

Primera Parte: *Evaluación de la jurisdicción constitucional*

III.	Balance del Tribunal de Garantías Constitucionales	85
1.	Custodio de la ley	87
2.	Defensor del Estado Social	94
3.	Sentencia sobre la Bolsa de Trabajo	98
3.1	Igualdad ante la ley	99
3.2	Libertad de sindicación	106
3.3	Libertad de contratar	109
4.	Sentencia sobre competencias municipales en el transporte público	111
4.1	Autonomía municipal	114
4.2	Garantía institucional de la autonomía local como límite a la ley	117
4.3	Test de la competencia	122
5.	Valoración del Tribunal de Garantías Constitucionales	127
5.1	Como organismo constitucional	127
5.2	Como órgano judicial	132

BALANCE DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La evaluación del funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), desde el 19 de noviembre 1982 (fecha en que se instaló), hasta el 5 de abril 1992 (fecha en que fue clausurado), hay que hacerla desde los resultados de su función jurisdiccional, de garantizar la libertad y controlar los excesos legislativos del poder y no solamente desde la crítica o la ponderación del modelo constitucional que le dio su origen¹⁹².

Sin embargo, es el caso recordar que la Constitución de 1979, otorgó al TGC dos competencias: Por un lado, declarar la inconstitucionalidad parcial o total de las normas con rango de leyes, vale decir de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, por contravenir la Constitución por la forma o por el fondo, y, por otro, resolver en vía de casación las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus y de acción de amparo¹⁹³. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC), por su parte, fue prácticamente una copia de la ley española correspondiente¹⁹⁴, la misma que fue materia de sagaz observación, al señalarse que dicha norma “apunta hacia una despolitización de las funciones básicamente públicas que la Constitución le asigna...”¹⁹⁵. Pero, el proceso de judicialización de la política, terminó contrariamente politizando a la justicia constitucional, antes que despolitizando al Estado y a su Constitución social de 1979

Durante los diez años de funcionamiento del TGC, se presentaron más de veinticinco acciones de inconstitucionalidad, pero fueron resueltas sólo quince (15) demandas. En este ámbito, se puede clasificar el funcionamiento

192. César Landa, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 73-114.

193. Alfredo Corso Masías, *El Tribunal de Garantías Constitucionales prontuario*, Arequipa, Edigraf S.A., s.f., p. 359.

194. Carlos Cárdenas Quirós, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución política del Perú de 1979*, en *Revista del Foro* N° 2, CAL, Lima, Julio-Diciembre, 1981, pp. 20 ss.

195. Alberto Bustamante, *Legalidad: mucho ruido y pocas nueces*, en *Quehacer* N° 10, Desco, Marzo-Abril, Lima, 1981, pp. 102 ss.

del Tribunal en dos claros periodos, uno desde la instalación del Tribunal a fines de 1982 hasta mediados de 1990 y otro entre el segundo semestre de 1990 hasta abril de 1992 (Ver Cuadro N°1).

CUADRO N° 1
RESOLUCIONES SOBRE LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
(1982-1992)

RESOLUCIONES	Inconstitucionalidad	Constitucionalidad	Inadmisibilidad	Pronunciamientos ¹⁹⁶
1. Ley N° 23339. Corporación Departamental de Desarrollo.		X		
2. Ley N° 23331 (art. 2). Delito de desacato y Dec. Leg. N° 46 (art. 6) Terrorismo.		X		
3. Ley N° 23331 y Dec. Leg. N° 46 (segunda demanda).				X
4. Ley N° 23903 (art. 6). Votos válidamente emitidos.				X
5. Ley N° 23903 (arts. 10, 11, 12 , 20). Voto preferencial en la elección parlamentaria.				X
6. Ley N° 24617 y Dec. Leg. N° 371. Reorganización de la Policía Nacional.			X	
7. Ley N° 25202. Bolsa de Trabajo Sindical		X		
8. Ley N° 25051. Expropiación de un predio en Chanchamayo.	X			
9. Ley N° 24243. Estado expropia terreno y lo adjudica al Club Yurimaguas.				X
10. Decreto Supremo N° 057-90-TR (decreto de urgencia) limita convenios colectivos.		X		
11. Ley N° 25334 (arts. 20 y 21) y Ley N° 25303 (art. 292). Limita incrementos salariales y condiciones de trabajo.	X	X		
12. Dec. Leg. N° 651. Liberaliza precio del transporte público.	X	X		
13. Dec. Leg. N° 674 (art. 27). Limita actividad de empresas públicas.	X	X		
14. Dec. Leg. N° 650. Compensación por tiempo de servicios cancelatoria.	X	X		
15. Ley N° 24243 Estado expropia terreno y lo adjudica al Club Yurimaguas (segunda demanda).				X

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el diario oficial *El Peruano*. Gabriela Guillén, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en *Ius et Praxis* N° 17, Universidad de Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

196. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385, estableció en el art. 8, que se declaraba inconstitucional una ley sólo con seis votos **conformes** de los nueve magistrados; sin embargo, cuando prácticamente cada magistrado emitía un voto singular

Lo más significativo del primer periodo de 1982 a 1990 fue que durante casi ocho años, con los gobiernos de Acción Popular y del APRA, se resolvieron sólo nueve acciones de inconstitucionalidad, habiéndose declarado inconstitucional una ley sólo en un caso, la Ley N° 25051, que expropió un predio agrícola en la Selva Central. El resto de las acciones de inconstitucionalidad fueron declaradas infundadas o los magistrados del tribunal no alcanzaron el número de seis votos, de los nueve magistrados, para emitir una sentencia, sino tan sólo para emitir un pronunciamiento sin vinculación jurídica positiva.

El segundo periodo del Tribunal Constitucional se inició en Julio de 1990 con el gobierno de Fujimori, cuando se aplica el “shock económico liberal”, que dio inicio a una activa labor jurisprudencial del TGC en materia de control constitucional de las normas legales del gobierno. En efecto, el programa de ajuste económico lo lleva a cabo el Presidente mediante la expedición de un conjunto de medidas legislativas, como decretos supremos de urgencia y decretos legislativos, sin perjuicio de los principios constitucionales de la economía social de mercado y los derechos sociales laborales, que la Constitución de 1979 garantizaba. Posteriormente, Fujimori radicaliza su programa al ámbito político y evalúa como necesario dar el autogolpe de Estado de 1992, dejando de lado a las instituciones de la democracia representativa, expresada en el rol de los partidos, la fiscalización del Congreso, la independencia del Poder Judicial y del Tribunal de Garantías Constitucionales. Produciéndose más que temporalmente una ecuación entre liberalización económica y autoritarismo, en el marco de la apología al modelo económico¹⁹⁷.

De acuerdo a esta periodificación esbozada, es del caso analizar los dos periodos del Tribunal de Garantías Constitucionales en base a las sentencias emitidas sobre las demandas de inconstitucionalidad de las leyes.

1. CUSTODIO DE LA LEY

El restablecimiento de la democracia representativa en el Perú se llevó a cabo en 1980 con la transferencia del gobierno del Presidente general Morales Bermúdez, Jefe de la Junta Militar de Gobierno, al Arquitecto Fernando Belaunde Terry, Presidente Constitucional, del partido Acción Popular, electo por cinco años en el marco de la entonces nueva Constitución de 1979;

a favor o en contra pero con distintos fundamentos, el TGC no lograba emitir una sentencia, pasando a denominar a éstas decisiones como **pronunciamientos**.

197. Alberto Bustamante, *Perú: Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?*, en LTC 12, Lima, CAJ-Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 213 ss.

cerrándose, así, un largo proceso político y social de crisis de la democracia oligárquica y de los militarismos populistas¹⁹⁸.

El desarrollo institucional que demandaba la programática Constitución de 1979, dio lugar a que a fines de 1981 el Congreso dictara la Ley N° 23339, Ley de Corporaciones Departamentales de Desarrollo, de acuerdo con el mandato de la Décima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en tanto señalaba que “el Gobierno Constitucional restablece a partir de 1981 la vigencia de las corporaciones o juntas departamentales de desarrollo, de acuerdo con sus respectivas leyes de creación y las rentas a ellas asignadas”.

Contra la ley de las Corporaciones Departamentales de Desarrollo, la minoría parlamentaria planteó una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución. La demanda se basó en que si bien la Constitución disponía que se iniciara la descentralización mediante la recreación de las antiguas Corporaciones Departamentales de Desarrollo, la ley no respetaba la Constitución, porque en esencia no se estaban restableciendo en base a sus antiguas leyes de creación, que databan desde la década de 1930, sino que en una sola ley, la N° 23339, había uniformizado a todas esas instituciones descentralizadas, dejando de lado sus particularidades departamentales (e inclusive en algunos casos el cobro de algunos impuestos especiales), reconocidos por sus respectivas leyes de creación¹⁹⁹.

No obstante los argumentos de la demanda, el tribunal en su primera sentencia de inconstitucionalidad declaró infundada la misma, quedando convalidada la constitucionalidad de dicha ley. La sentencia se fundamentó en que restablecer las leyes originarias para cada una de las 23 corporaciones departamentales expedidas a partir de 1933, se hacía imposible debido a que posteriormente a las mismas, se había creado otro sistema de descentralización administrativa regional, conocidos como las ORDES (Organismos Regionales Descentralizados), que hacían imposible reponer al estado anterior la administración descentralizada para los años ochenta.

De ahí que el TGC interpretó la voluntad del constituyente de un modo abierto, a fin de dar en su primera sentencia de inconstitucionalidad pasos seguros hacia la descentralización no sólo administrativa sino también económica del gobierno, que disponía la Constitución de 1979 con el modelo de

198. Henry Pease, *A manera de prólogo*, en Marcial Rubio y Enrique Bernales, *Perú: Constitución y sociedad política*, Lima, Desco, 1981, pp. 11-54.

199. Instituto Nacional de Planificación, *Leyes orgánicas de las corporaciones departamentales de desarrollo (documento de trabajo)*, Lima, INP, Dirección General de Planificación Social, Dirección de Análisis de la Estructura del Estado, 1981.

la regionalización²⁰⁰, para lo cual la Ley N° 23339 era el eslabón legislativo entre la voluntad constituyente de restablecer las corporaciones departamentales de desarrollo y el proceso de la regionalización del país²⁰¹. Con este objetivo, la ley en cuestión perfiló las bases del modelo donde se asentarían los futuros gobiernos regionales como entidades autónomas en los económico, administrativo e inclusive político, debido a que la población regional elegiría a sus propias autoridades regionales, las mismas que se organizarían en asambleas regionales con potestades legislativas y un Consejo Regional con competencias de gobierno en su región.

El debate sobre el desarrollo institucional, al inicio de la década de los ochenta, estuvo marcado tanto por el retorno de la democracia como por la aparición del fenómeno del terrorismo. En efecto, en mayo de 1980 se da inicio a la lucha armada del movimiento Sendero Luminoso, lo que motivo que el Congreso diese facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo en materia de reforma del Estado, y se dictase entre otros el Decreto Legislativo N° 46, que penalizó como delitos especiales el desacato y el terrorismo, pero creando figuras penales en blanco, como en el caso de la apología del terrorismo, es decir, sin tipificar legalmente el hecho delictivo, sino dejando la configuración del tipo penal –abierto– a la discrecionalidad del juez²⁰².

En ese mismo sentido, el Decreto Legislativo N° 46

Establece el delito de terrorismo, derogando los decretos leyes Nos. 19049 y 20323. Es el primer instrumento legal que utiliza la política criminal para combatir el terrorismo, siendo duramente criticado en sus cimientos. Estas críticas podemos resumirlas en las siguientes: la introducción de la apología, la defectuosa técnica legislativa y la vaguedad de las descripciones típicas, siendo la propia Constitución Política un decisivo argumento para su derogación²⁰³

En tal entendido, se planteó la segunda acción de inconstitucionalidad contra la norma que penaliza el terrorismo y el desacato, pero al incumplir el requisito de contar con veinte firmas necesarias de senadores para deman-

200. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad contra la ley 23339*, Arequipa, 29 de mayo de 1984, p. 5.

201. Instituto Nacional de Planificación, *Plan Nacional de Regionalización*, Lima, INP, 1982.

202. José Hurtado Pozo, *Terrorismo y la ley*, en *Revista de Arte, Ciencia y Sociedad*, N° 4, Lima, 1981, pp. 1 ss.; asimismo, Gerardo Eto, *Vigencia y validez de la ley antiterrorista*, en *Revista de la Integración de las Ciencias Sociales*, N° 3, Faena, Trujillo, 1984, pp. 15 ss.

203. Raúl Peña Cabrera, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista –Delito de terrorismo–*, Lima, Grijley, 1994, p. 60.

dar, ya que sólo fue firmada por los senadores apristas Luis Alberto Sánchez y Carlos Enrique Melgar, fue declarada inadmisibile por el tribunal. Poco después, los senadores de la oposición aprista completaron las veinte firmas correspondientes y fue nuevamente planteada la acción de inconstitucionalidad, pero los magistrados no llegaron a emitir sentencia sino sólo un pronunciamiento, debido a que el artículo 8° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales dispuso que para haber sentencia se requería seis votos conformes o unitarios de los nueve magistrados que no lograron. En tal sentido, el 21 de setiembre de 1984 se publicó el acuerdo mayoritario de los magistrados, del TGC, señalando que “en cuanto al fondo de las acciones de inconstitucionalidad, no habiéndose alcanzado el número legal, el Tribunal considera que no existe posibilidad de dictar sentencia”²⁰⁴. De esta manera, los magistrados constitucionales dieron inicio a la nociva práctica de emitir pronunciamientos antes que sentencias, además de votos singulares.

Con motivo de las elecciones políticas parlamentarias y presidenciales de 1985, el gobierno y la oposición empezaron a pulsar sus respaldos políticos en el Congreso, mediante el debate y la dación de leyes electorales de directa incidencia en el proceso electoral que ya se iniciaba a fines de 1984. Así, la mayoría parlamentaria de Acción Popular y el Partido Popular Cristiano aprobó Ley N° 23903, que por un lado interpretó directamente el artículo 203° de la Constitución, que establecía que “el Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”, otorgando validez a los votos blancos y nulos para las elecciones presidenciales, y; por otro lado, dicha mayoría parlamentaria modificó el sistema del voto preferencial individual por la modalidad del doble voto preferencial para las elecciones parlamentarias.

Frente a esta ley, en primer lugar, la minoría parlamentaria obtuvo el número de sesenta firmas, exigidas para que los diputados pudiesen accionar contra una ley ante el TGC. Así, la oposición parlamentaria encabezada por el diputado del Partido Aprista Javier Valle Riestra, planteó una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley N° 23903, por cuanto permitía que se cuenten los votos nulos y blancos como votos válidamente emitidos, a efectos de que la mitad más uno de los votos requeridos, para ser electo Presidente en primer vuelta, se elevase hasta un tercio más del número de sufragantes. Haciendo de esta manera más difícil el acceso del candidato del Partido Aprista Peruano Alan García a la Presidencia de la República, quien era el único con posibilidades de ganar las elecciones, debido al grave dete-

204. Ana María Vidal, *Funcionamiento del tribunal de garantías constitucionales*, en *Revista del Foro* N° 2, Lima, CAL, 1984, p. 53.

rioro del gobierno de Acción Popular y su aliado menor el Partido Popular Cristiano, en el primer quinquenio de democracia.

En segundo lugar, paradójicamente, el Partido Popular Cristiano (PPC) encabezó otra demanda de inconstitucionalidad contra la misma ley, con el senador Ernesto Alayza Grundy y Ramírez del Villar, por considerar que los artículos que aplicaban el sistema del voto preferencial parlamentario, crearía rivalidades internas y disidencias en los partidos. Ciertamente el PPC estaba centralizado férreamente en su elite nacional, como cualquier partido estalinista, y no tenía arraigo provincial, más que en Lima.

Debido al ambiente pre-electoral de 1985, se tensó el debate jurídico-político en torno a esta ley electoral contraria al candidato aprista, quien tenía la mayor posibilidad de ganar las elecciones. En este escenario de confrontación política se acumularon las dos demandas sobre la misma ley, debatiéndose en el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero con argumentos cargados de silogismos jurídicos antes que de interpretaciones constitucionales²⁰⁵. Para finalmente no llegar a emitir sentencia, debido a la total dispersión de votos y argumentos, quedando ambas acciones de inconstitucionalidad sólo con un pronunciamiento, es decir que no se resolvió la cuestión demandada; sino que cada magistrado del tribunal encontró en sus propios votos singulares la justificación de su opinión, sin buscar hacer una sentencia colegiada y uniforme²⁰⁶. Con esa sentencia, el TGC perdió legitimidad social, por no construir una sentencia de mérito de manera colegiada, lo que fue materia de críticas y defensas²⁰⁷.

En ese sentido, quedó convalidada la ley electoral del partido gobernante. Por ello, se ha señalado, que “durante el régimen que ha fenecido el T.G.C. ha estado parcializado totalmente en favor del régimen belaudista”²⁰⁸. No obstante, el APRA ganó las elecciones presidenciales y parlamentarias de mayo de 1985, iniciándose así después de cincuenta años de luchas políticas y sociales e incluso civil, el primer gobierno con un Presidente aprista con Alan García.

Durante los cinco años de gobierno aprista, se puede señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales resolvió apenas sobre cuatro accio-

205. Javier Valle Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y en blancos...*, op. cit., pp. 230 ss.

206. Domingo García Belaunde, *Una democracia en transición*, Lima, Okura, 1986, pp. 111 ss.

207. Manuel Aguirre Roca, *Las “sentencias” del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica*, en *Themis* N° 7, segunda época, Lima, 1987, pp. 13 ss.

208. Jorge Carrión Lugo, *Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Revista del Foro* N° 2, Lima, CAL, 1985, p. 216.

nes de inconstitucionalidad, lo que no quiere decir que el Congreso aprista no se haya excedido en su función legislativa, sino que los organismos legitimados para el control constitucional de las leyes –usualmente la oposición parlamentaria– no otorgaron legitimidad al tribunal al hacer caso omiso del rol de control constitucional de las leyes a cargo del TGC.

Durante el periodo gubernamental aprista, la violencia política se extendió e incrementó exponencialmente por el país. Mientras que la respuesta gubernamental durante el primer quinquenio de democracia había sido otorgar poderes especiales a las Fuerzas Armadas, desplazando a la Policía Nacional de su rol de proteger la seguridad ciudadana. El gobierno aprista inicia un proceso de reorganización de las mismas, mediante la destitución de alrededor de quinientos policías, la unificación de las tres policías –Guardia Civil, Guardia Republicana y Policía de Investigaciones– en una sola Policía Nacional, lo que requirió la primera reforma constitucional de la Constitución de 1979. Mientras que para las Fuerzas Armadas y su sistema de defensa nacional se aprobó un nuevo ordenamiento legal, orientado a hacer más transparente y eficiente el gasto público en la compra de armamentos. En tal sentido, a partir de 1986 se expidieron un conjunto de leyes y decretos legislativos que reformaron la organización, las relaciones y el manejo presupuestal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, generando muestras de tensión en las relaciones civiles-militares²⁰⁹.

En este marco de nuevas políticas en materia de seguridad y defensa, la minoría parlamentaria de Acción Popular, encabezada por el senador Sandro Mariátegui, planteó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 24617 y el Decreto Legislativo N° 371 relativos a la reorganización de la Policía Nacional, fundamentalmente por violación del plazo dado por la ley autoritativa del Congreso para dictar decretos legislativos, en el entendido que el “exceso en el ejercicio de la delegación por parte del Gobierno constituye una causa formal de inconstitucionalidad”²¹⁰ y; por el desconocimiento de la estabilidad laboral y el derecho de defensa de los miembros de la fuerzas policiales, establecidas en la Constitución. Sin embargo, como en oportunidades anteriores, sobre el fondo del caso, los magistrados del tribunal no llegaron a emitir sentencia, sino tan sólo otro nefasto pronunciamiento²¹¹.

209. Enrique Obando (editor), *Nuevas amenazas a la seguridad y relaciones civiles militares en un mundo en desorden*, Lima, CEPEI, pp. 273 ss.

210. Javier Salas, *El Tribunal Constitucional y los poderes del Estado*, en *REDC*, Año 2, N° 6, Septiembre-Diciembre, Madrid, CEC, 1982, p. 157.

211. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Demanda de inconstitucionalidad, planteada por 21 señores senadores contra la Ley N° 24617 y el Decreto Legislativo N° 371. Sentencia*, en Normas Legales, sección Jurisprudencia Constitucional, pp. 11 ss.

A mediados de 1987, el ejecutivo aprista inicia un periodo gubernamental bastante conflictivo de reformas económicas, con la expedición de una serie de decretos de urgencia y la proposición de una ley de estatización de la banca, que afectaba la propiedad de los grandes grupos empresariales nacionales, dependientes económicamente del sistema bancario y financiero. Estas medidas implementadas a medias, incidían directamente en el manejo económico de los banqueros nacionales, que generaron una radical respuesta en las clases propietarias y emergentes, dando lugar a un movimiento político liberal nunca antes conocido: el Movimiento Libertad liderado por el novelista Mario Vargas Llosa²¹².

Roto así el pacto del Presidente Alan García con los “doce apóstoles”, nombre que se le dio a los doce grupos empresariales-familiares más importantes económicamente del país, el Congreso dicta una serie de leyes laborales relativas a la negociación colectiva articulada por federaciones o ramas de actividad, así como la Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical, Ley N° 25202. Contra esta ley, el Fiscal de la Nación planteó una acción de inconstitucionalidad, además de la acción de amparo que interpusieron los empresarios de la construcción civil ante el Poder Judicial, para impedir que se les aplique la ley de la bolsa de trabajo.

Resultó significativo que mientras que el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad de la ley con una serie de argumentos constitucionales programáticos, en cambio la Corte Superior de Lima sin perjuicio de la opinión del Tribunal declaró fundada la acción de amparo, es decir que la Ley de la Bolsa de Trabajo era inconstitucional en el caso concreto demandado por los empresarios. Sin lugar a dudas, la sentencia de la Bolsa de Trabajo es la resolución del tribunal que mayor debate jurídico constitucional motivó, ya que puso en la encrucijada constitucional las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal de Garantías Constitucionales; razón por la cual es analizada en concreto más adelante (ver Tercera Parte, Cap. IV, 2. 2.1.).

A las postrimerías del periodo gubernamental del Apra a finales de 1989 y comienzos de 1990, el Fiscal de la Nación presenta ante el Tribunal otras dos acciones de inconstitucionalidad una sobre la Ley N° 25051 que expropia un predio en la Selva Central en Chanchamayo y, otra sobre la Ley N° 24243 que expropia un terreno en Lima para adjudicárselo al Club Yurimaguas. Si bien la propiedad es un derecho fundamental recogido en su función social en la Constitución de 1979, el debate y la resolución de dichas

212. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú*, op. cit., p. 22.

normas legales no tuvieron la trascendencia política ni social de alcance nacional de los casos anteriores, dado su efecto prácticamente individual y concreto en beneficio de particulares.

Sin embargo, es significativo señalar que sobre la acción de inconstitucionalidad que expropió un predio agrícola en la Selva Central, se declaró por primera vez fundada una demanda; es decir, la inconstitucionalidad de la Ley N° 25051. Mientras que en relación a la segunda acción de inconstitucionalidad no hubo sentencia sino pronunciamiento, por no haberse alcanzado los seis votos para declararla inconstitucional. En cambio dejaron vigente el derecho de los accionantes para replantear la demanda²¹³. La misma que fue incoada tiempo después, y resuelta en las postrimerías de la clausura del Tribunal de Garantías con el autogolpe de Fujimori en abril de 1992, caso en el cual el Tribunal de Garantías Constitucionales igualmente sólo logró otro pronunciamiento²¹⁴. Sentencias en las cuales los votos personales –no sentencias– constituyeron la norma y las sentencias colegiadas una excepción.

Hasta esta etapa se puede señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales no jugó ningún rol en la defensa y promoción del Estado Constitucional, debido, básicamente, a que no existía en la mayoría de sus magistrados una cabal idea del significado, no sólo de organismo judicial sino constitucional que tenía el TGC. Sólo va a ser con la acción legislativa neoliberal del gobierno de Alberto Fujimori a partir 1990, año en que ganó las elecciones, que el TGC asumirá un rol de defensor del modelo social de la Constitución de 1979.

2 DEFENSOR DEL ESTADO SOCIAL

En particular, es del caso recordar que la Constitución de 1979 estableció en el Capítulo V, Del Trabajo, del Título I Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, un conjunto de principios y normas constitucionales que consagraron al trabajo como la fuente principal de la riqueza, además de considerar al trabajo como un derecho y un deber²¹⁵. Además, en el marco propio del Estado social de Derecho, la Constitución de 1979 definió al Perú

213. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Inconstitucionalidad planteada por el señor Fiscal de la Nación contra la Ley N° 24243. Pronunciamiento*, en el diario oficial *El Peruano*, 2 de octubre de 1990, Lima, pp. 9 ss.

214. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Inconstitucionalidad planteada por el señor Fiscal de la Nación contra la Ley N° 24243. Pronunciamiento*, en el diario oficial *El Peruano*, Año II, N° 89, Lima, 4 de abril de 1992, pp. 987 ss.

215. Javier Neves (director), *Trabajo y Constitución*, Lima, Editorial Cuzco, 1989, pp. 56 ss.

como una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo.

En tal sentido, correspondía al Estado promover las condiciones económicas y sociales para asegurar la eliminación de la pobreza y la igualdad de oportunidades en el empleo útil, así como también se protegía contra el desempleo y el subempleo²¹⁶. Más aún, la Constitución prohibía que en toda relación laboral existiese cualquier condición que impidiese el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores o que desconociesen o rebajasen su dignidad. El trabajo según la Constitución era objeto de protección del Estado, de modo que se consagró la estabilidad laboral, la remuneración mínima vital, la jornada de ocho horas diarias, los derechos de sindicación, huelga, negociación colectiva, entre otros.

No obstante lo establecido en la Constitución de 1979, en la primera etapa del gobierno de Fujimori, se expidió por ejemplo, el decreto de urgencia económica DS N° 057-90-TR, que limitó el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas. Así también, el Congreso promulgó las leyes 25334 y 25303 que establecieron restricciones a la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores y empleados de la administración pública.

De otro lado, se dictaron un conjunto de decretos legislativos como el N° 650, que modificó el régimen de pensiones de los trabajadores, permitiendo que el sistema bancario y financiero privado capte obligatoriamente esos depósitos²¹⁷; el N° 651, que transfirió al Gobierno Central la competencia constitucional de regular el transporte público de las municipalidades y liberalizar el precio del transporte público urbano e interurbano; el N° 674, que limitó la actividad empresarial del Estado, en particular las actividades económicas de las empresas públicas; el N° 677, que privó de la participación en la propiedad, utilidad y gestión a los trabajadores de las empresas públicas y la restringió en las empresas privadas. Único decreto contra el cual cincuenta mil ciudadanos –miembros de las comunidades industriales– interpusieron una acción de inconstitucionalidad.

216. Magdiel González, *Los derechos económicos, sociales y culturales como normas constitucionales*, en *La excepcionalidad en la Constitución*, Arequipa, Ediciones UNSA, 1988, pp. 83 ss.

217. Carlos Blancas Bustamante, *Comentario sobre la sentencia del TGC relativa al decreto Legislativo N° 650*, en *Thémis* N°22, Lima, 1980; asimismo, en la misma revista: Pedro Morales, *La compensación por tiempo de servicios y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, y; Aníbal Quiroga, *La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. 650*.

De otro lado, se dictaron: los decretos legislativos N° 688, que incorporó a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas; el N° 718, que creó un sistema privado de pensiones, complementario del sistema público de pensiones, administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social; el N° 727, que creó las administradoras privadas de fondos de pensiones.

Por último, el gobierno de Fujimori avanzó en la llamada flexibilización del mercado de trabajo, eliminando la estabilidad laboral y desprotegiendo el trabajo, mediante la dación del Decreto Legislativo N° 727, que promovió la inversión privada en la construcción, excluyendo a las empresas constructoras de las obligaciones laborales señaladas en la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical, que el TGC la había declarado constitucional en 1989. El Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento al Empleo, que igualmente aseguró la reducción de los costos del trabajador en favor del empresario. Y, finalmente, dentro de ese paquete de decretos, el gobierno aprovechó para dar el Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, con artículos constitucionalmente controversiales contra los cuales se planteó una acción de inconstitucionalidad.

Con estas leyes, entre otras normas, se configuró el paquete legislativo dictado por el Poder Ejecutivo²¹⁸ que dio lugar a la interposición de quince nuevas acciones de inconstitucionalidad, la mayoría fueron planteadas por la oposición parlamentaria; siendo resueltas sólo cinco de ellas hasta antes de que fuera clausurado el Tribunal. Una, el decreto de urgencia económica fue declarado inadmisibles porque, a pesar de tener fuerza de ley, no era pasible del control constitucional abstracto que permitía taxativamente la Constitución de 1979, según la mayoría de los magistrados constitucionales, sin perjuicio de la opinión de la doctrina nacional y comparada que ha planteaba su control constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad²¹⁹.

En tanto que de las cuatro siguientes y últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (una contra una ley de presupuesto—limitando la negociación colectiva de los trabajadores del Estado— y tres contra otros tantos decretos legislativos), el TGC declaró sobre el fondo del asunto fundadas las acciones de inconstitucionalidad, aún cuando por la forma en estos últimos tres casos las desestimó. Mientras que en la última resolución del

218. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú...*, op. cit., pp. 24 ss; asimismo, José del Castillo (compilador), *Los decretos del nuevo Perú*, dos tomos, Lima, ADEX, 1992.

219. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 104; asimismo, Gerardo Eto, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Ediciones Derecho y Sociedad, 1992, p. 27.

TGC sobre la Ley N° 24243, publicada en el diario oficial *El Peruano* –un día antes del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992–, no se llegó a emitir sentencia, sino tan sólo un pronunciamiento, debido a que no se lograron los seis votos que exigía la ley para declarar fundada una acción de inconstitucionalidad.

Los restantes decretos legislativos demandados por inconstitucionales se quedaron pendientes de resolución, debido a la clausura de facto del Tribunal. Sin embargo, con la reapertura del Tribunal Constitucional en 1996, estas causas no fueron resueltas sino que quedaron sin efectos y archivadas por mandato de la séptima Disposición Transitoria de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435, del 10 de enero de 1995).

De las quince sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad del TGC, sobresale en el primer periodo el caso de la bolsa de trabajo, y, en el segundo, el de la liberalización de las tarifas de transporte público, porque en ambos casos se puso en tensión jurídica dos modelos distintos de ordenación social: uno, caracterizado por priorizar la cuestión social y la redistribución del poder, y otro, basado en la subordinación de lo social al mercado y a la concentración del poder. En otras palabras, en estas sentencias se puede apreciar con claridad los fundamentos jurídicos encontrados que sostienen el modelo del Estado social y el modelo del Estado neoliberal. Conflicto que fue resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales en el marco de la Constitución y de las leyes.

Por otro lado, estos casos pusieron de manifiesto, en un periodo de transición política, la falta de acuerdo político entre el gobierno y la oposición, entre otros temas, sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo y el Decreto Legislativo sobre la liberalización de las tarifas de transporte público. Apareciendo entonces, a partir de 1990, el TGC como la válvula de escape a la falta de consenso político en el seno del poder, promovida por el saliente gobierno del Presidente Alan García y el entrante gobierno del Presidente Fujimori y las minorías parlamentarias, que encontraron en el TGC una forma de canalizar su oposición parlamentaria, en torno a la aprobación de leyes y decretos legislativos, que Fujimori, los poderes fácticos y los grupos de presión económicos promovieron desde el interior del nuevo gobierno.

En este ambiente, algunos conflictos políticos irresueltos entre el gobierno y la oposición fueron transferidos al TGC, como ha ocurrido en otras experiencias²²⁰, convirtiéndose la tensión socio-económica del proceso políti-

220. José Luis Cascajo, *Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Monografías 4, 1986, pp. 14 ss.

co en una tensión constitucional en sede judicial del TGC, donde los magistrados actuaron unas veces como instrumentos de control, otras menos como órgano de poder del Estado²²¹ e incluso como órgano del gobierno; pero, en cualquiera de los casos, se pusieron en evidencia los álgidos conflictos e intereses entre el modelo del Estado social de la Constitución de 1979 y el modelo del Estado liberal del gobierno de Fujimori. Esta tensión fue resuelta por el TGC en favor de la supremacía constitucional del primero y motivo de la confrontación del Poder Ejecutivo y de sus voceros, primero contra los magistrados del TGC y su interpretación constitucional, y luego contra la existencia misma de la justicia constitucional. Por eso, a continuación se analizan las sentencias de la Bolsa de Trabajo y la sentencia sobre la liberalización de las tarifas de transporte público, que ejemplifican tanto el conflicto entre el constitucionalismo social y el constitucionalismo neoliberal, como los argumentos jurídico y social positivistas de los magistrados del TGC.

3 SENTENCIA SOBRE LA BOLSA DE TRABAJO

La sentencia sobre la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo del 13 de agosto de 1990, tuvo un carácter paradigmático, debido a que se sentó un precedente sobre los principios de la igualdad y la libertad, propios del constitucionalismo social de la Constitución de 1979²²². Principios que sólo pudieron ser desmontados en sede judicial, merced a una controvertida resolución de la Corte Superior de Lima en vía de acción de amparo de marzo de 1991, que declaró inaplicable para los demandantes la ley de la Bolsa de Trabajo por inconstitucional, a pesar de que la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales había declarado infundada la acción de inconstitucionalidad contra dicha ley.

En virtud de la Ley N° 25202, se facultó a los sindicatos de la industria de la construcción civil para que designen hasta el veinticinco por ciento (25%) de los obreros que demandaba una empresa de la construcción. Por su parte, el Fiscal de la Nación obrando en el marco de la legitimidad activa que le otorgó la Constitución de 1979, interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202, demandando que dicha ley fuese declarada inconstitucional, porque se obligaba a una afiliación gremial al otorgar al sindicato la facultad de cubrir el 25% de los puestos de trabajo en las obras civiles del

221. Jorge Reinaldo Vanossi, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982, pp. 292-293.

222. César Landa, *La sentencia del tribunal de garantías constitucionales sobre la constitucionalidad de la ley de la bolsa de trabajo y los principios de la igualdad y libertad*, en *Derecho* N° 45, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, pp. 433 ss.

Perú. Más aún, argumentó el Fiscal de la Nación que dicha norma era discriminatoria a favor de las personas registradas en el sindicato, en perjuicio de las no sindicalizadas.

Con tales consideraciones la demanda de inconstitucionalidad, planteó que se violaban los derechos constitucionales a la libertad de sindicación, libertad contractual y el principio de no discriminación, rompiendo el equilibrio entre los empleadores y trabajadores del ramo de la construcción civil y colocando en una posición de ventaja al sindicato frente al empleador²²³.

En este sentido, cabe analizar los distintos argumentos de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, a raíz de que la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) que agrupa a los empresarios de este ramo, presentó casi simultáneamente a la demanda de inconstitucionalidad una acción de amparo, con idénticos argumentos sostenidos por el Fiscal de la Nación.

La decisión del tribunal puede ser abordada en función de los tres derechos constitucionales demandados.

3.1 Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley es un derecho fundamental de toda persona, recogido en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución de 1979²²⁴, pero también constituye un principio fundante del Estado de Derecho, que alcanza ribetes de valor constitucional constitutivo del modelo de Estado democrático y social basado en la justicia²²⁵, que estableció el artículo 79º de la mencionada constitución.

La igualdad, entonces, no constituía sólo un derecho y un valor supremo al igual que la libertad, sino también fue concebido como un operador constitucional de la transformación económica y social, como estableció el art. 100º de la norma suprema, al señalar que “el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social...”.

223. Desde una perspectiva del derecho laboral revisar: Guillermo Boza, Juan Cortez, David Lobatón y otros, *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: ensayos a propósito de la sentencia de la bolsa de trabajo*, Lima, ADEC-ATC, Desco, 1992, 294 p.

224. Marcial Rubio y Enrique Bernales, *Perú: Constitución y sociedad política*, Lima, Desco, 1981, pp. 54 ss.

225. John Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1973, p. 7.

Si bien la igualdad constitucional presentaba tres dimensiones o niveles, como derecho fundamental, valor constitucional y garantía transformadora, la sentencia del TGC se limitó a pronunciarse sobre la igualdad ante la ley. En ese sentido, desde el punto de vista histórico, la igualdad ante la ley responde al hecho de que el sistema jurídico pre-republicano se fundaba en un conjunto de privilegios, en razón del *status* u origen de las personas, según nobleza, clase u oficio. De ahí que las demandas por la independencia de España de la clase criolla peruana, se fundamentase tanto en la libertad como en la abolición de los privilegios personales de los españoles peninsulares, lo que quedó consagrado tanto en el principio de la igualdad ante la ley, como también en el principio de que podían expedirse leyes especiales sólo cuando los exigiese la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas.

De esta manera, la igualdad liberal remeció los privilegios estamentales de la nobleza española, pero no modificó las estructuras sociales y económicas, base de la desigualdad social republicana. En ese sentido, el constitucionalismo peruano de los siglos XIX y XX, respondió al principio de la igualdad formal, hasta la Constitución de 1979 que avanzó hacia una concepción de igualdad sustantiva propia de un Estado de derecho con justicia social²²⁶.

En efecto, al amparo del principio del Estado social y al sistema de valores que contiene, la sentencia estipuló que

la ley veinticinco mil doscientos dos debe considerársele como uno de los elementos jurídicos del nuevo modelo de Estado que propugna la Constitución. No se le debe ver con criterios del liberalismo de fines del siglo XIX y comienzos del presente; porque, en todo caso, los derechos que se consignan en el Capítulo V del Título I de la Constitución del 79 se inspiran en el constitucionalismo social que nace con la Constitución Mejicana de Querétaro, se ensancha con los nuevos aportes constitucionales que aparecen después de la Primera Guerra Mundial para consagrarse definitivamente como derechos sociales elevados a la jerarquía constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que resulta irreverente apreciar a la norma legal cuestionada con criterios civilista y privatistas, como si se tratara de un precepto de derecho civil, cuando en realidad, se trata de una norma jurídica de Derecho Social, donde la voluntariedad civil no tiene la misma trascendencia que la voluntad social²²⁷.

226. *Ibídem*, *op. cit.*, pp. 60 ss.

227. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley N° 25202*, Arequipa, 13-9-90, ff. 16-17.

En ese marco histórico y conceptual, la Ley de la Bolsa de Trabajo atizó el conflicto entre los intereses del capital con los del trabajo, sobre todo en una sociedad cerrada como la peruana, con abismos de orden económico, social y cultural. Pero, como en un Estado de Derecho los conflictos sociales se institucionalizan y procesan a través de la justicia constitucional²²⁸, cabe delimitar los casos cuando una norma legal especial se convierte en *discriminatoria*, quebrando el principio de la igualdad ante la ley, o cuando una norma es *diferenciadora*, con lo cual no se viola el principio de la igualdad formal.

Como quiera que no toda desigualdad de *iure* es discriminatoria, hay que examinar cuáles son y cuáles no son. La diferenciación radica en que una ley será discriminatoria, cuando esta sea irrazonable, para lo cual su comprobación exige tres tests, según la doctrina comparada europea²²⁹ y norteamericana²³⁰.

Test de la desigualdad. Se requiere que la desigualdad exista, lo cual supone que el demandante constate la desigualdad, demostrando que la norma conlleva consecuencias jurídicas distintas para dos o más personas o grupos iguales. Pero, no cabe solicitar la igualdad de una ilegalidad, es decir, que no se aplique una norma a uno por que el administrador o juez no la aplicó a otra personas o empresa. Si bien la administración y el juez tienen potestades en la interpretación y aplicación de las leyes, éstas en efecto pueden dar lugar a la desviación de poder. En este supuesto el que comete el acto tiene que probar que no es arbitrario.

Test de la Relevancia. No basta con señalar que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias diferentes, para dos personas iguales; hay que demostrar que tales situaciones son gravosas o perjudiciales.

Test de la Razonabilidad. Este test se aplica cuando se trata de una desigualdad establecida en una norma o es producto de una simple diferencia de interpretación de la ley. Consiste en que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable, de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida

228. Rubén Hernández, *Fundamentos y límites de la justicia constitucional*, en *Ius et Praxis* N° 25, art. cit., pp. 26-32.

229. Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 206 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein, Athenäum, 1979, pp. 61 ss, así como pp. 215 ss.

230. Michael Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1982, pp. 133 ss., donde desarrolla las tesis de Rawls y Dworkin sobre la discriminación positiva.

considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Los valores constitucionales son los soportes del test de razonabilidad.

La discriminación, en ese sentido, se produce cuando se otorga una preferencia en base a la ley o en función de actos públicos, o, incluso, de actos privados con efectos sociales²³¹, que ocasionan una restricción o exclusión que tiene por objeto menoscabar el reconocimiento del goce o ejercicio de los derechos fundamentales, en términos de igualdad entre las personas e incluso instituciones²³².

De ahí que el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución de entonces, estableciese que la igualdad ante la ley no permitía discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Claro está que dichas causas no eran las únicas formas de discriminación, ni que la Constitución que se fundaba en el respeto de la persona humana hubiese soslayado la discriminación por razones de edad, origen étnico, estado civil, impedimento físico, o hacia personas jurídicas, entre otras formas.

La omisión constitucional sobre las nuevas formas discriminatorias no constituía un silencio negativo, sino un silencio positivo que permitía interpretar el artículo 2°, inciso 2, en materia de derechos de la persona, como una cláusula abierta, orientada a proteger a las personas de cualquier tipo de discriminación legal que afectase a la dignidad humana y no solamente a las formas prescritas en el texto constitucional. Más aún, en concordancia con el artículo 4° de la Constitución de entonces, la enumeración de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, no excluía a los demás que la Constitución garantizaba, ni otros derivados de la dignidad de la persona humana, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Postulados propios de un renacimiento de la concepción neo-iusnaturalista de los derechos humanos y de una interpretación constitucional abierta y pluralista²³³.

Por su parte, desde el derecho internacional, que formaba parte del derecho nacional, según el artículo 101° de la Constitución de entonces²³⁴, se

231. Reinhold Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 280.

232. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1988, pp. 373 ss.

233. Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie. AG, 1975, pp. 430 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, op. cit., pp. 45 ss.

234. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, op. cit., p. 24.

puede señalar que el Convenio N° 111, Convenio relativo a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado y ratificado por el Perú, definió y estableció los alcances de la prohibición de las discriminaciones a los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen local. Sin embargo, por otro lado, el convenio reconocía que la diferenciación no contrariaba a la igualdad ante la ley, cuando a determinados grupos de personas basados en razones de sexo, edad, invalidez, carga de familia o nivel social o cultural, se les reconoce una protección o asistencia laboral especial.

En ese sentido, no todo trato diferente entre las personas, amparado en un acto o una ley, configura un supuesto de discriminación, como en el caso del pago diferenciado del impuesto a la renta, en función de los ingresos de las personas. El principio de diferenciación mas no discriminación, es aplicable a diversos ámbitos de la actividad humana sea en las relaciones ciudadanas con los poderes públicos, inclusive en las relaciones privadas entre los particulares. Pero, “siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho consustancialmente diferentes y que expresan; de modo proporcionado, una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma; los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir, no pueden proseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”²³⁵.

Esta doctrina de la discriminación positiva o *affirmative action*, parte de reconocer la distinción entre la igualdad como política y la igualdad como derecho²³⁶. Es decir, la igualdad como política se basa en las decisiones gubernamentales dentro del marco del programa constitucional, que postulaba en la Constitución de 1979 (el interés social y la igualdad ciudadana como la forma sustancial del Estado peruano), mientras que la igualdad como derecho se vincula tanto al derecho a la igualdad de tratamiento que es el derecho a una equitativa distribución de oportunidades (como al derecho a ser tratado como igual, es decir, a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera otra persona)²³⁷.

Partiendo de esta doctrina, no contratar a obreros por sus ideas sindicales o ser mayores de cuarenta años, constituía un típico caso de discrimi-

235. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, op. cit., p. 374.

236. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 327 ss.

237. Ronald Fiscus, *The constitutional logic of affirmative action*, Duke University Press, USA, 1992, pp. 83 ss; asimismo, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 332; asimismo, Julio Faúndez, *Affirmative Action. International Perspectives*, Geneva, International Labour Office, 1994, pp. 62.

nación, por cuanto se causaba daño al interés legítimo de una minoría protegida por la Constitución, así como se perjudicaba el interés y la utilidad de la comunidad en tanto creaba conflicto social. Pero también constituía un caso de abuso del derecho, en el entendido que el uso discriminatorio de la autonomía de la voluntad, a través de la libertad de contratación en el ámbito privado, fundado en razón de la edad o las ideas sindicales, constituía una violación constitucional, “no porque se actúe al margen del ordenamiento jurídico sino dentro de los límites de él, pero contrariando sus fines, violando su espíritu, lo cual lo convierte en contrario al derecho”²³⁸.

Esta situación ofensiva a la dignidad de la persona humana, constituía una discriminación de facto que repugna al principio de la igualdad como política de los derechos fundamentales que postuló el *indirizzo politico* la Constitución de 1979. En ese sentido, la discriminación de facto vino a ser superada por la Ley N° 25202, por una diferenciación proporcional de *iure*, otorgando un 25% de cuota de empleo al sindicato y el 75% de la cuota de empleo al empresariado, con lo que se niveló parcialmente el trato discriminatorio del empleador. Por eso, en la sentencia del TGC, los magistrados señalaron que “la ley veinticinco mil doscientos dos, lejos de atentar contra la igualdad de trato, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato perdida por la discriminación patronal introducida por el empleador”²³⁹.

En esta misma línea argumental a nivel del Derecho Constitucional Comparado, también se había pronunciado el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia del 10 de julio de 1981, en la que señaló que

el principio de igualdad ha de entenderse en función de circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el que se convoca [...]. Sólo podría deducirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos²⁴⁰.

Más aún, no habría sido inconstitucional la ley si hubiese tenido por objeto asegurar a estos grupos marginados o discriminados por edad, ideas o afiliación, un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades fundamentales conculcadas en la práctica. Así, por ejemplo lo ha entendido la legisla-

238. Anibal Torres Vásquez, *El abuso del derecho*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Vol. 45, años 1981-1985, Lima, 1989, p. 114.

239. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley N° 25202*, p. 13.

240. Enrique Alvarez Conde, *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 115.

ción internacional, a través de la Convención de la Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. En esa misma corriente de pensamiento, la legislación norteamericana confirma la protección de las minorías en cualquiera de sus formas, porque, “si bien es imposible eliminar todas las formas de discriminación en el empleo, el Tribunal Supremo y el Congreso de los Estados Unidos han visto apropiado crear la protección en el empleo para ciertos grupos de gente que son usualmente discriminados por el simple motivo de poseer una característica grupal”²⁴¹.

En consecuencia, se puede señalar que la búsqueda de la realización de la igualdad, a través del principio de diferenciación o discriminación positiva, amparada en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución de 1979, estuvo vinculada estrechamente con la igualdad como política y a la igualdad en el trato, compatible con la forma de Estado social de derecho, que promovía el respeto de los derechos y libertades de las personas, que de lo contrario esta minoría de trabajadores hubiese quedado excluida de la obtención del empleo, dado los prejuicios de los empleadores contra sus ideas sindicales y edad.

Cabe plantear ahora si los trabajadores que no se hubiesen inscrito en el registro sindical de la Bolsa de Trabajo, hubieran sido afectados en su derecho a ser tratados iguales que los registrados en la Bolsa de Trabajo. Al respecto, que los trabajadores registrados tuviesen una opción laboral en la cuota del 25%, no afectaba el derecho de los trabajadores no interesados en inscribirse en el Registro de la Bolsa Sindical que llevaba el sindicato, porque, como se puede entender, los trabajadores no discriminados tenían mejores opciones proporcionalmente de ser contratados por los empleadores, pudiendo eventualmente mejorar su opción laboral, inscribiéndose en el mencionado registro sin estar afiliados al sindicato²⁴².

Por otro lado, podría pensarse que la discriminación de los trabajadores marginados, se compensaba con la utilidad de la empresa y de la comunidad que se vería beneficiada con la contratación de trabajadores que no promoviesen huelgas o que tuviesen un alto rendimiento físico; sin embargo, la razonabilidad de esta política empresarial no era útil socialmente y menos valorativa y normativamente constitucional. Por un lado, debido a que ello era

241. Geoffrey Stone, Luis Seidman, Cass Sunstein, Mark Tushnet, *Constitutional law*, Boston, 1986, p. 240; asimismo, W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution*, op. cit., pp. 1110 ss.

242. Alfredo Villavicencio y David Lobatón, *La bolsa de trabajo, razón de ser y fundamento constitucional*, en *Derecho y Sociedad*, Año 2, N° 3, Lima, PUCP, 1990.

contrario a los principios y normas constitucionales, dada la posición preferencial del trabajo en relación al capital, y, por otro, en razón a que la utilidad particular o colectiva no se podía fundar en el perjuicio a los valores y principios constitucionales como la igualdad, sino que por el contrario había que ir desmantelando las prácticas sociales discriminatorias²⁴³.

3.2 Libertad de sindicación

En relación a la libertad de sindicación, la demanda señaló que la ley planteaba una exigencia de afiliación sindical para poder ocupar una de las plazas del 25% de una obra asignada al gremio laboral. Si bien la Ley N° 25202 sólo estableció que las plazas “serán cubiertas por los Sindicatos de Trabajadores de Construcción Civil de la República...”, tal precepto dio lugar a que la demanda se formulase en términos de que se exigía la afiliación sindical para participar en la Bolsa de Trabajo. Sin embargo, el Decreto Supremo N° 022-90-TR, reglamentario de la ley, publicado con posterioridad a la demanda, aclaró en su artículo 7° que “los trabajadores de construcción civil, deberán registrarse en los sindicatos que representen a dicha actividad, a efecto de gozar del beneficio a que se contrae la Ley N° 25202, sin requerirse para ello su previa afiliación”.

Es decir, que se creaba un registro especial distinto al registro sindical, para los trabajadores interesados en participar en la Bolsa de Trabajo, con lo cual no se afectaba en lo mínimo la libertad sindical positiva o negativa, consagrada en el artículo 51° de la Constitución de 1979: el derecho de los trabajadores de afiliarse o retirarse de la organización sindical. En efecto, la libertad positiva otorga el derecho a fundar y participar en una o más asociaciones, el derecho a establecer su propia organización; el derecho a incorporarse y retirarse voluntariamente de una asociación; y, el derecho a desarrollar las actividades necesarias para el logro de los fines lícitos de dicha entidad. Mientras que por la libertad negativa nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación y, en consecuencia, goza del derecho de retirarse cuando así libremente lo estime²⁴⁴.

En ese sentido, los magistrados del tribunal encargados de hacer el control abstracto de constitucionalidad de la ley, hicieron más bien una defensa de la legalidad, al señalar que “ni expresa ni implícitamente la Ley

243. Lawrence Tribe, *Constitutional choice*, op. cit., pp. 221 ss.

244. Javier Neves, *Reseña y comentario de la sentencia del tribunal de garantías constitucionales en el proceso por inconstitucionalidad de la ley 25202 iniciado por el fiscal de la nación*, en LTC N° 6, 1991, pp. 165 ss.

cuestionada ni su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número cero veintidós noventa-TR de veintisiete de Abril de mil novecientos noventa obligan a los trabajadores de construcción civil a afiliarse al sindicato para ser beneficiarios de la Bolsa de Trabajo²⁴⁵. Sin embargo, un problema central de la sentencia constituye la interpretación de la Constitución que hizo el Tribunal, en base a la ley y sobre todo a su reglamento, para deducir lo infundado de la demanda en ese extremo.

La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, se verifica en tanto dicha norma haya violado la Constitución por el fondo o por la forma, pero el argumento del Tribunal fue estrictamente de carácter positivo –normativista–, es decir, que tanto la ley de la Bolsa de Trabajo, como su reglamento, habían establecido claramente la no obligatoriedad de la inscripción en el registro sindical para participar de la Bolsa de Trabajo, en virtud de lo cual no se había producido una violación al artículo 51° de la Constitución.

En ese sentido, la sentencia del TGC no interpretó el artículo 51° de la norma constitucional, relativo a la libertad sindical positiva y negativa, donde quedaba claramente establecido que el Estado reconocía a los trabajadores el derecho de sindicalización sin autorización previa, así como también que nadie estaba obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo, sino que en una lógica jurídica infraconstitucional fundamentaba la validez de la Constitución en la ley. O dicho en otras palabras, sostuvo la inconstitucionalidad de la demanda en cuanto a la libertad sindical en función de la ley y su reglamento.

Sin embargo, ello no significó que en la labor de interpretación constitucional del Tribunal no podía referirse a otro conjunto de normas que ni estaban incluidas en la Constitución ni delimitaban competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen. En efecto, “toda interpretación de la Constitución es, en estos procesos, interpretación ante un problema singular que la ley suscita -no ilustración abstracta- y en tal sentido, aunque sólo en el él, cabe hablar de una *Gesetzkonforme Auslegung der Verfassung*”²⁴⁶.

Esta interpretación de la Constitución conforme a la ley, encontró fundamento en la idea según la cual, “puesto que el derecho constitucional

245. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad... op. cit.*, p. 6.

246. Javier Jiménez Campo, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, en Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Madrid, CEC, 1997, pp. 31.

como derecho del hecho político, además de las libertades fundamentales, debe preocuparse de la vigencia real y, por ende, de la efectividad de la prescripción, puede conectarse también con actos formalmente no calificados de constitucionales, como, por ejemplo, leyes y sentencias de los Tribunales o con hechos normativos²⁴⁷. Otorgando a la norma constitucional un complemento no sustantivo pero sí residual.

Sobre el particular, el artículo 21° de la Ley N° 23385, LOTGC, tomado del Art. 28.2 de la LOTC española, facultaba al Tribunal de Garantías Constitucionales para resolver sobre la inconstitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, considerando además de la Constitución, las leyes que determinaban las competencias de los órganos del Estado. La misma que en una interpretación abierta, significaba que la norma constitucional no bastaba siempre y por sí sola para verificar la constitucionalidad o no de una norma legal, sino que ocasionalmente debían añadirse las leyes que completaban la norma constitucional, formando así el llamado *bloque de constitucionalidad*²⁴⁸.

Por ello se puede señalar que, en la sentencia del Tribunal el bloque constitucional integrado por la Constitución, la ley y sobre todo el reglamento de la bolsa de trabajo, operaron como el parámetro constitucional contra el cual se verificó la invalidez de la demanda de inconstitucionalidad de la mencionada ley en lo relativo a la libertad sindical. Pero, lo cierto es que el reglamento de la ley incoada jugó un rol determinante en la desestimación de la acción de inconstitucionalidad, en cuanto a la libertad sindical. Ahora bien, la alternativa del Tribunal, para no apelar al reglamento y evitar esta suerte de disritmia constitucional, que supuso flexibilizar tanto la noción de bloque constitucional que una norma infraconstitucional e infralegal, en este caso cumpliera el rol de cerrojo contra la inconstitucionalidad de una ley, hubiese sido que, al no encontrar elementos de juicio dirimientes en la Ley N° 25022, para afirmar o negar la inconstitucionalidad de la norma por violación de la libertad sindical, el TGC se pronunciase en función del *indirizzio politico* y la realidad social, estableciendo el derrotero constitucional de carácter social, al cual subordinar los lineamientos del contenido legislativo y reglamentario, desarrollados por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, el tribunal resolvió directamente sobre la causa y para el efecto apeló al reglamento de la ley cuestionada, en un proceso excesivo de

247. Giuseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, p. 139.

248. Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, en *REDC*, Año 9, Número 27, Setiembre-Diciembre, Madrid, CEC, 1989, pp. 13 ss.

ingeniería constitucional, según la cual la actuación constitucional no se redujo a la defensa del ordenamiento del sistema jurídico constitucional, en base a normas exclusivamente, sino también en función a criterios constitucionales de carácter político, económico y social. En efecto, la doctrina italiana señala que “la ingeniería constitucional es una compensación socio-política a las tendencias expansionistas del método técnico-jurídico concebidas como simple jurisprudencia de conceptos”²⁴⁹. Lo cual tenía mayor vigencia en el Perú de entonces, caracterizado por una grave crisis constitucional –política, económica y social– donde la defensa de la Constitución no podía reducirse absolutamente a estrechas consideraciones normativas o institucionales, manejadas con métodos y técnicas jurídicas positivistas.

En tal sentido, el criterio interpretativo del TGC fue de entender la Constitución como un operador de la transformación institucional que reclamaba el constitucionalismo social de la Constitución de 1979.

3.3 Libertad de contratar

En cuanto a la libertad de contratar, la demanda señaló que la Ley de la Bolsa de Trabajo vulneraba la autonomía de la voluntad, que era esencial para ejercer la libertad de contratación, por cuanto la norma obligaba al empleador a contratar un veinticinco por ciento de los obreros registrados en el sindicato de construcción civil.

Al respecto, la contratación es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de las personas. Sin embargo, su vigencia esta a condición de que sus fines sean lícitos y que se salvaguarden los principios de justicia social y se evite el abuso de derecho, según disponía el artículo 2° inciso 12 de Constitución de 1979.

La autonomía de la voluntad empresarial estaba protegida por la Constitución y delimitada por la ley, en consecuencia, la ley podía establecer obligaciones de hacer o dejar de hacer a fin de garantizar los preceptos constitucionales que delimitaban la libertad contractual. Claro está que la labor de desarrollo legislativo de un derecho fundamental tenía a su vez límites y barreras, que garantizan que el respeto del contenido esencial del derechos a la libertad de contratar, como de los demás derechos y principios fundamentales²⁵⁰.

249. Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 125.

250. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 187 ss.

Podría señalarse que en el caso de colisión de derechos fundamentales de las personas, priman los derechos fundamentales absolutos²⁵¹, es decir, aquellos que para su goce y ejercicio no se someten a una ley previa, como el derecho a la vida, la libertad de conciencia, el derecho a la libertad personal o el derecho a la libertad de religión. Mientras que los derechos fundamentales relativos en su goce y ejercicio quedan arreglados a ley, como la libertad de contratar, libertad de industria o derecho de propiedad, que se ejercen con las formas y las garantías que establece la ley. En este caso, el intercambio económico se rige por la libertad de contratación, de acuerdo al Código Civil y demás leyes especiales, en sus formas, garantías y límites. Sin embargo, no es plenamente satisfactorio en una Constitución pluralista y tolerante que la vigencia de un derecho fundamental se realice sobre la base de violar otro derecho fundamental.

Pero ello no niega que, si bien la libertad de contratar es un derecho fundamental relativo sujeto a regulación legal, las “leyes dirigidas contra el abuso de posiciones dominantes en el mercado, «limitan», además de otras, la libertad contractual, obviamente en el sentido superficial”²⁵². Este sentido superficial supone la integración de ambos derechos: libertad contractual e igualdad de trato o no discriminación en el derecho al trabajo.

En este caso de conflicto de derechos fundamentales, no se trata de encontrar el derecho mejor garantizado en la Constitución, por cuanto, al haberse incorporado ambos derechos fundamentales en el seno de la norma constitucional, aún cuando gocen de distinta eficacia normativa, se parte de entender que la Constitución protege a ambos. De modo que el goce de un derecho fundamental no puede ser interpretado como excluyente del otro, sino parcialmente en su ejercicio. En este entendido, se trata de “establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad”²⁵³.

La proporcionalidad o el *balancing* de los derechos a la libertad de contratación y el derecho al trabajo, debe edificarse sobre la base del principio de unidad de la Constitución, que supone concebir a los derechos fundamentales desde una perspectiva institucional, es decir, que los derechos se enlazan en una unidad íntima, que se actualizan en casos concretos, a través de sus contenidos y límites. Así, la libertad contractual si bien parte de la

251. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 169 ss.

252. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 206.

253. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 48.

autonomía de la voluntad se encuentra sujeta a vínculos constitucionales fuertes: fines lícitos, principio de justicia y evitar el abuso del derecho. La institución del contrato, entonces, se encuentra delimitada en su contenido esencial, lo que supone un goce y ejercicio responsable con sus obligaciones constitucionales. Con razón se ha señalado que “la fuente de la obligación sólo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta un poder suficiente y a quien el ejercicio de dicho poder le autoriza para constituir entre particulares relaciones jurídicas de derecho privado”²⁵⁴.

Pero, reflexionando más allá de lo dispuesto con el *ius imperium* del Estado, fue razonable y proporcional desarrollar las normas del constitucionalismo social de la Constitución de 1979, asegurando de acuerdo con la Ley N° 25202, un setenta y cinco por ciento de la mano de obra de las obras civiles a la libre disponibilidad del derecho a contratar del empleador y reservar un veinticinco por ciento de dicha asignación a los trabajadores discriminados usualmente por las empresas constructoras, a fin de garantizar la igualdad de oportunidad en el empleo.

En ese sentido, la actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales estuvo conforme a la ideología, organización y estructura constitucional de la economía social de mercado, que apuntaba al objetivo, según el cual, para que pueda darse la democracia, la idea de la igualdad ha de agregarse a la de la libertad, limitándola²⁵⁵.

4. SENTENCIA SOBRE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN EL TRANSPORTE PÚBLICO

Con la derrota electoral de los partidos políticos en las elecciones de 1990, se inició el gobierno del Presidente Alberto Fujimori, pero sin una mayoría parlamentaria en ninguna de las dos cámaras del Congreso y sin un respaldo político organizado. El nuevo Presidente sin partido y sin programa de gobierno, obtuvo el rápido respaldo de las Fuerzas Armadas y el apoyo técnico de burócratas públicos y privados. No obstante que en su campaña electoral ofreció un mensaje antiliberal, ya en el gobierno asumió el mensaje

254. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1983, p. 406. Una posición crítica pero también desde el derecho privado, señala que “es antiético de la libertad de contratar la obligación de contratar con determinadas personas... [sin embargo]... las legislaciones están llenas de casos en que existe esta limitación a la libertad de contratar”, en Manuel de la Puente, *Estudios del contrato privado*, tomo I, Lima, Editorial Cuzco, 1979, p. 63.

255. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie...*, op. cit., pp. 93 ss.

económico neoliberal de su contendor –Mario Vargas Llosa– de promover el mercado y el ajuste estructural, para la reinserción económica internacional del país²⁵⁶.

En efecto, el Presidente electo pronto optó por seguir los lineamientos en política económica de los voceros nacionales del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, sin consideración ética responsable a sus promesas electorales y al respaldo electoral obtenido²⁵⁷. En ese entendido, el modelo de la descentralización de la Constitución de 1979, que reconocía gobiernos locales y regionales con autonomía económica y administrativa²⁵⁸, significaba un obstáculo a los postulados del shock económico y al manejo directo de todos los recursos públicos, concentrado en las decisiones del Poder Ejecutivo. Además del temor de que los gobiernos locales y regionales se encontraban en manos de los partidos democráticos, a quienes había derrotado en las elecciones políticas generales.

Por eso, a partir del segundo semestre de 1990, se inicia la paralización del proceso de descentralización, primero dejando de transferir y luego recentralizando las empresas públicas y proyectos especiales a las regiones, mediante decretos de urgencia. Posteriormente, en el ámbito de los gobiernos municipales ocurre un fenómeno similar, el gobierno empieza a reducir las transferencias del Tesoro Público para las municipalidades, así como a desactivar o a controlar totalmente el manejo de los fondos de promoción de la inversión municipal, en función del argumento de la crisis fiscal.

La mayoría del Congreso integrada por representantes del Frente Democrático (Fredemo), Partido Popular Cristiano (PPC) y la bancada gubernamental de Cambio-90, fue receptiva a la reforma radical del modelo económico “heterodoxo” heredado del gobierno aprista. En este entendido, el Poder Ejecutivo solicitó delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para legislar mediante decretos legislativos en materia de pacificación nacional, fomento del empleo, crecimiento de la inversión y reforma del Estado, pedido que aprobó Cambio-90 con el respaldo del Fredemo y el PPC, básicamente, mediante Ley N° 25327, pero sólo para las tres primeras materia solicitadas.

256. Alberto Bustamante, *Perú: Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?...*, *op. cit.*, pp. 213-215.

257. Marion Hörmann, *Neoliberalismus a la Fujimori. Zum Verhältnis von Wirtschafts- und Sozialpolitik in Peru*, en *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, N° 29..., *op. cit.*, pp. 36 ss.

258. César Landa, *Balance constitucional de la regionalización*, en revista *Derecho*, Nos. 43-44, *art. cit.*, pp. 215-263.

Al amparo de dichas facultades delegadas, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo N° 651, estableciendo la libre competencia en la fijación de las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país, el libre acceso a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano, asimismo, autorizó a que las personas naturales y jurídicas pudiesen prestar servicios de transporte público urbano e interurbano en cualquier tipo de vehículo automotor, entre otras medidas. Con esta norma se transfería al libre juego de la oferta y demanda, el establecimiento de los precios y tarifas del transporte público, restando esta competencia a las Municipalidades Provinciales.

Congresistas de la oposición parlamentaria interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad contra el mencionado Decreto Legislativo N° 651, siendo acumuladas por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en virtud de que existía conexión objetiva entre ambas demandas. Las demandas se fundaban en que la norma del Ejecutivo no podía ni debía dejar la regulación de las tarifas del servicio público de transporte público urbano e interurbano a la libre competencia, ya que eso trasgredía no solamente Ley Orgánica de Municipalidades, sino también la norma constitucional. En la demanda, además, se señaló que el Dec. Leg. 651 había excedido la ley de delegación de facultades legislativas, por cuanto la materia de crecimiento de la inversión privada, no facultaba al Poder Ejecutivo a regular sobre tarifas de transporte, ni a modificar la estructura del Estado, ni las competencias de los gobiernos nacional, regional y local²⁵⁹. De donde los demandantes concluyeron que las tarifas de transporte público debían seguir siendo establecidas por las municipalidades provinciales, en el marco de la economía social de mercado postulada por la Constitución de 1979.

Al respecto, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró fundada la demanda en la primera parte, relativa a que se violaba el derecho constitucional de las municipalidades de ejercer sus competencias de regulación de las tarifas de transporte público, mientras que por otro lado declaró infundada la demanda, en el extremo de que el D.L. N° 651 violaba la autorización legislativa para regular materia de crecimiento de la inversión privada, salvo el voto singular en contra del magistrado Espinal. Los argumentos constitucionales que sostienen la sentencia merecen un somero análisis, debido a que en este caso se condensan problemas jurídico-constitucionales no delimitados en la Constitución ni en las leyes, como tampoco en la jurisprudencia o doctrina nacional sobre la materia.

259. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, Arequipa, 29-1-92, pp. 1-2.

Por ello, con el aporte del derecho constitucional comparado, a continuación se trata de plantear algunos temas tales como la naturaleza y características de la autonomía municipal; la garantía institucional como límite a la legislación. Así como las relaciones entre la ley orgánica y el decreto legislativo, utilizando para el efecto los principios, técnicas y tests que permitan apreciar las distintos tema-problemas constitucionales apenas insinuados o no recogidos en la presente sentencia.

4.1 Autonomía municipal

Dentro de la estructura constitucional del Estado peruano, la Constitución de 1979 estableció por un lado, en el artículo 79°, que el gobierno era “unitario, representativo y descentralizado”, y, por otro, en el artículo 252°, que las municipalidades eran órganos del gobierno local con “autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia”. En ese sentido, “la descentralización política [...] no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos”²⁶⁰.

En efecto, las municipalidades al constituir organismos de gobierno descentralizados, gozaban de facultades normativas para dictar ordenanzas municipales. Esta potestad normativa estaba reconocida complementariamente en el artículo 298°-1 de la Constitución, cuando se disponía contra las ordenanzas municipales cabía interponer acciones de inconstitucionalidad, tal como contra las demás normas legales con fuerza de ley. En virtud de lo cual, se puede decir que la descentralización supone no sólo la capacidad de una comunidad para elegir a sus propias autoridades, sino que también éstas gocen de la capacidad para dictar autónomamente las normas necesarias para su localidad. Por ello, como señala Kelsen, “los órganos del municipio pueden tener competencia también para establecer normas generales que no tendrán el nombre de *leyes*, pero que lo serán, en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por el cuerpo colegial representativo, o un consejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio”²⁶¹.

En este marco constitucional, el Poder Ejecutivo por más facultades delegadas que tuviese del Congreso, no podía franquear los mandatos cons-

260. Pedro de Vega, *Poder constituyente y regionalismo*, en *Federalismo y Regionalismo*, Gurmésindo Trujillo (editor), Madrid, CEC, 1979, p. 354.

261. Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 240.

titucionales relativos a la autonomía municipal y a la descentralización. Más aún, la Constitución de 1979 no previó controles de tutela del gobierno central sobre las municipalidades, salvo mediante el control de constitucionalidad de las ordenanzas municipales²⁶², acción que también podían interponerse contra los decretos legislativos del Poder Ejecutivo, como fue el caso.

De donde se puede colegir que, la consagración de la autonomía municipal sin ningún tipo de control de tutela legislativa -como por el contrario si existía para las regiones en el Art. 267° de la Constitución de 1979-, había que entenderla en el marco del modelo de gobierno unitario y descentralizado, no sólo en lo económico y administrativo, sino también en lo político. Lo que no es óbice para señalar con La Pergola, que “no existe un sistema de autonomía sin algún tipo de control jurisdiccional”²⁶³.

De ahí que se pueda señalar que la descentralización política reposaba en la autonomía municipal, la misma que no suponía la subordinación jerárquica municipal al gobierno central, en tanto los gobiernos locales electos por el pueblo no constituían agencias dependientes del Poder Ejecutivo, sino el establecimiento de relaciones de coordinación con el gobierno central y, en todo caso, el ejercicio de los controles jurisdiccionales a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante la acción de inconstitucionalidad contra leyes u ordenanzas municipales. En ese sentido, se puede señalar que “la esencia de la autonomía radica en la potestad que tiene una entidad pública de darse leyes en sentido material (que son diversas de las simples normas jurídicas) destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal”²⁶⁴.

Ahora bien, la autonomía municipal en materia de transporte público como concepto jurídico abierto requería delimitarse, de ahí que la Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 23853 estableció como

función de las Municipalidades en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito: 1) regular el transporte urbano y otorgar licencias o concesiones correspondientes, de conformidad con los reglamentos de la materia; 2) regular el transporte colectivo y controlar el cumplimiento de las normas y requisitos que correspondan de acuerdo a ley; 3) otor-

262. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La constitución peruana de 1993...*, op. cit., pp. 29-30 y 101-116. Asimismo, Ernesto Blume, *El control de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 73 ss.

263. Antonio La Pergola, *La técnica constitucional de la autonomía*, en *Ius et Praxis* N° 11, Universidad de Lima, Lima, 1989, p.14.

264. Pietro Virga, *Las regiones*, Milano, 1949, p. 167; asimismo, Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 166 ss.

gar permisos para el uso de vehículos menores; 4) organizar y mantener los sistemas de señales y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos.

En base a estas disposiciones y a los acuerdos previos de las autoridades y técnicos municipales con los representantes del transporte urbano e interurbano, las municipalidades provinciales fijaban las tarifas del transporte público urbano e interurbano, teniendo en cuenta los factores económicos y sociales a fin de que los usuarios no se viesen afectados en sus economías familiares, dado el uso masivo de estos medios de transporte por la población.

Tal planteamiento suponía que los gobiernos locales desarrollaron mecanismos de coordinación e integración social, sin embargo, debido al vacío normativo del constituyente, no se establecieron instancias, principios y/o técnicas de integración jurídica-administrativa entre los distintos niveles de gobierno: central, regional y local. Más aún, la Constitución de 1979 estableció, por un lado, que el Poder Ejecutivo podía dictar decretos legislativos con fuerza de ley y además era responsable de dirigir y gestionar los servicios públicos confiados a sus ministerios, según los artículos 188°, 211°-10 y 212° de la Constitución. Por otro lado, a los gobiernos locales y regionales les otorgaba materias competenciales y funciones, sin delimitar las fronteras de actuación de los gobiernos descentralizados con el propio gobierno central²⁶⁵.

En ese entendido, por un lado el gobierno central y por otro lado los gobiernos locales gozaban de competencias en materia de servicios públicos, sin que hubiese precisado las barreras tanto de las facultades legislativas del Congreso y del Poder Ejecutivo, como las competencias de la autonomía municipal en materia de transporte público. Sin embargo, es necesario subrayar que el contenido y los límites esenciales de la autonomía, apareció como problema, cuando el Poder Ejecutivo reguló la materia de transporte urbano, sin que hubiese una relación de subordinación *a priori* con las municipalidades, sino más bien una relación de respeto y coordinación de las áreas competenciales, establecidas para cada cual en la Constitución. No obstante, debe aclararse que “la autonomía no es soberanía y aún este poder tiene límites, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de ésta donde alcanza su verdadero sentido”²⁶⁶.

265. Marcial Rubio y Enrique Bernal, *Perú: Constitución y sociedad política...*, op. cit., pp. 356 ss., 388 ss., 398 ss. y 617 ss.

266. Francisco Ignacio Sosa, *La autonomía local*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (Coordinador Martín-Retortillo), tomo IV, Madrid, Civitas, p. 3210.

En consecuencia, dada la naturaleza del gobierno unitario y descentralizado –mas no federal– de la Constitución de 1979, si bien la autonomía municipal no se encontraba definida taxativamente en sus límites y sus alcances, si estaba delimitada en materia de transporte público, como una competencia municipal. Desde el razonamiento de los magistrados del TGC, la regulación de la tarifa del transporte público se incardinaba en la competencia general de la regulación del transporte público, a pesar de que la gestión municipal del transporte público coexistía con la administración de los servicios públicos a cargo de los ministerios del Poder Ejecutivo.

En ese sentido, en la sentencia se consideró que

de conformidad con el artículo doscientos cincuenticuatro de la Constitución las Municipalidades son competentes para fijar tarifas del servicio público de transporte de pasajeros. La interpretación y aún la simple lectura de dicha proposición jurídica no permite otra conclusión por cuanto el concepto: «Regular el Transporte Colectivo» significa ordenar, mediante reglas ese servicio público. El concepto «Regular el Transporte» no se agota en el establecimiento de normas de organización del tránsito, esto es, no sólo está referido a las rutas, a los horarios, a las condiciones materiales del transporte, sino fundamentalmente a la calidad del transporte, a su costo, vale decir, al contrato de transporte: pues, el transporte colectivo no solamente implica el simple traslado de pasajeros, sino que debe realizarse en determinadas condiciones y situaciones de seguridad, tiempo y tarifas razonablemente determinadas y con criterio evolutivo²⁶⁷.

Pero, no es suficiente hacer una jurisprudencia de conceptos interpretando el contenido esencial de la competencia municipal en materia de transporte público, sino también analizar hasta qué punto el Decreto Legislativo N° 651 podía establecer nuevas reglas en materia de regulación de las tarifas de transporte público, al no existir disposición expresa a nivel constitucional ni legislativo, que facultase a los municipios a normar expresamente las tarifas de transporte, según la demanda de inconstitucionalidad.

4.2 Garantía institucional de la autonomía local como límite a la ley

La autonomía local consagrada en la Constitución constituía un límite a la acción legislativa del Congreso y del Poder Ejecutivo; en consecuencia, la naturaleza de la autonomía municipal respecto del gobierno central, no

267. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, Arequipa, 29-1-92, p. 7.

quedó circunscrita a las disposiciones que taxativamente se delimitaron en nuestro ordenamiento constitucional, sino que debía articularse con el núcleo de materias competenciales que se vinculaban directamente con la misma, alcanzándoles la protección de la esfera de la autonomía municipal.

Ahora bien, en esa línea argumental cabe señalar que “dentro de la diversidad de acepciones y facetas de la idea de autonomía, en la dimensión que aquí nos interesa la opinión dominante la entiende en su significado más propio y literal, esto es, en el que Massino Severo Giannini la califica de autonomía normativa”²⁶⁸. En ese sentido, la resolución del TGC señaló que “es necesario acotar que la Municipalidad, en ejercicio de la soberanía local de la que está investida constitucionalmente, tiene potestad normativa para «producir» legislación municipal mediante Ordenanzas, Edictos, Resoluciones; de modo que, tiene competencia para reglamentar las funciones específicas que le competen en las materias de Gobierno que le encomienda la Constitución”²⁶⁹.

Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853) desarrolló la autonomía normativa municipal planteada en la Constitución de 1979, concretando la autonomía económica y administrativa constitucional, al establecer facultades normativas para dictar ordenanzas municipales que tenían rango de ley, aplicar dichas normas mediante su poder administrador y, en todo caso, ejercer el derecho de acción en defensa de su autonomía.

Es así que tanto de las normas constitucionales como de la Ley Orgánica de Municipalidades, se desprende el tejido de competencias municipales, conforme al cual el TGC debía verificar la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 651. De acuerdo con esta tesis del bloque de constitucionalidad²⁷⁰, postulada en el artículo 22° de la propia Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, se estableció que para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales materia de control –entre ellas los decretos legislativos– el Tribunal debía considerar además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado.

268. Ignacio de Lojendio, *Autonomía y consenso*, en *Federalismo y regionalismo*, op. cit., p. 64.

269. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, op. cit., p. 7.

270. Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (Coordinador Martín-Retortillo), tomo I, op. cit., pp. 3 ss.

Sin embargo, el razonamiento judicial de la sentencia de TGC no se apoyó conscientemente en el mandato de utilizar el bloque de constitucionalidad, como parámetro de valoración de la inconstitucionalidad o no de una ley, sino más bien en una suerte de positivismo social y normativista, debido a que la raíz última para declarar inconstitucional al D.L. N° 651 fue que “la regulación del transporte urbano compete exclusivamente a la Municipalidad para que se establezca un equilibrio justo entre el interés del usuario (del pueblo) y la razonable rentabilidad del empresario para el mejoramiento del servicio dentro de la economía social de mercado”, así como que en la Ley Orgánica de Municipalidades en la medida que se “especifican las funciones y competencias de acuerdo a los principios de Justicia Social, en especial en la presente coyuntura sin agraviar al pueblo usuario del servicio”²⁷¹.

Pero, es del caso dilucidar si el D.L. N° 651 llenaba un vacío normativo de la legislación municipal, o si por el contrario modificaba la LOM, afectando el bloque constitucional en materia de autonomía municipal. Al respecto, es del caso señalar que si bien el Poder Ejecutivo justificó su función legislativa derivada, lo realizó en base a la doctrina política de la soberanía de la representación del Congreso, la misma que estaba supeditada a la doctrina jurídica de la soberanía de la Constitución, en tanto fuente suprema de derecho²⁷². La supremacía de la norma constitucional imposibilitaba al gobierno, como a la mayoría parlamentaria, normar ilimitadamente materias relativas a la autonomía local. Dicho en otras palabras, el D.L. N° 651 debía supeditarse lealmente a los mandatos constitucionales que aseguraban las defensas del fuero municipal.

En tal sentido, la autonomía municipal garantizada en la Constitución se vio violentada, a través de la delegación de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, en mérito al poder del Presidente de la República de establecer su voluntad en el Consejo de Ministros como decisión legislativa, cabía aplicar la tesis de la «garantía institucional» como una barrera que protección de la autonomía municipal. Más aún, cuando en el Perú el poder presidencial de Fujimori había sometido al poder legislativo a su decisión política, en virtud de un mesianismo económico neoliberal incontrolable²⁷³.

271. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651...*, op. cit., pp. 7-8.

272. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 27 ss.

273. Cynthia McClintock, *Presidents, messiahs, and constitutional breakdown in Peru*, en *The failure of presidential democracy, the case of Latin America*, Volume 2, op. cit., pp. 304 ss.

Ante este ejercicio absoluto del poder legiferante del Presidente, se hubiera podido oponer la doctrina de la garantía institucional, que encuentra sus raíces en la doctrina constitucional alemana que estudió la Constitución de Weimar en 1919²⁷⁴, debido a que la regulación de las libertades públicas y las organizaciones constitucionales básicas, quedaron establecidas débilmente en un entresijo de derechos, garantías y órganos, sin asegurar medidas protectoras que les diesen eficacia a los contenidos constitucionales, frente a las disposiciones del legislador ordinario que las desvirtuasen, usualmente en periodos de dictadura parlamentarias.

En tal sentido, en los casos de dictaduras presidenciales que se arrogan las facultades legislativas delegadas o ejercen abusivamente sus facultades normativas extraordinarias mediante los decretos legislativos o los decretos de urgencia, se pudo plantear la vieja institución de la garantía institucional; en tanto, “la finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución en la medida en que estas han pasado a ser esenciales e identificativas de la misma”²⁷⁵.

La garantía institucional tampoco es una panacea para controlar los excesos legiferantes del presidencialismo, sino una vía más de racionalización del ejercicio de las funciones legislativas del Presidente y del Congreso. En cuanto tal, el Tribunal de Garantías Constitucionales podía haber ejercido su control constitucional, estableciendo que la competencia municipal para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito, reconocida en el artículo 254°-5 de la Constitución junto con los artículos 10°-5, 69° de la Ley Orgánica de Municipalidades, delimitaban la autonomía municipal en materia de regulación del transporte público. Instituto que estaba protegido por una garantía institucional que no podía ser vulnerada por las leyes del Congreso o los decretos legislativos del Poder Ejecutivo. En ese sentido, el DL N° 651 contrario a la garantía institucional de la autonomía municipal en materia de transporte urbano, era una norma inconstitucional por cuanto desconocía o vaciaba de contenido a la autonomía local.

La garantía institucional de la autonomía municipal de la Constitución de 1979 contenía mandatos obligatorios del poder constituyente, que se podían hacer efectivos en conexión con el cumplimiento de las funciones establecidas para las municipalidades en la LOM. Por eso, la facultad legislativa delegada del Poder Ejecutivo no era ilimitada, por el contrario, la soberanía

274. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 175 ss.

275. Luciano Parejo, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981, p. 23.

de su poder constituido no podía vulnerar el principio de la autonomía municipal establecido en la Constitución por el poder constituyente. En ese sentido, el Poder Ejecutivo no podía modificar o vaciar el contenido de la Constitución, ni de la Ley Orgánica de Municipalidades, debido a que el mandato constitucional de protección de la garantía institucional de la autonomía municipal lo impedía; más aún, la propia Ley Orgánica de Municipalidades, por su aprobación parlamentaria reforzada de más de la mitad del número legal de sus miembros en cada Cámara, era un mecanismo de protección reforzada de la autonomía municipal, en todo caso modificable por otra ley orgánica²⁷⁶.

En tal sentido, en la jurisdicción constitucional comparada, “la cuestión de la autonomía local ha sido la materia natural donde el Tribunal Constitucional y la doctrina ha utilizado ampliamente la expresión garantía institucional. Nada hay que objetar a esta técnica, salvo que no es más que una abreviatura para la correcta expresión de *institución garantizada por la Constitución*”²⁷⁷.

Avanzando en la configuración de la garantía institucional, se podría decir entonces que la aplicación de la garantía institucional, se debe entonces, a una interpretación o aplicación de la Constitución, por parte de los legisladores que llevan a la supresión o vaciamiento del contenido esencial de la autonomía económica y administrativa de las municipalidades. Ahora, las características jurídicas de la garantía institucional de la autonomía local son las siguientes²⁷⁸:

- a. Estructura normativa de carácter jurídico-público formada, es decir, delimitada y diferenciable. Tal es el caso de la autonomía municipal que la Constitución le asignó competencias en lo económico y administrativo.
- b. Sujeto de derecho, titular del bien jurídico-constitucional establecido, ya sea una institución o una persona, lo cual no siempre es un requisito. De acuerdo a la Constitución, las municipalidades son los sujetos titulares de la autonomía municipal.

276. José Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 107 ss.

277. Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, 1994, p. 165.

278. Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1979, pp. 23-24.

- c. Reconocimiento de derechos objetivos accionables con la garantía institucional. En efecto, la autonomía local era un instituto tutelable y exigible de protección, como se procedió ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante la acción de inconstitucionalidad contra el D.L. N° 651.

De ese modo hubiera quedado configurada la garantía de la autonomía local como límite al Decreto Legislativo N° 651, con un grado de eficacia argumental que podía haberse instrumentalizado por el TGC, armonizando el decreto legislativo con el bloque constitucional. Pero es importante agotar el análisis de los núcleos de regulación de las normas en conflicto, mediante el test de la competencia y no apelar sólo a la distribución de competencia sin demostrarla, como fundamentó la sentencia: “Por consiguiente es inconstitucional la norma jurídica de menor jerarquía mediante la cual se sustraiga la materia constitucionalmente reservada a la competencia del Gobierno Local o cuando dicha norma modificare o aboliere dicha competencia”²⁷⁹.

4.3 Test de la competencia

Dentro de los parámetros constitucionales delineados no había lugar para una interpretación unilateral de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo ni de la Ley Orgánica de Municipalidades, sino a partir de dilucidar si las competencias sobre la materia de la fijación del precio del transporte público eran materia del decreto legislativo del Poder Ejecutivo o era una materia propia de la Ley Orgánica de Municipalidades y por ende del Congreso.

Para lo cual, es necesario precisar que la integración del D.L. N° 651 y la LOM, requería de un examen o razonamiento jurídico de dichas normas, basado en principios y reglas de lo que se denomina el test de la competencia²⁸⁰:

a. *Principio de unidad.* La unidad del gobierno con respeto de los gobiernos descentralizados, constituyó el fundamento de la organización y funcionamiento de la estructura del Estado peruano. La articulación de la diversidad dentro de la unidad constitucional, se basaba en la redistribución

279. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651*, op. cit., p. 6.

280. Santiago Muñoz Machado, *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 72 ss; asimismo, César Landa, *Balance constitucional de la regionalización*, op. cit., pp. 244 ss.

funcional y territorial del poder, en virtud de la cual se debía asegurar la independencia y la autonomía del gobierno local en relación al gobierno central, dentro de la fórmula política del gobierno unitario y representativo del artículo 79° de la Constitución de 1979.

Por ello, los magistrados del TGC señalaron que “es verdad que el Municipio «no es un Estado dentro de otro Estado»: pero, también es verdad que es ineludible el deber jurídico constitucional de respetar las competencias de cada nivel de gobierno descentralizado; y, ese respeto, a su vez, genera la necesidad de compatibilizar sus concreciones para lograr un adecuado dinamismo y desarrollo del Estado y de la Nación”²⁸¹.

En ese sentido, el principio de unidad con respeto de la descentralización suponía subordinar el principio de la jerarquía normativa al de la competencia, lo que no era impedimento para que se ponderase la preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses locales, pero en el marco de las competencias y atribuciones establecidas en el bloque de la constitucionalidad. De ahí que se podía aplicar una suerte de cláusula residual, en caso de duda razonable sobre quién era el titular de la competencia o atribución, siempre que luego de aplicar el test de la competencia no fuese determinable el titular de la competencia.

En tal sentido, en el presente caso no se podía aplicar dicha presunción a favor del Decreto Legislativo N° 651, por cuanto el transporte público y la regulación de las tarifas no eran una materia propia del Gobierno Central, sino que se trataba de una materia propia del interés local, como es el precio del transporte público urbano e interurbano. Este vacío constitucional sobre las competencias del Estado, usualmente se definen en las constituciones de los Estados descentralizados —federales y regionales—²⁸².

b. Principio de competencia. Se puede hallar la distribución de las competencias en el bloque de constitucionalidad, a través de los siguientes pasos:

Lista de materias. Se refiere a la relación pormenorizada de las competencias que se asignan a los sujetos constitucionales en el bloque de constitucionalidad. Las competencias se refieren a materias, que también pueden ser generales y específicas. Así, en la Constitución se mencionaba

281. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651, op. cit.*, p. 6.

282. Eduardo García de Enterría, *La significación de las competencias exclusivas del estado en el sistema autonómico*, en *REDC*, Año 2, N° 5, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1982, p. 66.

con carácter general en el artículo 255° que “las municipalidades provinciales tienen a su cargo, además de los servicios públicos locales, lo siguiente...”; mientras que con carácter específico se señalaba en el artículo 254° que “las municipalidades son competentes para: ... 5.- Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito...”. De otro lado, la Constitución señalaba con carácter general en el artículo 212° que “la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas a los Ministros en los asuntos que competen al ministerio de su cargo”.

La asistemática regulación de la materia de los servicios públicos, no era impedimento para apreciar que en base a la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades estableció que el manejo de la materia de transporte, en el marco del bloque de constitucionalidad, correspondía a las municipalidades.

Cláusulas generales. Se refiere al reparto de funciones generales entre los distintos órganos constitucionales. Así, las clásicas funciones de legislar para el Poder Legislativo, administrar para el Poder Ejecutivo y juzgar para el Poder Judicial son válidas pero insuficientes. Por cuanto, la potestad legislativa también la podía desarrollar el Poder Ejecutivo mediante decretos legislativos, como fue el caso del Decreto Legislativo N° 651, pero en el ámbito de la delegación de facultades o de sus competencias.

De ahí que el decreto legislativo en cuestión, debió no solamente articularse con la ley autoritativa sino también con la Ley Orgánica de Municipalidades, en un ámbito de *colaboración internormativa*²⁸³. Habida cuenta que si bien la reserva material, en la cual actuaba la ley orgánica, impedía que el decreto legislativo extendiese su competencia normativa a cualquier esfera legislativa, sino residualmente a la que le correspondía. No era menos cierto que si la ley autoritativa hubiera sido aprobada por más de la mitad del número legal de miembros de ambas Cámaras –votación válida para leyes orgánicas– y se hubiera aprobado la delegación de facultades en materia de reforma del Estado, hubiese sido más discutible plantear que el decreto legislativo había desnaturalizado o vaciado de contenido a la autonomía municipal en materia de regulación de los precios del transporte público.

Asimismo, en base al concepto de fuerza de ley²⁸⁴, la Ley Orgánica de Municipalidades tenía *fuerza pasiva* frente al Decreto Legislativo N° 651, es

283. Enrique Linde, *Leyes orgánicas*, Madrid, Linde editores, 1990, pp. 46 ss.

284. Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en *RAP*, Nos. 100-102, p. 420 ss.

decir, que podía resistir a las modificaciones que pretendía realizar el Poder Ejecutivo, mediante el mencionado decreto legislativo, debido a que la función legislativa delegada dada sus características de ser tasada, temporal y excepcional, no gozaba de una *prius* presunción de constitucionalidad ante la Ley Orgánica de Municipalidades, sino que ésta dado su carácter agravado de aprobación por el órgano por excelencia representativo y legislativo, gozaba de un *plus* en la presunción de constitucionalidad²⁸⁵.

También se pudo señalar que la fuerza de la ley asignó al Decreto Legislativo N° 651 también una *fuerza activa*, en mérito a lo cual podía innovar el ordenamiento jurídico, modificando normas de igual rango, en el ámbito de las materia y por el tiempo que el Congreso le había habilitado; pero, a excepción de la Ley Orgánica de Municipalidades.

De modo que era el principio de competencia, y no el de jerarquía, que debía regular las relaciones entre una ley orgánica y una ley ordinaria. Por ello, para terminar de aclarar estas relaciones entre la ley orgánica y el decreto legislativo,

es preciso tomar como punto de partida la distribución constitucional de los posibles contenidos de la ley en dos bloques distintos (definido positivamente sólo uno de ellos, y residualmente el otro), correspondientes a cada una de las dos modalidades legislativas. Ambas tienen su ámbito material propio y no es posible una violación de las reglas constitucionales sobre distribución de las materias objeto de una y otra, ni en un sentido ni en el otro²⁸⁶.

En ese sentido, la diferencia entre la LOM y el D.L. N° 651 no se verificaba en virtud del principio de la jerarquía, ya que ambas normas eran *per se* de rango legal, sino en razón del principio de la competencia originaria y derivada. Vale decir que la ley orgánica era competente para regular materias que, a juicio de las Cámaras del Congreso, requería de la votación de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara²⁸⁷. Mientras tanto los decretos legislativos eran competentes sólo para regular las materias, y en el plazo determinado que la ley autoritativa del Congreso aprobase.

285. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997, pp. 141 ss.

286. Juan Peman Gavin, *Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (Coordinador Martín-Retortillo), tomo I, *op. cit.*, p. 148.

287. La Constitución de 1979 dispuso que algunas materia en particular fuesen reguladas por ley orgánica: municipalidades, garantías constitucionales, poder judicial y ministerio público.

Ahora bien, las competencias podían estar distribuidas de la siguiente manera²⁸⁸:

i. Competencias exclusivas. Referidas a aquellas materias asignadas en exclusividad a favor de un organismo constitucional. Estas podían ser, a su vez, *positivas*, cuando son competencia única del gobierno local o central, y *negativas*, cuando los gobiernos central o local tenían prohibido o estaban impedidos de delegar dichas materias a otros entes. Este no era el caso de la materia de transporte público, dado que el gobierno central también regulaba una parte del servicio público de transporte en el ámbito de su competencia.

ii. Competencias compartidas. Se trataba de aquellas competencias en las que una misma materia estaba dividida en determinadas áreas de atención, distribuyendo responsabilidades entre dos o tres niveles de gobierno. En efecto, en materia de transporte público, era frecuente que hubiese materias compartidas, pero también sin una rígida división entre los mismos en la ley. Lo cual no fue óbice para que mediante la interpretación constitucional, el TGC delimitase los ámbitos competenciales de los niveles de gobierno en conflicto.

En efecto, sin perjuicio de que los magistrados del TGC asumieran primero una postura autolimitativa –*self restraint*– de sometimiento a la norma legal, en virtud de lo cual señalaron que “en el caso del problema de la vialidad y el transporte urge una nueva normatividad jurídica que regule de manera diferenciada pero interrelacionada: aquello que es de competencia del Gobierno Nacional, la parte que compete al Gobierno Regional y lo que es materia propia del Gobierno Local”. En segundo lugar, pasaron inmediatamente a plantear positivamente, propio de una sentencia orientadora o *sentenze-indirizzo*²⁸⁹, que

corresponde al Gobierno Central normar tanto básica como específicamente la vialidad y transporte de carácter nacional, pero en lo que concierne al transporte colectivo urbano debe concretarse únicamente a prever normas declarativas (que fijen solamente criterios básicos, rectores) inherentes al Modelo para que el Gobierno Local concre-

288. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 1981, pp. 267 ss.

289. Gustavo Zagrebelsky, *La corte costituzionale e il legislatore*, en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia* (a cura di Paolo Barile, Enzo Cheli, Stefano Grassi), Firenze, Sociedad editrice Il Mulino, 1982, pp. 105 ss.

te la regulación específica mediante Ordenanza Municipal en ejercicio regular y autónomo de su función normativa²⁹⁰.

iii. *Competencia concurrente*. Relativas a aquellas competencias que dan lugar a que dos o más organismos constitucionales asuman funciones específicas comunes. Así, las municipalidades tenían facultades para regular las tarifas de transporte público como el Congreso para legislar sobre el Código de Tránsito, o el Ejecutivo para organizar y dirigir la policía de tránsito, y cobrar las multas por las infracciones al Código de Tránsito. Es decir, había una relación de complementariedad que reposaba en la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, entre otras normas fundamentales, pero integradas bajo el principio de la supremacía constitucional como concepto teórico y práctico²⁹¹.

5. VALORACIÓN DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La labor del TGC puede ser caracterizada por sus resultados, no sólo como órgano judicial encargado de producir sentencias, sino también como un órgano constitucional en cuanto a sus modos de razonar judicialmente en causas políticas²⁹². Si bien el trabajo se centra en las funciones de control constitucional de las leyes, en la valoración del TGC resulta ineludible considerar también a los derechos fundamentales. En este sentido, a continuación se hace una breve caracterización de la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales.

5.1 Como organismo constitucional

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 –hasta antes del 5 de abril de 1992– se dictaron dos mil doscientas (2200) leyes por el Congreso, setecientos sesenta y siete (767) decretos legislativos y dos mil doscientos sesenta y dos (2262) decretos de urgencia presidenciales con fuerza de ley por el Poder Ejecutivo (ver Cuadro N° 2). Mientras que durante casi esa misma década el TGC sólo emitió (15) quince sentencias de inconstitucional-

290. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 65,1 op. cit.*, p. 6.

291. Andreas Auer, *De la supramatie et de la dependance de la Constitution: un essai, en Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, (Faculté de Droit de Genève), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991, pp. 15 ss.

292. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, en REDC, Año 2, N° 5, art. cit., p. 37.

lidad de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia sobre las escasas 25 demandas de inconstitucionalidad recibidas. El contraste salta a la vista: en promedio, por cada trescientos cuarenta y ocho (348) normas legales dictadas por el gobierno sólo una norma (1) fue materia de control constitucional por parte del TGC. Más aún, del total de cinco mil doscientas veintinueve (5229) normas legales aprobadas en ese periodo de diez años, sólo cuatro (4) fueron declaradas inconstitucionales.

CUADRO N° 2
ACTIVIDAD LEGIFERANTE GOBIERNO/PARLAMENTO

	Belaunde (1980-1985)	García (1985-1990)	Fujimori (1990-1992)*
Leyes**	1080	980	140
Decretos Legislativos	348	263	156
Dec. Supremos de Urgencia	667	1033	531
Decretos Supremos Extraordinarios	—	—	31
* Hasta el 5 de abril de 1992			
** Incluye las 30 Resoluciones Legislativas dadas en el periodo			

Fuente: Diario Oficial *El Peruano*, Boletín Oficial.

Elaboración: Juan Jiménez Mayor, *Las relaciones parlamento-ejecutivo y el sistema legislativo, algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, 1994, Lima, p. 150.

En consecuencia, se puede afirmar en términos generales que el TGC tuvo una insignificante labor de defensa constitucional de las violaciones de las normas legales de la mayoría parlamentaria y que, por el contrario, fue un activo defensor de la legalidad, debido sobre todo a las no-sentencias que emitieron. Pero, en términos específicos, se puede señalar que durante los dos primeros años del primer gobierno de Fujimori —de 1990 a 1992— el TGC actuó como un activo defensor de la Constitución social de 1979, en las pocas causas que resolvió. Lo cual pone el acento en el problema de la falta de homogeneidad jurídica, de la mayoría de los magistrados, para tomar resoluciones colegiadamente. Problema que no se superaba sólo con la probidad y honorabilidad de los magistrados²⁹³.

293. Ernesto Blume Fortini, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Ius et Praxis*, Año III, Lima, Universidad de Lima, 1984, pp. 111 ss.

La existencia de escasas quince sentencias, recaídas sobre las acciones de inconstitucionalidad demandadas ante el TGC, en un periodo de diez años aproximadamente, ha tratado de explicarse señalando que el requisito para plantear dicha acción por parte de la ciudadanía era excesivo —50,000 firmas—, además del escaso y/o nulo ejercicio de la acción por el Presidente de la República, un tercio de los Senadores o Diputados, la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal de la Nación²⁹⁴. Es decir, que si bien la legitimidad procesal activa estaba reservada fundamentalmente para las principales autoridades constitucionales del país, la alta exigencia de firmas ciudadanas prácticamente eliminó la participación de la población afectada, por ello sólo llegaron a presentar una acción de inconstitucionalidad —en la demanda que interpusieron los trabajadores de las comunidades industriales (en enero de 1992, contra una ley que vulneraba sus derechos constitucionales; no llegó a resolverse la causa por la abrupta clausura del tribunal).

Sin embargo, el problema no radicaba solamente en la falta de una mayor legitimidad procesal activa, sino que existiendo organismos y magistraturas constitucionales encargadas de defender la Constitución, directa o indirectamente, algunos no plantearon ninguna acción de inconstitucionalidad, los Presidentes de la República Fernando Belaunde y Alan García —aunque sí vetaron algunas leyes— y la Corte Suprema de Justicia. Correspondiéndole a los diputados y senadores de la oposición parlamentaria la tarea principal de interponer el mayor número de las demandas de inconstitucionalidad. Mientras que al Fiscal de la Nación le cupo plantear tres acciones y a los ciudadanos una demanda. Lo cual pone de manifiesto que tanto el Presidente de la República como las mayorías parlamentarias, legislaron sin buscar el consenso político de las minorías parlamentarias, de ahí que la oposición parlamentaria hiciera uso, relativamente frecuente, de las acciones de inconstitucionalidad en la defensa de la Constitución y de sus intereses²⁹⁵.

Ahora, la valoración constitucional del Tribunal de Garantías Constitucional debe apreciar junto al control constitucional abstracto de las leyes, el control constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. En materia de protección de los derechos fundamentales, se puede observar una significativa utilización de las garantías constitucionales ante el Poder Judicial, pero una escasa utilización de los recursos casatorios contra las sentencias

294. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales*, Trujillo, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994, p. 87; asimismo, Manuel Aguirre, *La razón principal del fracaso del TGC*, op. cit., p. 7.

295. Juan Jiménez Mayor, *Las relaciones parlamento-ejecutivo y el sistema legislativo, algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana*, art. cit., p. 153, y; César Landa, *La tolerancia política en el quehacer parlamentario*, art. cit., p. 38, ambos, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1994.

judiciales en materia de acciones de amparo y sobre todo de habeas corpus en el periodo de vigencia de la Constitución de 1979 (ver Cuadro N° 3).

Esta situación fue así, no obstante que la década 1982 y 1992 estuviera caracterizada, por un lado, por la frecuente violación de los derechos humanos, debido a la acción terrorista de Sendero Luminoso y a la acción represiva legal e ilegal de las Fuerzas Armadas, sobretodo bajo los estados de emergencia²⁹⁶; y, por otro, por la crisis económica, social e institucional que fomentó la arbitrariedad de las autoridades, y de los poderes privados y particulares, contra los derechos constitucionales económicos y sociales de los trabajadores y servidores públicos básicamente, en función del modelo económico aplicado²⁹⁷.

CUADRO N° 3
CAUSAS VISTAS EN MATERIA DE ACCION DE AMPARO Y
DE HABEAS CORPUS

AÑOS	AMPARO	HABEAS CORPUS	TOTAL
1983	27	03	30
1984	54	15	69
1985	25	05	30
1986	56	13	69
1987	68	13	81
1988	43	09	52
1989	32	02	34
1990	75	07	82
1991	68	15	83
1992*	46	01	47
TOTALES	494	83	577

* Hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el TGC.

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el diario oficial *El Peruano* y Gabriela Guillén Fernández, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en *Ius et Praxis* N° 17, Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

296. José Eguiguren, *El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988*, en AA.VV., *La Constitución diez años después...*, op. cit., pp. 263 ss.; asimismo, Guillermo Vargas, *Habeas corpus en los Estados de Excepción. Perú 1986-1987*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 203 ss.

297. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el Péndulo...*, op. cit., pp. 157 ss.; asimismo, Fernando Sánchez, *Aplicación y resultado del régimen económico de la Constitución*, en AAVV., *La Constitución diez años después*, op. cit., pp. 75-135.

Resulta paradójico que durante este periodo, con la existencia de gobiernos democráticos, basados en el Estado constitucional y las situaciones de violencia política y crisis económica, haya sido escaso el ejercicio cívico de los agraviados en la defensa de sus derechos fundamentales ante el TGC. Esta situación se explicaría, en buena medida, por la falta de conocimiento o legitimidad que le asignaron los justiciables a los recursos casatorios de sentencias sobre las denegatorias de las acciones de garantía constitucionales del Poder Judicial, dada la crisis del Estado de Derecho y la falta de una tradición de defensa de la libertad. En efecto, "la libertad solamente se hace real a través de la cultura, más allá del estado natural, en la globalización por medio de la familia, del estado constitucional y de la comunidad de los pueblos"²⁹⁸.

Pero, resulta aún más preocupante que el propio TGC, organismo llamado a tutelar los derechos fundamentales, desestimó la mayoría de los recursos casatorios contra las resoluciones denegatorias de la Corte Suprema en materia de habes corpus y amparo, poniendo en evidencia la poca relevancia que le otorgaba la justicia constitucional, a los escasos procesos constitucionales que inició la ciudadanía (ver Cuadro N° 4).

CUADRO N° 4
RESOLUCIONES SOBRE LAS ACCIONES DE AMPARO Y
DE HABEAS CORPUS (1982-1992*)

	CASADAS	NO-CASADAS	PRONUNCIAMIENTOS	TOTAL
AMPAROS	89 (18%)	377 (76.4%)	27 (5.4%)	493
HABEAS CORPUS	08 (9.6%)	67 (80.7%)	08 (9.6%)	83
TOTALES	97 (16.8%)	444 (77%)	35 (6%)	576

* Hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el TGC.

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, diario oficial *El Peruano* y Gabriela Guillén, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en *Ius et Praxis* N° 17, Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

298. Peter Häberle, *El concepto de los derechos fundamentales*, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (editor José Sauca), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 103. Asimismo, del mismo autor, *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, en *Pensamiento Constitucional...*, op. cit., pp. 54-57.

52 Como órgano judicial

El razonamiento judicial de los magistrados del Tribunal se caracterizó, en términos generales, por un positivismo normativista y social, lo que creó una jurisprudencia de conceptos, antes que una jurisprudencia innovativa, basada en principios y métodos de interpretación constitucionales. Debido, por un lado, a la falta de experiencia de vida democrática y constitucional del Perú, que dio lugar a una reflexión constitucional elemental desvinculada de la realidad concreta, poco uniforme y poco creadora²⁹⁹. Lo cual, en parte, es explicable. Por otro lado, en razón a la trayectoria profesional civilista, procesalista o judicialista más no constitucionalista de la mayoría de los magistrados constitucionales, que ejercieron su función de control constitucional con los vicios propios de un proceso judicial ordinario.

En efecto, el razonamiento judicial de la mayoría de los magistrados constitucionales estuvo atado a una práctica judicial positivista. Si bien existen varios modelos de resolución judicial positivista: a) el modelo silogístico de la subsión del caso en una norma preestablecida; b) el modelo realista, donde el juez primero decide y luego justifica; c) el modelo de la discreción judicial, que defiende el poder político del juez, y; d) el modelo de la respuesta correcta, donde el juez carece de discreción y por tanto de poder político³⁰⁰. Lo cierto es que la justicia constitucional peruana estuvo inmersa en la mayoría de sus sentencias en un concepto positivista-normativista. En virtud de la cual muchas veces se disoció la norma de la realidad; es decir, que los magistrados constitucionales fueron sólo la *bouche de la loi* constitucional, sin incorporar en su razonamiento judicial fenómenos de la realidad social concreta y no sólo teórica, que explicasen la existencia de su jurisdicción constitucional –silogístico–. En otras decisiones, los magistrados del Tribunal, a partir de la idea de considerarse meros aplicadores de la Constitución, instrumentalizaron la norma constitucional en el marco de un positivismo social propio de una justicia decisionista o de discreción judicial.

Otra de las características más saltantes de la actividad jurisprudencial fue la falta de sentencias del TGC, debido a la diáspora de opiniones de los magistrados que no llegaron en cinco casos –un tercio de sus sentencias sobre inconstitucionalidad de las leyes– a emitir sentencias, sino sólo pronunciamientos. Amparados en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley N° 23385), que estableció que se declaraba inconstitucional una ley sólo con seis votos **conformes** de los nueve

299. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo*, op. cit., pp. 144-145.

300. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 20 ss.

magistrados, los magistrados no lograron emitir sentencia en los casos de la Ley de Terrorismo y Desacato; Ley de los votos válidamente emitidos; Ley del voto preferencial en la elección parlamentaria; y, Ley de expropiación de terrenos en favor del Club Yurimaguas (en dos oportunidades). Denominándolas a estas “no sentencias” como **pronunciamientos**, sin vinculación ni eficacia jurídica alguna.

Lo singular del caso es que, si bien por el principio colegiado de las sentencias de los tribunales, es deseable que las opiniones de los magistrados se expresen en un fallo unitario, esto no es incompatible con que se incorpore la opinión minoritaria o separada, mediante votos singulares³⁰¹. Pero, en las resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, un tercio de las causas no tuvieron sentencias debido a los fallos disidentes, que se convirtieron en la regla y no en la excepción.

La razón de esta práctica judicial de votos singulares —no exento de cierto protagonismo—, como fuente de dispersión en la búsqueda de una opinión colegiada, deslegitimó al propio TGC, porque reflejó no sólo el enfrentamiento entre ideologías jurídicas en el seno del tribunal, sin llegar ninguna a triunfar, al no obtener seis votos necesarios para hacer sentencia, sino que también expresó el carácter político conflictivo de ciertas causas —como la acción de inconstitucionalidad contra la primera ley antiterrorista; contra la ley de los votos válidamente emitidos para la elección presidencial; y contra la ley electoral del doble voto preferencial para las elecciones parlamentarias—. El tribunal prefirió abstenerse de fallar y sólo emitió “pronunciamientos” acompañados, eso sí, de sendos votos singulares.

Votos particulares que por un lado expresaron discrepancias subjetivas sobre la valoración de la Constitución y, por otro, la defensa del interés público, en tanto primaba la responsabilidad de algunos jueces ante la Constitución, facilitando a la sociedad, con la publicación de sus votos particulares, un medio de control de su actividad como magistrados³⁰². Pero llevado al extremo los pronunciamientos, socavaron la propia eficacia y el respeto a la Constitución, en tanto no conseguían hacer sentencias.

Esta lógica positivista de resolución judicial, también se puede apreciar en la tutela de los derechos fundamentales a cargo del TGC. La Ley Orgánica

301. Antonin Scalia, *Remarks on dissenting opinions*, en Corte Costituzionale, *L'opinione dissenziente* (a cura di Andele Anzon), atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con una antología di opinioni dissenzienti di Giudice costituzionali e internazionali, Milano, Giuffrè editore, 1995, pp. 411 ss.

302. Francisco Ezquiaga, *El voto particular*, Madrid, CEC, 1990, pp. 142 ss.

del Tribunal de Garantías Constitucionales estableció que agotada la vía judicial ordinaria, la función casatoria del tribunal podía darse en contra de resoluciones judiciales, cuando hubiesen violado la ley, aplicado falsa o erróneamente la ley o cometido infracciones en el procedimiento constitucional. Sin embargo, el razonamiento de la mayoría de los magistrados constitucionales fue fallar sobre el fondo del asunto antes que casar o no casar las resoluciones judiciales puestas a su consideración. Convirtiéndose el TGC en una suerte de cuarta instancia judicial, con el agravante de que la mayoría de las resoluciones de habeas corpus (80.7%) y amparo (76%) fueron por la no casación³⁰³, a pesar de los comentarios optimistas entorno a las virtudes teóricas de la justicia constitucional³⁰⁴.

En efecto, la labor casatoria en materia de habeas corpus fue apenas de un 9.6% y en materia de amparo un 18%. Lo que demuestra una jurisprudencia constitucional residualmente garantista de la protección de los derechos fundamentales invocados por los justiciables. Una explicación de estos resultados se encuentra en que el razonamiento judicial fue

a) Las acciones de garantía (demandas de amparo y de habeas corpus) tienen por objeto la defensa de los derechos constitucionales; b) por tanto, si en ellas no se prueba la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, procede desestimarlas; y, c) en consecuencia, —¡oh terrible y nefasta consecuencia!— las resoluciones llegadas en casación no deben revocarse (“casarse”), cuando en los autos correspondientes no se demuestre el atentado (violación, lesión o amenaza) contra algún derecho constitucional, aun cuando en dichas resoluciones recurridas aparezcan las causales de casación³⁰⁵.

Este razonamiento judicialista, basado en el principio de la economía procesal, también partía de asumir virtualmente que no se podía resarcir la violación de los derechos fundamentales, a menos que el interesado hubiese probado la afectación de su derecho, cuando en realidad en un ambiente de violencia y crisis social, eran el Estado y los poderes privados los agentes proclives al quebrantamiento de los derechos fundamentales y, en consecuencia, existían supuestos reales que razonablemente podían llevar al TGC a un activismo judicial en aras de la tutela de los derechos humanos³⁰⁶.

303. Samuel Abad, *Selección de jurisprudencia constitucional, habeas corpus y amparo*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1990; asimismo, Julio Carrión Lugo, *Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Revista del Foro* N° 2, CAL, Lima, 1985, pp. 185 ss.

304. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional*, *op. cit.*, p. 92.

305. Manuel Aguirre, *La razón principal del fracaso del TGC*, *op. cit.*, p. 10.

306. Alberto Borea, *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, p. 47; asimismo, Oscar Aliaga, *Constitución peruana*,

En definitiva, la valoración de la jurisdicción constitucional, si bien se enmarca en la propia crisis de maduración democrática del Estado constitucional peruano, se puede decir que el TGC cumplió un tímido rol como órgano de control de la Constitución; jugó un opaco papel en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y una relativa labor de control constitucional de tutela judicial de los derechos fundamentales³⁰⁷. Pero también dejó sentada la premisa de que la supremacía constitucional, y los valores democráticos que ella incorpora, resultaron eficaces, cuando los magistrados asumieron una «voluntad de Constitución» (*Wille zur Verfassung*)³⁰⁸, de defensa del constitucionalismo social de la Constitución de 1979.

No obstante, en este último empeño, los magistrados constitucionales no lograron la unidad y la legitimidad constitucional necesarias para la defensa de su labor de control constitucional, motivo por el que, con el autogolpe de Estado del Presidente Fujimori, el 5 de abril de 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue clausurado junto a otras instituciones, abriéndose una etapa de gobierno de facto absoluto, con un constitucionalismo flexible y autoritario, que dejó sin defensa a los derechos fundamentales de los ciudadanos y sin control constitucional al gobierno de Fujimori. Poder de facto absoluto, que pronto se vio sometido a la presión nacional y sobre todo a la presión internacional. En función de las cuales se organizó el retorno a la democracia, mediante la dación de una nueva Constitución que consagró un modelo constitucional para la justicia constitucional, que a continuación se presenta en sus características más saltantes.

derechos humanos y libertad física, en *La Constitución peruana del 1979 y sus problemas de aplicación* (F. Eguiguren editor), Lima, Cultural Cuzco, 1987, p. 91.

307. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional...*, op. cit., p. 87.

308. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 26 ss.