

PODER JUDICIAL VS. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan MONROY GÁLVEZ*

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

Ángel Martín del BURGO Y MARCHÁN

SUMARIO: I. *Advertencia*. II. *La sentencia número 006-2006-PC/TC*. III. *El TC como “supremo intérprete de la Constitución”*. IV. *La “cosa juzgada constitucional” y la “cosa juzgada judicial”*. V. *El así llamado “conflicto de atribuciones por menoscabo”*. VI. *Los fundamentos 45 y 46*. VII. *La sentencia del TC como fuente del derecho y el “pobre” Kelsen*. VIII. *La teoría del proceso en la sentencia comentada*. IX. *Conclusiones*.

* Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal; profesor de Derecho procesal en el Perú.

I. ADVERTENCIA

No hay país en donde la incorporación de un tribunal constitucional, a efectos de contar con un control concentrado que asegure la vigencia y primacía de la Constitución, así como la eficacia de los derechos que ésta provee, no haya producido tensiones con el parlamento o con el Poder Judicial. Después de todo, se trata de la inserción de una nueva manifestación de poder político, lo que hace que la tensión resulte inevitable.

Sin embargo, dependiendo de la experiencia histórica concreta de cada país, puede ocurrir que la nueva institución inicie su actuación no sólo desarrollando exitosamente los cometidos que la Constitución le impone, sino que, sobreestimando lo que recibe de reconocimiento social por sus funciones, se entusiasme y se deslice más allá de sus límites, produciendo su actuación un desplazamiento hacia ámbitos que le corresponden a otros protagonistas del ejercicio del poder.

Este exceso, mínimo o grosero, consciente o no, es el factor que coloca a las tensiones naturales originadas por la irrupción del Tribunal Constitucional (TC) en un escenario de conflicto extremo que, en perspectiva, termina siendo pernicioso para el sistema democrático. Si las personas que ejercen poder carecen de la permeabilidad indispensable para respetar las potestades y atribuciones de otros, se pueden producir conflictos que, desbordados, conduzcan a esos poderes emergentes a poner en juego, inclusive, hasta su supervivencia. Los recientes casos ecuatoriano y boliviano son una prueba irrefutable de ello.¹

El TC peruano ha sabido, en brevísimo tiempo, de graves sinsabores y merecidos reconocimientos. Cuando en la etapa más intensa de la corrupción el poder político decidió controlarlo, sólo pudo hacerlo destituyendo a tres de sus miembros. Imposible olvidar cuando éstos, manifestación viva de la dignidad y paradigmas de una ética social que hoy parece en extinción, se negaron a legitimar una nueva reelección presidencial. Por

¹ En abril de 2007, el Congreso ecuatoriano aprobó la destitución de los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional, como respuesta a la decisión de éste de reincorporar al Congreso a 50 de los 57 legisladores a los que el Tribunal Supremo Electoral retirara su calidad de congresistas. En Bolivia, el presidente Evo Morales, aprovechando un receso del Parlamento, nombró cuatro jueces supremos interinos, disponiendo que el interinato sea indefinido. El Tribunal Constitucional ha decidido que el nombramiento realizado es legítimo, pero no puede durar más de 90 días. El presidente Morales, en mayo de 2007, consideró que es imprescindible reducir las atribuciones del Tribunal.

otro lado, el TC ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de mayor trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; ha colocado la linterna en donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti*,² un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, ha determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones preocupen seriamente.

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

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

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

² *Mani puliti* (manos limpias) fue un gigantesco movimiento surgido del sistema judicial en Italia —el Ministerio Público forma parte de éste— que originó, al inicio de la década de los años noventa del siglo pasado, un ataque severo y profundo a la corrupción enraizada en el poder político y económico. Este movimiento, de gran apoyo popular, consiguió éxitos notables como lo demuestran cientos de funcionarios procesados y condenados (diputados, ministros, algún jefe de Estado, militares de alto rango, etcétera). Lamentablemente, una sobre exposición en los medios de comunicación de los jueces y fiscales que lideraban el movimiento, entre otros factores, trajo consigo un sensible debilitamiento de su prestigio y, con ello, el fracaso en el saneamiento moral de la sociedad italiana.

Lo que está en el centro de este trabajo es la necesidad de discutir el grado de vigencia real de los derechos fundamentales en sede nacional. Por ejemplo, conviene precisar si es el TC el órgano más propicio para que las densas franjas de la población, que soportan la afectación a sus derechos fundamentales, deben recurrir cuando ello ocurra, o si más bien, resulta indispensable que esta demanda sea cubierta por la justicia ordinaria, aquella que se dispensa en los más lejanos y olvidados lugares del país. Este es un delicado y trascendente tema de acceso a la justicia cuya respuesta no se agota estableciendo una jerarquía entre ambos.

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

II. LA SENTENCIA NÚMERO 006-2006-PC/TC

La sinfonía núm. 94 de Haydn se llama “La sorpresa” y tiene como sobrenombre “Golpe de tímpano”. Sin embargo, lo que ha hecho el Tribunal Constitucional por medio de la sentencia en comentario ni siquiera es una sorpresa, pero puede ser llamado un “golpe de mazo” al sistema judicial peruano. Otra diferencia es que la de Haydn es una obra maestra.

La sentencia materia de este comentario, sospecho, va a pasar a la historia del derecho peruano, pero no por las razones que los miembros del TC hubieran querido, sino porque va a ser demarcatoria del límite de su actuación de ahora en adelante. A continuación, desarrollaré un comentario puntual sobre algunos aspectos de la sentencia citada, aunque creo necesario advertir que quedarán muchos otros, no menos discutibles, fuera del análisis. Esto ha sido intencional, en tanto el objetivo ha sido privilegiar sólo aquellos temas más groseros.

Se trata de un proceso competencial iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial (PJ). Según la demandante, el PJ, a través de determinadas decisiones judiciales (sin precisar cuáles), ha afectado esferas de su competencia. Por eso pide: a) que

se determine si el PJ puede declarar inaplicables normas que regulan las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas,³ cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el TC, y b) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que afectan distintas normas legales y, de manera genérica, la nulidad de “todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originan conflictos de competencia entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur)”.

III. EL TC COMO “SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN”

1. *La falacia de petición de principio de un tribunal que todo lo puede*

Una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por su lado, una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida lo que se ha de demostrar.

Si el lector trabajara con una muestra —una selección aleatoria— de veinte sentencias del TC, en no menos de dieciocho de ellas encontraría como fundamento una frase que, con variantes, es notable por su persistencia: “como ya lo ha dicho este colegiado”. Y el tema no es baladí, se trata de un uso selectivo de la frase precisamente en aquellos extremos en donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria aparece indispensable.⁴

³ Como la sentencia a ser comentada está referida al tema de los casinos, evitaré suspicacias en torno a los motivos por los cuales redacto este trabajo contando que fui, hace unos años, abogado del Ministerio de Industria, Turismo, Comercio e Integración (Mitinci) en varios procesos ligados a este enojoso asunto. Enfrentado en varios procesos con el ahora suspendido presidente de la Corte Superior de Lima, recuerdo un hecho curioso: en los muchos informes orales que tuvimos, siempre estaban presentes, en bloque, los directivos del comando de abogados del partido político del que el suspendido presidente fue personero. Recuerdo también que era época de elecciones.

⁴ En el caso de la sentencia comentada hay quince autocitas (“como ya lo ha dicho este colegiado”; “tal como lo ha establecido este colegiado”; “ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado”; “tal como se ha señalado anteriormente”; etcétera). Tratándose de una sentencia de treinta y una páginas, las autocitas resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la “técnica” suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

Como va a aparecer en detalles puntuales de este comentario, el argumento se convierte en supremo en la medida en que el TC, como también lo vamos a demostrar a continuación, ha elevado sus fundamentos a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración, las cuales, por tal razón, deben ser obedecidas inexorablemente), cuya simple reminiscencia (“como ya lo ha dicho este colegiado”) convierte en inútil cualquier exigencia de fundamento adicional.

2. *Dos razones para declarar la improcedencia de la demanda*

Lamentablemente, al calificar la demanda, el Tribunal no advirtió dos razones contundentes para declarar la improcedencia de la demanda:

1. La norma⁵ que regula los efectos que produce la sentencia en un proceso competencial refiere que la afectación a las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de “acto administrativo”. A continuación, la misma norma describe las formas externas con las que suele presentarse el acto administrativo afectante (“resoluciones, disposiciones o actos”).

Lo descrito significa que la norma analizada está dejando fuera del ámbito de protección del proceso competencial al acto jurisdiccional. Y no se trata de una interpretación aislada o un descuido del legislador, como fácilmente se puede advertir si se coteja la legislación comparada.

Aun cuando pueda reconocerse, en homenaje al carácter discursivo del del derecho, un mínimo discutible a la posibilidad de impugnar en sede de proceso competencial un acto jurisdiccional, el asombro reside en que la lengua sentencia comentada no le concede una sola línea a este tema. En otras palabras, el TC ha decidido que el proceso competencial sirve también para discutir un acto jurisdiccional a pesar que hay norma expresa que dice lo contrario y, además, sin fundamentar cómo se amplía el

⁵ Código Procesal Constitucional. “Artículo 113. Efectos de las sentencias. La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula *las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia*. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales *actos administrativos*. Cuando se hubiere promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas” (las cursivas son del autor).

restringido objeto de la pretensión que se tramita en un proceso de grado único.

2. La demanda no pretende la nulidad de cualquier acto jurisdiccional, lo que en sí es discutible, sino, específicamente, de aquellos sobre los que reposa la máxima garantía de indiscutibilidad e inmutabilidad que puede otorgar un Estado de derecho a una decisión judicial: la autoridad de la cosa juzgada.

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

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

En otras palabras, se puede expedir una ley que contradice radicalmente a otra que está vigente sin que el legislador repare en ello, sin embargo, la consecuencia de tal error sólo será que la norma anterior queda derogada tácitamente. En cambio, si el Judicial expide una sentencia que enerva lo ya decidido en anterior sentencia, entonces recae sobre el juez de la nueva sentencia todos los tipos de responsabilidad que sea posible endosarle (disciplinaria, civil y penal, por lo menos).

Por otro lado, si las decisiones últimas del Judicial no contaran con el prestigio de su inmutabilidad, éste se derrumbaría cual castillo de naipes, habría perdido su rasgo distintivo y, a su vez, su insignia de poder. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada es la esencia del acto de impartir jus-

ticia y sólo declina, excepcionalmente, cuando en un caso concreto se agravia a la justicia y a la realidad, atendiendo a que el contenido de la decisión firme es gruesamente espurio. Y aún así, la discusión sobre prescindir de ella en un caso concreto, aun cuando se trata de una situación excepcional, sigue siendo inacabada.⁶

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

Ahora veamos cómo pulverizó la cosa juzgada.

IV. LA “COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL” Y LA “COSA JUZGADA JUDICIAL”

a) Se empieza afirmando que para que una sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta la presencia de sus elementos formales y materiales.⁷ Entonces surge la pregunta ¿qué se necesita? La respuesta viene a continuación y es sencilla pero, además, estremecedora: la sentencia debe, además, respetar las interpretaciones sobre la Constitución que haya hecho el TC y también sus precedentes vinculantes.⁸ ¿Y saben por qué es así? Porque las interpretaciones y los precedentes vinculantes del TC “constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos constitucionales”.

⁶ El Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió respetar la autoridad de la cosa juzgada en un proceso iniciado por una persona que hacía varios años había perdido otro en el que se le declaró padre. En el nuevo proceso el demandante había probado, con la contundente prueba del ADN, que la imputación de paternidad era falsa.

⁷ “En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o en un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material...”. (Fundamento núm. 68).

⁸ “Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, *no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada*”. (Fundamento 69. Las cursivas son del autor).

En consecuencia, de ahora en adelante todas las sentencias expedidas por los jueces adscritos al Poder Judicial son *capitis diminutio*.⁹ Así, por ejemplo, si se expiden en un proceso ordinario, el cual por organización competencial no es revisado por el TC, sólo producirá cosa juzgada judicial, es decir, una inmutabilidad de segundo nivel. Y esto debido a que, para su desgracia, dicha sentencia no recibió ni recibirá un examen de validez y legitimidad que, como acabamos de aprender, sólo puede ser dado por el TC.

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

b) El insólito fundamento núm. 40.¹⁰ Sin perjuicio de que el tema del precedente judicial es desarrollado más adelante, resulta importante des-

⁹ “Con esto el Tribunal Constitucional puede desconfiar de todo y de todos, menos de sí mismo, puesto que nadie puede desconfiar de él (sus sentencias son irrecurribles). El juez ordinario siempre tendrá que estar pendiente de sus decisiones interpretativas. Se acabó la disputa entre la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris*, porque, a partir de ahora, sólo prima la *voluntas* del juez constitucional. Y sus sentencias no es que tengan fuerza de ley, como a determinada clase de ellas les reconoce la Ley del Tribunal Constitucional alemán, sino que la ley tendrá la voluntad que este Tribunal le asigne”. Martín del Burgo y Marchán, Ángel, *La justicia como problema. El juez como administrador del derecho*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 216. Si bien el comentario está referido a España, resulta significativo advertir la notoria coincidencia entre la conducta del Tribunal Constitucional español y el nuestro, con la diferencia que una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 5.1) titula al TC español a actuar de esa manera. Ello convierte en más insólito aún, si eso es posible, lo que contiene la sentencia comentada.

¹⁰ “40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del TC genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su

tacar lo expresado en el fundamento núm. 40 porque lo que allí se afirma va a ser determinante para explicar lo que el TC piensa de sí mismo y, por cierto, lo que piensa de los demás poderes, entre ellos el Judicial.

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

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

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

observancia es no sólo para las partes, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones —*ratio decidendi*—. Ya en sentencia anterior el Tribunal ha señalado que:...”.

anterior. Esta diferencia entre autoridad y eficacia es esencial para no de-
rrapar en materia de cosa juzgada.

Lo descrito nos permite comprender el gravísimo error dogmático que
contiene el fundamento estudiado. El cotejo entre cosa juzgada y prece-
dente tomando como criterio su alcance subjetivo, considerando que el
primero sólo alcanza a las partes y el segundo abarca mucho más, es co-
mo comparar una rosa con una pelota a partir de sus funciones didácti-
cas. Ni la cosa juzgada es interpartes como se afirma, ni el precedente
tiene eficacia *erga omnes*, como también se dice con ligereza. El tema de
a quién o a quiénes alcanza los efectos de una decisión judicial firme co-
rresponde ser analizado a partir de una institución que se conoce como
“los límites subjetivos”, tema que, a su vez, tiene que ver con la “eficacia
de la sentencia”, en ningún caso con la cosa juzgada y mucho menos con
el precedente judicial.

Sin perjuicio de su desarrollo posterior, quisiera compartir un dato res-
pecto del cual la sentencia comentada prescinde totalmente: en los países
en donde el llamado precedente vinculante o la doctrina del *stare decisis*
tiene una importancia significativa, es decir, vincula al juez inferior, en
ningún caso tal influencia significa que lo aturde al punto de que éste no
puede ya discernir sobre la aplicación o no de un precedente. Es decir, en
el *common law* es perfectamente válido que un juez se aparte del prece-
dente que le ha sido invocado si, por ejemplo, considera que de emplear-
lo puede provocar un desastre.¹¹

Dejó constancia que el fundamento núm. 40 es uno de los más impor-
tantes de la sentencia estudiada, es casi su *ratio decidendi*,¹² sin embargo,

¹¹ En Inglaterra, la Corte de Apelaciones en el caso *Broome vs. Cassell* (1971) no si-
guió el precedente establecido por la Casa de los Lores en *Rookes vs. Bernard* (1964)
afirmando lo siguiente: “Creemos que las dificultades presentadas por *Rookes vs. Bar-
nard* son tan grandes que los jueces tendrían que dirigirse al jurado según el derecho co-
mo fue entendido antes de *Rookes vs. Barnard*. Cualquier intento de seguir obligatoria-
mente *Rookes vs. Barnard* lleva obligatoriamente a confusión”. Como se aprecia, el
apartamiento de un precedente en países donde funciona la doctrina del *stare decisis* es
posible si se fundamenta. Sólo en el Perú —si no hacemos algo pronto con la sentencia
en comentario— un precedente va a ser tanto o más importante que una ley del Congreso
(sobre cuyo incumplimiento una persona puede ser demandada o procesada, según el ca-
so, salvo que la pretensión o acción penal haya prescrito), en tanto el tiempo no reduce su
efecto predador, por lo menos según la curiosa teoría del TC.

¹² “En función de las exigencias, la *ratio* puede ser identificada como la regla jurídi-
ca situada en la base de la sentencia, con la justificación expresa de la decisión, con el

por su contenido no debería trascender sino más bien ser prontamente sepultado en el olvido.

c) Todo lo expresado por el TC sobre la autoridad de la cosa juzgada puede ser sintetizado afirmándose que, en su concepto, hay dos expresiones de ella, una circunstancial y pasible de ser enervada en cualquier momento (*sine die*), ésta es la cosa juzgada judicial, y otra, que podría ser calificada como la auténtica, en el sentido de que es la única que otorga inmutabilidad y prestigio social a la decisión, ésa es la cosa juzgada constitucional.¹³

Ésta es la razón por la que en el fundamento núm. 70 se afirma que lo que la Constitución regula en su artículo 139, inciso 2o., es la cosa juzgada constitucional,¹⁴ en tanto ésta sólo existirá cuando una sentencia, ade-

principio jurídico implícitamente presente en el proceso justificativo realizado por el juez, o con el concepto normativo a propósito del cual, con mayor o menor fundamento, será sucesivamente citada la propia sentencia. De ésta se puede hacer, pues, un uso bastante articulado; cuál de esas perspectivas prevalecerá luego en concreto depende esencialmente del contexto” Moretti, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Galgano, Francesco (coord.), *Atlas de derecho privado comparado*, Madrid, Fondo de Cultura del Notariado, 2000, p. 39.

¹³ En ánimo de no complicar los conceptos, es bueno precisar, aunque sea brevemente, que la llamada cosa juzgada constitucional sería un nombre incorrecto porque una institución de política judicial como la cosa juzgada no puede referirse al contenido de las resoluciones que han recibido su prestigio en tanto ello está ligado más bien a su eficacia. Inclusive reconocer una cosa juzgada constitucional importaría tener que admitir una cosa juzgada laboral, familiar, contencioso administrativa y todas las demás. Sin embargo, suele emplearse el concepto cosa juzgada constitucional para referirse a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad en donde el decisorio impide que lo decidido se vuelva a discutir. Dejamos constancia que inclusive ese uso restringido sería también errado en tanto hace referencia al contenido de la sentencia constitucional y no a la autoridad que subyace en ella. “A diferencia de ello, la cosa juzgada constitucional se refiere a la incompetencia de la Corte Constitucional para conocer de nuevo de un cargo de inconstitucionalidad contra una norma, ya decidido favorable o desfavorablemente por ella”. Bernal Pulido, Carlos, *El precedente constitucional. Memorias del V Congreso de Derecho Constitucional y Administrativo*, Lima, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 142.

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

más de haber cumplido con todos los requisitos conocidos, es conforme a las interpretaciones realizadas por el TC y a sus precedentes vinculantes. Y no se crea que la afirmación que acaban de leer está referida a los procesos constitucionales que discurren preliminarmente por el sistema judicial, ésa sería una interpretación restrictiva que disminuye el poder de poderes que el TC considera tener, es decir, un sinsentido.

El nuevo dogma de la cosa juzgada constitucional y su sucedánea, la cosa juzgada judicial, es aplicable a todos los procesos, la circunstancia de que los ordinarios no lleguen al TC juega en su contra, en tanto sólo reciben cosa juzgada judicial, un remedo de cosa juzgada que puede ser enervado por vía de amparo o cualquier otra técnica procedimental como, por ejemplo, ¡el *certiorari*!, próximo *aggiornamento* del TC si el Congreso se descuida. Como se sabe, el TC viene proponiendo modificaciones constitucionales que ya circulan en las comisiones respectivas del Congreso, en éstas está solicitando que le permitan elegir los casos que conocería.¹⁵ No está demás adelantar que con ello, irónicamente, la cosa juzgada sólo va a existir en el Perú en casos absolutamente excepcionales, aquellos en los que el honorable TC decida depositar su atención y esparcir justicia constitucional.

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

tizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales” (las cursivas son del autor). “Artículo 139. Principios de la administración de justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. ... 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia... 3. ...”.

¹⁵ La propuesta de reforma constitucional, promovida por el TC, actualmente en la Comisión de Constitución del Congreso referida al *certiorari*, dice lo siguiente: “Artículo 202. El Tribunal es competente para: 1. ... Resolver en último grado los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver según los criterios que señale la ley”.

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

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

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

Ha quedado definido por el TC que no cabe interpretación de lo que él interpreta. Esto significa que, con el correr del tiempo, lo único que podría ocurrir es un hecho excepcional: que el TC recibiera un caso en el que un juez insolente se hubiera apartado “irresponsable y temerariamente” de su interpretación. Y aquí viene el milagro: que una vez revisado el expediente en lugar de la anulación respectiva, el TC, luego de una profunda autocrítica, decida variar su interpretación. Esta posibilidad, muy peligrosa para el *stablishment* impuesto por el TC, importaría que éste empezara reconociendo que se ha equivocado y eso, para quien ha asumido con exclusividad y por autoimposición la tarea de decidir lo que es derecho en el Perú, sería muy grave.

A nivel dogmático, por otro lado, difícilto que haya una obra valiosa en el último cuarto de siglo que al tratar el tema de la interpretación judicial no describa, pero sólo al realizar el enfoque histórico del tema, la tesis surgida durante el apogeo del Iluminismo racionalista —específicamente de un sector del positivismo clásico— según la cual toda norma jurídica tiene “una interpretación correcta” y que, por tanto, las técnicas de interpretación lo que deben asumir como fin es permitirle al usuario (juez, abogado, profesor, estudiante) llegar a la meta deseada, la única, exclusiva y excluyente: la deseada interpretación correcta. Por cierto, se

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

2. *El test del precedente vinculante*

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

Para sustentar esta temeraria afirmación, el fundamento núm. 36 de la sentencia contiene,¹⁶ dicho esto con todo respeto, una nueva falacia. Como la Constitución le ha encargado al TC su control, el de la constitucionalidad de las leyes y además ser grado final de fallo o instancia única en los procesos constitucionales, éste considera que sus sentencias “no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares”. La frase citada no usa la palabra “desconocer” en el sentido de no poder estar enterado sino, como bien sabemos, en uno significativamente más grave: está diciendo que todos deben obedecerla, es decir, que todos están vinculados por su contenido, al punto tal que si alguna vez —no importando que tan lejana sea la fecha— alguien actúa o deja de actuar en correspondencia con alguna de ellas, deberá sufrir sus consecuencias.

La falacia está dada por el hecho de que la sentencia parte de la premisa de que el apartamiento (desconocimiento) de sus decisiones determinará una sanción de nulidad sobre la posición jurídica favorable de quien así se comporte, sin que exista el conector lógico —que, a la sazón, deberá también ser jurídico— que permita extraer tal conclusión de tal antecedente, es decir, estamos ante un razonamiento inválido. Me explico,

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

¿cuál es el fundamento jurídico por el cual la decisión que se aparta de una del TC deviene en nula? No está en la Constitución y, que sepamos, tampoco en ninguna otra norma del derecho positivo peruano.

Lo curioso del argumento es que en los fundamentos posteriores (núms. 37, 38 y 39) el TC ya no hace referencia a todos los procesos en los que interviene, sino sólo a los de inconstitucionalidad que, sin duda, tienen una calidad distinta.

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

Primero conviene precisar que comúnmente suele hacerse referencia al precedente en el ámbito judicial, lo cual tiene mucho sentido, pues es en donde se ha desarrollado y afirmado. Sin embargo, el tema materia de este trabajo está referido al precedente constitucional que, sin duda, tiene una importancia y características muy particulares. Hay más de un siglo de diferencia entre la aparición del precedente judicial y de los tribunales constitucionales, en cuya actividad se inserta la considerable importancia que ha adquirido recientemente el precedente constitucional. Siendo así, de ahora en más el recorrido histórico se va a dar por el precedente judicial aun cuando tengamos claro que el tema es el precedente constitucional, debido a su todavía incipiente desarrollo.

El precedente vinculante u obligatorio en los términos de un mandato inexorable que debe ser seguido “sin dudas ni murmuraciones” o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no lo reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo. En el *common law* —sin perjuicio de que su intensidad varíe en cada país— se acogió la doctrina del *stare decisis* que, de algún modo, importa que el juez inferior debe decidir un caso sometido a su competencia considerando el fundamento expresado por el juez superior en un caso anterior similar o idéntico o, respecto del cual, se presente una cuestión jurídica análoga. Es una especie de fuente de derecho para un caso concreto.

El tema del precedente y su vinculación rígida es, fundamentalmente, un tema de teoría del derecho. La tesis acogida por el TC, aunque sin fundamentarla, como ya se expresó, es que la jurisprudencia pasa a ser una fuente primaria en el derecho peruano, tanto o más importante que la ley. En doctrina suele afirmarse que el fundamento del precedente es el principio de igualdad, entendido como el derecho que tienen los justicia-

bles a recibir decisiones idénticas ante situaciones jurídicas similares. Siendo así, un tema pendiente de la sentencia comentada ha sido cotejar el principio citado con la independencia judicial, es decir, con la potestad del juez de resolver los casos atendiendo a lo dispuesto en la ley y las otras fuentes del derecho (costumbre, jurisprudencia, etcétera) que su criterio (razonabilidad, experiencia y concepción del mundo) le permita emplear para resolver el caso concreto.¹⁷

Para no extendernos en el tema, lo que ahora importa es precisar que en los países en donde el precedente vinculante es esencial, en tanto el derecho es creado judicialmente debido a que no se privilegian los ordenamientos escritos extensos y ampulosos (leyes, códigos, etcétera) como los del *civil law*, la vinculación no es ni absoluta y tampoco provoca sanciones como consecuencia de su apartamiento.¹⁸ En estricto, lo que existe es el precedente relativamente vinculante, en tanto el juez puede apartar-

¹⁷ “En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley. De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar. Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera. Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto del otro dentro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios —igualdad e independencia judicial—, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas. La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho a seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente”. López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 203 y 204.

¹⁸ El juez Brandeis dijo en *Burnet vs. Colorado Oil*: “El *stare decisis* no es, como la regla *res iudicata*, un mandato universal, inexorable. Aun cuando tiende a la consistencia y uniformidad, no es inflexible. Si debe ser seguido o apartarse de él es una cuestión enteramente a discreción del tribunal que es llamado de nuevo a considerar la cuestión”.

se de un precedente si lo considera incorrecto para el derecho o para la razón, inclusive hay instituciones procesales que le permiten sustentar tal separación.¹⁹ En consecuencia, una afirmación como la expresada por el TC en el fundamento núm. 43, carece de antecedente en el *common law* y, por cierto, en la sana doctrina sobre la materia.²⁰

Y un tema final sobre el precedente judicial. En los países de la familia del *common law* éste es tan importante que se le reconoce como el instrumento idóneo para permitir que los jueces provean de uniformidad a la jurisprudencia y, sobre todo, para producir reglas de derecho que, posteriormente, suelen ser traducidas al lenguaje normativo por el Congreso y, aunque eso no ocurriera, suelen ser reconocidas como normas jurídicas por los jueces, abogados y, en suma, por el tejido social. En otras palabras, en dichos sistemas el precedente se comporta como una fuente de derecho. Pero esto ocurre, fundamentalmente, porque siendo un derecho creado en los estrados judiciales, sus jueces personifican la razón fundamental del prestigio de sus decisiones.²¹

¹⁹ Nos referiremos a dos. El *distinguishing* es una técnica que permite al órgano jurisdiccional de grado inferior reducir la vinculación al precedente judicial invocado, e inclusive eliminar cualquier afectación de éste al caso por resolver, acreditando que hay hechos distintos en la configuración de la *ratio decidendi* respecto de los hechos del caso a ser resuelto. La regla jurídica *Cesante ratione, cessat ipsa lex* suele ser empleada también por el órgano inferior para apartarse del precedente judicial, afirmando que las circunstancias extra jurídicas que rodean al caso (sociales, políticas o económicas) han variado sustancialmente, por lo que la identidad indispensable para la aplicación del precedente ha desaparecido.

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

²¹ “Nuestro derecho es de sistema legislativo, parte de la legislación y la interpreta para aplicarla. Aún los más acérrimos defensores del nuevo derecho tienen como referente a la ley. La jurisprudencia en Colombia siempre ha sido y sigue siendo criterio auxiliar de interpretación. Los precedentes se imponen por su consistencia, contenido y racionalidad. Imponerlos por la fuerza priva al derecho de su vitalidad. De otra parte nadie puede asegurar que la tesis del precedente sea por sí misma mejor o más justa ni más jurídica. En la práctica judicial los precedentes son generalmente acatados sin necesidad de mandato constitucional, con lo que se logra el propósito de unificar la interpretación de la ley. Darle valor de fuente de derecho al precedente implica asimilarlo a la ley”. Montoya,

Como todos recordarán, los juristas norteamericanos más importantes han sido jueces (Oliver Wendell Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Stone, entre otros). Que cada lector haga un cotejo de lo que esto significa en la hora actual en el Perú. Aunque, colaborando con la comparación, no deja de ser patético que ni siquiera estos grandes hombres fueron capaces de proponer que sus decisiones fueran precedentes que vincularan con marca de hierro a los jueces inferiores, como Javier Alva y Magdiel Gonzáles, entre otros, pretenden de sus decisiones.

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

V. EL ASÍ LLAMADO “CONFLICTO DE ATRIBUCIONES POR MENOS CABO”

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

En un Estado de derecho, la función del Poder Judicial es actuar como un órgano de cierre de las decisiones que se tomen al interior de cualquier órgano o institución particular o de la organización estatal. Precisamente por esta razón, por ser el último sin ser lo último, no existe manera de dis-

Ana María, “Delante de la ley. Variaciones sobre un tema de Kafka a propósito de la polémica entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia”, en *V Jornadas de derecho...*, cit. p. 49.

cutir procesalmente su eventual actuación ilegítima, en tanto es el acto jurisdiccional quien expresa, en nombre del Estado, la decisión definitiva y última de un conflicto o estado de incertidumbre con relevancia jurídica, social o política, inclusive cuando éste es originado por otro poder.

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

Sabiendo el TC que está entrando en terreno vedado, hace uso de su “poder creativo” —que por cierto nadie le ha concedido, por lo menos en los términos en que cree tenerlo— y reconoce que el proceso competencial que va a resolver es distinto a cualquiera que alguna vez haya resuelto.²² Luego de lo cual le pone nombre a lo que va a ser, desde la sentencia en adelante, la materia de la pretensión: un “conflicto constitucional por menoscabo”. Éste no consiste, por cierto, en la afectación de una competencia —claro, en el caso del Poder Judicial sería una afectación imposible a través de un “¡proceso judicial, precisamente!”—, sino se convierte en conflicto la manera cómo ha ejercido la competencia. Es decir, en este proceso es fundada la demanda porque, según el TC, el Poder Judicial por medio de su expresión natural, sus sentencias, ha lesionado atribuciones constitucionales ajenas. ¿Cuáles? Según la demanda, son las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en los incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución.²³ ¿Eso ha ocurrido? Veamos.

¿Un juez en el Perú puede controlar la actuación del Ejecutivo? Por supuesto. Para decirlo en términos de una reconocida dogmática constitucional, un juez controla la vigencia, la validez formal y la validez esencial de las normas, es decir, controla que la estructura formal de una nor-

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

²³ “Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales. 2. ... 9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. 24...”.

ma cumpla con los requisitos esenciales para que adquiriera la calidad de acto normativo, también su correspondencia con la jerarquía normativa y, finalmente, la identidad sustancial del contenido normativo con los derechos y valores reconocidos por la Constitución.²⁴

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

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

Cuando un juez declara inaplicable una ley a un caso concreto o cuando en un proceso contencioso administrativo anula un acto administrativo y ordena se le sustituya por otro que tenga los rasgos que considera adecuados o, finalmente, cuando en ese mismo contencioso administrativo, en ejercicio de actos de plena jurisdicción, declara y ordena la actuación del derecho declarado ¿está provocando “un conflicto de atribuciones por menoscabo”?

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

²⁴ Para mayor referencia, Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 21-39; también Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 12 y 13.

La cita de Zagrebelsky

En este extremo del argumento, la sentencia hace una cita²⁵ de un jurista y juez excepcional (miembro de la Corte Constitucional italiana), Gustavo Zagrebelsky. Por cierto, se trata de un argumento *ex magistra*: si lo dice el maestro, hay que presumir que es así.

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

Para Zagrebelsky la razón de ser del proceso competencial es resolver un conflicto acerca de la distribución constitucional de competencias, pero en concreto, sea entre los poderes del Estado o entre el Estado y las regiones, esto para Italia. Siguiendo en el tema hace la siguiente precisión: en un proceso competencial no es un elemento central la legitimidad de los actos, razón por la cual no hay coincidencia entre un vicio de ilegitimidad constitucional y una lesión a la competencia ajena, por lo que pueden haber actos ilegítimos que no determinan un conflicto de competencia, aunque siempre una lesión competencial se deriva de un acto ilegítimo.²⁶

²⁵ “A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che è controverso è come un potere –della cui titolarità non si discute- viene esercitato, sempre che dall’”illegittima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell’ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione...”; Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, nuova edizione, 1988, p. 339. (Se reproduce tal cual aparece en la sentencia).

²⁶ “Nel concetto di conflitto non viene in primo piano l’idea del controllo di costituzionalità su atti illegittimi. Questo potrà essere una conseguenza, ma il senso principale del conflitto è la controversia circa la distribuzione costituzionale delle competenze, non naturalmente in astratto, ma in relazione all’effettivo operare degli organi e dei soggetti costituzionali. Il giudizio sul conflitto non verte essenzialmente dunque sulla legittimità degli atti, ma sulla spettanza delle competenze costituzionali. Del resto, tra vizio di illegittimità costituzionale e lesione della competenza altrui non c’è coincidenza: ci possono essere casi di atti illegittimi che ciononostante non determinano un conflitto, anche se

Si llevamos este análisis a la sentencia comentada, podemos advertir que, a diferencia de lo que afirma el TC,²⁷ para Zagrebelsky ningún análisis sobre el tema competencial puede hacerse en abstracto. Pero tal vez la enseñanza más importante que éste comparte es que en ninguna de las hipótesis que desarrolla abre la posibilidad de que los conflictos constitucionales, como denomina a los conflictos de competencia, puedan dar cabida a la discusión sobre una decisión judicial, es decir, que un acto jurisdiccional sea objeto de la pretensión en un proceso de este tipo. No es que lo niegue, sino que en el contexto de su exposición es, sin duda, una afirmación impensable.

Por otro lado, y este es un tema de la mayor importancia, la cita a Zagrebelsky en la sentencia corresponde al capítulo VIII de su obra cuyo nombre es: *I conflitti di attribuzione tra stato e regioni* (*Los conflictos de atribución entre el Estado y las regiones*), es decir, no ha sido extraída de aquél donde éste desarrolla los aspectos centrales del tema —el inmediatamente anterior—, sino de otro en donde se describen los casos atípicos que presentan aquellas organizaciones estatales en los cuales, por razones históricas, existe una evolucionada desconcentración y descentralización del ejercicio del poder político. Lo mismo ocurre con la cita que se hace de dos textos españoles en la misma sentencia. La relación del poder central con las comunidades autónomas en España, por ejemplo, no es comparable con nada de lo que ocurre en el Perú sobre la materia.²⁸

VI. LOS FUNDAMENTOS 45 Y 46

En el derecho es fácil confundir “lo que es” con lo que “parece que es”. Para evitar errores con esta clásica confusión, la dogmática suele decir que la institución “Y” tiene “los efectos de X”, con lo cual está afir-

—al contrario— *ogni lesione non può che derivare da un atto illegittimo*. Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1989, Ristampa, p. 334.

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

²⁸ Y ya lo que resulta anecdótico es que la sentencia cite a pie de página a Zagrebelsky en su idioma original (italiano), sin perjuicio de que en el contenido de la sentencia aparezca la traducción literal del autor pero sin comillas (fundamento núm. 25). Es cierto que puede ser sólo un olvido o un nuevo estilo literario pero, en cualquier caso, no es elegante dejar de reconocer al autor de una idea. En este caso, Zagrebelsky ha sido vilipendiado en el fondo y también en la forma, impunemente.

mando que “Y” es un ser distinto de “X” aunque produce sus consecuencias. En metafísica el asunto sería clarísimo, se trata de no confundir la esencia de un ser con algún otro ente respecto del cual comparte alguna de sus manifestaciones.

En el primero de los fundamentos materia de comentario²⁹ se afirma que cuando el Poder Judicial alega independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del TC, no sólo se está apartando de dichas ejecutorias, sino “se está desligando de la Constitución misma...”. Es decir, el TC ha reconducido su calidad de intérprete privilegiado de la Constitución a niveles tan íntimos de identificación con ésta misma que resulta complicado establecer la diferencia entre el intérprete y la interpretada. Cuando una persona se aparta de una sentencia del TC ¡se está apartando de la Constitución! Sólo falta que el TC diga ¡la Constitución soy yo!, aunque en realidad lo ha dicho, pero con algún elemental nivel de timidez, muy próximo a desaparecer si se aprecia el fundamento siguiente.

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

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

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

Como la identificación —palabra que significa, literalmente, compartir identidad— entre las sentencias del TC y la Constitución ha devenido en absoluta, lo único que faltaba era afirmarla y así lo hace la sentencia en el fundamento núm. 46.³⁰ De allí en adelante no puede ya sorprender ninguna afirmación que contenga la sentencia, por más estrambótica e insólita que pueda parecer.

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

Por cierto, ahora resulta mucho más fácil, también, entender cómo se pueden anular sentencias judiciales. Un parámetro es un factor necesario para establecer si algo tiene tal calidad o corresponde a tal situación. Según el TC, sus sentencias son los “parámetros jurídicos” de la legitimidad constitucional.³¹ Siendo así, no ilustran, orientan o enseñan, sino obligan, al punto tal que cualquier acto de cualquier poder que afecte una interpretación o precedente del TC es tan inconstitucional como puede ser un agravio directo a una norma constitucional.

³⁰ “46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer control difuso que reconoce el artículo 138 de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, *pues tal como se ha señalado anteriormente...*”. (Las cursivas son para destacar cómo el TC tiene la tendencia a resolver los temas discutibles citándose a sí mismo).

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

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

VII. LA SENTENCIA DEL TC COMO FUENTE DEL DERECHO Y EL “POBRE” KELSEN

Después de alardear —es difícil encontrar otra manera de calificar tal acto— que sus sentencias son la Constitución misma, presuntamente con el propósito de elevar sus decisiones a niveles míticos, el TC afirma que sus sentencias son fuente de derecho.³²

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

Puede admitirse que las sentencias del TC sean fuentes del derecho, aunque de por sí sea severamente discutible,³³ lo que resulta incomprensible es que “vinculen a todos los poderes del Estado”. A casi dos siglos

³² “61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”.

³³ Aunque suene reiterativo, conviene dejar sentado que el TC, en el fundamento núm. 60, cancela la discusión de que sus sentencias son fuente del derecho. Sin embargo, para acabar con la discusión, el TC usa uno de sus instrumentos clásicos, la autocita. Así: “60. Este vicio de legitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucio-

de haberse reconocido en sede de derecho continental la primacía de la ley como fuente del derecho, conviene recordar las dificultades que ha tenido el legislador para regular algún tipo de jerarquía en el sistema de fuentes, así como precisar la fuerza vinculante de cada cual. La famosa pregunta de Geny,³⁴ casi nunca respondida afirmativamente (la excepción es el Código Civil suizo), es una demostración de cómo el legislador prefirió eludir el tema ante la significativa gravedad que su tratamiento importaba. No son pocas las legislaciones que prefieren ni siquiera enlistar a la jurisprudencia como fuente; otras más, decididamente, le otorgan la calidad de auxilio o complemento.

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

Sin embargo, este derecho de las consultas pasa a las islas británicas y tiene su propio desarrollo hasta convertirse en lo que ahora conocemos como *common law*. En un año tan lejano como 1610, un juez inglés, Edward Coke, decidió en una sentencia controlar la validez de las leyes dadas por el Parlamento. Actos como ése hicieron posible que dos siglos después y a algunos miles de kilómetros de distancia, en Estados Unidos se pueda desarrollar y afianzar un control judicial de la constitucionalidad de las leyes al caso concreto. El *judicial review* no es pues un pro-

nal no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente del derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado...”. Y luego viene la cita de una sentencia dada por él mismo. Aunque, a decir verdad, la cita califica a la Jurisprudencia como fuente del derecho y no a las sentencias del TC, una vez más la cita es ajena a lo que se quiere confirmar.

³⁴ “¿Puede la ley prescribir la naturaleza, el rango, la fuerza, tanto de las fuentes formales del derecho positivo, como de los procedimientos científicos que han de completarlas de tal modo que asigne a la interpretación sobre estos puntos una dirección inexcusable?”. Geny, Francisco, *Método de interpretación y fuente de derecho privado*, Madrid, Reus, 1925, p. 213.

ducto surgido por generación espontánea, es consecuencia de un complejo proceso histórico de probar, asumir o descartar que tomó siglos. Sólo así es posible comprender, por ejemplo, la poderosa fuerza social y política que representa la Corte Suprema para la sociedad norteamericana. En la esencia de esta manera de entender las decisiones judiciales está, no lo olvidemos, el consenso social sobre su sistema judicial, es decir, el reconocimiento ciudadano a un órgano que se prestigia en tanto resuelve tomando como sustento las costumbres de su pueblo, una opción que en la Europa occidental, como sabemos, fue descartada para privilegiar el mandato abstracto de la ley y su origen mítico, la voluntad popular.

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

Hasta ahora, lo afirmo con todo respeto, me cuesta saber si el TC es consciente que con su propuesta ha alterado de tal forma el sistema de fuentes que, si se admitiera su planteamiento, sus sentencias vincularían a los órganos públicos, entre ellos a los jueces, con más intensidad que las leyes.³⁵ ¿Habrán advertido las consecuencias de su propuesta?

³⁵ Comentando una tendencia de la Corte Constitucional colombiana se afirma: “Por otra parte, empero, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional puede interpretarse como un objetable signo de activismo de la Corte Constitucional. En tal sentido, este fenómeno puede concebirse como un ejercicio de activismo del máximo calibre, como una estrategia de la propia Corte para otorgar, al producto del ejercicio de sus funciones, el mayor rango jurídico posible dentro del sistema de fuentes. Desde esta perspectiva, difícilmente puede imaginarse una auto atribución de poder mayor, que la que un órgano jurisdiccional se hace a sí mismo, cuando sostiene que sus actos son una fuente del derecho que se integran en la Constitución, es decir, en la fuente de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que como tales, dichos actos deben ser obedecidos por todos los poderes públicos y privados y no pueden ser revisados sino por el propio órgano jurisdiccional. Desde esta óptica, el Legislador habría pagado caro la falta de una regulación específica del precedente constitucional, que reconociese la necesidad de esta figura en el derecho colombiano. El precio habría sido el desplazamiento de la ley, por parte de la jurisprudencia constitucional, del lugar de la fuente prioritaria del derecho”. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 13, p. 147.

Si las fuentes del derecho vinculan (y no sus productos), entonces la doctrina, típica fuente del derecho, vincula u obliga. Ahora, ¿cuál doctrina o qué parte de ella es la que vincula?, ¿o vincula en su integridad? Y como se explica el caso de la costumbre, fuente clásica del derecho. Por serlo ¿vincula?, ¿a quién? Tal vez, sólo tal vez, el honorable TC ha confundido ley como fuente del derecho con la norma jurídica que es su producto. Es decir, la acepción “ley” como fuente del derecho hay que referirla a aquello que Hart denomina “normas de reconocimiento”, es decir, a aquellas que deben ser tenidas en cuenta para producir normas jurídicas o para calificar su ingreso o salida del ordenamiento jurídico, para expresarlo con brevedad.

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

Todos sabemos el avance que significó para la conquista de un Estado constitucional de derecho el reconocimiento de que la Constitución es mucho más que un conjunto de normas programáticas y de política social. Nadie discute hoy que la Constitución contiene un conjunto de normas jurídicas que vinculan intensamente a todos (personas, órganos o instituciones) al interior de un Estado. Nadie puede discutir tampoco que la Constitución al afirmar las bases jurídico-políticas de un Estado se convierte también en fuente del derecho. Sin embargo, nada de lo dicho es antecedente para considerar que la Constitución por ser fuente del derecho, vincula. Se trata de dos planos del mismo concepto que no se contradicen, sino que tienen su propio ámbito de actuación.

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

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

relevante para que el sustento se vuelva sólido. En el presente caso se trata de Kelsen, figura relevante para el tema en tanto es, como sabemos, gestor de los tribunales constitucionales.

La frase de Kelsen es clara y precisa,³⁶ aunque no dice absolutamente nada respecto a que las sentencias de los tribunales constitucionales sean fuente del derecho o que éstas vinculen a todos los poderes. Kelsen sólo afirma que la Constitución es el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico y que, su presencia, convierte a éste en una unidad, lo cual permite afirmar —considero que mejor sería teorizar— que los enunciados jurídicos que lo conforman no se contradicen. Si Kelsen piensa como el TC cree que piensa, no lo sabemos, pero queda claro que la frase resaltada no es la prueba de que así sea. En todo caso, la frase se refiere a la función trascendente de la Constitución y no a sus “intérpretes supremos”.

VIII. LA TEORÍA DEL PROCESO EN LA SENTENCIA COMENTADA

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

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

El resultado es, en principio, positivo, sobre “los juicios” casi todos los ciudadanos tienen algo “qué decir” y, por consecuencia lógica, hay mucho

³⁶ “La norma fundante básica (la Constitución) es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 214.

“qué escuchar”. Y desde el derecho ocurre lo mismo. Siendo el instrumento por excelencia para lograr la eficacia de los derechos llamados materiales, la información científica sobre el proceso, por lo menos la elemental, suele estar difundida hasta convertirse en una necesidad contar con datos preliminares sobre las líneas vectoriales del quehacer procesal.

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

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

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

a) Aun cuando se trata, una vez más, de una autocita,³⁷ la idea que subyace en el párrafo a comentar tiene la aparente densidad de un agujero-

³⁷ “Si bien es cierto que el derecho procesal constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la teoría general del proceso, es el derecho constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del título preliminar del Código Procesal Constitucional)”. (Fundamento núm. 4).

ro negro y, simultáneamente, el contenido de un cuenco sin fondo. Las categorías e instituciones procesales tienen forma y contenido propios, no están vacías. Al formar parte de una teoría, están enhebradas con base en una sistemática que las relaciona y unifica, sin perjuicio, claro está, de reconocer variantes al interior de ellas, generadas en una concepción del mundo distinta, un sesgo ideológico particular o en exigencias sociales (que pueden ser económicas, religiosas, políticas, etcétera) surgidas de su empleo en un ámbito de actuación específico.

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

Las instituciones procesales necesitan recibir una interpretación particular, por ejemplo, en el derecho laboral, en él hay principios exclusivos y esenciales de esta disciplina que así lo exigen. Sin embargo, principios como el de primacía de la realidad o el *indubio pro operario* no “llenan de contenido a las normas procesales”, su función es orientar metodológicamente su interpretación y posterior aplicación al proceso en concreto. Y así va a ocurrir con cada una de las disciplinas jurídicas de donde se desprendan conflictos. Emplearán el proceso y su teoría clásica, pero se apartarán cuando la particular esencia del derecho material discutido así lo exija. Eso es todo. Entonces, no es patrimonio del derecho constitucional darle forma y llenar de contenido a aquello que tiene estructura propia y está preñado de conocimiento desde mucho antes. El derecho constitucional produce sobre la categoría o instituto procesal a emplearse, entonces, el influjo particular y propio que ejerce cada derecho material sobre el instrumento procesal a fin de afinar su eficacia resolutoria, por así decirlo, adecuándolo a fin de que cumpla la función específica que le corresponde, ni más ni menos.

b) La frase: “Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial...” es antológica. ¿Sobre qué ámbito de discusión jurídica resultan contrarios o idénticos los conceptos “académico” y “jurisprudencial”? ¿Habría querido referirse el honorable TC a los planos teórico y práctico? ¿Tal vez a lo abstracto y lo concreto? Nunca lo sabremos. Lo curioso es que tratándose de una autocita, un atisbo de modestia hubiera inducido al TC a explicar esta frase enigmática

dado que la usa por segunda vez. Aunque claro, no se puede descartar la idea de que más dividendos genera una frase críptica que una didáctica, sobre todo cuando los intonsos somos mayoría.

c) Lo que resulta absolutamente inexplicable es la crítica que a continuación se hace al positivismo, se le imputa “desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de éstos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales”. ¿A cuál positivismo se refiere la frase? Estoy seguro que los distinguidos jueces del TC saben que es absolutamente imposible referirse al positivismo jurídico sin precisar a cuál de sus corrientes o variantes se refiere. Por la manera tan genérica e irresponsable que se le cita, podría muy bien tratarse de aquello que Luigi Ferrajoli llama paleo-positivismo.³⁸ Si así fuera, sería bueno que precisaran la crítica, así tal vez todos estaremos de acuerdo con el cuestionamiento, y, además, siempre que se tuviera la pertinencia de precisar en qué consiste éste en el caso concreto, lo que, por cierto, no se realiza.

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

Finalmente, me resisto a creer que los jueces del TC desconozcan que la teoría jurídica más sólida y exitosa en el último cuarto de siglo es una capaz de ser concebida, simultáneamente, como una teoría del derecho (es decir, como propuesta formal de un conjunto sistemático de concep-

³⁸ “Así, mientras en el paradigma paleo-positivista el «ser» del derecho se identificaba con su existencia, en el paradigma constitucional el *ser* del sistema jurídico comprende también su *deber ser constitucional*, el cual, si de un lado no debe confundirse con su deber ser ético-político o externo, tampoco ha de ser considerado ajeno al *ser* del derecho. Ésta es, precisamente, la novedad introducida por el constitucionalismo en el cuerpo mismo del derecho positivo y, por tanto, del positivismo jurídico”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 24, p. 26.

tos teórico-jurídicos) y, a partir de tal propuesta teórica, convertirse en un instrumento para investigar el fenómeno jurídico desde por lo menos tres opciones distintas. Una concepción que propugna el desarrollo de una dogmática jurídica (donde se investiga la relación entre el “ser de derecho” y el “deber ser de derecho”), otra consistente en una concepción sociológica o historiográfica (aquí se investiga la relación del derecho con la realidad), y, finalmente, una concepción de filosofía política (donde se estudia el fenómeno jurídico a partir de la relación entre derecho y moral).

Esta teoría tiene como rasgo característico: la afirmación *a priori* de que sus postulados sólo pueden concretarse al interior de un Estado constitucional de derecho. ¿Saben los señores jueces que esa teoría, llamada garantismo, tiene como su máximo exponente a Luigi Ferrajoli, quien se reconoce plenamente como positivista? Si la respuesta es afirmativa, significaría que se están apartando de la teoría más exitosa en materia de reconocimiento de la plenitud de la Constitución y de la imprescindible necesidad que los derechos fundamentales mantengan una vigencia permanente. Si es negativa, significaría que los únicos jueces en el Perú que están obligados a no equivocarse —en tanto son los únicos que producen cosa juzgada químicamente pura— no saben lo que dicen. Esto último sería muy grave.

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

d) Concluimos este análisis con una frase que sólo puede explicarse en un país ganado por la violencia, aunque, así y todo, no deja de causar asombro por quien la emplea. Dice el honorable TC que “la estrechez de

un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del TC...”. ¿La metáfora no corresponde con la idea o la idea no es desarrollada por la metáfora? Si como producto de su sesuda reflexión el TC elimina la estrechez de un instituto procesal, eso significa que lo amplía, lo hace más claro, lo precisa, lo ilumina para usar una palabra que hace pocos años era tanto o más peligrosa que dinamita en sede nacional. En cualquier caso, queda claro que las reflexiones del TC no dinamitan nada, pues si así fuera, el instituto quedaría hecho añicos, inservible, como les ocurre a algunas frases corrompidas por falta de claridad.

e) En el fundamento núm. 74 —está en la página 26 y la sentencia tiene 31— se hace referencia a que “en ningún caso, las resoluciones judiciales antes mencionadas...”. La afirmación citada es de significativa importancia porque se trata de las resoluciones que posteriormente van a recibir, en el decisorio de la sentencia, sea la sanción de nulidad o la suspensión de sus efectos.

Sin embargo, el primer dato a destacar es que antes del fundamento núm. 74, jamás fueron mencionadas las resoluciones “antes mencionadas”. Y no es baladí el defecto incurrido, al contrario, es determinante para comprobar la grave afectación del derecho a una tutela procesal efectiva que están soportando decenas de personas. En efecto, si se lee la demanda, se advierte que el demandante tampoco enumera las resoluciones judiciales que pide sean declaradas nulas, simplemente plantea cinco rangos dentro de los cuales debe de recaer la nulidad de las resoluciones.

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

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

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

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

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

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

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

proceso. No hacerlo sería convocar una misa negra, y ésta sólo puede ser consagrada en el Perú por el TC.

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

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

IX. CONCLUSIONES

Al margen de alguna discreta, aunque a veces no tanto, ironía en los comentarios realizados, la cual puede ser explicada en la necesidad de exteriorizar un mecanismo de defensa, es decir, siento que ha sido la manera como intento desplazar mi estupor e indignación por un documento tan peligroso como irresponsable, quisiera anotar un inventario de prevenciones o alarmas que me parece indispensable compartir, a fin de que estemos atentos y no suframos sus consecuencias. Ahora estamos a tiempo. Lo ocurrido es un caso típico de exceso de poder y, cuidado, no hay poder sin control en un Estado democrático. El reconocimiento y confianza social que puede tener una institución en el país no es patente de curso para el ejercicio abusivo del poder.

La Constitución ocupa y debe seguir ocupando un lugar preferente en nuestra organización política, jurídica, social y económica. Aquella prioridad que tiene en las sociedades contemporáneas más evolucionadas. Hay que defender su vigencia y primacía con todos los medios permisibles. Sin embargo, aquel a quien se le encarga cuidar y enseñar la más adecuada interpretación y aplicación de la Constitución, no es el TC ni la personifica, aunque se lo crea. Está, como todos, del lado de los que de-

bemos cumplirla, sus normas también lo vinculan. El día que una institución pretenda colocarse encima de ésta o crea ser ésta so pretexto de protegerla, habrá iniciado el camino de su violación sistemática. Y cuando eso ocurra —creo que ya empezó a ocurrir—, estaremos espectando, una vez más, que están dadas las condiciones para el ingreso de un nuevo salvador de la patria, es decir, se está provocando la interrupción de nuestro sistema democrático.

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

El TC no ha anulado sentencias recaídas en procesos concluidos y suspendido los efectos de otras, recaídas también en procesos concluidos, porque el Poder Judicial afectó directamente alguna competencia o atribución del Poder Ejecutivo. Las sentencias con autoridad de cosa juzgada son nulas o han quedado suspendidas, varios años después de expedirse, porque afectaron una interpretación o un precedente establecido por el TC. Eso lo ha decidido el mismo TC, el demandante Poder Ejecutivo sólo ha participado beneficiosamente de una coartada. Ha conseguido por vía extra jurídica lo que no defendió regularmente cuando pudo hacerlo y ante quien debió hacerlo.

El TC ha resuelto un caso con el único fin de afirmar que sus decisiones son y serán absolutamente vinculantes. Ha sido juez y parte.

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

3. Esta autoafirmación de poder omnímodo sobre el sistema jurídico nacional, a pesar de su considerable trascendencia (modifica el sistema de fuentes del derecho peruano), no tiene fundamento constitucional. Supongo que el TC considera que siendo el “supremo intérprete de la Cons-

titudión” —frase de forma y contenido también inexistente en el derecho peruano— no necesita de fundamento constitucional para variar el sistema de fuentes. En cualquier caso, considero que se trata de un *bluff* construido encima de otro.

4. “Recuperando” la importancia de una vieja teoría de la interpretación, al institucionalizar su interpretación el TC ha asumido sobre sí la tarea de expresar “la única interpretación correcta” que es posible hacer en materia constitucional. Estamos en la puerta de una interpretación que además de auténtica va a tener la calidad de fuerza vinculante, casi nada.

5. Ahora bien, si todavía no se ha advertido el ilimitado poder que el TC se ha autoconcedido con la sentencia, habría que recordar que la Constitución tiene decenas de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales, como resulta evidente, están expresados en normas constitucionales que no han sido concebidas para tener un significado fijo, sino para exactamente lo contrario.³⁹ Si estas normas de textura abierta son sometidas al rigor interpretativo y vinculante de un solo órgano, cuyas decisiones no se discuten y obligan a todos, advierto una terrible consecuencia, en medio de otras: una vez que el TC haya escogido la opción interpretativa que considere, toda concepción dinámica y evolutiva de la Constitución y de los fenómenos sociales habrá quedado desterrada. Y el derecho habrá entrado —sin que ni siquiera el máximo intérprete (el TC, el causante) pueda hacer nada— a una fase de declive o, en cualquier caso, a ser todo lo contrario de lo que se espera del órgano supremo de control de la primacía y eficacia de la Constitución.

6. Al “crear” la institución de la cosa juzgada constitucional —concepto que es usado en otras latitudes, pero con otro contenido— la sen-

³⁹ “En ese sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa “les lignes essentielles de la philosophie politique gourvenementale”. Con respecto a esto, el Tribunal Constitucional se presenta como “Vertrauensstelle der Regierung” porque define el lugar del gobierno *inter alia* a través de la interpretación de reglas constitucionales. La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas. La interpretación constitucional institucionalizada otorga enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales. Al Tribunal Supremo de EE. UU. se le tiene como un *policy-maker* y la historia de su actividad, desde los tiempos del *New Deal* hasta las recientes decisiones de *desegregation*, demuestra ese papel y el significado cambiante que se atribuye a las reglas constitucionales de EE. UU. El poder de la interpretación constitucional es tan relevante por razón del impacto del contexto funcional sobre el significado de las reglas constitucionales”. Wróblewsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1985, pp. 79 y 80.

tencia ha relegado a una función meramente preclusiva a la cosa juzgada emanada de las resoluciones judiciales. Con ello ha recortado tal vez el rasgo más esencial que puede tener la impartición de justicia en una sociedad democrática, expedir decisiones que se prestigian con su inmutabilidad y reconocimiento social, que no otra cosa es la cosa juzgada. El TC reclama para sí esta autoridad pero con escasa solidez e inexistente información.

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

8. El TC ha insinuado la existencia de una “jerarquía” respecto del PJ. Pero sólo es una insinuación, reducida al ámbito de los procesos constitucionales y por razones de revisión impugnatoria. En todo caso, no sólo no hay jerarquía sino que si el TC va a anular procesos contenidos en expedientes que jamás los tuvo en despacho para revisarlos, es mejor que se olvide de ejercer, directa o indirectamente, algún tipo de función pedagógica. Los resultados serían perniciosos.

9. Contraviniendo la enseñanza de uno de los juristas que cita, Zagrebelsky, la sentencia ha resuelto un proceso competencial con un decisorio abstracto, que no otra cosa es una nulidad genérica originada en una pretensión abstracta como ya se anotó. Con ello, ha resuelto de manera exactamente contradictoria a la enseñanza puntual del juez de la Corte Constitucional italiana en materia de conflictos de competencia.⁴⁰

⁴⁰ A punto de concluir este trabajo leí, con la atención que se merece, un comentario a la sentencia realizada por el doctor Jorge Santistevan. Éste afirma: “Esa sentencia —que es abstracta, pues se focaliza en declarar quién ha invadido las atribuciones del otro y se reconduce para determinar cómo se ha desconocido la preeminencia de la Constitución— va a tener consecuencias fatales en aquellos casos concretos que no se han ajustado a la jerarquía constitucional”. ¿El Tribunal Constitucional desconoce la autonomía e independencia del Poder Judicial?, *Legal Express*, núm. 76, Lima, abril de 2007, p. 7. Una sentencia abstracta es como el arroz con leche, pero sin arroz y sin leche. Si un

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

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

Entonces, en una disciplina tan importante como el derecho constitucional, en donde se acrecientan las exigencias al especialista (jurista o juez constitucional) de ser particularmente respetuoso de las opciones planteadas, surgidas de la irrefrenable dinámica social, resulta singularmente preocupante que la sentencia en comentario haya optado por una concepción rígida, rigurosa, casi autoritaria respecto de las decisiones que ya ha tomado. En todos aquellos casos en los que la duda metódica desaparece, la ciencia pierde fulgor, se vuelve un instrumento anacrónico e inútil. Y claro, cuando la discusión creadora es reemplazada por el autoritarismo, el derecho se reduce a un manual de instrucciones.⁴¹

proceso se inicia porque hay un conflicto o una incertidumbre jurídicas, resolverlas con una abstracción ¿es resolverlas? A esto se refiere, en alguna medida, la enseñanza de Zagrebelsky. El otro comentario del doctor Santistevan no deja de ser impactante. Dice que la sentencia ha servido para determinar, específicamente (él dice focaliza), quién ha invadido atribuciones de otro y, también, para determinar cómo se ha desconocido la preeminencia de la Constitución. Es decir, la sentencia ha servido, en opinión del doctor citado, para resolver dos temas que la sentencia no ha resuelto.

⁴¹ En la sentencia núm. T-1165/01, la Corte Constitucional colombiana dijo que los derechos constitucionales fundamentales son conceptos jurídicos indeterminados y que, por tanto, su calificación es un asunto de tiempo, modo y lugar. Eso lo dijo antes de reconocer que el derecho a una vivienda digna tiene tal calidad.

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

12. Toda persona o institución que ejerce poder sin que el origen de su potestad sean las urnas, tiene sobre sí una severa responsabilidad, debe legitimarse permanentemente con sus actos. La tarea es complicada porque en ese ejercicio cotidiano del poder puede desgastarse o sobreexponerse, con lo cual obtendría exactamente el resultado contrario.

Del TC la ciudadanía ha recibido más de lo que esperaba, esto es innegable. Aún más, desde cualquier palestra hay que reconocer su tarea y procurar que la continúe. Sin embargo, todo lo positivo se puede perder si empieza a incurrir en excesos. Anular sentencias judiciales respecto de las cuales ha recaído la autoridad de la cosa juzgada, es un error gravísimo cuyas consecuencias sólo han pasado desapercibidas por la enorme desconfianza social que soporta el Poder Judicial. Se ha violado la independencia judicial. Bien podemos no darle resonancia a lo ocurrido, pero cuidado, no nos sorprendamos si por esta vía de deslegitimación de nuestras instituciones esenciales, desaparece lo que aún tenemos de Estado de derecho.⁴²

⁴² “El Estado de derecho significa dar un paso adelante y edificar la relación de poder ya no exclusivamente sobre la base del miedo o de la fuerza sino de la confianza y de la aceptación. La relación de poder se configura ahora en una dimensión horizontal y deja atrás el sesgo vertical y jerárquico que la había caracterizado hasta ese momento. Para el estado de derecho la forma es el medio producido por la voluntad popular con el fin de fijarles límites al ejercicio del poder y evitar su ejercicio arbitrario. La forma tiene aquí, entonces, un *valor* y una *dirección* (el énfasis es nuestro). Un *valor*: luchar contra la arbitrariedad; una *dirección*: ya no es el gobernante de turno el que hace la ley sobre la marcha y de acuerdo con su propia conveniencia o utilidad. Es la ley propuesta por el pueblo la que determina las fronteras dentro de las cuales el gobernante ejercerá su poder. La ley no surge por inspiración divina o por obra del gobernante de turno para salvaguardar sus propios intereses. El gobernante debe ceñirse a la ley y está sujeto a una triple limitación.

13. La sentencia comentada le impone a la judicatura en general, desde el presidente del Poder Judicial al juez de paz del más alejado villorrio del país, una enorme responsabilidad. Reconocerse juez más allá de las afectaciones que una sentencia tan insólita como la comentada pueden producir en su independencia funcional y también en su autoestima.

La sentencia comentada es increíble, uso el adjetivo sin ningún acento emotivo o fuera de contexto, sólo quiero decir que es no creíble, por tanto, no debe ser seguida, bajo cargo de destruir el sistema judicial. La potestad de juzgar como proceso cognitivo y volitivo, aquel acto en donde se mezcla el saber, la experiencia, la creatividad y la prudencia no puede ser controlada desde fuera de manera impositiva. No se puede impartir justicia teniendo un cancerbero que actúa como una cuchilla demoníaca, guillotinando y tirando al vacío a quien lo contradice. Está en juego la posibilidad de juzgar en libertad, ni más ni menos.⁴³ Si el PJ cede a esta imposición, que es también una afrenta, habrá perdido no sólo la posibilidad de su reivindicación histórica con el pueblo, sino la opción de seguirse llamando Poder.

14. Finalmente, el TC ha reafirmado su importancia y trascendencia al punto de subordinar la eficacia de las decisiones judiciales firmes. Al momento que esto escribo esta decisión es terrible y absurda, pero, en medio de todo, podríamos decir que conocemos a los miembros del TC y esperamos que puedan enmendar y, en cualquier caso, reflexionar en torno a la gravedad de lo ocurrido.

Una limitación temporal: no podrá ejercer su poder de manera indefinida en el tiempo. Una limitación estructural: el ejercicio del poder habrá de ser realizado conforme al principio de separación de poderes y evitar así su ejercicio concentrado y ajeno a los controles. Una limitación material: el poder tendrá que ejercerse dentro de las fronteras que fijan los derechos de los individuos”. Montoya, Ana María, *op. cit.*, nota 21, p. 58.

⁴³ “Precisamente en el bando de los juzgados y tribunales ordinarios, creo que deben liberarse del *complejo de sometimiento*, sin considerarse asfixiados ni capitidismos, sino señores del proceso, en el sentido de plenamente responsables de sus actos, sin desinteresarse de la labor, que le es privativa, antes y después de la creación de este Tribunal, en cuanto obligados a encararse con las peculiaridades del caso concreto, entregándose fervorosamente a la búsqueda de la justicia material, que, en un proceso de inducción, tendrá la adecuada respuesta en el ordenamiento jurídico aplicable, mucho más rico en soluciones que lo que muchos piensan. Ningún juez debe pensar que con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya todo está resuelto de antemano, ni con la del Supremo tampoco, considerando que el derecho ya viene mascado y digerido, reduciendo su papel a simples piezas de transmisión”. Martín del Burgo y Marchán, Ángel, *op. cit.*, nota 9, p. 217.

Ahora, si los congresistas siguen descendiendo con sus inconductas, como viene ocurriendo, y el Ejecutivo se sigue enredando en actividades dudosas, muy pronto, fieles a nuestro sino —titulares históricos de una ciudadanía éticamente adelgazada— confirmaremos en los hechos el fracaso de nuestro sistema democrático, endeble y deslegitimado. Entonces, en pocos años millones de votos cargados de frustración y desprecio elegirán un gobierno “democrático autoritario” que, preñado de populismo, desmontará las conquistas democráticas y, por supuesto, copará el Tribunal Constitucional.

Y ese TC, algún día más temprano que tarde, podrá recibir una demanda competencial en donde se pida la nulidad de las sentencias firmes expedidas por el sistema anticorrupción. Y no habrá razón para que esa declaración pedida no se produzca y se declaren nulas las sentencias. Y, entonces, habremos vuelto a la normalidad, como sentenció el humor fino de Julio Málaga Grenet cuando se enteró de un nuevo golpe de Estado.