

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA*

Domingo GARCÍA BELAUNDE

El tema al que se contrae esta mesa, está relacionado con un problema que en cierto sentido es moderno. Cuál es la relación entre lo que son los órganos constitucionales *ad hoc* y los de la jurisdicción ordinaria.

Como se sabe, la institución del Tribunal Constitucional en cuanto encarna o desarrolla lo que podemos llamar por comodidad la “jurisdicción constitucional”, se encuentra generalmente fuera del aparato judicial y se mueve con autonomía funcional y presupuestaria. Y aun en los casos en los cuales esto no sucede (como lo es en Alemania y en nuestra América, Colombia y Bolivia) con el tiempo terminan desarrollando sus actividades y sus atribuciones con plena y total autonomía y manteniendo con el aparato judicial una relación meramente formal y en cierto sentido distante.

Por tanto, el nacimiento de cortes y tribunales constitucionales (que se da a partir de 1920) completa un cuadro en el cual se dan diversas situaciones:

- a) el Poder Judicial tiene a su cargo y en exclusiva los aspectos vinculados con el control constitucional, como en los Estados Unidos y entre nosotros en México, Brasil y la Argentina;
- b) pero lo anterior puede tener diversos matices. Uno es que sea el Pleno de la Corte Suprema el que lo lleva a cabo —por lo menos en última instancia— y otro que tenga esta labor una sala dentro del má-

* Ponencia presentada en *el I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (Cancún, México, mayo de 2008).

ximo tribunal, que generalmente se llama Sala Constitucional. Esta última situación adopta dos modalidades: una Sala Constitucional que así se llama para precisar una simple distribución de materias al interior del máximo organismo y que es tan válida y útil en su ámbito como lo es una Sala Penal o una Sala Civil y a la que se le confían tales poderes (así, por ejemplo, en el Perú). O una Sala Constitucional con efectos y poderes especiales, incluso para sobreponerse al resto de las salas y que lo que hace es con exclusividad, como lo vemos de manera sobresaliente en Costa Rica, y también en Honduras, Nicaragua, El Salvador, Paraguay y Venezuela.

- c) si por el contrario se trata de un órgano *ad hoc*, entonces tenemos lo que se llama tribunales o cortes constitucionales, que generalmente están fuera del Poder Judicial, como la Corte de Constitucionalidad en Guatemala y los tribunales constitucionales del Perú, Ecuador y Chile. O dentro de la rama judicial, como es Colombia.

Y la manera como se lleven entre sí depende de varios factores. Uno de ellos es la distribución de competencias que a cada cual se atribuyen.

En efecto, como norma general el Poder Judicial se encarga de la legalidad y los órganos de control constitucional, tienen como objetivo cauterizar la constitucionalidad. Y vistas así las cosas, no tendrían que existir problemas entre ellos pues se trataría de cometidos distintos.

Históricamente hablando, el problema de la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional encarnada en un órgano especial, es relativamente reciente. Y esto está asociado al nacimiento del modelo concentrado, que aparece, como se sabe, en el periodo de entreguerras, y cuyo modelo ejemplar es sin lugar a dudas el austriaco y su teórico más solvente, Kelsen, quien fuera magistrado de dicho tribunal por varios años.

En su célebre texto de 1928, Kelsen hace un gran esfuerzo no sólo para legitimar el nuevo órgano constitucional que ya existía y estaba en funciones, sino para evitar roces con los demás y adicionalmente para justificar su existencia en un estado federal y frente a la soberanía del parlamento. Y sólo desde entonces, aparece potencialmente la posibilidad de un enfrenta-

miento entre ambos tipos de tribunales, o sea, los ordinarios y los constitucionales o especiales.¹

Sin embargo, como antes he señalado, el problema básico es quizá precisar las diferencias y los distintos radios de acción de cada uno de ellos, anotando bien cuáles son sus competencias. En principio, si el tribunal constitucional, como en Europa, es básicamente el guardián de la constitucionalidad, mientras que los jueces son guardianes de la legalidad, no debería haber problema alguno, sino más bien concertación entre ambos.

Pero se han presentado varios problemas. El primero y más común, es cuando hay cruce entre lo que uno y otro resuelven, lo cual puede suceder y, de hecho sucede en más de una situación. En segundo lugar, por cuanto siendo la interpretación del derecho una operación básicamente argumentativa, en donde finalmente se puede arribar a más de una conclusión, puede existir disparidad de criterios. Y, por último, porque cuando están en juego los llamados “derechos fundamentales” se presenta siempre el problema de precisar cuáles son sus límites. Esto por que en principio no sólo existen derechos fundamentales, sino además derechos legales y también derechos estatutarios o negociales (estos últimos son los que provienen de contratos o normas internas de organización de entidades públicas o privadas, como pueden ser los clubes sociales).

Y deslindar un derecho fundamental de un derecho legal, si bien en principio se puede hacer, no siempre se presenta fácil en el mundo de la práctica y en los casos concretos, lo cual puede traer complicaciones.

¹ Hay que precisar que si bien el conflicto aparece, sobre todo, cuando hay órganos encargados especialmente de la jurisdicción constitucional y al margen del Poder Judicial, ello no significa que no puedan surgir conflictos en otro tipo de organizaciones. Así por ejemplo, en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ella actúa sobre el resto de las cortes supremas de los estados, a las cuales las condiciona el sistema o principio del precedente (*stare decisi*). Y esto opera así normalmente. Pero puede perfectamente abrirse un margen al interior de esta cadena si, por ejemplo, la corte suprema de un estado no observa un precedente o lo replantea de manera distinta, con lo cual en principio se daría una disparidad de criterios, que no siempre puede ser resuelta de forma inmediata. Si bien a la larga, con la legada de un caso a la Corte Suprema —que siempre son muy pocos— se puede enmendar rumbos, rectificar criterios o replantearlos y unificarlos, para sí ofrecer un panorama más o menos ordenado de los criterios jurisprudenciales existentes. Lo cual demuestra que el conflicto también puede surgir en los países que han adaptado el “modelo difuso”, es decir que sólo cuentan con el clásico órgano judicial ordinario.

A esto se agrega un problema de cuota de poder que existe en todas partes y más aún en los órganos del Estado. Así, muchas veces las cortes o tribunales supremos no entienden bien como siendo supremos, alguien ajeno a ellos les puede enmendar la plana. O peor aún, cuando los mismos tribunales o cortes constitucionales incurren en un activismo que puede ser contraproducente, lo cual ha ocurrido más de una vez (pudiéndose distinguir el activismo que parte de lo existente asociado con realidades políticas o sociales, del activismo que significa crear situaciones *ex novo* para tener poder político o participar en él).

Todo lo anterior agravado por el fenómeno que se conoce como de judicialización de la política, que consiste en que cada vez más los problemas políticos del gobierno y también los de la administración, tienden a ser judicializados, o sea, no resueltos por ellos mismos, sino resueltos por los jueces.

Y esto ha llevado a la existencia de conflictos entre los órganos de jurisdicción constitucional (aun cuando no sean independientes, sino que formen parte de la corte suprema) con la jurisdicción ordinaria. Lo que fue calificado, en la década de los sesenta del siglo pasado y a partir de la experiencia italiana, como “Guerra de las Cortes”, aludiendo así a la Corte Constitucional, órgano máximo de la jurisdicción constitucional, que es único en su jurisdicción, y la Corte de Casación, órgano máximo del Poder Judicial italiano. Y que se ha repetido en otras latitudes, y también en nuestra América (en Colombia se le conoce como choque de trenes).

Indudablemente estas desavenencias no desaparecerán, pues las semillas de desunión están dadas. Ocurre como consecuencia de haber quebrado el esquema clásico de los tres poderes del Estado y haber introducido órganos no previstos en el modelo liberal. Pero algo hay que hacer para que se superen, pues en nada beneficia al sistema democrático constitucional.

Más aún, si se tiene en cuenta que en materia de cierre o última instancia constitucional, esto debe corresponder al tribunal o corte constitucional (cuando éste existe) pues para eso fue creado, entendiéndose así en el orden interno (pues hay diversas materias reservadas a los organismos jurisdiccionales internacionales que velan diversos aspectos en el mundo actual). Sin considerar situaciones especiales como las que presenta la Unión Europea.

A fin de ejemplificar mejor como se ha dado este roce o conflicto entre un tribunal constitucional y una corte suprema, pondré el reciente caso sucedido en el Perú, que por razones obvias conozco muy bien y de cerca, que en sustancia se presenta así.

El Tribunal Constitucional peruano fue creado en la Constitución de 1979 con el nombre de “Tribunal de Garantías Constitucionales” y tuvo un funcionamiento ininterrumpido de diez años (1982-1992). El golpe de Estado de Fujumori de 1992 dismanteló el Tribunal, que desde entonces dejó de funcionar. Sin embargo, al debatirse la nueva Constitución de 1993, se volvió a insertar la institución, esta vez con el nombre más moderno de Tribunal Constitucional. Se mantuvieron las competencias que antes tenía, pero se agregaron otras, una de ellas, denominada conflicto de facultades o competencias, que el Código Procesal Constitucional ha denominado más modernamente como proceso competencial. Esto ha sido diseñado, sobre todo, para dirimir conflictos entre órganos o partes del Estado en lo referente al alcance que cada uno tiene en sus respectivas funciones. Y que en cuanto tal ha sido utilizado muy pocas veces.

El problema con el Tribunal Constitucional, recompuesto democráticamente en 2001, es que ha tenido un marcado tinte político, pero entendido en sentido militante y de poder. Dicho de otra manera: normalmente las altas cortes, sean las cortes supremas acreditadas y con mucha fuerza, sean cortes o tribunales constitucionales, aparte de resolver conflictos o problemas conforme a derecho, intervienen a la larga en el manejo político del Estado, no en sus detalles, sino si se quiere en sus grandes lineamientos y limitado a ciertos aspectos. Esto es muy claro en los tribunales constitucionales que en determinados momentos toman acuerdos que obligan al Estado al cambio de determinadas políticas, que normalmente, cuando son bien hechas y, sobre todo, en forma coherente, son bien aceptadas por la comunidad. También es el caso, en cierto sentido sobresaliente, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha tenido igual papel, casi siempre positivo, aun cuando a veces no ha sido así. La Corte Suprema norteamericana es recordada por fallos realmente desastrosos (como fue el *Dred Scott* en el siglo XIX), pero también por otros muy positivos (como el *Brown vs. Board of Education* de 1954), que empezó legalmente una apertura significativa en contra de la discriminación racial en las escuelas, si bien se limitó inicialmente al ámbito público.

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido un comportamiento que pudiera llamarse interesante y a su vez contradictorio. Por un lado, ha afirmado principios fundamentales del Estado de derecho y ha sentado principios importantes relacionados con el debido proceso y la protección de los derechos fundamentales, en especial en materia de libertades. Pero por otro ha pensado que esta capacidad de dirección era ilimitada y ha llegado al extremo de hacer recomendaciones al Congreso de la República para que cambie determinados artículos de la Constitución, los cuales considera inconstitucionales (atribución que nadie le ha dado) o ha inventado procesos al margen de la ley de la materia, alterado el mandato constitucional en cuanto a competencias e intervenido en otras materias similares. Aun más, ha creado sanciones y apercibimientos que no existen y ha distorsionado los mismos términos de su ley orgánica, actuando como si fuera una especie de legislador superdotado y corrigiendo algunas veces al Parlamento, en materias que son de ámbito discrecional de éste.

Como consecuencia de este protagonismo desbordado y arrogante, en los últimos tres años ha endurecido sus planteos y ha hecho todo lo posible por obligar a los demás entes públicos a cumplir sus designios o sus resoluciones, llegando a excesos que son de lamentar.

Pero donde la gota ha llegado a su último nivel, realmente de escándalo, es en el proceso competencial que se llevó ante el Tribunal Constitucional entre el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Poder Ejecutivo) y el Poder Judicial, y que ha sido resuelto hace poco y sobre el cual existe ya una abundante literatura (entre otros, véase el volumen por mí coordinado titulado *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Lima, Palestra, 2007). La situación en síntesis era la siguiente: en el país se había desarrollado desde años atrás toda una legislación relativa a los casinos y máquinas tragamonedas, que creó una serie de condiciones para su ejercicio, que con el tiempo, al volverse más exigentes, causó incomodidad en el sector afectado. Esto hizo que en numerosas oportunidades los propietarios o titulares de tales locales —sobre todo los dedicados a las máquinas tragamonedas— interpusiesen sendos procesos de amparo alegando que la legislación y la reglamentación del Poder Ejecutivo eran limitativas de sus derechos y afectaba la propiedad, la libertad de comercio e industria y otras cosas parecidas. En principio, hay que aceptar que

la legislación de la materia en un momento llegó a ser sumamente restrictiva, lo que en cierto sentido invitaba a la informalidad. Pero lo que pasó fue que ciertos empresarios obtuvieron resultados favorables a sus pretensiones en los procesos judiciales indicados, y de tal manera esquivaban o dejaban de lado algunos de los requisitos puestos reglamentariamente por el Poder Ejecutivo, los cuales podían ser exagerados. Y por otro, como siempre sucede, hubo excesos judiciales notorios a través de los amparos, que incluso empezaron a comercializarse y ejecutarse en lugares distintos al de los hechos denunciados como violatorios, con lo cual se suponía que había detrás una red de corrupción, que a la larga buscaba informalizar al sector de tragamonedas, de manera tal que la autoridad y control del Poder Ejecutivo, a través de su Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, era cada vez más reducida.

Esta realidad, si bien tenía una explicación y en cierto sentido un origen que había que esclarecer, merecía un tratamiento serio por parte del Poder Ejecutivo para ver qué era lo que realmente pasaba y, además, cómo podía solucionarse, como generalmente se hace en estas situaciones. Así, por mencionar un caso sencillo, existía una prohibición legal para que los locales con máquinas tragamonedas tuviesen que estar a una distancia no menor de 150 metros de los colegios, como una manera de evitar la eventual asistencia de los escolares a los locales de juego, lo cual decididamente era una política ingenua, pues el interesado en el juego generalmente no mide distancias. Pero lo malo es que empezó a aplicarse de manera por demás exagerada, empezando por la manera como se medían esos 150 metros ...si eran netos o no y como se contaban, sí en forma directa o dando vueltas.... Llegándose al caso de un local debidamente instalado, y sorpresivamente un colegio, con la debida autorización del Sector Educación, se mudó al frente de su local de juegos, esto es, a una distancia lineal no mayor de 30 o 40 metros, que hacía que dicho local incurriese en la prohibición, sin tomar en cuenta que la causal de prohibición era sobrevenida y el inversionista nada tenía que hacer con ese hecho posterior y ajeno a su control.

Estos hechos que demuestran notoria negligencia en el sector público y, sobre todo, ausencia de imaginación para buscar salidas a un problema que era serio, lo pretendieron resolver con la colaboración —o habría decir complicidad— del Tribunal Constitucional. Así, interpusieron un proceso competencial contra el Poder Judicial el cual, según decía el petito-

rio, se había extralimitado en sus funciones y, además, menoscaba las atribuciones del Poder Ejecutivo, ya que al amparar a los demandantes, los eximía de determinados requisitos que los reglamentos exigían. Con este razonamiento se pedía que el Tribunal Constitucional estableciera un límite a las actividades de los jueces y, sobre todo, evitar los excesos que eventualmente se cometían.

La larga y fatigosa sentencia que finalmente emitió el Tribunal Constitucional con fecha 13 de febrero de 2007, mereció un rechazo del Poder Judicial, encabezado por su Corte Suprema de Justicia y respaldado por las cortes superiores en el resto del país (un total de 29 que están al frente de cada distrito judicial, en los cuales el país es dividido para efectos judiciales).

Entre otros puntos, la sentencia tuvo un pronunciamiento sobre estos extremos:

- a) La declaró fundada, cuando debió haberla declarado improcedente, ya que pedir que el Tribunal Constitucional interviniese en procesos judiciales llevados de acuerdo a ley, era sin lugar a dudas un exceso. Que tales fallos estuvieran bien o mal fundados, era otro problema. Es decir, la legislación permite que el Tribunal Constitucional pueda intervenir en procesos judiciales cuando se han violado normas del debido proceso, pero no puede evaluar criterios finales de decisión, pues eso compete en puridad a los jueces ordinarios.
- b) Creó la categoría, falsa por donde se le mire, de “cosa juzgada constitucional” diferenciándola de la “cosa juzgada judicial”. De acuerdo a este descabellado criterio, la primera es la única válida, la única que es definitiva y vinculante. La segunda es aquella que se produce en el ámbito judicial, y, en consecuencia, no es firme y puede ser cuestionada en cualquier momento. Y para hacerlo no hay plazo alguno. Así, nada impide que un proceso terminado hace quince años, tiempo en el cual incluso haya operado la prescripción, pueda resucitarse mediante un artilugio procesal ante el Tribunal Constitucional, quien ante una cosa juzgada meramente judicial, podría en principio dejarla de lado.
- c) Desde el punto de vista numérico la cosa es más complicada aun. Se calcula que en los últimos años el Tribunal Constitucional ha conocido y resuelto alrededor de cien mil casos. Contra esto se es-

tima, sin que sea definitivo, que el Poder Judicial en ese mismo periodo ha resuelto aproximadamente un millón de demandas, o sea, diez veces más. Y esto es obvio. En todo el Perú existe una Corte Suprema con varias salas, 29 cortes superiores cada una con varias salas dependiendo de cada distrito judicial, y un número indeterminado de jueces de primera instancia en todas las áreas del país, así como jueces de paz, que resuelven generalmente asuntos menores.

Si esto es así, resulta que siempre para manejar los números antes indicados, existirían actualmente como 900 mil causas terminadas pero susceptibles, en principio, de ser cuestionadas ante el Tribunal Constitucional, sin importar el tiempo transcurrido ni los efectos que tales sentencias hayan tenido ni la manera como han sido ejecutadas. Con lo cual tendríamos una espada de Damocles permanente por tiempo indefinido en un universo muy grande de causas.

- d) A lo anterior se sumó algo más: la sentencia señaló que los jueces, que constitucionalmente pueden aplicar el control difuso, no pueden hacerlo si ello contraría un precedente o fallo emitido por el Tribunal Constitucional, con lo cual han grabado en mármol la figura del precedente, al cual lo hacen inamovible y pétreo. Aun más, la misma sentencia dejó entender que la aplicación de los precedentes debería hacerse en todos los casos y aplicarse retroactivamente. O sea, si en 2008 el Tribunal Constitucional crea el precedente X, es aplicable al proceso que terminó en 2006 y sus jueces susceptibles de acusación o denuncia penal, según sea el caso, si es que no lo observan o enmiendan.
- e) No contento con lo anterior, el Tribunal Constitucional agregó una lista de varios procesos terminados en casos de amparo en todo el país, algunos de ellos con varios años de antigüedad, que declaró nulos de pleno derecho, y que deberían ser reabiertos, dejados sin ejecutar e investigados los intervinientes. Cabe llamar la atención que en estos procesos declarados nulos, con cosa juzgada firme, algunos de varios años de concluidos, no se notificó a las partes que probablemente se han enterado muy tarde de este hecho y que no pudieron ejercer su derecho de defensa.
- f) Finalmente —y sin agotar la larga lista de estropicios en que incurrió la sentencia— se advirtió a la Corte Suprema que determinados expedientes, que aún estaban en trámite, deberían ser adecua-

dos a estos mandatos que antes no existían y que deberían ser aplicados en el camino bajo sanción de nulidad.

Este en realidad es el último de una larga cadena de fallos en los cuales, en espiral, el Tribunal Constitucional peruano se ha enrumbado en una lista de excesos y sin sentidos, con soberbia e ignorando lo que son las cosas y la sana doctrina. Anteriormente también incurrió en sentencias realmente desconcertantes, como aquella que declaró inconstitucional una estrofa del Himno Nacional (aprobado y vigente por ley expresa desde 1913) y también una que declaró atentatorio contra la dignidad humana la corrida de toros. O una más reciente (caso de Fonavistas), que ordenaba un discutible reintegro tributario de varios años y cuyo monto total era realmente impagable por el Estado.

Ante tal cúmulo de insensateces, no se sabe realmente que debemos pensar sobre un Tribunal que actúa a tontas y locas. Por lo pronto, ha habido fuertes censuras que han partido de diversos frentes y, sobre todo, estas sentencias tan presuntuosas y absurdas no han sido obedecidas, lo cual por cierto no es lo mejor que pudo haber pasado.

A mediados de 2007, el Tribunal Constitucional ha sido renovado parcialmente y en su mayoría, han salido elegidos otros magistrados que, en el corto tiempo en que han actuado, han mostrado más mesura y, sobre todo, más serenidad en el manejo de tan alto tribunal, esperemos que siga así.

El quinquenio en que todos estos desbandes han sucedido (2001-2006) y primeros meses de 2007, demuestra que las instituciones, por más nobles y necesarias que sean, no funcionan si al frente de ellas no colocamos a gente sensata y con sentido de la realidad.