiento ilimitado y que además si dos principios entran en colisión se recurre a la ponderación, donde ponderar es dar un peso a cada principio en relación al caso concreto para preferir uno en lugar del otro.

Si existen coincidencias entre Dworkin y Alexy, sin duda una de ellas es que ambos ayudan a construir los criterios de distinción entre reglas y principios, aspecto sustancial de ambas teorías. Así encontramos que:

En cuanto a los principios, la obligación abstracta de aplicar la consecuencia jurídica de estos puede tornarse no obligatoria en casos concretos y el derecho contenido en el principio puede ser afectado u optimizado en algún grado, por tanto los principios son graduables y optimizables. Además de ello, los principios entran en colisión en casos concretos, es decir cuando la satisfacción de un principio implica la afectación del otro y dicha colisión se resuelve con la precedencia de uno sobre el otro en virtud de su peso según el caso concreto por tanto los principios son ponderables (Alexy, 2006).

355

Por otra parte, acerca de las reglas tenemos que la obligación abstracta de aplicar la consecuencia jurídica de estas, nunca puede tornarse no obligatoria en casos concretos, en consecuencia las reglas son de aplicación todo o nada por tanto las reglas no se gradúan ni optimizan. Cuando las reglas entran en contradicción (incompatibilidad), estos casos se resuelven por el criterio de ley superior o ley posterior y la regla que no prima queda invalidada, y si se presenta una excepción se resuelve por el criterio de especialidad, por tanto en caso de contradicción entre reglas no hay ponderación (Alexy, 2006).

Ponderación

Según Bernal (2003) la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, pues determinan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Cuando se pretende aplicar el mandato de optimización previsto en el principio respectivo, se tiene que generar una medida pública o dictar una

sentencia en la que se aplique dicho principio. Sin embargo en el proceso de optimización de un principio se encuentran obstáculos relativos a las posibilidades jurídicas y fácticas.

La ponderación es otro método estructural, como también lo es el denominado silogismo jurídico. Es utilizable en los denominados casos difíciles, relativos a colisiones de principios sobre derechos fundamentales. Consiste en el proceso de asignación de pesos a los principios en conflicto, para preferir aquel que haya obtenido mayor peso de importancia (balancing). La ponderación implica – en un caso concreto de colisión de principios - la preferencia por el principio de mayor importancia y la afectación de otro principio que se considere de menor importancia. La ponderación es un procedimiento racional (pero limitado) que contribuye a la solución de conflictos entre principios, pero no ofrece resultados definitivos y exentos de alguna subjetividad. La ponderación dota de coherencia lógica al razonamiento jurídico, pero no en sentido absoluto, porque sus resultados no siempre son unívocos.

356

Es quizá Robert Alexy quien con mayor claridad y precisión haya expuesto la estructura de la ponderación (Bernal, 2003). De acuerdo con él, los tres elementos que forman la estructura de la ponderación son:

- La ley de la ponderación: según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». A su vez esta ley se divide en tres pasos a saber: definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios; definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y definir si la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

- La fórmula del peso: expresa que el peso del principio P1 en relación con el principio Pj, en las circunstancias de un caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P1 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.

- Las cargas de argumentación: estas operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos. En este punto Bernal Pulido considera que Alexy, parece defender dos posiciones, pues en su obra «Teoría de los derechos fundamentales» expone que la carga argumentativa será a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica; mientras que en otro trabajo, escrito quince años después, un empate jugaría a favor del legislador y el principio democrático en el que se funda la competencia del parlamento.

3.4.3. Infraestructura

La infraestructura está referida a los recursos disponibles para llevar a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje, o sea la implementación de ciertas condiciones para el correcto uso de la estrategia. En este caso se requiere, además del salón habitual de clases, un aula implementada con proyector de audiovisuales y equipo de sonido de buena calidad, espacio con el que cuenta la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco en su Sala de Cine Jurídico.

357

3.4.4 Evaluación

Jornet, citado por Leyva (2010), expresa que: se entiende por evaluación un proceso sistemático de indagación y comprensión de la realidad educativa que pretende la emisión de un juicio de valor sobre la misma, orientado a la toma de decisiones y la mejora. La evaluación se realizará con un examen escrito sobre los temas correspondientes.

3.4.5. Forma de trabajo

La aplicación de la presente estrategia debe llevarse a cabo en dos tipos de ambientes: el salón de clases y la sala de cine jurídico; durante un total de nueve sesiones, distribuidas de la siguiente manera:

Sesión 1: Exposición introductoria sobre la didáctica a utilizar; breve explicación y entrega de material sobre la teoría de los principios y proyección de la primera parte de la película «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)».

Sesión 2: Exhibición de la segunda parte de la película «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)».

Sesión 3: Exposición sobre los detalles técnicos y artísticos de la película «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)» y breve comentario sobre su importancia histórica. Taller colectivo-participativo de análisis del audiovisual sobre el principalismo y el positivismo.

Sesión 4: Forum, sobre la identificación de los principios y reglas usando como marco los comentarios y análisis del filme «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)» visionado clases atrás.

Sesión 5: Exposición por parte del profesor resumiendo los principales aspectos del principalismo, puntualizando en qué consiste la colisión de principios y la ponderación.

Sesión 6: Proyección de la película «El escándalo de Larry Flynt». Entrega de material de estudio sobre la Ponderación.

Sesión 7: Exposición sobre los detalles técnicos y artísticos de la película «El escándalo de Larry Flynt» y breve comentario sobre su relevancia histórica. Taller sobre identificación de principios, colisiones y aplicación de la ponderación.

Sesión 8: Forum sobre el principalismo y la ponderación utilizando como marco de referencia la cinta «El escándalo de Larry Flynt» proyectada dos sesiones atrás. Exposición final y resumen de conclusiones.

Sesión 9: Evaluación consistente en un examen escrito de conocimientos.

358

IV. Resultados

Luego de realizado el experimento, podemos señalar lo siguiente:

El promedio del grupo experimental subió 2 puntos en la unidad 3, en relación al promedio de las unidades 1 y 2. En el caso del grupo control, el promedio también subió, pero solo 1,2 puntos.

De los 15 estudiantes integrantes del grupo experimental, 13 de ellos

incrementaron su nota, uno mantuvo la misma calificación y también uno disminuyó su rendimiento. Mientras que en el grupo control, 7 incrementaron su nota, 6 mantuvieron su rendimiento, y 2 disminuyeron su calificación.

En relación a los estudiantes con un promedio de 18 en las unidades 1 y 2, en el grupo experimental ambos subieron su rendimiento, uno de ellos en un punto y el otro en 2; mientras que en el grupo control, uno subió su nota en 2 puntos y el otro mantuvo la misma calificación.

De entre los estudiantes cuyo promedio inicial era 17 en el grupo experimental, 2 de ellos incrementaron su nota en 1 y 2 puntos respectivamente y el otro disminuyó en un punto. En el grupo control dos mantuvieron la misma calificación y otro aumento en 2 puntos.

En cuanto a aquéllos que tenían un promedio de 16 en el grupo experimental los 3 estudiantes subieron su rendimiento, 2 de ellos en 2 puntos y el otro en 1. En el grupo control, uno subió su nota en 4 puntos, otro en 3 puntos, y uno más mantuvo la misma nota.

Los estudiantes, cuyo promedio de las unidades 1 y 2 era 15 en el grupo experimental, uno incrementó su nota en 5 puntos, otro en 3 puntos y el último se mantuvo igual; por otro lado, en el grupo control uno incrementó en 5 puntos, otro se mantuvo igual y el tercero disminuyó en un punto.

De los estudiantes cuya nota inicial era 14, los tres subieron sus notas en 3 y 2 puntos en el grupo experimental; de los 3 estudiantes del grupo control que fueron seleccionados con una nota de 14, uno incrementó en un punto, otro se mantuvo igual y el tercero disminuyó su nota en un punto.

El estudiante que tenía la nota de 13 en el grupo experimental, incrementó su rendimiento en 2 puntos, al igual que el del grupo control.

Los resultados confirman que la estrategia didáctica del cine, influye positivamente en el rendimiento académico de los estudiantes del curso de razonamiento jurídico.

V. Discusión

De acuerdo a los resultados obtenidos, encontramos que los estudian-

tes del grupo experimental tuvieron un incremento de dos puntos en su promedio general grupal, lo que se puede considerar como importante y positivo para su rendimiento académico, empezando de esta forma a responder la pregunta principal que se hiciera al plantear esta investigación.

Para complementar ello vemos que el grupo de control, cuyos promedios eran exactamente iguales a los del grupo experimental, antes de la aplicación de la estrategia, si bien también incrementaron su rendimiento este no fue tan importante como el del grupo experimental, subiendo solo en 1,2 puntos en cuanto al promedio general grupal se refiere.

Si bien existe incremento en el rendimiento académico de ambos grupos este es mayor en el grupo experimental, por lo que al ser los dos grupos homogéneos y habiéndose aplicado la estrategia didáctica del cine solo al grupo experimental, debemos entender que esta es la que generó el aumento en el rendimiento de los estudiantes, al menos en la diferencia que existe entre uno y otro incremento.

360

Considerando el incremento producido en el rendimiento de los estudiantes del grupo experimental y la comparación realizada con los resultados del grupo de control, podemos decir que el cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza aprendizaje del curso de razonamiento jurídico, influye positivamente en el rendimiento académico.

Así mismo, es necesario precisar que si bien existe la posibilidad remota de que otros factores no identificados y de imposible manejo para el investigador, hubiesen influido en los resultados de la investigación, esta no puede desmerecerse, por la improbabilidad de tener esa certeza y principalmente por que el rendimiento académico de los estudiantes, no disminuyó considerablemente, si no, más bien se mantuvo o aumentó positivamente.

VI. Conclusiones

El cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje influye positivamente en el rendimiento académico de los estudiantes del curso de razonamiento jurídico.

La estrategia didáctica del cine, influye positivamente en el proceso de enseñanza-aprendizaje, funcionando de forma complementaria con las

La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine

demás estrategias tradicionales y modernas, por lo que es necesaria pero no puede ser la única.

La estrategia didáctica del cine es un medio muy atractivo e interesante para la enseñanza de las instituciones jurídicas del razonamiento jurídico, utilizando los talleres colectivo-participativos y el fórum de discusión y análisis.

La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine es una estrategia positiva que ayuda al mejor entendimiento de la aplicación de las normas jurídicas en la realidad social, debido a que el cine es la recreación de la vida misma y nos permite ver el derecho en acción como espectadores privilegiados debido a la gran potencialidad contextual de las obras del arte de la cinematografía.

JURISPRUDENCIA
COMENTADA

Comentario a la Sentencia *Delgamuukw v. British Columbia* [1997]

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES
*Doctorando en la Facultad de Derecho
de la Universidad McGill, Canadá*

1. Introducción

La sentencia bajo comentario es un hito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá en materia de derechos indígenas y territorio indígena. Sin entrar a pronunciarse sobre el fondo de la demanda, la Corte emite una serie de fundamentos transcendentales para la comprensión de materias relativas a la apreciación de medios probatorios en casos relativos a la propiedad de los territorios indígenas, la naturaleza del denominado título indígena o título ancestral (*aboriginal title*), la forma en cómo la ley constitucional de 1982 de Canadá protege los derechos indígenas y los derechos territoriales, así como las relaciones entre el gobierno federal y el provincial en materia de derechos indígenas.

365

La complejidad de la sentencia no me permite entrar a comentar en profundidad todos los puntos relevantes de la sentencia. Me centraré por ello únicamente en la adaptación de las reglas sobre admisibilidad y apreciación de los medios probatorios en casos relativos a derechos territoriales indígenas, que incluye las historias orales y leyendas indígenas. De otro lado, comentaré sobre como la Corte ha explicado el contenido del título ancestral del territorio indígena.

2. Organización de la sentencia

La sentencia del presente caso está dividida en cuatro grandes secciones: En la primera sección la Corte establece los temas y sub-temas requeridos para resolver el caso. En la segunda sección, pasa a establecer los hechos determinados por el juez de primera instancia. Seguidamente, en la tercera sección, la Corte resume los argumentos vertidos por las instancias inferiores

sobre cada uno de los temas referidos. En este caso, la Corte Suprema resume los argumentos utilizados por los jueces de primera instancia (*Supreme Court of British Columbia*) y los de segunda instancia *Court of Appeals*).¹ Una vez resumido los hechos y los argumentos, la Corte pasa a desarrollar sus argumentos sobre los temas y sub-temas previamente establecidos. Así, en cada parte de esta sección desarrolla primero los principios generales de manera abstracta y de acuerdo a la jurisprudencia precedente y luego pasa a explicar la aplicación de tales principios al caso concreto. Los temas y sub-temas establecidos por la Corte para este caso son:

«A. ¿Los actos procesales impiden que la Corte se pronuncie sobre cuestiones relativas a título indígena y auto-gobierno?

B. ¿Qué poder tiene la Corte para modificar las conclusiones sobre los hechos realizados por el juez de primera instancia?

C. ¿Cuál es el contenido del título indígena, cómo es protegido por el artículo 35 de la Constitución y qué se requiere para su acreditación?

D. ¿Ha sido la demanda sobre auto-gobierno acreditada?

E. Tiene la provincia el poder de extinguir los derechos indígenas luego de 1871, ya sea mediante legislación provincial o en virtud del artículo 88 de la «Ley Sobre los Indios»²

366

Como ya lo advertí, no voy a resumir cada uno de los puntos desarrollados por la Corte, debido a que ello excedería el límite de páginas permitido. En cambio voy a centrarme en los punto que motivaron comentar esta sentencia, esto es, los puntos relativos a los tipos de medios probatorios utilizados en este tipo de procedimientos y la naturaleza del llamado título indígena (*aboriginal title*).

3. Demanada

Los jefes hereditarios de los pueblos indígenas *Gitksan* y *Wet' suwet'*, que habitan lo que actualmente es la provincia canadiense de British-Colum-

¹ Las denominaciones de las instancias precedentes pueden parecer extrañas al lector, pero esta la manera en que se organiza la provincia de British-Columbia. En otras provincias la denominación varía.

² La traducción es mía.

bia, demandaron la propiedad (*ownership*) y jurisdicción (*jurisdiction*) de una extensión territorial. El pueblo indígena *Gitksan* está conformado aproximadamente por 4000 a 5000 personas. Mientras que el pueblo indígena *Wet'suwet'* tiene entre 1500 y 2000 miembros. Los pueblos están organizados en clanes y casas. Cada casa tiene un líder hereditario elegido por los ancianos de la comunidad.

El territorio demandado tiene una extensión de 58,000 Km², y está ubicado en la parte noroeste de tal provincia. Para situar al lector peruano y poner las cosas en perspectiva, esta provincia canadiense tiene una extensión de 944,764 km², y el área demandada por los pueblos indígenas es un área un poco mayor a la superficie de la Región San Martín en Perú, que tiene una extensión de 51,253.31 Km². Se trata pues de una extensión considerable de territorio. La situación resulta más compleja aun porque partes de dicha extensión territorial incluye territorio reclamado por otro pueblo indígena y poblado por comunidades no indígenas.

4. Contenido de la sentencia: la corte ordena un nuevo proceso

Los demandantes líderes, 51 líderes indígenas representando la mayoría de las casas de los *Gitksan* y *Wet'suwet'*, presentaron la demanda de manera individual, en su propio derecho y en representación de sus respectivas casas. En la apelación sin embargo, la demanda fue alterada de dos maneras; en primer lugar, en vez de referirse a la propiedad (*ownership*) y jurisdicción (*jurisdiction*), los demandantes se refirieron en la apelación a otros términos; título indígena (*aboriginal title*) y auto-gobierno (*self-governance*). Estos términos, a diferencia de los utilizados originariamente, tienen mayor uso y receptividad en la jurisprudencia y legislación canadiense. En segundo lugar, las demandas individuales fueron amalgamadas en dos demandas comunales, cada una presentada en representación de cada pueblo indígena.

Respecto a la primera modificación la Corte Suprema comprendió que no se trataba de un error insubsanable ya que ello no fue cuestionado por la provincia demandada. De igual forma, la Corte tomó en cuenta la incertidumbre jurídica respecto del contenido y la naturaleza del Título indígena. Y es que no existía entonces una opinión autoritativa sobre cual era la diferencia entre esta institución jurídica y la de propiedad (*ownership*). En tal sentido, esta modificación no representaba una afectación a la deman-

dante. Respecto al segundo punto, la Corte observó que no se subsanó tal aspecto por lo que concluyó que los demandados sufrieron ciertos perjuicios. Por consiguiente, este error en la apelación determinó que la Corte no se pronuncie sobre el fondo de la demanda, ordenando que se lleve a cabo un nuevo proceso. A pesar de ello la Corte decidió pronunciarse sobre ciertos temas substanciales.

5. Historias y leyendas indígenas como medios probatorios

El proceso judicial para acreditar el título indígena (*aboriginal title*) es bastante complejo debido a la naturaleza de este título. No ahondaré por el momento sobre la naturaleza de este título, por ahora basta indicar de manera simplificada, que el título indígena es el título legal por medio del cual los pueblos indígenas de Canadá asumen la propiedad del territorio. Este título indígena ha sido considerado por la Corte como un derecho *sui generis*; no es un derecho propio del *common law* ni tampoco de naturaleza exclusivamente indígena. Es una construcción jurídica con características únicas dentro de la tradición jurídica de Canadá en donde dos tradiciones jurídicas confluyen. Ello en virtud a que es un tipo de propiedad que existía antes de que el Estado canadiense impusiera su soberanía. Así, la Corte distingue entre la doctrina del *common law* sobre los derechos indígenas, que como ya se indicó son considerados *sui generis*. Esta especial característica requiere que el tratamiento de los medios probatorios se adecuen a las especiales características de este tipo de demandas. Así, el juez de primera instancia debe tomar en consideración las «dificultades probatorias inherentes al examen de las demandas sobre derechos ancestrales» y también debe «interpretar dichos medios probatorios con el mismo espíritu». (fund. 82).³

368

La Corte toma en cuenta lo complejo que resulta para los pueblos indígenas acreditar su pretensiones territoriales ya que al momento de la llegada de los europeos —o desde el llamado primer contacto— las sociedades indígenas no contaban con registros escritos. Sería excesivamente difícil para

³ En este caso la Corte está adaptando lo ya especificado en la sentencia del caso *R. v Van Der Peet* [1996] relativo a derecho indígenas no territoriales. En efecto, la Corte ha establecido que es factible proteger ciertos derechos indígenas (no-territoriales) como la caza o la pesca tradicional sin que tenga que reconocerse la propiedad de los pueblos indígenas sobre el territorio en que estos derechos son ejercidos.

los pueblos indígenas, anota la Corte, producir medios probatorios conclusivos sobre costumbre y prácticas anteriores al contacto con los europeos. De igual manera el juez debe tomar en cuenta la perspectiva de los pueblos indígenas y la relación que tienen con el territorio reclamado. En suma, esto requiere que el juez de primera instancia acepte historias orales indígenas, ya que en su mayoría, estos son los únicos registros que tienen los pueblos indígenas sobre su pasado.

Esto es desde luego un alejamiento respecto a una aproximación ortodoxa del derecho procesal occidental, ya que, por sus propias características las historias y leyendas indígenas no encajan en la tradicional función del juez de primera instancia, que debe determinar los hechos relevantes para el caso. Esta adaptación del derecho procesal, no obstante generar tensiones y dificultades, resulta más conveniente y legítima, ya que sería injusto para los pueblos indígenas exigirles registros escritos.

En este caso, la Corte determinó que el juez de primera instancia no valoró adecuadamente los *adaawak* de los *Gitksan* y los *kungax* de los *Wet'suwet'*. Estos son tipos especiales de historias orales de estos pueblos indígenas, descritos como sagrados y oficiales, puesto que contienen «las más importantes leyes, historias, tradiciones y [referencias al] territorio tradicional de cada casa» (fund. 95). Estas historias son especiales puesto que son «repetidas, representadas y autenticadas en celebraciones importantes». (fund. 95). Los *adaawak* y *kungax* fueron ofrecidos a fin de demostrar el sistema de tenencia de tierras al interior de cada casa. No obstante el juez de primera instancia rechazó que estos sean «prueba confirmatoria» de la presencia de los pueblos indígenas en tales territorios. Para él los *adaawak* y los *kungax* no brindaban una historia detallada de propiedad u ocupación del territorio reclamado. Ello fue cuestionado por la Corte Suprema que entendió que el juez de primera instancia en realidad estaba mostrando «reservas generales» concernientes a la utilización de historias orales como evidencia. La Corte explicó que las historias orales deben apreciarse de manera independiente y no como evidencia confirmatoria de un hecho. De lo contrario, la Corte apreció, el sistema legal canadiense subestimaría constantemente las historias orales de los pueblos indígenas. Por estas razones, la Corte afirmó que se debía iniciar un nuevo proceso en donde las evidencias debían apreciarse de acuerdo con los principios establecidos en la sentencia y la jurisprudencia de la Corte.

6. Del contenido del título indígena al territorio ancestral (*aboriginal title*)

La regulación de la propiedad de la tierra en Canadá es propia de un sistema del *common law* influenciado por la tradición británica. En este sistema predomina la ficción legal de que la Corona es la ocupante original de todas las tierras del reino, inclusive negando la existencia de sociedades indígenas y sus formas de propiedad. Es por ello que hasta hace no mucho las cortes se resistían a establecer que el título indígena era uno de propiedad. Se referían a: derechos de ocupación, de usufructo, o de interés *sui generis*.⁴

Desde 1973 la Corte Suprema modificó estos criterios y entendió que el título indígena existía antes de la colonización.⁵ A partir de tal sentencia la Corte desarrolló ciertos criterios pero solo en la sentencia bajo comentario la Corte se expresó de manera específica y extendida sobre el contenido del título indígena. Para la Corte el título indígena es *sui generis* porque tiene características que no encuentran referente en las reglas de propiedad del *common law*. Este es uno de los puntos más importantes de la sentencia puesto que establece cuales son las características del título indígena, las que resumo a continuación: a) Es inalienable. Tales tierras pueden ser transferidas únicamente al Estado, esto es, no pueden ser transferidas a terceros, b) tiene su origen en el hecho de que los pueblos indígenas ocuparon esta parte del continente antes de la afirmación de la soberanía británica. De esta manera la fuente del título indígena es la relación entre el *common law* y los sistemas legales indígenas; c) el título indígena es comunitario. Es decir, no puede ser concedido a personas individuales (fund. 113-115).

370

Sobre el contenido del título indígena la Corte estableció en primer lugar que el título indígena implica «el derecho exclusivo de *utilización y ocupación* de la tierra para la realización de una variedad de propósitos» que no tienen que estar relacionados a prácticas, costumbres y tradiciones indígenas. En segundo lugar, indicó que la utilización de la tierra protegida por el título

⁴ Ver Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (University of Toronto Press: Toronto, 2001) p. 87.

⁵ La sentencia *Calder v British Columbia (AG)* [1973] reconoció por primera vez la existencia del título indígena sin que exista de por medio un tratado entre el Estado canadiense (o en su momento la Corona Británica). De igual forma reconoció que el título indígena existía desde antes de la colonización europea de Norte América. Ver Godlewski, Christina y Webber, Jeremy «The Calder Decision, Aboriginal Title, Treaties, and the Nisga'a» en Foster, Hamar; Raven, Heather; and Webber, Jeremy. *Let the Right be Done* (Vancouver, UBC Press, 2007).

indígena no debe contravenir la relación tradicional existente entre el pueblo indígena y la tierra. En tal sentido, la situación que se pasa a exponer no estaría permitida. Imagínese que determinado territorio es adjudicado a un pueblo indígena bajo el argumento de que se trata de un área reservada para la caza tradicional, y una vez adjudicado el pueblo indígena utiliza esa zona de manera tal que amenaza la propia sustentabilidad de la caza en el área. Ello implicaría, de acuerdo a la Corte, que el pueblo indígena habría excedido las limitaciones inherentes del título indígena.

Finalmente, la Corte establece un test para la determinación de la existencia de un título indígena, lo que paso a resumir brevemente; a) para la Corte la tierra reclamada por los pueblos indígenas debe haber sido ocupada por ellos de manera previa a la afirmación de la soberanía británica, b) debe demostrarse la continuidad entre la ocupación pre-soberanía británica y la presente ocupación, c) al momento de la afirmación de la soberanía británica la ocupación del pueblo indígena demandante debe haber sido exclusiva (fund. 144-159).

Y si bien el título indígena tiene una protección constitucional directa, la Corte explica que ello no implica de que se trate de un derecho absoluto, por lo que puede ser afectado por el Estado canadiense. Sin embargo, la corte explica que para ello se deberán cumplir con ciertas garantías como la consulta previa a las comunidades indígenas. Esta consulta será más intensa si es que la afectación es intensa, llegando inclusive –en determinados casos– a la situación en que el Estado requiera el consentimiento de los pueblos indígenas.⁶

7. A manera de conclusión

Un proceso legal de este tipo en Canadá es sumamente largo y costoso, en términos económicos y humanos. Nótese que este proceso se inició en 1993 e involucró una cantidad voluminosa de transcripciones, declaraciones juradas y la participación de testigos. Y si bien la Corte estableció que en este caso debía iniciarse un nuevo proceso, también entendió que la mejor manera de solucionar este tipo de conflictos es mediante la negociación di-

⁶ El análisis más completo sobre el derecho de consulta en Canadá en: Newman, Dwight. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Purich: Saskatoon, 2014).

recta entre las partes involucradas. Esta negociación que debe ser llevada de buena fe, apunta la Corte, y debe también promover la reconciliación de las sociedades indígenas pre-existentes con la soberanía del Estado canadiense.

Esta sentencia, como todo pronunciamiento de las altas cortes, no esta exenta de críticas, a las que no puedo hacer referencia ahora debido a que excedería el espacio concedido.⁷ Lo importante, lo que los académicos, abogados y líderes indígenas podemos aprender al reflexionar sobre esta sentencia, es que el derecho no solo esta inserto en los códigos o constituciones. Finalmente, no se propone con este breve comentario promover el trasplante de la argumentación de una corte extranjera a la realidad peruana. Sino más bien, inspirar nuevos planteamientos que busquen concretizar diferentes dimensiones de justicia en un país como el Perú que se reconoce como multicultural y abierto al pluralismo legal.

⁷ Ver entre otros; Christie, Gordon. «A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation» (2005) 23, Windsor Year Book Access to Justice, p. 17.

Reajuste de pensión de jubilación

Comentario a la STC 00828-2014-PA/TC

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

*Asesora Jurisdiccional del Tribunal
Constitucional del Perú*

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

1.1 Aplicación de la Ley N° 23908.

1.2 La Pensión Mínima de la Ley N° 23908

2. Contexto histórico político de la sentencia

En el presente caso, se discutía con respecto al reajuste de pensión de jubilación de acuerdo con la Ley 23908, el cual debía realizar la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en su calidad de demandada, a favor de doña Juana Aurora Herrera Valdivia. Asimismo, se alega que el monto debía ser equivalente a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el ingreso mínimo legal, en cada oportunidad en que éstos se hubieran incrementado, para lo cual sostiene que se debe tomar en cuenta el Decreto Supremo 003-92/TR.

Cabe hacer referencia que el Tribunal Constitucional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse en otros procesos similares al analizado, como es el caso de la STC 5189-2005-PA, de 13 de setiembre de 2006, en la cual estableció los criterios para la aplicación de la Ley 23908 durante su período de vigencia, esto es, entre el 8 de setiembre de 1984 y el 18 de diciembre de 1992.

En cuanto al voto en mayoría se hace un análisis en el que, se considera que el referido ajuste de la pensión de jubilación de la actora conforme a la Ley 23908 debe ser fundado dicho extremo de la demanda, por cuanto la empleada ha reconocido la lesión del derecho de la recurrente; con lo cual,

corresponde ordenar a la ONP que proceda a reajustar su pensión en los términos de la mencionada ley, incluyendo el pago de los intereses y el reintegro de los devengados respectivos.

Asimismo, con respecto al extremo referido al sueldo mínimo vital regulado en el Decreto Supremo 003-92-TR se indicó que debe ser desestimado el aludido ajuste, teniendo en cuenta que el ingreso mínimo legal, antes denominado sueldo mínimo vital, viene a ser un concepto integrante de la remuneración mínima vital; y dado que el Decreto Supremo 003-92-TR reguló la remuneración mínima vital aplicable a los trabajadores del régimen laboral privado y no el sueldo mínimo vital como es sostenido por el demandante.

Entonces, se declara fundada en parte la demanda en relación al extremo referido al reajuste de la pensión inicial de la recurrente en aplicación del artículo 1 de la Ley 23908, al haberse allanado la ONP como demandada respecto a la pretensión de la aplicación de los tres sueldos mínimos vitales sustituidos por el ingreso mínimo legal. Con lo cual se ordenaría a la ONP la emisión de una nueva resolución, más el pago de los intereses y devengados correspondientes, además de los costos procesales.

374

3. Análisis

Considero que dada la avanzada edad de la accionante, cuya edad es 107 años, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda y atendiendo a que constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución; las cuales obligan a superar exigencias de tipo formal, este Tribunal, en forma excepcionalísima, debe emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin vista de la causa; máxime, si se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital y se ha garantizado el derecho de defensa de la emplazada y ésta por su parte ha formulado allanamiento parcial a la demanda.

RESEÑAS

Razonamiento constitucional:
críticas al neoconstitucionalismo
desde la argumentación judicial

EDGAR CARPIO MARCOS

Título : Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial
Autor : Javier Adrián Coripuna
Editorial : Academia de la Magistratura
Año : 2015

Con la expresión «neoconstitucionalismo» se ha querido dar cuenta, sobre todo en el mundo latino, la transformación que habría experimentado la teoría y práctica del derecho desde la segunda post guerra en adelante. Aunque esta cosmovisión del derecho no tenga contornos bien definidos, quienes la abrazan sostienen que sus caracteres generales serían los siguientes. Por un lado, aceptar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos son algo más que un sistema integrado por «reglas». Las sociedades plurales, en cuyo seno se alberga una heterogeneidad de grupos e intereses, requieren de pautas de convivencia lo suficientemente amplias y abiertas como para permitir la coexistencia pacífica. Las normas capaces de satisfacer estos requerimientos son los principios.

La presencia de este tipo de normas trae consigo problemas de distinto calado, como son determinar su estructura, la técnica con la cual deban ser aplicadas y el tipo de consecuencias institucionales que son capaces de desencadenar. Así, si algo caracterizaría a los principios esto sería su diversa textura en comparación con las reglas. Más que normas de estructura completa, los principios son mandatos por optimizar. Normas de estas características no pueden ser aplicadas mediante la técnica de la subsunción, sino con la ponderación. Y esta es una actividad que no es patrimonio de un tipo especial de funcionarios, ya que comprende, en diversos niveles y con distintas responsabilidades, a todas las autoridades estatales, empezando con el propio legislador.

Lo singular de esta situación no es que todas las autoridades estatales deban emplearla, sino que se confíe a un tipo especial de funcionarios –los jueces–, evaluar que aquellos lo hayan hecho correctamente, lo que supone otorgarles la última palabra para definir esos principios y, por tanto, también para pronunciarse sobre los asuntos más delicados que se plantean en nuestras sociedades plurales, con la obvia consecuencia de desplazar a la instancia representativa del pueblo por antonomasia.

Se podrá comprender ahora la enorme importancia que tiene para las democracias constitucionales contemporáneas el proceso que precede a la toma de decisiones por los jueces, esto es, su razonamiento jurídico (y, especialmente, el constitucional), así como la relevancia de comprender sus implicancias en la teoría y la práctica del Derecho.

El libro de Javier Adrián, que le ha permitido obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se detiene precisamente en algunos de estos puntos nodales. Constituye una crítica, inteligente y aguda, a algunos de los postulados básicos que caracterizarían al neoconstitucionalismo. En concreto, su foco de atención se centra en reevaluar si en el marco del Estado Constitucional es imprescindible considerar la interconexión entre derecho y moral, si la distinción entre reglas y principios es lo suficientemente nítida y si los jueces tienen un amplio margen de discrecionalidad al realizar la interpretación de las normas constitucionales.

Para ello, y sin que esta presentación aspire a resumir su contenido, en el primer capítulo, denominado «El concepto de derecho en el Estado Constitucional y la importancia del positivismo jurídico incluyente», el autor pasa revista a algunas de las principales concepciones del derecho, empezando por las versiones clásicas del positivismo [Kelsen, Hart, Scarpelli y Bobbio] y también del iusnaturalismo [sin descuidar la más actual, es decir, aquella que desarrolla John Finnis]. Tras realizar una breve pero exhaustiva revisión, el autor pasa a identificar los elementos principales del positivismo jurídico incluyente y excluyente –un asunto que, por cierto, no se ha analizado con detalle en nuestro medio–. Se hace un recuento de las tesis principales en los que se funda lo que el autor considera representativas del movimiento no-positivista (las versiones de Dworkin, Alexy, Atienza y Ruiz Manero), para luego de dialogar críticamente con ellos, concluir que el neoconstitucio-

nalismo (y los autores que justa o injustamente podrían identificarse dentro de dicho movimiento) representan, desde un punto de vista interno, la forma concreta de operar de algunos tipos de Estado Constitucional, pero que ello no implica que se haya desvirtuado o superado los presupuestos principales del positivismo jurídico. En su opinión, a través del positivismo jurídico incluyente, considerándolo desde un punto de vista externo, también puede darse cuenta del derecho que es propio del Estado Constitucional.

El segundo capítulo se titula «Las normas-principio en el Estado Constitucional y la relevancia argumentativa de la distinción ‘débil’ entre reglas y principios». En él analiza las razones por las cuales los principios constitucionales son normas jurídicas y el papel que cumplen, los que, a su juicio, no dependen tanto de su estructura específica (supuesto de hecho-consecuencia jurídica). No escapa a su evaluación los diferentes tipos de normas que en el seno de la Constitución es posible individualizar: normas regulativas y constitutivas, explícitas e implícitas, derrotables e inderrotables, reglas y principios.

Una parte importante de este capítulo se centra en la distinción «fuerte» y en la distinción «débil» entre reglas y principios, así como en la clasificación propuesta por Atienza y Ruiz Manero, acerca de los principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y reglas de fin. En opinión del autor, entre reglas y principios existe, a lo mucho, una distinción débil, es decir, una distinción de grado y no cualitativa, pues unas y otras poseen en alguna medida las mismas características, siendo la argumentación jurídica el ámbito en el que de alguna forma se evidencia dicha distinción débil.

Concluye el libro con un capítulo dedicado a «La interpretación constitucional como ‘descubrimiento’ y como ‘creación’ de significados». Aquí Adrián examina las diferentes formas de interpretación de la Constitución, prestando especial atención al *originalismo*, que aspira a extraer el significado de los preceptos constitucionales a partir de la identificación de la intención de los constituyentes; a la interpretación *semántica*, que está orientada a la identificación de la voluntad objetiva de la norma, y al *constructivismo*, que pretende la «mejor» interpretación de la norma. En su opinión la interpretación constitucional es un proceso mediante el cual, de un lado, se busca ‘descubrir’ el significado de aquel contenido, que en su esencia está predefinido en una o más disposiciones constitucionales; y, por otro lado,

excepcionalmente, en los casos extremadamente difíciles, importa ‘crear’ un significado, lo cual no es una tarea exclusiva de los jueces.

No obstante las críticas a los postulados básicos del neoconstitucionalismo, el autor no deja de reconocer el gran impulso que este ha generado en el ámbito de la teoría del derecho y del derecho constitucional, destacando que tal vez su principal problema consista en haber generalizado lo que sucede, básicamente, en los casos difíciles o extremadamente difíciles, que sólo constituyen una mínima parte de los casos que se presentan en los diferentes ordenamientos jurídicos. En síntesis, se trata de un libro de lectura imprescindible.

La Constitución Inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el momento fundacional del Perú en la primera mitad del siglo XIX

ÓSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Título : La Constitución inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el momento fundacional del Perú en la primera mitad del siglo XIX
Autor : Marco Antonio Jamanca Vega
Editorial : Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Año : 2015

El texto está dividido en cinco capítulos. El primer capítulo está dedicado a estudiar la formación e implantación del régimen constitucional. Aborda, desde una perspectiva general, los motivos que generaron el establecimiento del liberalismo en el Perú, lo cual no dejaba de ser curioso si es que se toma en cuenta el pensamiento vigente durante la época de la Colonia. Sin embargo, la situación española durante el cautiverio de Fernando VII contribuyó a la aplicación práctica de las doctrinas vinculadas con el «pacto de sujeción». Los españoles, al hacer frente a la invasión napoleónica, invocarán que es el monarca Borbón el que representa a la autoridad legítima, por lo que cualquier movimiento que no obedezca a los designios de la comunidad política no debe ser tolerado por esta. Estas ideas, indefectiblemente, tendrán un impacto inmediato en las colonias americanas, las cuales estaban convencidas de su autonomía en cuanto a la conformación de sus propias juntas. Sin embargo, el caso peruano fue una excepción, ya que, como se conoce, se trató del último bastión de la monarquía española.

Naturalmente, dicha situación influyó en el debate en torno a la forma de gobierno que debía implementarse en el Perú. El segundo capítulo del libro de Jamanca presenta esta confrontación entre, por un lado, los postulados en defensa de la monarquía del clérigo Moreno y, por el otro, las ideas republicanas de Manuel Pérez de Tudela y Faustino Sánchez Carrión. Se co-

noce la solución que adoptó la Constitución de 1823. Lo interesante aquí es resaltar cómo es que detrás de la preocupación en relación con la forma de gobierno subyace una problemática mucho más enraizada: la posibilidad de que sean los propios ciudadanos peruanos, acaso más acostumbrados a las directivas que a las iniciativas, los que asuman la responsabilidad de conducir al flamante Estado. Ambas posiciones asumían que no estaban aún preparados. La diferencia radicó en cómo se afrontaba esa tara: Ignacio Moreno estimó que la tarea principal de conducción debía encargarse a un monarca, ya que es una tradición que los peruanos han vivido por lustros, y que generaba que los ciudadanos no asuman una posición activa en la conducción de los asuntos políticos; mientras que Pérez de Tudela defendió la postura vinculada con el sentimiento patriótico, lo que implicaba que los males que aquejaban a esos ciudadanos podían ir eliminándose, a través de la difusión de la educación y de la cultura, con el transcurso del tiempo.

Triunfó la fórmula republicana. Las cartas incendiarias de Faustino Sánchez Carrión jugaron un rol fundamental en una deliberación en la que Francisco Javier de Luna Pizarro no jugó, como se esperaba de él, una posición gravitante. Lo que ocurrió después también se conoce con meridiana claridad: el Perú se vio sumergido en la anarquía y los conflictos internos.

Este desorden institucional y social no se debió por la adopción de la forma republicana. De hecho, en Estados Unidos la fórmula republicana-presidencialista se había inspirado en un sistema de control recíproco entre los otrora denominados «poderes del Estado», y no había generado tan malos resultados. La diferencia fue que en esa parte del continente el Presidente de la Federación sí contaba con una considerable gama de atribuciones. No ocurrió eso en el caso peruano. El debate en torno a la posición institucional del Poder Ejecutivo en el Perú, fuertemente influenciada por la disyuntiva del liberalismo luego de la independencia, es abordado tanto en el capítulo III como en el IV del estimulante y recomendable libro de Marco Antonio Jamanca.

Ley y justicia en el Oncenio de Leguía

ROGER VILCA APAZA

Título : Ley y justicia en el Oncenio de Leguía
Autor : Carlos Ramos Núñez
Editorial : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Año : 2015

Uno de los periodos más saltantes de nuestra historia republicana es, sin lugar a dudas, el Perú bajo el influjo de Augusto Bernardino Leguía, aquel emergente personaje lanzado a la arena política como un extraordinario concedor de la dinámica económica y un estadista de perfil pragmático. Esa importancia radica, como no podía ser de otra manera, en los cambios políticos, económicos, sociales y culturales que se produjeron en esa larga gestión, entre 1919 y 1930, que se consagró con el nombre de «Oncenio de Leguía».

La oligarquía peruana, antes de esa agitada endécada, estaba constituida por una reducida agrupación de familias aristocráticas que tenía el control no solo del aparato económico, sino también —y gracias a ese control— de la administración del Estado. En el Oncenio cambiaron las cosas (o empezaron a cambiar): los sectores medios se lanzaron a la práctica política y con ella se formaron «en el arribismo y la audacia, menos comunes durante la República aristocrática, en la que el estatus y el poder estaban definidos de antemano», y comenzaron a copar espacios de poder antes negados. El giro es innegable: se amplía la participación política.

Si ya un libro sobre el Oncenio es interesante *per se*, lo es más un texto que sobrevuela esa etapa a partir ya no de los tópicos tradicionales propios de la historiografía tradicional o la ciencia política, sino desde el ángulo histórico-jurídico. Esta forma de enfocar la cuestión no supone, desde luego, hacer un listado de las normas oficiales dictadas por el gobierno, tampoco un registro de las personalidades que ocuparon sendos cargos para confeccionar

esos dispositivos, y mucho menos enumerar los actos oficiales ejecutados por el presidente durante su mandato, compilaciones ciertamente básicas pero insuficientes para dibujar un perfil histórico-jurídico completo. Un estudio del Oncenio desde esta arista implica exactamente lo que hace el profesor Carlos Ramos Núñez en *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*: analizar la producción legislativa que el régimen utilizó para modificar el *statu quo*. En frase feliz del autor, estudiar el Oncenio sin prestar atención al derecho «sería como pretender conocer la historia de Roma sin atender a su riqueza jurisprudencial».

El armazón legal, en tanto utensilio crucial que utilizó el gobierno para forzar los cambios que la «Patria Nueva» exigía, es la estrella del libro. Así, el autor, consciente de que la maquinaria normativa permite captar los ideales de la élite dirigente y los escollos que opone la cruda realidad, examina la operatividad del instrumento legal en tres aristas: i) en el diseño legislativo que «impuso» el régimen; ii) en la relación tirante entre el poder político y el aparato judicial, que terminó por subordinar a este; y iii) en la incorporación de operadores jurídicos (y políticos) al régimen y la expulsión de juristas que se resistieron a este.

384

Por supuesto, el autor no se limita a describir los productos normativos sino que los confronta con la conducta real que desplegaron los operadores jurídicos y la sociedad, como destinataria de ese paquete legislativo.

En el primer capítulo describe en grandes líneas el «ropaje social y político» del Oncenio y traza el perfil político de Leguía. En el segundo capítulo, «Once años de política legislativa: entre modernización y autoritarismo», examina la implementación del diseño legislativo. Por un lado, se valoran instrumentos legales específicos como la ley de vagancia, la ley de conscripción vial, la reelección presidencial, el Código de Procedimientos Penales de 1920, el Código Penal de 1924 y la elaboración de un «Código Civil de gran factura técnica»; por otro lado, asoman «ciertos conjuntos normativos» que abrazan varias reformas estatales (crecimiento del Estado, profesionalización de la administración pública, la policía y las fuerzas armadas); la relación individuo-Estado (reglamentación del hábeas corpus); la vida social (prohibición del divorcio absoluto, reconocimiento de las comunidades indígenas, ampliación del derecho de sufragio, etc.).

En el segundo capítulo «Magistratura y gobierno: una difícil relación», se registra aquella vinculación pareja y tirante en un primer momento, que paulatinamente se torna vertical. Así, el autor muestra ejemplos de jueces que ofrecen resistencia tenaz en defensa de la independencia judicial, que va desapareciendo gradualmente hasta mutarse en sumisión, cuando no en adicción al régimen. Un certero mecanismo que usaría el gobierno es la designación judicial consagrada en la Constitución de 1920. Así, a punta de clientelismo, el entorno de Leguía coparía sectores estratégicos de la magistratura.

El cuarto y último capítulo, «El hábeas corpus bajo el volcán», da cuenta también de la tensión «gobierno-poder judicial» a propósito de este recurso muy utilizado en la época. La manera en que operó esta figura nos permite dos cosas: primero, ver el uso y abuso del ordenamiento legal como instrumento político para doblegar a la oposición; y, segundo, medir el grado de independencia judicial. Desfilan en este tramo los casos judiciales más relevantes que envuelven a políticos, magistrados, periodistas, y empresarios. Allí destacan los casos de Juan Arce y Castañeda, Carlos Concha, Francisco Vidal, Luis Panizo, Rodolfo Erdstein, Carlos Diez Canseco, Daniel Moncloa, Alfredo Schelgo, Carlos Albrizzio, entre otros.

Esta reconstrucción histórico-jurídica de los pasillos del poder en el Oncenio es fundamental para comprender hasta qué punto el derecho puede ser un agente de cambio social.

Este libro se terminó de imprimir en diciembre de 2016,
en las instalaciones de Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.