

Tercera Parte: *Tribunal Constitucional y división de poderes*

III. Relaciones del Tribunal Constitucional con el Poder Legislativo	471
1. Crisis de la legalidad	473
2. Posición del Tribunal Constitucional respecto a la ley	482
2.1 Interpretación auténtica	483
2.2 Hechos cumplidos y derechos adquiridos	487
2.3 Irretroactividad de las normas	493
3. Tribunal Constitucional y las <i>political questions</i>	499
3.1 Tensión entre la política y el derecho	503
3.2 Test y límites del control judicial	510

RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER LEGISLATIVO

El modelo presidencial de gobierno, atenuado con instituciones parlamentarias, es el marco normativo en el cual se debería caracterizar la posición constitucional de la justicia constitucional con el Congreso, sin embargo, la realidad constitucional y política marcan un derrotero diferente en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Legislativo. En este sentido, cabe señalar que la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario ha sido uno de los ámbitos más conflictivos de nuestra justicia constitucional, a raíz de las sentencias de la justicia constitucional sobre el sistema de votación del TC y sobre todo de la ley de la reelección presidencial; por cuanto, en ellas, no sólo se debatieron los límites de la concreta actuación de su actividad jurisprudencial, sino también porque el Congreso llegó a afectar la propia existencia de la justicia constitucional, con la destitución de tres magistrados constitucionales. Conflictos que también se producen en otras realidades, pero que son resueltos dentro del sistema con mayor razonabilidad¹⁷⁹.

Se puede señalar, entonces, que las causas políticas *-political question-* no resueltas entre la mayoría y las minorías parlamentarias en el seno del Congreso, son la fuente del conflicto en sede judicial constitucional. Lo que supone una escasa racionalización del conflicto político entre las instituciones políticas: gobierno, oposición, parlamento, partidos, etc.; es decir que no se cumple la función garantista del Derecho en general, que consiste en la *minimizzazione* del poder. En la medida que el presidencialismo se caracteriza precisamente por desechar la búsqueda del consenso político y susti-

179. Antonio Baldassarre, *Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 83-195; Christian Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik*, en *Recht und Staat*, N° 466/467, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 5-34; Markus González Beifluss, *Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley*, en *REDC*, año 14, N° 42, setiembre-diciembre, Madrid, 1994, pp. 117 ss.

tuirlo por la regla de la mayoría¹⁸⁰, así como por el gobierno del Ejecutivo por decretos en desmedro del Legislativo; de aquí la suprema necesidad del Presidente de suplir a las instituciones democráticas con el apoyo de los poderes fácticos, en particular de los medios de comunicación, y mantener una especial y directa vinculación con la opinión pública, a través de los sondeos de opinión. En este esquema, el Congreso ocupa un rol secundario en el régimen político, status que se refuerza con el obsecuente rechazo de la mayoría parlamentaria a controlar al Presidente y a legislar pluralistamente, lo cual ha demostrado la falta de flexibilidad del presidencialismo, que ha generado numerosas crisis de legitimidad democrática¹⁸¹.

En la medida que el Tribunal Constitucional está inserto en este modelo político; sus magistrados tienen que ser concientes de los límites y las posibilidades de su relación, en particular, con el Congreso, por cuanto existe el peligro fundado de que la justicia constitucional, termine siendo sólo un espejo sin luz propia de la crisis de la democracia representativa y de los partidos políticos¹⁸². Crisis que ha dado lugar a que los principios de legalidad y el concepto de ley, sean subordinados en función de las exigencias y expectativas del gobierno, como en el caso de la ley de la reelección presidencial de Fujimori, sin respetar los principios constitucionales y democráticos básicos, como también el rechazo parlamentario al referéndum popular y a la sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró a la ley de la reelección presidencial inaplicable para el Presidente Fujimori. Este caso, puesto en sede judicial constitucional, terminó siendo un dilema a resolver, entre someterse a una legalidad de facto del poder o defender la Constitución a través de sus principios; pero, es del caso mencionar, que son con argumentos judiciales modernos y sólidamente sustentados, como se deberían abordar las cuestiones políticas que se planteen. Proceso, que si bien se enmarca en la crisis de la democracia, requiere que la justicia constitucional se reoriente a través de la apreciación judicial de la política.

180. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 975; asimismo, Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries...*, op. cit., pp. 23 ss.

181. Juan Linz, *The perils of presidentialism*, en Arend Lijphart (editor), *Parliamentary versus presidential government...*, op. cit., pp. 123 ss., Matheu Shugart y Scott Mainwaring, *Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate...*, op. cit., pp. 29 ss. En contrario, Manuel Alcántara, *De la reforma y consolidación del sistema político*, en Manuel Alcántara e Ismael Crespo (editores), *Los límites de la consolidación democrática en América Latina...*, op. cit., p. 45.

182. César Landa, *Crisis de la democracia representativa: a propósito del referendun sobre la ley de la reelección presidencial*, (Die Krise der repräsentativen Demokratie. Die Wiederwahl in Peru) conferencia ofrecida en la Universidad de Heidelberg, el 1 de diciembre de 1998, organizada por GRUPAL, Heidelberg, 1998, p. 12.

I CRISIS DE LA LEGALIDAD

El desarrollo constitucional contemporáneo es producto de un proceso constante de juridificación del poder hacia formas de organización democráticas y representativas, pero que no es lineal ni homogéneo, en la medida que el quehacer político y jurídico se basa en variables muchas veces independientes —e incluso vistas como contradictorias entre sí— como el bienestar económico, la solidaridad social, la cultura de libertad, entre otras. Motivo por el cual se ha señalado que la Constitución, otrora centro de unidad y de soberanía jurídica, ha perdido su carácter motriz frente a la realidad¹⁸³, debido a que el nuevo escenario donde se debaten y se resuelven los conflictos ya no está más en el Congreso o los partidos, sino en los poderes invisibles¹⁸⁴. Como también el Estado democrático liberal peruano se encuentra infectado de modos autocráticos, que atacan, debilitan o destruyen los centros vitales del Estado de Derecho.

Por eso, no se trata de una crisis coyuntural de las instituciones del régimen político, sino que esta crisis compromete al mismo pacto social, por cuanto hay tanto un divorcio entre la Constitución y la realidad, como también hay diversos grupos sociales detentadores de su propia constitución material, que viven en el borde, fuera o sobre la Constitución del Estado. Este nuevo escenario, que es dinámico y caracteriza a la política contemporánea, alcanza no sólo a la sociedad y a sus organizaciones, sino también al propio Estado, que con frecuencia se desvincula del núcleo de valores de la Constitución, creando una segunda Constitución a partir de la práctica legislativa intolerante de la mayoría parlamentaria y del presidencialismo. Por ello, si la soberanía de la constitución se encuentra subordinada al cumplimiento de las grandes decisiones económicas y políticas del régimen, y no a la Constitución, se puede adelantar, entonces, que no existe el espacio o posibilidad política suficiente, para que el Tribunal Constitucional cumpla con su cometido de controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno de Fujimori¹⁸⁵.

En cualquier régimen democrático, “la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayo-

183. Georges Burdeau, *Une survivance: la notion de Constitution...*, op. cit., p. 56. Opina en contrario el neoconstitucionalista Dominique Rousseau, *Une résurrection: la notion de Constitution...*, op. cit., pp. 5 ss.

184. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos...*, op. cit., pp. 24 ss.; Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia...*, op. cit., pp. 106 ss.

185. César Landa, *Balance del Primer Año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 268 ss.

ría¹⁸⁶ para asegurar “la elaboración constitucional de las leyes y en particular su constitucionalidad material”¹⁸⁷; sin embargo, en el Perú, en el mejor de los casos, el Tribunal Constitucional es la única opción que tienen la oposición política y las minorías parlamentarias, para poder apelar a una suerte de segunda Cámara, donde a pesar de seguir siendo minorías los argumentos del debate ya no serían políticos sino jurídicos; aún cuando debajo de cada litigio constitucional exista un problema político, susceptible de transformarse en una cuestión de poder¹⁸⁸. Si bien no se puede reducir el funcionamiento de la justicia constitucional al exclusivo juego de la mayoría y la minoría, lo cierto es que esta relación muchas veces al ser de suma cero, es fuente de los grandes conflictos que se producen entre los tribunales constitucionales y los parlamentos¹⁸⁹. En virtud de lo cual la justicia constitucional ha logrado desarrollar principios y técnicas de interpretación constitucionales, que permiten procesar y hasta resolver el puro problema político en términos jurídicos (ver Parte II, Cap. II, 3).

Sin embargo, los jueces constitucionales tampoco pueden asumir y operar con los conceptos tradicionales de legalidad o de ley, cuando se ha producido un cambio medular en la propia concepción de la ley y de su principio de legalidad, a la luz del establecimiento de un Estado y una democracia informal¹⁹⁰; por cuanto “para garantizar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no basta, en efecto, con atribuir a todos los jueces y tribunales la facultad de cuestionarla y a uno (o a todos) la de apreciarla. Es necesario

-
186. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*..., *op. cit.*, pp. 252-253.
187. Costantino Mortati, *La costituzione in senso materiale*..., *op. cit.*, pp. 115 ss.; asimismo, John Hart Ely, *Democracy and Distrust*..., *op. cit.*, pp. 125 ss.
188. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*..., *op. cit.*, p. 149; Heinrich Triepel, *Staatsrechts und Politik*..., *op. cit.*, pp. 24 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución*..., *op. cit.*, pp. 400 ss.
189. Mauro Cappelletti, *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo*, en *REDC*, N° 4, enero-abril, Madrid, 1982, pp. 9 ss.; Hans Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*..., *op. cit.*, pp. 35 ss.; Javier Salas, *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*..., *op. cit.*, pp. 141 ss.; asimismo, Angela Figueruelo, *Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo*..., *op. cit.*, pp. 47 ss.
190. Carlos Franco, *Acerca de pensar la democracia en América Latina*, Lima, Friedrich Ebert Stiftung, 1998, pp. 55 ss.; Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*..., *op. cit.*, pp. 45 ss.; asimismo, Manuel Jiménez de Parga, *La ilusión política. Hay que reinventar la democracia en España?*..., *op. cit.*, pp. 30 ss.

además que la estructura de la Ley haga posible este control¹⁹¹. Lo cual se ha visto gravemente afectado con el enraizamiento del presidencialismo, en tanto que ha generado un tránsito de la noción de ley general a la de ley particular, es decir que la concepción de legalidad formal ha sido sustituida por una nueva versión de la legalidad informal¹⁹². Motivo por el que debe quedar meridianamente delimitados los conceptos antes mencionados de legalidad y ley, a la luz de esta transformación operada.

La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista.

De esa manera, “la Constitución como ley formal y axiológicamente neutral, en cuanto mero instrumento de garantía de los intereses generales, de la sociedad frente a las ingerencias del poder del Estado, pierde toda significación. En una sociedad dividida en intereses múltiples e irreconciliables, proteger a ultranza la autonomía privada suponía consagrar el triunfo de los fuertes¹⁹³. Pero esa crisis del concepto clásico de Constitución, también alimenta la crisis de la noción clásica de ley, en tanto que está enraizada en el mismo concepto jurídico-formal de la Constitución, que se despoja de toda referencia valorativa y política.

Los atributos básicos de la ley formal eran su generalidad, racionalidad y previsibilidad, que otorgaban seguridad jurídica a la sociedad, en la medida que regulaban a la persona en términos abstractos y no particulares o singulares, y a sus conductas y relaciones en términos igualmente generales y

191. Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en REDC, Año 13, N° 39, setiembre-diciembre, Madrid, CEC, 1993, p. 39; asimismo, Antonio Baldassarre, *Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., p. 189.

192. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 302 ss.; asimismo, Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, op. cit., pp. 69 ss.

193. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 818; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 33; asimismo, Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, op. cit., pp. 69 ss.

no individuales; por eso, se llegó a afirmar que “se reconoce que una disposición es una regla general y abstracta, cuando ella no se agota en la aplicación de un caso previo y determinado anteriormente, sino que subsiste a esta aplicación; es decir, en tanto que ella no se aplique en un sólo caso, o tampoco a un sólo individuo”¹⁹⁴.

Pero dicha concepción se asienta en la idea fundamental de que es la autoridad legislativa la responsable de dictar las normas legales¹⁹⁵, en la medida que el orden social se concibe como un orden pacífico e integrado social, económica y políticamente, en torno a un sistema jurídico positivista y elitista. Pero cuando ese pacto oligárquico de dominación se resquebrajó en la transición del Estado liberal a un Estado social, debido a la aparición de la cuestión social, ya no aparece la ley como garante de las transformaciones socio-económica y políticas, sino la propia Constitución. Este cambio supuso también la suplantación del concepto formal de ley por el concepto formal de Constitución, así como también la idea de ley general por ley particular o medida¹⁹⁶, debido a la generalizada idea del positivismo jurídico, que ha llegado a identificar la ley en sentido formal con los actos de voluntad de la mayoría parlamentaria, propio de una concepción absolutista del poder: *auctoritas, non veritas facit legem*.

Así por ejemplo, a pocos meses de entrada en vigencia la Constitución peruana de 1993, una novedosa institución constitucional el *habeas data* fue materia de reforma constitucional, mediante Ley del Congreso N° 26470, en la medida que esta nueva garantía constitucional podía interponerse contra los medios de comunicación social, en caso que se negaran a dar cumplimiento al derecho de rectificación; el derecho que la Constitución reconoce a toda persona que hubiese sido agraviada por informaciones inexacta. Los medios de comunicación actuaron como un grupo de presión, conminando públicamente al Congreso a modificar dicho artículo constitucional, que había sido uno de los aportes modernos de la Constitución de 1993. La reforma constitucional fue aprobada inmediatamente y ratificada al año siguiente.

194. Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive...*, op. cit., p. 503; asimismo, Herbert L.A. Hart, *The concept of law...*, op. cit., pp. 86-96, donde distingue entre las normas primarias que aseguran derechos y obligaciones y, normas secundarias que estipulan como se forman y extinguen las normas primarias.

195. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, op. cit., p. 76; Max Imboden, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, pp. 23 ss.

196. Costantino Mortati, *Le leggi Provvedimento*, Giuffrè editore, Milano, 1968, pp. 1 ss.; Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, op. cit., pp. 151-157; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 302 ss.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en REDC, Año 13, N° 39, op. cit., pp. 36 ss.

En ese sentido, el positivismo y el decisionismo parlamentario se han identificado en la ley-medida, “que designa a los actos jurídicos con forma de ley y contenido determinado en cuanto vinculados a la consecución de un objetivo concreto”¹⁹⁷. En consecuencia, se ha dejado de lado el concepto general de ley por el de singularidad, lo cual supone, de otro lado, el abandono de la noción racional –kantiana– de la ley, por una idea marcadamente utilitaria –Bentham, Ihering– de la norma legal, en el mejor de los casos. En este último sentido, se puede afirmar que el Estado corporativo utiliza una idea de norma legal orientada a satisfacer objetivos concretos y no respetar principios abstractos.

Otro grave caso de desnaturalización constitucional, que ejemplifica este proceso, se dio en 1994 con la Ley N° 26337, que dispuso la suspensión de la implementación constitucional de los organismos constitucionales electorales, como la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, concentrando sus funciones en el Jurado Nacional de Elecciones, desnaturalizando así la eficacia de las nuevas normas constitucionales, en base a una interpretación positivista y voluntarista de la norma constitucional¹⁹⁸. Asimismo, cabe recordar que el Congreso también ha dejado de lado el mandato de la Décima Tercera Disposición Transitoria de la Constitución, la cual dispuso que las autoridades regionales debían ser electas a más tardar en 1995, sin embargo, ello nunca se produjo, ni el Presidente del Congreso ni el Presidente de la República dieron cuenta de esta omisión constitucional, quedando inmersos en la impunidad constitucional¹⁹⁹.

Por eso, se puede afirmar que la ley o más aún la voluntad del legislador, se ha convertido en el instrumento y la fuente supremos de creación del Derecho, dejando a la Constitución a un rol secundario, simbólico y sin eficacia directa, debido a que por su carácter eminentemente general y principista, el gobierno la ha instrumentalizado sin mayores consideraciones interpretativas, gracias a que cuenta con una holgada mayoría parlamentaria sin control constitucional. Por eso, si “sólo como excepción cabe considerar la existencia de violaciones constitucionales, dentro de un orden jurídico

197. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., p. 314; asimismo, Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley 1989, pp. 55 ss..

198. Francisco Fernández Segado, *Estudios de Derecho Electoral...*, op. cit., p. 807.; César Landa, *Derecho electoral: aspectos jurídicos y técnicos*, en *Derecho* N° 48, Lima, PUCP, 1994, pp. 171-190; asimismo, Valentín Paniagua, *Sistema Electoral*, en *LTC* N° 10, pp. 219 ss.

199. César Landa, *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, pp. 243-244; asimismo, Pedro Planas, *El desorden constitucional*, en *El Comercio*, 6 de abril de 1996, p. A2.

regular. Cuando la excepción se convierte en regla, es que la anarquía o el despotismo han reemplazado al orden constitucional²⁰⁰.

Frente a ello le correspondía actuar al Tribunal Constitucional, pero la mayoría parlamentaria fue renuente a constituirla oportunamente, y en la actualidad ha sido desactivada en lo referido al control constitucional de las leyes. Por eso, la justicia constitucional se encuentra incapacitada de resolver las acciones de inconstitucionalidad, por no tener el quórum respectivo a raíz de la expulsión de tres de sus miembros por la misma mayoría parlamentaria, que al dictar en 1995 la Ley N°26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estableció que sólo con seis votos de siete magistrados se podía declarar inconstitucional una ley del Congreso, con lo cual se desnaturalizaba la función de control constitucional de los actos de los poderes públicos.

Esta idea de ley formal, que cobija tanto a una concepción de legalidad clásica –abstracta– como a su contraria –singular–, refleja la necesidad de revisar los fundamentos positivistas de la noción de ley con que debe operar un futuro Tribunal Constitucional. En la medida que si la ley ya no es general, sino singular, se está produciendo una interferencia directa del Congreso en el quehacer de la jurisdicción constitucional u ordinaria, que resulta inaceptable en un Estado democrático, porque, “el juez es independiente porque depende sólo de la ley, pero no podría decirse que lo es si la ley pudiera contener previsiones concretas que se conformen como mandatos dirigidos al juez, que contengan instrucciones dirigidas al mismo”²⁰¹. Por ello, se ha llegado a afirmar que “si es precisamente la erosión del concepto de Ley como norma general y abstracta, e incluso como “ordenación de la razón”, la que explica el surgimiento y la generalización de la jurisdicción constitucional, es la existencia misma de esta jurisdicción la que exige que las leyes tengan una estructura abstracta, sin la cual se burlaría el control jurisdiccional”²⁰².

Por otro lado, debido a que los jueces sólo pueden actuar con independencia judicial, a partir de que la ley tiene un carácter general, que les

200. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, *op. cit.*, p. 294; asimismo, del mismo autor, *tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, pp. 138 ss., donde plantea el proceso de desconstitucionalización que aconteció en la década de 1930 en Argentina.

201. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 50-51; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 29-30;

202. Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en *REDC*, Año 13, N° 39, *op. cit.*, p. 40.

permite a los magistrados singularizar la norma a los casos concretos en conflicto. Pero si la singularización viene predefinida en la nueva concepción de ley particular, entonces, el quehacer judicial se convierte en una tarea de funcionarios no de magistrados lo cual ciertamente podría resultar cómodo para los jueces que tienden a encontrar la fundamentación de sus fallos en el tenor literal de la ley, antes que en la interpretación constitucional de la norma suprema²⁰³.

Tal es el caso de la Ley N° 26657, aprobada en agosto de 1996 por la mayoría oficialista, que dispuso interpretar retroactivamente el artículo 112° de la Constitución, para así, desconocer el periodo presidencial de Fujimori iniciado con la Constitución de 1979, a efectos de permitirle una segunda reelección en el año 2000, a pesar de que la Constitución lo rechazaba²⁰⁴. Por eso, el Tribunal Constitucional recordó en su sentencia sobre dicha ley que "el artículo 103° de la Constitución establece que pueden expedirse leyes especiales, por que así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. En el caso *sub judice*, el supuesto de la Ley N° 266657, sólo sería aplicable en las elecciones políticas generales a llevarse a cabo el año 2000 y, exclusivamente, para permitir la postulación de una persona"²⁰⁵.

En efecto, en la medida que la misma mayoría parlamentaria de 1996, también fue mayoría constituyente en 1993, en esta oportunidad planteó aprobar el mencionado artículo constitucional, expresando abiertamente unos y tácitamente otros de que en todo caso Fujimori sólo podía ser reelecto una vez en 1995, pero ya no en el 2000 (ver Primera Parte, Cap. V. 3.). En ese sentido, se puede señalar que "la época actual viene marcada por la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir de *reducida generalidad o de bajo grado de abstracción*, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención *regulativa* en sentido propio: en lugar de normas, medidas"²⁰⁶.

-
203. Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política...*, op. cit., pp. 249 ss.
204. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., pp. 49-51.
205. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, cit., pp. 146046.
206. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 36; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 317 ss.

Ahora bien, esta transformación de la ley general en ley particular, también se ha visto impulsada por el presidencialismo y el Estado corporativo²⁰⁷, a los cuales la mayoría parlamentaria ha servido sin rubor alguno a costa de tiranizar a la oposición política y a las minorías sociales. Por cuanto, si la concepción clásica de la ley era propia de la época de división de poderes, la nueva idea de ley material o singular responde más bien a la etapa de concentración de funciones legislativas en el Ejecutivo, y de un ejercicio autocrático del poder, sostenido por los grupos de presión, ante la crisis del parlamentarismo y de los partidos políticos. Lo cual es promovido por los objetivos de transformaciones económicas neoliberales que postula el Presidente Fujimori, sin consenso político, donde el capitalismo estatal se expresa en la desnaturalización de las leyes del Congreso, pero sobre todo en la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, así como a la falta de control parlamentario directo de los decretos legislativos y los decretos de urgencia.

El argumento antiparlamentario es que, frente a la inestabilidad política, económica y social heredada de regímenes anteriores, se creó una realidad vital llena de expectativas frustradas ante la cual era preciso decidir de modo inmediato las soluciones urgentes, de ahí que el esquema de legislación parlamentaria haya quedado rezagada en relación al Poder Ejecutivo, y que la mayoría oficialista del Congreso no sólo delege facultades legislativas periódicamente al Ejecutivo, sin perjuicio de que el Presidente legisle, simultáneamente, por decretos de urgencia, sin llevar a cabo el control parlamentario correspondiente. Dejando de lado la propia noción de Constitución, en la medida que “la Constitución como ley fundamental es el *freno jurídico de las actividades específicas* –funciones y poderes– *del Estado, ejercidas por los diputados como sus representantes* –los gobernantes, los funcionarios–”²⁰⁸.

En tal entendido, la ley otrora centro de la ordenación social y expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, se convierte en la expresión del desorden social y del enfrentamiento político –cuando no según Ripert– en manifestación de la *declinación del derecho*²⁰⁹, haciendo de ella no la solución del conflicto político entre el gobierno y la oposición, sino la profundización del mismo. Pero esta vez a raíz de un acto personal, concreto y particular, que representa intereses individuales; en tanto la crisis de la

207. Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia...*, op. cit., pp. 63 ss. y 85 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 37.

208. Adolfo Posada, *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 93.

209. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, op. cit., pp. 261 ss.

representación —en tanto base de la crisis de la ley— no permite institucionalizar el interés general de las demandas sociales, y ante ese vacío son los poderes fácticos y los grupos de presión los que participan en el inestable “mercado de leyes”. Pero lo que se puede haber ganado en flexibilidad y rapidez legislativa, se ha perdido en igualdad ante la ley, debido a la falta de pluralidad, debate, control y responsabilidad públicas del gobierno, que es la base de la democracia constitucional moderna²¹⁰. Si bien el monopolio de la legislación del Congreso ha dejado de existir, es de asegurar que ésta no se reproduzca en el Poder Ejecutivo, que a diferencia del Congreso no representa la pluralidad de intereses sociales, no existe publicidad del debate legislativo, no se asegura la protección de las minorías y menos aún existen mecanismos de autocontrol²¹¹.

Por ello, la reconstrucción de la noción de ley esta a resultas de encontrar en la Constitución los fundamentos de su legitimidad y validez social, lo cual supone dejar de lado la noción de ley formal en que el positivismo jurídico la había hundido²¹². Para tal efecto, hay que recuperar a la ley en función de la calidad unificadora de la Constitución, como centro de expresión de la legitimidad racional de los valores e intereses sociales que cuenten con un consenso social suficiente, y asegurar su carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para las mayorías parlamentarias, fuera del alcance de los señores de la ley. Así, “la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución, y se convierte ella misma en objeto de medición. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y en competencia”²¹³.

Sin embargo, la unificación del derecho en torno a la Constitución, no supone sustituir la vieja jerarquía normativa de la ley por la sola supremacía de la Constitución, debido a que ya se ha visto como tanto una mayoría

210. Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (editores), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis...*, *op. cit.*, pp. 1021 ss. y 1055 ss.; asimismo, Helmuth Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung...*, *op. cit.*, pp. 475 ss. y 507 ss.

211. Cynthia McClintock, *Presidents, messiahs and constitutional breakdowns in Peru*, en Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, volume 2, *op. cit.*, pp. 304 ss.

212. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 14 ss. y 171 ss.; asimismo, Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, *op. cit.*, pp. 76 ss.

213. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 40; Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, *op. cit.*, pp. 820-823; asimismo, José Vitoras Jiménez, *La función legislativa en la jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, *op. cit.*, pp. 490 ss.

constituyente puede oprimir a la oposición y a las minorías sociales como una mayoría legislativa; de ahí que, ante todo, el principio de legalidad y la propia noción de ley deben fundarse en una concepción moral de la Constitución, en tanto subordinación a los derechos fundamentales y respeto al pluralismo jurídico²¹⁴. En esta perspectiva la jurisdicción constitucional y en particular el Tribunal Constitucional, tienen un gran reto constitucional a cumplir, el mismo que no puede soslayar los déficits pasados, sino empezar reconociendo de cerca los mismos a efectos de revertir el pasado positivista.

2 POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA LEY

En julio de 1996, al cumplirse el primer año de gobierno del reelecto Presidente Fujimori, la mayoría parlamentaria oficialista se hizo eco rápidamente de los designios del poder²¹⁵ y ante el asombro del país y la tenaz pero estéril oposición de las minorías parlamentarias, aprobó el 23 de agosto de 1996 la Ley N° 26657, que la denominó Ley de Interpretación Auténtica del Art. 112° de la Constitución²¹⁶. Esta ley-medida, llamada de interpretación auténtica del 112° de la Constitución, persigue habilitar al Presidente Fujimori para que pueda ser reelecto en las elecciones políticas generales para del año 2000. Con lo cual su gobierno que empezó en 1990 y se renovó en 1995 por cinco años más, se extendería del 2000 al 2005, es decir que gobernaría durante tres periodos presidenciales consecutivos, a pesar que la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata, y que la Constitución de 1993 le facultó sólo a una reelección inmediata.

Esta Ley N° 26657, dictada casi dos meses después de la instalación del Tribunal Constitucional, como no podía ser de otra manera, fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, que dio lugar a que el Tribunal Constitucional dictara una sentencia declarando inaplicable la ley al Presidente Fujimori y

214. Ronald Dworkin, *Freedom's Law, the moral reading of the american constitution...*, op. cit., pp. 7-38; Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional...*, op. cit., pp. 133-143; Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política...*, op. cit., pp. 276 ss.

215. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina...*, op. cit., pp. 192-193.

216. César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática*, asimismo, Enrique Bernales, *El artículo 112° de la Constitución y la ley N° 26657*, ambos en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, op. cit., pp. 76-81 y 103-115; asimismo, Hubert Wieland, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en LTC N° 12, op. cit., pp. 201-206.

otro malhadado fallo que declaró infundada la demanda. No obstante, al ser esta causa una *political question*, la segunda “decisión” mostró sin mayor vergüenza judicial una escasa argumentación y fundamentación constitucional. Por ello, es en la sentencia que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial a Fujimori, donde se encuentran mayores argumentos a discutir en relación a la noción de ley que manejó el tribunal. En este sentido, a continuación se analizan la validez de la labor interpretativa de la Constitución a cargo del Congreso, así como los atributos del principio de legalidad –la aplicación de la ley en el tiempo y la irretroactividad de la ley–, consagrados en la Constitución de 1993.

21 Interpretación auténtica

Resulta importante aclarar la validez de denominar “interpretación auténtica” del artículo 112° de la Constitución, a la ley de la reelección presidencial, en la medida que este es un problema que guarda perfecta coherencia con la tesis de la mayoría parlamentaria, según la cual “el Tribunal Constitucional no es el intérprete supremo de la Constitución, por lo que no puede cuestionar la labor interpretativa del Poder Legislativo”²¹⁷. Es decir, que a juicio de los parlamentarios oficialistas, ellos gozan de la facultad de interpretar la Constitución, que es lo mismo que crear una segunda Constitución a medida de la voluntad política del gobernante, en un régimen de democracia mínima²¹⁸.

Sin embargo, es del caso mencionar que la otrora interpretación auténtica del legislador solía estar referida para cubrir las lagunas de la ley, en tanto norma general, pero desde que los jueces empezaron a interpretar la norma legal, para resolver un caso concreto, la interpretación auténtica pasó a ser competencia judicial, estableciendo su carácter vinculante²¹⁹. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, es el poder constituyente originario el autorizado para interpretar auténticamente la Constitución, al señalar

217. Tribunal Constitucional, *Declaran infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 145383.

218. Manuel García Pelayo, *El “status” del tribunal constitucional*, en REDC, N° 1, 1981, art. cit., p. 20.

219. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, op. cit., pp. 104 ss.; Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, en *Pensamiento Constitucional*, 1994..., op. cit., p. 27; asimismo, Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política...*, op. cit., pp. 29-30.

que “el Congreso Constituyente Democrático, autor de la Constitución... [es el] llamado a interpretarla “auténticamente”²²⁰.

Ahora bien, la interpretación *constitucional* tiene propiedades distintas de la otrora interpretación *legal*, entre ellas que no puede ser materia del legislador, sino del constituyente, porque de lo contrario significaría suplantarse la voluntad del poder constituyente por la voluntad de una mayoría parlamentaria transitoria²²¹, salvo cuando el Congreso reforma la Constitución, mediante el procedimiento agravado establecido en ella, ejerce parcialmente una esfera del poder constituyente, porque dicha función constitucional tiene límites o cláusulas pétreas o intangibles²²². Pero el legislador tampoco esta exento de interpretar la Constitución en el desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales, más aún, cabe afirmar desde una perspectiva de una sociedad democrática abierta, que los intérpretes de la Constitución son todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos sociales, en la medida que son participantes materiales de la norma constitucional²²³.

Es indudable que el Congreso puede dar leyes e interpretarlas, según el artículo 102^o-1 de la Constitución, pero ello no da mérito alguno para que se argumente puerilmente de que la Constitución es la ley de leyes, para los efectos de interpretarla desnaturalizándola, por cuanto, la Constitución es la ley más importante, que sirve de base y fundamento a las demás normas²²⁴. Porque las leyes que dicta e interpreta el Congreso –sin perjuicio de la interpretación particular que realizan los jueces– son normas de rango legislativo, propias de los poderes constituidos, de modo que el Congreso no está facultado, como antaño, a ser el supremo intérprete de la ley y bajo ninguna circunstancia a ser el intérprete auténtico de la Constitución²²⁵, ni existe

220. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657, El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997..., *art. cit.*, p. 146046.
221. Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral*, en Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendum...*, *op. cit.*, pp. 138; asimismo, César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática...*, *op. cit.*, p. 78.
222. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, *op. cit.*, pp. 199-226; Pedro de Vega, *Reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...*, *op. cit.*, pp. 244-291; asimismo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I: *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984, pp. 165 ss.
223. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten...*, *op. cit.*, pp. 79-80.
224. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, *op. cit.*, p. 241.
225. Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema...*, *op. cit.*, p. 33; asimismo, Juan Monroy, *El mito de la interpretación auténtica*, en *El Comercio*, 23 de enero de 1997, p. A2.

práctica parlamentaria alguna que pueda ir más allá de lo que la Constitución le limita, so pena de inconstitucionalidad. Lo que no quita que el Congreso en el desarrollo legislativo de la Constitución, realice una interpretación aplicada del mismo, pero nunca auténtica y menos aún retroactivamente, como era propio de los siglos XVIII y XIX²²⁶.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia que emitió rechazó indirectamente la facultad del Congreso de interpretar la Constitución, más aún, declaró inconstitucional la ley de la reelección presidencial, porque a su juicio no había nada que interpretar en el artículo 112° de la Constitución. En efecto, en los fundamentos de la sentencia se señaló que

la Ley N° 26657, pretende realizar una interpretación “auténtica” del artículo 112° de la Constitución Política del Estado, precisando que la reelección “esta referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional”, aspirando con ello a determinar que el sentido del artículo constitucional se encuentra, no en el texto claro de la norma, sino en tal interpretación²²⁷.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional asumió en este sentido la tesis de que el Congreso mediante la dación de leyes, podía interpretar la Constitución, pero sólo para los fines de desarrollo legislativo del texto constitucional. Pero nunca de manera abstracta ni menos auténtica, ya que un poder constituido cuando desempeña su función legislativa ordinaria, no puede obrar como un poder constituyente, lo que no obsta, repito, como no podría ser de otra manera, para que el legislador enmarque y realice su actividad legislativa concientemente y reflexivamente, dentro de los parámetros establecidos en la Constitución²²⁸. Esta tesis de la interpretación auténtica, estaba acorde en los tiempos del viejo y expresivo aforismo inglés: “La ley lo puede todo, menos cambiar un hombre en mujer” y que se expresaba en la idea de que “todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto su eficacia, en cuanto a la fuerza de ley”²²⁹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional estableció que “sin cuestionar la potestad legislativa de interpretar que el Parlamento no Constituyente

226. Bernardette Droste-Lehnen, *Die authentische interpretation. Dogmengeschichtliche Entwicklung und aktuelle Bedeutung*, Baden-Baden, Nomos Recht, pp. 124 ss.

227. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657, El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *cit.*, p. 146046.

228. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pp. 27 ss.

229. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 1993, p. 114.

posee y ejercita al dictar leyes de desarrollo constitucional, es jurídicamente inaceptable...²³⁰. Más aún, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de controlar y limitar los excesos o violaciones inconstitucionales de las leyes, le corresponde realizar la interpretación constitucional de la norma legal impugnada como una labor exclusiva, aunque no excluyente. Por cuanto el Tribunal Constitucional tiene como única función el control de la Constitución (Art. 201º de la Constitución). Claro que el Poder Judicial también interpreta la Constitución, cuando realiza el control difuso de constitucionalidad de las normas (Art. 138º de la Constitución), pero siempre queda sometido a la jurisprudencia del TC, como se analiza en el siguiente acápite. Mientras que el Congreso cuando legisla (Art. 102º-2 de la Constitución) queda subordinado, tanto a la Constitución como a la interpretación que de ella haga el intérprete supremo, es decir, el Tribunal Constitucional²³¹. Incluso, cuando el Congreso reforma la Constitución mediante ley, que aprueba en el procedimiento agravado dispuesto en el artículo 204º de la Constitución, su función legislativa extraordinaria estará condicionada a no violar las cláusulas pétreas e intangibles de la Constitución, en todo caso, si así fuera, el Tribunal Constitucional también podría entrar a controlar la ley de reforma constitucional²³².

Por ello, en el fallo del Tribunal Constitucional no se hace una lectura constitucional del artículo 112º, a partir sólo del texto literal y estático de la norma, sino de la realidad dinámica y concreta, a través de los principios de interpretación constitucional como concretización²³³, que puso en evidencia la intención legislativa que estaba detrás de la norma, asegurar que el Presidente Fujimori gobierne quince años, a partir de buscar desnaturalizar el sentido de la norma constitucional en cuestión.

230. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657, El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *art. cit.*, p. 146046.

231. Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 4 ss.; asimismo, Angela Figueruelo, *La incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo...*, *op. cit.*, pp. 47 ss.

232. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, *op. cit.*, pp. 273 ss.; Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, en Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht...*, *op. cit.*, pp. 21 ss.; Rubén Hernández Valle, *El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional*, en *REDC*, Año 13, N° 37, enero-abril, Madrid, 1993, pp.150-155.

233. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...* *op. cit.*, pp. 43 ss.; asimismo, Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral*, en Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun...*, *op. cit.*, pp. 141 ss.

22 Hechos cumplidos y derechos adquiridos

Los congresistas Jorge Muñiz Ziches y Jorge Trelles Montero, entre otros representantes de la mayoría fundamentaron en el debate parlamentario la necesidad de dictar la Ley N° 26657, en la medida que existían dudas razonables sobre el contenido del artículo 112º, y en tanto que la aplicación de la prohibición de la segunda reelección era válida sólo a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993²³⁴. Si bien,

el artículo 112º, muy nítido pero incompleto, daba lugar a dos interpretaciones: la primera era que Fujimori no podía reelegirse en 1995, sino tenía que esperar hasta el año 2000, en donde recién operaría a plenitud la reelección presidencial para él. La otra interpretación era que la reelección era inmediata, o sea, hasta el año 2000, con lo cual el periodo 1995–2000 era el segundo periodo. Pero, que quede claro: una u otra interpretación, no las dos al mismo tiempo²³⁵.

No obstante, a juicio de la mayoría parlamentaria, entre los años 1995 y el 2000 el Presidente Fujimori recién estaría ejerciendo su primer periodo presidencial con la Constitución de 1993, la misma que le permitiría candidatear para un segundo mandato en el año 2000. Para poder dar este sentido al mandato constitucional, la Ley N° 26657 estableció expresamente que para los efectos de la postulación del Presidente Fujimori a la reelección del 2000, “no se tiene en cuenta retroactivamente, los periodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución”. Esto es, que se excluye el periodo presidencial de Fujimori de 1990 a 1995, como susceptible de ser considerado como la primera elección, en tanto el origen de dicho mandato presidencial se dio con la Constitución de 1979, derogada con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993²³⁶.

Si bien la tarea del Congreso es dar leyes que desarrollen la Constitución, sin desnaturalizarla, además de controlar al Poder Ejecutivo y representar a la ciudadanía; esto no ha sucedido con la Ley N° 26657, que ha “vaciado” de contenido al artículo 112º de la Constitución que prohíbe la reelección presidencial por dos periodos consecutivos. Por cuanto, es un hecho comprobable y no interpretable que el Presidente Fujimori ha ejercido la

234. César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, *op. cit.*, pp. 72 ss.; asimismo, ver *La República*, 23 de enero de 1996, p. 3.

235. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, *op. cit.*, p. 51.

236. Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral...*, *op. cit.*, p. 139.

Presidencia de la República en un primer periodo de 1990 a 1995, y que se encuentra ejerciendo un segundo periodo de 1995 hasta el 2000. Y de llevarse a cabo los propósitos gubernamentales, Fujimori sería Presidente en un tercer periodo del 2000 al 2005. De modo que el gobierno ha tergiversado mediante la ley la realidad del ejercicio de dos mandatos presidenciales, transformando en base a su mayoría parlamentaria dos periodos en un solo periodo presidencial²³⁷. A estos casos se refería Leibholz, cuando afirmó que "resulta que el proceso legislativo se halla en cada caso a merced de un partido o de una coalición de partidos..., [por ello] el dominio del proceso legislativo por los partidos ha llegado a ser casi absoluto, por incontrolable"²³⁸.

Esto quedó meridianamente claro en la sentencia del Tribunal Constitucional, cuando el fallo estableció que

la norma impugnada no aclara, no modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del artículo 112° de la Constitución, sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y harto sui generis vigencia temporal, de suerte: a) que una parte de él —la que permitió la reelección del actual Jefe de Estado en 1995— sí rija desde que entró en vigencia la Carta Magna de 1993; y b) que otra parte de él —la que no permite sino una reelección inmediata— no rija sino a partir de las elecciones de 1995...²³⁹

Es decir, por un lado, el Presidente fue **reelecto** en 1995 al amparo del artículo 112° de la Constitución de 1993, por otro para la ley del Congreso esa fue su primera elección, habilitando a Fujimori para una ficticia primera reelección en las elecciones presidenciales del año 2000.

Con lo cual se planteó el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, problema fundamental del principio de legalidad²⁴⁰, en función del cual se

237. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., p. 49; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, edición del 11 de octubre de 1996, p. A2.

238. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 29-30.

239. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, art. cit., p. 146046.

240. Etienne de Szászy, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie des droits privés)*, en Académie de Droit International, *Recueil des Cours* 1934, I, tome 47, Paris, Sirey, 1934, pp. 145 ss.; Gunter Kisker, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, pp. 12-36; José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991, pp. 63-77; asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1990, pp. 112 ss. y 175 ss.

dirime la constitucionalidad o no de la reelección presidencial de Fujimori en el 2000, pero a partir de determinar si es la teoría de los derechos adquiridos, o la de los hechos cumplidos la que rige en materia constitucional.

La ley de interpretación auténtica tácitamente se fundó en la teoría de los hechos cumplidos –*théorie des facta præterita*– que es la que prima como regla general en el Derecho privado, según la cual, “la nueva ley no tiene efectos sobre los hechos pasados”²⁴¹ o, dicho de otra manera, “los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta; los cumplidos después, de su promulgación por la nueva”²⁴². En ese sentido, la Ley N° 26654, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobada de acuerdo a la estrategia de la mayoría parlamentaria días antes de la ley interpretativa, estableció que “cuando una norma de Derecho Público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, sólo tiene en cuenta los iniciados con posterioridad a la referida norma”; asimismo, dispuso que esta tesis de los hechos cumplidos fuese de aplicación en todos los actos de los poderes públicos, salvo en el ámbito judicial²⁴³.

Con lo cual se pretendió someter al Jurado Nacional de Elecciones a la aplicación de la tesis de los hechos cumplidos, desconociendo que el JNE es un organismo jurisdiccional electoral, con lo cual queda fuera del ámbito de la aplicación de la mencionada ley. No obstante, de acuerdo a esta ley de los hechos cumplidos, de la mayoría parlamentaria²⁴⁴, el Presidente Fujimori estaría habilitado para ejercer hasta dos mandatos presidenciales consecutivos, en el marco de la Constitución de 1993, en tanto que, la primera elección en 1990 fue realizada bajo la Constitución de 1979, la que agotó sus efectos con su derogación por la Constitución de 1993. Lo cual supone entender que la Constitución pueda ser interpretada en base a una ley del Congreso, y no desde la propia unidad interna de la Constitución otorgándole además un contenido –*teoría de los hechos cumplidos*– propio del derecho civil.

241. Etienne de Szászy, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie des droits privés)*..., op. cit., p. 200.

242. Mario Alzamora Valdez, *Introducción al Derecho*, Lima, 1980, p. 283.

243. Valentín Paniagua Corazao, *Reelección presidencial y legislación electoral*, en Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun*..., op. cit., pp. 137-138.

244. Hubert Wieland, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en LTC, N° 12, art. cit., pp. 207 y 211; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, del 11 de octubre de 1996, p. A2.

Frente a esta privatización de la Constitución, por el contrario, cabe plantear que la Constitución de 1993 adopta la *teoría de los derechos adquiridos* como regla. En cuanto a la teoría de los derechos adquiridos, se puede señalar que “todo hecho jurídico, sea un hecho fortuito o acto jurídico, se regula tanto en lo que concierne a sus condiciones de forma o de fondo, como en lo que afecta a todos sus efectos, pasados, presentes y futuros de conformidad al principio *tempus regit actum*, es decir, por la ley del tiempo en que el hecho fue jurídicamente cumplido, salvo que la ley nueva disponga lo contrario”²⁴⁵. De allí que, siguiendo las tesis subjetivistas de la irretroactividad de la ley, los derechos constitucionales y su contrapartida los deberes y las obligaciones constitucionales, se mantienen en el tiempo ultractivamente, a pesar de que una nueva norma constitucional modifique dichos derechos y obligaciones, en la medida que, se contrajeron en base a una norma determinada, lo cual garantiza estabilidad y seguridad jurídicas, así como, también, protege al ciudadano frente a la arbitrariedad del legislador²⁴⁶.

Así por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución, dispone que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo” y se podría extender al trabajador y al contribuyente, según los artículos 26°-2 y 74° de la Constitución. Por otro lado, el artículo 62° del texto constitucional establece que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones [...]. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente...”; asimismo, la primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución es evidente que le otorga ultractividad a los derechos pensionarios adquiridos “los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos...”.

Lo cual supone que la regla constitucional en materia de derechos sea, por un lado, que los derechos fundamentales adquiridos son irrenunciables, y por tanto, también, las obligaciones constitucionales vinculen a los ciudadanos, y por otro, que sólo excepcionalmente la ley pueda modificar retroactivamente el *status* de los derechos y obligaciones adquiridos, cuando

245. José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas...*, op. cit., p. 60; asimismo, Marcial Rubio, *Título Preliminar*, Lima, Fondo Editorial, PUCP, 1988, p. 61.

246. Ferdinand Lasalle, *Théorie systématique des droits acquis: conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, Giard & Brière, Paris, 1904, pp. 153 ss., asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei...*, op. cit., pp. 122 ss.

se trate de materia penal, laboral y tributaria y siempre que favorezca a la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, ya que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En tal entendido, la práctica jurídica de los poderes públicos ha sido concurrente a la tesis de los derechos y obligaciones constitucionales adquiridos, lo cual constituía un impedimento para que Fujimori fuese candidato presidencial en 1995²⁴⁷. No obstante, por un lado, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial han venido aplicando la teoría de los derechos constitucionales adquiridos en materia de protección de los derechos fundamentales, según se puede apreciar en la jurisprudencia sobre las acciones de amparo, que se han resuelto en base a la Constitución de 1979 por estar pendientes de sentencia final, estando ya en vigencia la Constitución de 1993²⁴⁸. Más aún, el propio Congreso también ha aplicado en reiteradas oportunidades la teoría de los derechos adquiridos, al permitir que el exPresidente Alan García y varios de sus exministros y altos funcionarios con rango ministerial del régimen aprista del periodo 1985–1990, hayan continuado gozando del privilegio de la acusación constitucional, dispuesta por la Constitución de 1979 ya derogada entonces –prerrogativa que la Constitución de 1993 ya no les concedía–²⁴⁹.

Por otro lado, el Congreso Constituyente Democrático, autor de la Constitución de 1993, en la primera ley constitucional que dictó –6 de enero de 1993– reconoció el primer mandato de Fujimori electo en 1990 hasta 1995, apelando a la disposición del artículo 205° de la Constitución de 1979. Posteriormente, el mismo CCD dictó la Ley N° 26430, el 5 de enero de 1995, en la cual estableció las normas electorales aplicables al ciudadano que ejerciendo la Presidencia de la República, postulase a la reelección; norma que fue aplicada a la candidatura de Fujimori en 1995²⁵⁰.

247. Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, op. cit., p. 51.

248. EL PERUANO, *Jurisprudencia de habeas corpus*, edición del 18 de octubre de 1996, pp. 2345 ss.; asimismo, EL PERUANO, *Jurisprudencia de acción de amparo*, edición del 1 de diciembre de 1996, pp. 2453 ss.

249. César Landa, *Informe al Colegio de Abogados de Lima, sobre la acusación constitucional contra Javier Tantaleán Arbulú ex-Jefe del INP*, documento, Lima, 23 de mayo de 1994, p. 8.

250. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, art. cit., pp. 146046-146047.

Si bien, en ese momento se dijo que “Fujimori no podía ser candidato en 1995 porque la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata”²⁵¹, quedó habilitado por el JNE, en el entendido que iba a la reelección facultada por la Constitución de 1993. En efecto, ante una tacha a su candidatura presidencial, el Jurado Nacional de Elecciones, consideró “que el artículo 112° de la Constitución de 1993 permite la **reelección** del Presidente de la República, sin establecer limitación alguna”; motivo por el cual, resolvió declarar infundada la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato a la Presidencia de la República de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori²⁵². Asumiendo, así, la jurisprudencia electoral la posición según la cual la elección de Fujimori en 1995 era una reelección, es decir que fue su primera reelección.

No obstante, la mayoría parlamentaria realizó una equívoca o falsa adaptación de la teoría de los hechos cumplidos a la Constitución, cuando es la teoría de los derechos y obligaciones adquiridas la que asume la Constitución de 1993, aún cuando existan normas infraconstitucionales como el Código Civil y la Ley de Normas Generales y Procedimientos Administrativos que dispongan la validez de la teoría de los hechos cumplidos, que son válidas en el ámbito de su competencia, que no es la constitucional.

En ese sentido, se puede decir que el Tribunal Constitucional, aún cuando no se pronunció acerca de la ley de la reelección ni sobre la vigencia de la teoría de los hechos cumplidos o de los derechos adquiridos en cambio sí abordó tangencialmente este tema jurídico-constitucional, cuando fundamentó su sentencia en el recuento sistemático de las normas legales –Ley constitucional del 5 de enero de 1993, Ley N° 26430– y resoluciones electorales –Resolución N° 172-94-JNE–. Asimismo, el Tribunal Constitucional no tomó en cuenta a la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que dispuso la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos, en la medida que “no es aplicable al caso presente, porque la elección presidencial no constituye acto administrativo, sino político, realizado por el pueblo soberano y no por órgano del Estado”²⁵³. En función de todo lo cual, declaró que la reelección inmediata a que faculta el artículo 112° de la Constitución ya se había producido en 1995.

251. Enrique Bernales, *El artículo 112° de la Constitución y la ley N° 26657*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, *op. cit.*, p. 114; asimismo, Domingo García Belaunde, *La reelección presidencial y la constitución histórica...*, *op. cit.*, p. 49.

252. Jurado Nacional de Elecciones, *Declaran infundada tacha interpuesta contra miembro de fórmula presidencial*, Resolución N° 172-94-JNE, Lima, 26 de octubre de 1994.

253. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *art. cit.*, p. 146047.

Más bien, es del caso mencionar que el Tribunal Constitucional, en el caso de la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, estableció un criterio civilista antes que constitucionalista en materia de la aplicación de la ley en el tiempo. En efecto, sin perjuicio de reconocer los derechos adquiridos de los jubilados, dado el efecto ultractivo de las normas sobre pensiones, que le otorgó la primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional señaló que ello no desconocía el mandato de la obligatoriedad de la nueva ley de pensiones, “ya que la Constitución consagra la teoría de la aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementando lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil”²⁵⁴. Es decir, la afirmación de los magistrados del TC no fue sustentada constitucionalmente, sino que apelaron de manera determinante a un principio civilista, renunciando a encontrar en la Constitución los fundamentos de su fallo.

23 Irretroactividad de la ley

Fujimori fue electo en 1990 por cinco años con la Constitución de 1979 y reelecto en 1995 por el mismo periodo con la Constitución de 1993. Pero su posición presidencial a partir del 31 de diciembre de 1993 –fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1993–, supuso que en materia de duración de su periodo presidencial, las constituciones de 1979 y 1993 rigiesen simultáneamente. La primera en cuanto al periodo presidencial válido hasta 1995, es decir con efectos ultractivos, y la segunda, en todo lo referido a las competencias y atribuciones presidenciales. Sin embargo, la ley interpretativa dispuso la inexistencia del periodo presidencial anterior a 1995, para efectos de crear la ficción jurídica de que Fujimori sólo era Presidente a partir de 1995. Por eso, se ha señalado que “la Constitución de 1993 rigió durante el [primer] mandato del Presidente de la República. Por tanto, cuando el Presidente de la República postuló a las elecciones de 1995, lo hizo no a una simple elección, sino a la única reelección que el Artículo 112° permitía”²⁵⁵.

254. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposición transitoria del D.L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS...*, cit., p. 148812.

255. César Delgado Guembes, *La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, op. cit., p. 76.

Pero la mayoría parlamentaria fue mucho más allá de esa ficción. En una discutible interpretación de la norma constitucional, dispuso aplicar retroactivamente la Ley N° 26657 a hechos anteriores a la vigencia de la misma, es decir, desconociendo el periodo presidencial de Fujimori de 1990 a 1995, en función de los intereses electorales del gobierno de posibilitar una tercera elección consecutiva al Ing. Fujimori en el año 2000, no obstante que la segunda reelección está prohibida por la Constitución de 1993.

Si queremos precisar el alcance específico de la retroactividad jurídica, se debe afirmar que “la retroactividad consiste en la aplicación de la norma jurídica a supuestos de hecho, actos, relaciones jurídicas, y/o situaciones existentes con anterioridad al inicio de su vigencia formal”²⁵⁶, sin embargo, es del caso especificar que la retroactividad también asume diversos grados, así: a) la retroactividad absoluta o imposible, aplica la nueva ley a efectos consumados de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de una ley anterior; b) la retroactividad relativa, aplica la nueva ley a efectos aún no consumados de relaciones que se crearon al amparo de una ley anterior, y; c) la irretroactividad limitada, es la aplicación de la norma más favorable²⁵⁷. No obstante que la Constitución de 1993 establece el principio de la retroactividad limitada, se puede decir que con la ley de la reelección se aplicó la retroactividad absoluta y en materia no autorizada por el constituyente.

En este entendido, con la ley interpretativa de la reelección presidencial, se violó no sólo el principio constitucional del segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución, según el cual “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo...”, sino también se violó la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución, que “admite la posibilidad de un cambio constitucional (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación; pero excluye el quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) –desviación del texto en un caso concreto– y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación”²⁵⁸.

256. José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas...*, op. cit., p. 8.; asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei...*, op. cit., pp. 253 ss.

257. C.F. Gabba, *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Vol. I, Pisa, Tipografia Nistri, 1868, pp. 27 ss.; asimismo, José Suárez Collía, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas...*, op. cit., pp. 69-76.

258. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 52; Bodo Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intemporale Gesetzgebung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, pp. 50 ss.; Gunter Kisker, *Die Rückwirkung von Gesetzen...*, op. cit., pp. 67 ss.; asimismo, César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, 11 de octubre de 1996, p. A2.

En consecuencia, en el marco del moderno Estado de Derecho, dar eficacia retroactiva a una norma legal es inconstitucional, a menos que favorezca al reo, trabajador o contribuyente, según los artículos 22°-6, 74° y 103° de la Constitución, ya señalados. Más aún, ya desde el siglo pasado había conciencia en la doctrina jurídica acerca de los límites a la ley interpretativa retroactiva, en virtud de la cual se señalaba que “la eficacia retroactiva de las leyes interpretativas tampoco pueden extenderse a las relaciones jurídicas perfeccionadas y finalizadas mediante transacción o sentencia”²⁵⁹. En efecto, la retroactividad de la ley ha sido una práctica frecuente en la etapa pre-democrática del Estado de Derecho o en las épocas revolucionarias, que se justificaron en nombre de la justicia. Pero, en cualquier caso, queda claro que estas leyes son producto del arbitrio del legislador, materia indiscutible en el siglo XIX, ya que existía la firme idea de que el Parlamento era el primer poder del Estado. Sin embargo, el proceso de desarrollo socio-económico y político de inicios del siglo XX, llevó a una racionalización del poder y a una afirmación de la confianza ciudadana en el gobierno²⁶⁰, mediante la prohibición o restricción de la omnímoda voluntad del legislador.

De allí que siempre la retroactividad de las leyes interpretativas no sólo tenían límites, sino también supuestos imposibles, como desconocer los efectos de las relaciones jurídicas consumadas o acabadas con anterioridad²⁶¹. Pero en el caso de la reelección de Fujimori, la mayoría parlamentaria dispuso en la Ley N° 26657, interpretativa del artículo 112° de la Constitución, que dicha norma legal se aplicase retroactivamente, contraviniendo tanto lo dispuesto expresamente en el artículo 103° de la Constitución, así como también, desconociendo que el Presidente Fujimori al haber sido reelecto en 1995 por cinco años más, ya había agotado el supuesto jurídico del artículo 112° de la Constitución.

Si bien es cierto que las leyes retroactivas son inmorales, porque destruyen la seguridad jurídica del pacto social²⁶², no es así si se establecen

259. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I..., *op. cit.*, p. 20; asimismo, José Cardozo, *Da retroatividade da lei...*, *op. cit.*, pp. 309 ss.

260. Vladimír Kubeš, *Theorie der Gesetzgebung*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1987, pp. 17 ss.; asimismo, Eloy García, *Legittimità e forma de governo: alcune considerazioni sul significato dell'ideologica nel regime democratico*, en Silvio Gambino, *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Repubblica di San Marino, Maggioli editore, 1997, pp. 111-132.

261. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 27 ss.; Etienne de Szász, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie des droits privés)*, *op. cit.*, pp. 210-215; asimismo, Konrad Hellwig, *Grenzen der Rückwirkung*, en *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, pp. 25 ss.

262. Benjamín Constant, *Le Moniteur Universel*, 1 de junio de 1928, p. 755. En contrario, Ferdinand Lassalle, *Das System der erbobenen Rechte*, 1861.

claramente las excepciones que el poder constituyente considere jurídicamente tutelables consensuadamente. Ello es así por el peligro que supone la aprobación de leyes retroactivas, por transitorias mayorías parlamentarias que pueden ir creando, de acuerdo a decisiones circunstanciales, su enraizamiento en el poder, en perjuicio de la oposición y de las minorías sociales, en definitiva vaciando de contenido el proceso de fortalecimiento de la democracia constitucional, que en términos generales se resume en el sistema de gobierno limitado²⁶³.

Entonces la licitud de la retroactividad de la ley sólo es válida a condición de que se aplique a los supuestos establecidos en la Constitución, de modo que es aplicable a la esfera del Derecho Público el viejo principio del *tempus regit actum*, en la medida que la Constitución no tiene efecto retroactivo salvo disposición en contrario de ésta, con lo que se establece una presunción *iuris tantum* sobre la irretroactividad de las leyes, que también alcanza directamente a los jueces como intérpretes de la norma²⁶⁴. Es decir, los legisladores y magistrados, en el ejercicio de la función legislativa y de la función jurisdiccional, podrán dar leyes o interpretarlas retroactivamente, respectivamente, para el reo, trabajador y contribuyente, respetando los siguientes criterios y límites:

- a. *Principio de legalidad*. El principio de legalidad es consustancial al Estado de Derecho y se expresa en la figura del imperio de la ley, el mismo que se encuentra subordinado al otro principio de la supremacía constitucional; en este sentido, la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de menor jerarquía, según establece el artículo 51° de la Constitución de 1993. Por ello, se ha dicho que “el Estado de Derecho será, pues, el imperio de la ley, la convivencia dentro de las leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales”²⁶⁵. Por lo tanto, la irretroactividad de la ley como regla, es una característica básica del principio de legalidad.

263. Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy...*, *op. cit.*, pp. 3 ss.; Jon Elster, *Introduction to constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*, Cambridge University Press, 1988, pp. 2 ss.; asimismo, Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes...*, *op. cit.*, pp. 150 ss.

264. C. F. Gabba, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 315 ss.; asimismo, Fritz Zunft, *Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, tomo 152, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1952, pp. 289 ss.

265. Eduardo García de Enterría, *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*,

- b. *Seguridad jurídica*. El principio de legalidad tiene su expresión más frecuente en la seguridad jurídica, según la cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Constitución de 1993, artículo 2º-24-a). Por ello se ha dicho que “el Estado de Derecho es lo opuesto al Estado de poder, es decir la reiterada contradicción de la *liberté de citoyen* con la *gloire de l'état*”²⁶⁶. De allí el preciso sentido que contiene el concepto de Estado de derecho burgués, de asegurar la libertad a través de la ley, mediante el principio de legalidad criminal (Beccaria, Feuerbach), en la fórmula *nullum crimen sine lege*; la misma que ha sido desarrollada ampliamente como un derecho fundamental: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Constitución de 1993, artículo 2º-24.d). Por ello, se dice que el principio de irretroactividad es expresión del valor seguridad jurídica, que tiene como contrapartida a los derechos adquiridos.
- c. *Derechos adquiridos*. La seguridad jurídica encuentra en la protección de los derechos de las personas, la consecuencia más idónea para el desarrollo de los derechos fundamentales. Si bien el legislador puede desde ya variar y actualizar la legislación en sentido retroactivo, la eficacia *ex-tunc* de la norma es sólo válida en cuanto sirva para ampliar los derechos fundamentales, en los casos excepcionales previstos en la norma constitucional –reo, trabajador y contribuyente–; sin embargo, también es del caso aplicar esta regla al juez constitucional, quien sólo podrá interpretar retroactivamente las normas que favorezcan a los sujetos específicamente tutelados en la Constitución²⁶⁷.

Si bien la Constitución de 1993 no usa la expresión derechos adquiridos²⁶⁸, estos quedan claramente establecidos en las siguientes disposiciones constitucionales: el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2º-1); ninguna relación laboral puede limitar el

en REDC, Año 4, N° 10, Madrid, CEC, 1984, p. 12; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El principio de legalidad*, en REDC N° 39, *op. cit.*, pp. 21 ss.

266. Carl Schmitt, *Verfassungslehre...*, *op. cit.*, p. 130; asimismo, Max Imboden, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung...*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

267. C.F. Gabba, *Teoría della Retroattività delle Leggi*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 301 ss. y 315 ss.; asimismo, Bernardette Droste-Lehnen, *Die authentische interpretation. Dogmengeschichtliche Entwicklung und aktuelle Bedeutung...*, *op. cit.*, pp. 301 ss.

268. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, 11 de octubre de 1996, p. A2.

ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, tienen carácter irrenunciables (artículo 22° y 26°-2); los contratos pactados válidamente según las normas vigentes del contrato, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores (artículo 62°, los tributos dictados en violación de los derechos fundamentales no surten efectos (artículo 74°); o que los jubilados mantienen el régimen de pensiones que obtuvieron a pesar de las modificaciones legales posteriores (Primera Disposición Final y Transitoria)²⁶⁹. Por ello, se puede decir que la irretroactividad de la ley es la otra cara de los derechos adquiridos.

- d. *Dignidad humana*. Los derechos fundamentales se fundan en el artículo de apertura de la Constitución y en la cláusula de los derechos implícitos, según los cuales se podría decir que la protección de los derechos fundamentales del artículo 2° de la Constitución, no excluye a los otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (artículos 1° y 3°). En ese sentido, una ley retroactiva supondría un ataque a la esencia de la dignidad humana y desde ya a la vieja autonomía de la voluntad²⁷⁰.

Como quiera que la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del *status quo* democrático y, en consecuencia, un punto de no retorno²⁷¹. Tenemos así entonces que, la no retroactividad de la ley, es la expresión de la eficacia del respeto a la dignidad humana, que “convierte al Diputado en agente fiduciario de los derechos fundamentales de los ciudadanos; en un sentido más profundo, está obligado a actuar en la realización de los derechos fundamentales de todos”²⁷². El principio de confianza –*Vertrauensgrundsatz*– de los ciudadanos en la autoridad, está en función, pues, de que ésta respete la dignidad de la persona humana, evitando la arbitrariedad legislativa de dictar leyes con efectos retroactivos.

269. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposición transitoria del D.L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS...*, cit., p. 148812.

270. Ludwig Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, Elwert'sche Verlagbuchhandlung, 1889, pp. 17 ss., 56 ss. y 152 ss.

271. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 849-854.

272. Antonio López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia...*, op. cit., ponencia de Peter Häberle, sobre *El legislador de los derechos fundamentales*, p. 117; asimismo, Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 167 ss.

Aún cuando en la sentencia de la ley de la reelección presidencial, el Tribunal Constitucional hace sólo alusión al hecho que

sin cuestionar la potestad legislativa de interpretación que el Parlamento no Constituyente posee y ejercita al dictar leyes de desarrollo constitucional, es jurídicamente inaceptable que, utilizando este sistema, se pretenda alterar, con carácter retroactivo, reñido con el artículo 103° de la Constitución, y en beneficio de una situación concreta, no sólo el sentido de lo expresado en el artículo 112° de la Constitución...²⁷³.

En realidad, los magistrados no se pronunciaron acerca de la aplicación de la ley en el tiempo y sus efectos en materia de la ley de la reelección, a pesar del activismo judicial radical asumido al realizar el control difuso de esta ley, y que la demanda contra dicha ley se planteó vía el control abstracto de normas. El carácter nada pacífico de la posición asumida por el Tribunal Constitucional respecto a esta ley, esta estrechamente vinculada a la naturaleza política del caso, tema que a continuación se plantea.

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS POLITICAL QUESTIONS

La doctrina de las *political questions* se origina en Estados Unidos, a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva o *prudente* impuso al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables, sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o *clásica* del activismo judicial, para la cual partiendo del caso *Marbury vs. Madison*, no hay disposiciones de la Constitución que estén exceptuadas del control constitucional; pero, como no podía ser de otra manera, también, existe una tercera corriente *funcional*, que trata de balancear ambos extremos estableciendo razones práctica para su intervención²⁷⁴. Esta doctrina, en sus diferentes modalidades, ha tenido impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional²⁷⁵.

273. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, *art. cit.*, p. 146046.

274. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1988, p. 96. En Inglaterra la situación es equivalente, ver Michael Zander, *The Law-Making Process*, Butterworths, London, 1994, pp. 312 ss.

275. Peter Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung...*, *op. cit.*, pp. 433-434 y p. 449; Cotta/Benda/Schambeck/Malinverni, *Richter und Politik. Giudice e Politica...*, *op. cit.*, pp. 71 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.

Esta doctrina de las *political questions* ha sido asumida, por vez primera, por la jurisprudencia constitucional peruana en la sentencia sobre el recurso de amparo de los ex-magistrados del Tribunal Constitucional, para obtener su reposición como se ve más adelante²⁷⁶. No obstante, antes estuvo presente de manera embrionaria en algunos casos difíciles. Como por ejemplo, la decisión judicial que asumió el Tribunal Constitucional en relación al Congreso, en materia de la ley de la reelección presidencial, que puso en evidencia los riesgos que tiene para la jurisdicción constitucional cuando intenta judicializar la política de manera absoluta, sobre todo, en un régimen presidencialista inclinado a ejercer el poder de manera total, sin otorgar un rol de participación real en las decisiones políticas fundamentales a la oposición política y a las minorías sociales. Es que en una democracia mínima, las instancias de control sólo son admitidas por el gobernante, en la medida que le sea funcional a sus propósitos²⁷⁷. Por eso, Fujimori ha dicho que “en Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema, y que sea el motor, el conductor [...] Yo no voy a estar al margen de ese proceso, obviamente, porque a mí me interesa que haya continuidad”²⁷⁸.

Si bien los poderes públicos son quienes tienen la tarea de establecer y ejecutar la agenda política, no es menos cierto que al Tribunal Constitucional le cabe controlar la constitucionalidad de las decisiones políticas hechas ley, a través del método jurídico, aunque éste no sea el método tradicional²⁷⁹. Pero en ese proceso político falta de consenso, como en el caso de las sentencias sobre la ley de la reelección presidencial, lo cierto es que el activismo judicial utilizado por unos magistrados y la autolimitación judicial de los otros, puso de manifiesto no sólo la crisis prematura de la propia justicia constitucional, sino también el profundo desencuentro entre el sistema político representativo y la opinión pública, a lo cual tampoco estuvo ajena la mayoría del Tribunal Constitucional²⁸⁰. En la medida que la ley reeleccionista

276. Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998.

277. Julián Santamaría, *La funcionalidad de la libre disidencia*, en *BICP*, N° 2, Madrid, 1969, pp. 138 ss.

278. Alberto Fujimori, *En el Perú se requiere un símbolo que represente a este sistema*, en Diego Achard y Manuel Flores (entrevistadores), *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina...*, op. cit., p. 192.

279. Konrad Hesse, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JÖR* 46, 1998, pp. 8 ss.; Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 139; asimismo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 178 ss.

280. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 16 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 48 ss.

planteó en el Tribunal Constitucional, por un lado, una cuestión política – *political questions*– que convulsionó el delicado equilibrio judicial logrado con la elección de los magistrados constitucionales, a través de la conflictiva relación entre el derecho y la política²⁸¹, y por otro, mediante el debate de la cuestión de las fuentes o criterios de decisión, ante la insuficiencia del texto constitucional, para lograr la *minimizzazione del potere*²⁸².

Sin embargo, a partir de interpretar críticamente la cuestión política, es que se puede perfilar la posición del Tribunal Constitucional en relación al Congreso. Para lo cual cabe plantear no qué es una *political question*, sino cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*, sobre todo si se ve que la primera sentencia del Tribunal Constitucional en relación a la cuestión política, en relación al recurso de amparo interpuesto por los tres magistrados constitucionales destituidos por el Congreso, este fallo confirmó la destitución de sus excolegas, fundamentándose expresamente en el uso discrecional de la *political question*²⁸³. Si bien “la definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, por que la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”²⁸⁴.

Por otro lado, también es importante señalar, en la jurisprudencia comparada, el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1962, para establecer criterios que identificasen la llamada *political questions*. Así, en el caso *Baker versus Carr*²⁸⁵, el Tribunal Supremo sentenció que en todos los

281. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 108 ss.; Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *RDP*, 1928..., *art. cit.*, pp. 250-257; Peter Häberle, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, (Peter Häberle, editor)..., *op. cit.*, 1-45; asimismo, Philippa Strum, *The supreme court and “political questions” a study in judicial evasion...*, *op. cit.*, pp. 1-10.

282. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, p. 975; Raoul Berger, *Government by judiciary*, Liberty Found, Indianapolis, 1997, pp. 332 ss.; John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 11-41; asimismo, Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 158.

283. Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998.

284. Philippa Strum, *The supreme court and “political questions” a study in judicial evasion...*, *op. cit.*, p. 1.

285. 369 U.S. 186, 217, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 (1962), en en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=\[body\]/hit_headings/words=4_hits_only](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s=[body]/hit_headings/words=4_hits_only)

casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions* se trataba:

a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una carencia de *standars* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, f) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales²⁸⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, sobre todo si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren, fue más bien una excepción, como quedó establecido a partir del Tribunal Burger²⁸⁷.

En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori* sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas²⁸⁸, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque en el marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos, así como en los límites y las posibilidades de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

286. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, *op. cit.*, pp. 299-315; Enrique Alonso García, *El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos*, en *REDC*, Vol. 1, N° 1, CEC, 1981, pp. 287-288; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, Buenos Aires, 1987, pp. 919-929. Para conocer el debate en Argentina, ver Ricardo Haro, *Las cuestiones políticas: Prudencia o evasión judicial?*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1, Derecho Constitucional..., *op. cit.*, pp. 333-362.

287. Enrique Alonso García, *El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos...*, *op. cit.*, pp. 290 ss. Los conflictos entre la judicatura y el gobierno son universales, ver Torstein Eckhoff, *The relationship between judicial and political branches of government*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo IV, Lawrence Friedman y Manfred Rehbinder (editores), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens (Sociology of the judicial process)*, Westdeutscher Verlag, 1976, pp. 18-22.

288. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen...*, *op. cit.*, pp. 7 ss.; del mismo autor, *Politische Theologie...*, *op. cit.*, pp. 25 ss.; asimismo, Kostas Chrissogonos, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlin, Ducker & Humblot, 1987, pp. 29 ss.

31 Tensión entre política y derecho

Más allá de las demoleadoras interrogantes respecto a los límites de la justicia, y su método para racionalizar la política planteadas por Schmitt en polémica con Kelsen²⁸⁹, es del caso señalar algunas características contemporáneas, que han cambiado los supuestos de la polémica sobre el control constitucional de la actividad legislativa del gobierno; pero que mantienen en esencia el problema fundamental de la justicia constitucional: *summum ius summa iniuria*, la lucha contra el abuso formalista de las leyes del Congreso²⁹⁰.

Si se entiende que la realidad política y económica sobre la cual actúa y se interrelacionan actualmente los poderes y organismos constitucionales, ha hecho que sus fronteras competenciales sean porosas. No es menos cierto que la crítica sobre el rol de los jueces (en épocas de profundos y rápidos cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos) es doble: por un lado, por su alejamiento de las demandas de la realidad social, y de otro, por su obsecuencia judicial a los cambios políticos al gobierno²⁹¹. Lo cual se ha puesto en evidencia en momentos de crisis nacionales o de guerras²⁹², cuando la justicia constitucional se ha convertido en una defensora del *status quo* constitucional, o ha asumido el programa político del poder en sus decisiones.

En efecto, la experiencia histórica constitucional comparada y nacional, enseña que frente a las decisiones políticas económicas en épocas de crisis o de guerra, el control de la justicia constitucional, por un lado, ha salido debilitado cuando se ha enfrentado con el poder muchas veces pegados al texto literal de la norma suprema y en otras interpretándola más allá de lo previsible. Como, también, por otro lado, los jueces han sabido adaptar un criterio jurisprudencial prudente frente a las cuestiones políticas²⁹³. Así, no

-
289. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, en *AÖR*, tomo 55, pp. 162-237. asimismo, Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, Band VI (1930/31)...., art. cit., pp. 575-628, en particular 590 ss.
290. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 125; asimismo, Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 150-151.
291. Joel Grossman y Richard Wells (editores), *Constitutional law and judicial policy making*, New York, Wily & Sons, 1972, pp. 14 ss.
292. Para conocer el rol del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante la Guerra Civil de Secesión, revisar Stanley Kutler, *Judicial power and reconstruction politics*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1968, pp. 7 ss. y 143 ss.
293. Bruce Ackermann, *We the people. Transformations*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1998, pp. 99-119 y 345-382; asimismo, Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court...*, op. cit., pp. 180 ss.

obstante la tradición, según la cual las *political questions* no eran justiciables, hubo decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en que se enfrentó (por cinco votos contra cuatro) al pronunciarse en contra del programa económico del *New Deal* del Presidente Roosevelt, que buscaba resolver el problema de la depresión económica con reformas sociales y un fuerte liderazgo democrático²⁹⁴.

En ese escenario de 30 casos federales, el Tribunal Supremo anuló 13 leyes entre 1934 y 1937, entre ellas las leyes de salario mínimo, de sindicación, de agricultura, de impuestos, de bancarrota municipal, industria de la construcción, etc. Por ello, se llegó a afirmar que “después de ese proceso político y legislativo, se ha añadido otra y más extrema e inflexible oposición, en la forma del control judicial de la política social, afirmando el *status quo*, que hace imposible llevar a cabo las tareas de orientación liberal”²⁹⁵.

Esta posición, motivó ciertamente a que el gobierno de Roosevelt –reelecto en 1936– respondiera políticamente con el *court-packing plan*, delimitando las competencias del Tribunal, cambiando el número de los jueces de nueve a quince magistrados –para nominar a los faltantes, cosa que finalmente no hizo– y estableciendo la jubilación forzosa a los setenta años²⁹⁶. Logró su objetivo hasta el punto que en 1941 sólo quedaba un juez de la época anterior a Roosevelt. De esta manera, se dio ingreso a una serie de jueces liberales, sensibles a las reformas económico-sociales del gobierno y al mandato popular, que acompañaron a la hasta entonces minoría liderada por los jueces Brandeis, Cardozo, Stone y Hughes²⁹⁷.

La crítica fundamental de esta experiencia es divergente: para unos, primero, que el Tribunal Supremo controló discrecionalmente y antidemocráticamente las medidas gubernamentales que respondían a una decisión poli-

294. Glendon Schubert, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make...*, op. cit., pp. 159 ss.; asimismo, Bruce Ackermann, *We the people. Transformations...*, op. cit., pp. 255 ss.

295. Robert Jakson, *The struggle for judicial supremacy. A study of a crisis in american power politics*, New York, Vintage Books, 1941, p. 320; asimismo, David O’Obrien, *Constitutional law and politics*, volumen I, *Struggles for power and governmental accountability...*, op. cit., pp. 475-482.

296. Samuel Krislov, *The supreme court in the political process*, New York, MacMillan, pp. 85 ss.; John Schmidhauser, Larry Berg, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968*, New York, The Free Press, 1972, pp. 12 ss.

297. Benjamin Cardozo, *The nature of the judicial process...*, op. cit., pp. 142 ss.; Max Lerner, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court...*, op. cit., p. 61.; Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, op. cit., pp. 73 ss.; asimismo, Eugene Rostow, *The democratic character of judicial review*, en *HLLR*, volume 66, 1952-1953, pp. 202 ss.

tica, violando la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, observación que venía desde antes²⁹⁸, y para otros, posteriormente, que el Tribunal aplicó un activismo judicial político –*judicial political activism*– perdiendo su independencia judicial al ser controlado por el gobierno²⁹⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo demostró que su rol judicial en una época de crisis y cambios estuvo más bien en función de la historia que del gobierno³⁰⁰, aunque posteriormente en etapas de estabilidad no siempre fuese así, como lo demostraría el Tribunal Burguer³⁰¹.

Otro caso significativo, en el Derecho Comparado, fue el rol que jugó el Tribunal Constitucional alemán en relación a algunas leyes y medidas económicas, durante la etapa de la reconstrucción económica, después de la segunda guerra mundial, cuando se plantearon cuestiones políticas “*politischer Fragen*”³⁰². En este proceso, caracterizado por el celoso restablecimiento de las instituciones democrático-constitucionales, se presentó el caso de la nulidad del artículo 2° de la Ley de Formación e Incremento de Precios –*Preisgesetz*– de 1948, que fue resuelta diez años más tarde por el Tribunal Constitucional³⁰³, en una discutida resolución³⁰⁴. Lo grave del caso era: por un lado, que de conformidad con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le correspondía anular una ley inconstitucional, con efectos *extunc*³⁰⁵, y que en base a dicha ley el gobierno había aplicado parte de su programa de reconstrucción económica, controlando los precios, alquileres, arriendos, tasas y remuneraciones para asegurar el consumo de bienes y

-
298. Felix Frankfurter y James Landis, *The business of the Supreme Court. A study of federal judicial system...*, pp. 310 ss.; Loren Peth, *Politics the Constitution and the Supreme Court. An introduction to the study of Constitutional Law*, New York, Perterson & Co. 1962, pp. 142 ss. Así, pues, para Merlo Pusey, *The supreme court crisis*, New York, Da Capo Press, 1973, pp. 40 ss., no existió en ese entonces realmente un mayor control judicial al gobierno que en otras épocas.
299. Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 261 ss.; asimismo, Frank Strong, *Judicial function in constitutional limitation of governmental power*, North Carolina, Carolina Academic Press, 1997, pp. 151 ss.
300. Edward Corwin, *Court over Constitution. A study of judicial review as an instrument of popular government*, New York, P. Smith, pp. 1950, pp. 168 ss. y 181 ss.
301. Enrique Alonso García, *El Tribunal Burger y la doctrina de las “political questions” en los Estados Unidos*, en *REDC*, Vol. 1, N° 1, *op. cit.*, pp. 287-299.
302. Friedrich Klein, *Bundesverfassungsgericht und richtliche beurteilung politischer Fragen*, Münster, Verlag Aschendorf, 1966, pp. 5-36.
303. *BverfGE*, 8, 274 (Ley de Precios).
304. Werner Weber, *Zur Gültigkeit des Preisgesetzes*, en *DÖV*, 1957, pp. 33 ss.; Fritz Gräber, *Zur Frage der Zustimmungsgesetze*, en *DÖV*, 1959, pp. 893 ss.; asimismo, Helmut Ridder, *Preisrecht ohne Boden*, en *AöR*, t. 87, 1962, pp. 311 ss.
305. Maunz, Schmidt-Bleibttreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *op. cit.*, § 76 ss.

servicios de toda la población, en virtud de los cual se habían celebrado y perfeccionado innumerables actos jurídicos. Es decir que había una práctica continua y uniforme de aceptar dicha norma hasta su impugnación, donde se puso en evidencia que era incompatible con la Constitución, a juicio de los magistrados constitucionales.

Sin embargo, el Tribunal logró hacer armonizar los preceptos constitucionales con la continuidad y seguridad jurídicas, gracias a una interpretación de la norma legal conforme a la Constitución³⁰⁶. El fallo expresó que la ley todavía era constitucional, interpretada restrictivamente y como regulación transitoria en una difícil situación económica y política; en vez de declararlo nula, que era lo más sencillo y quizás lo correcto formalmente. Pero no fue así, por el contrario, el Tribunal se abrió a la doctrina de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, en virtud de la cual, de diversas posibilidades de interpretación de la ley, sólo merece adoptar aquella que sea conciliable con la Constitución (ver Segunda parte, Cap. II, 3.3.); de modo que una ley sería nula sólo cuando materialmente fuese imposible de interpretarla conforme a las normas constitucionales. Esta fórmula estuvo inspirada precisamente en la jurisprudencia del *New Deal* norteamericano, expresada por el juez Brandeis en su *dissenting opinion* del caso *Ashwander versus Tennessee Valley Authority*³⁰⁷, bajo la fórmula de la presunción de la constitucionalidad de la leyes, como un principio jurídico fundamental que condicionaba la interpretación jurídica tradicional³⁰⁸.

En cuanto al caso peruano, se puede señalar que dada la crisis económica de finales de la década de los ochenta, caracterizada por la hiperinflación, la vertiginosa pérdida de valor de los salarios y el rapaz incremento del costo de vida, el Presidente Fujimori inició en 1990 un programa de reformas económicas neoliberales, mediante un *shock* económico, en base a las facultades legislativas que le otorgaba la Constitución de 1979 al Presidente. Es así que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, como ya se ha señalado (ver Parte I, Cap. III, 2) ejerció su rol de defensa constitucional, en particular como defensor del modelo constitucional del Estado social³⁰⁹, de-

306. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 132 ss.; Donald Kommers, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court, USA*, Sage Publications, 1976, pp. 69 ss.

307. 297 U.S. 288, 56 S.Ct 466,80 L Ed. 688 (1936), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...wander+/doc/\[t16640\]/pageitems=\[body\]](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...wander+/doc/[t16640]/pageitems=[body]).

308. 297 U.S. 288, 56 S.Ct 466,80 L Ed. 688 (1936), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...brandeis/doc/\[t16795\]/pageitems=\[body\]](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...brandeis/doc/[t16795]/pageitems=[body]).

309. César Landa, *El proceso de formación contemporánea del Estado peruano*, en AA.VV., *La Constitución diez años después...*, op. cit., pp. 56 ss.

clarando inconstitucionales tres decretos legislativos del Presidente –liberalización del precio del transporte público, restricción a la actividad de las empresas públicas, y empleados de la administración pública y limitación de las indemnizaciones de los trabajadores–, y una ley del Congreso, que también anulaba la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores públicos³¹⁰.

En este caso, el Tribunal asumió la defensa del *status quo* constitucional sin llegar a matizar sus decisiones a partir de concebir un rol no sólo de órgano judicial, sino también de órgano constitucional conciente de la incidencia directa de sus sentencias en el proceso económico y por ende político. Es cierto que los magistrados constitucionales adoptaron una postura de defensa del *status quo* social que la Constitución consagraba, pero, aplicando, por un lado, estrechos criterios positivistas, y por otro, fundamentándose en un decisionismo social. Si bien desde el punto de vista gubernamental, lo claro era que el TGC había inconstitucionalizado algunas de sus normas laborales de liberalización básicas, sin importarle los argumentos o métodos jurídico-constitucionales, dando lugar a una respuesta política de Fujimori, que se plasmaría en la inconstitucional clausura del TGC, con el autogolpe de Estado de 1992³¹¹.

Clausura que se reproduciría parcialmente en 1996, con motivo de la destitución de tres magistrados constitucionales, pero esta vez por cuestionar una decisión política fundamental del gobierno, la ley de la reelección presidencial de Fujimori, en tanto que la declararon inconstitucional³¹². Por eso, es del caso apuntar que en esta oportunidad, el accionar del gobierno en contra de la jurisdicción constitucional, se debió a causas políticas antes que económicas, sin perjuicio de que el TC declaró inconstitucionales también algunas leyes económicas –inembargabilidad de los bienes del Estado, restricciones a las pensiones de jubilación y a la previsión social–³¹³; lo cual, no

310. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, 1995, pp. 80 ss.

311. AA.VV., *La democracia en cuestión*, Lima, Centro Norte Sur, Universidad de Miami, CPES, IEP, 1993, pp. 26-43; asimismo, Charles Kenney, *Por qué el autogolpe?*, en Fernando Tuesta (editor), *Los enigmas del poder...*, op. cit., p. 97.

312. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 115 ss.; asimismo, César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 245 ss.

313. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, que modifica el Art. 648° del Código Procesal Civil*, en *El Peruano*, 7 de marzo de 1997, pp. 147446 ss.; Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D.L. N° 25967, que modificó el goce de*

fue óbice para que la mayoría parlamentaria dictase, por ejemplo, la Ley N° 26756 que desconoció la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, en el caso de los bienes embargables del Estado³¹⁴.

Por ello, se puede decir que en esta segunda oportunidad el accionar del TC por un lado, agudizó su postura teleológica, pero, por otro, bajo una concepción positivista de la norma constitucional. En tal sentido, la reflexión fundamental para proceder al control constitucional de la ley de la reelección, se justificó en que: como había mayoría pero no llegaban a seis votos para declarar dicha ley inconstitucional, se podía pasar a realizar el control difuso de constitucionalidad, que demandaba solamente mayoría simple de votos, entre otras razones, que no cambian el *quid* fundamental del asunto jurídico-constitucional; es decir, el decisionismo propio de la interpretación positivista, que sustituye la voluntad del legislador por la voluntad del juez.

Pero, donde el Tribunal establece claramente su jurisprudencia sobre las *political questions* es en la sentencia que dicta sobre el recurso extraordinario interpuesto por los magistrados Revoredo, Rey y Aguirre contra la sentencia de la Corte Suprema, que denegó la acción de amparo contra la decisión del Congreso, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos. Pues bien, el Tribunal Constitucional señaló en dicha sentencia que

si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta trasgresión de dicho principio y por extensión de otros como

pensiones de jubilación que administraba el IPSS, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148807 ss., y; Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado*, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148813 ss.

314. Defensoría del Pueblo, *Resolución Defensorial N° 62-98/DP*, Lima, 26 de octubre de 1998, p. 9; publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de octubre de 1998.

el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional³¹⁵.

Al respecto, es destacable el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en un tema altamente sensible, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia comparada de la *political question*. Además, no es casual que quienes hayan utilizado la doctrina de la cuestión política sean los magistrados Acosta, García y Díaz, quienes se han caracterizado por emitir votos cargados de un positivismo legal y ahora de un positivismo político, bajo nuevos argumentos constitucionales. Pero, de la sentencia, es importante subrayar el argumento sostenido de que es justiciable en sede constitucional un acto privado del Congreso que viole la razonabilidad, el Estado democrático de Derecho, el debido proceso –material–, en la medida que el fallo establece un parámetro incipiente pero importante de control de los actos parlamentarios particulares. Sin embargo, es igualmente criticable que dicho criterio de control constitucional no lo hayan aplicado para evaluar si la decisión del Congreso se ajustó o no a los principios de razonabilidad, Estado de Derecho o debido proceso, por cuanto la línea argumental de la sentencia trasluce una defensa jurídica formal de la decisión política del Congreso, basándose como argumento concluyente en la ley, antes que en una interpretación material y concreta de los principios constitucionales que se aluden³¹⁶.

En ese sentido, se puede señalar que jurisdicción constitucional comparada –alemana y norteamericana– han sabido transitar con mayor creatividad y profundidad jurisprudencial los grandes desafíos del gobierno en épocas de crisis, aunque la primera de manera más accidentada que la segunda. Pero el éxito de esas transiciones judiciales, entre otras cosas, ha estado íntimamente vinculada a los criterios jurídicos razonables que han construido ante la insuficiencia normativa de la Constitución³¹⁷. Este proceso aún no realizado por el Tribunal Constitucional del Perú, muestra las posibilidades jurisprudenciales para establecer un test para casos difíciles o decisiones judiciales límite.

315. Tribunal Constitucional, *Acción de Amparo. Expediente N° 340-98-AA/TC y Acción de Amparo. Exp. N° 358-98-AA/TC*, publicadas en *El Peruano*, Lima, 25 de setiembre de 1998, pp. 1221 y 1224-1225.

316. Angel Carrasco Perera, *El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional*, en *REDC*, Año 4, N° 11, Madrid, CEC, 1984, pp. 39-105.

317. Aharon Barak, *Judicial Discretion...*, *op. cit.*, pp. 222-233; asimismo, Donald Kommers, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.

32 Test y límites del control judicial

Los casos judiciales límite, por sus dificultades de resolución en base a una simple aplicación o interpretación tradicional de la Constitución, ya desde finales del siglo XIX han dado lugar a la incorporación de nuevas reglas o tests judiciales, que eran propios del Derecho Penal o del Derecho de Responsabilidad Civil, a fin de otorgar razonabilidad a las decisiones judiciales constitucionales límite³¹⁸. No obstante, en épocas de crisis y cambio social, también se ha escuchado radicales opiniones como la del juez Hughes (1907): “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, como también se ha sostenido la posición contraria del juez Harlan, quien en 1970 señaló en su voto concurrente y discrepante que “cuando el Tribunal no considera la expresa intención y concepción de los constituyentes, se ha invadido el campo de la política que tiene asignado el poder reformador la Constitución y, se ha violado los fundamentos constitucionales que es su más alto deber de proteger”³¹⁹.

Estas posiciones extremas sólo expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, basados fundamentalmente en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica directamente con la política, y, por otro, el positivismo judicial que usualmente fosiliza al Derecho alejándolo de la realidad³²⁰. Frente a estas dos formas de mentalidad judicial contrarias en sus fundamentos, pero convergentes en la instrumentalización de la Constitución, hay que oponer una teoría del control judicial basada en un pensamiento constitucional *posible*³²¹, que no pretenda poseer la verdad de la justicia constitucional, ni que considere banal su búsqueda. En ese sentido, “no debe olvidarse ni por un momento las consecuencias generales que el extremismo, de un lado, y la moderación, de otro, tienen sobre la vida social

318. James B. Thayer, *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, en *HLR*. Vol. VII, N° 3, 1893-1894, pp. 1129-156; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., *op. cit.*, p. 922.

319. 400 U.S. 112, 91 S.Ct 260, 27 L. Ed. 2d 272 (1970), en [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=\[body\]/hit_headings/words=4 hits_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=[body]/hit_headings/words=4 hits_only?) (Caso Oregon versus Mitchell); Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The american constitution...*, *op. cit.*, pp. 1398 ss.; asimismo, Adolfo Pliner, *Pueden los jueces argentinos declarar de oficio la inconstitucionalidad de la leyes?*, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, pp. 93 ss.

320. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, p. 209 ss.; asimismo, Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 237 ss.

321. Peter Häberle, *Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *AÖR* 102 (1977), pp. 29 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 16 ss.

[...] La cuestión, bien entendida, es saber si las ciencias sociales no deberían empeñarse en la búsqueda de soluciones sensatas a los problemas sociales y si la moderación no será más razonable que el extremismo³²².

Corresponde, pues, recuperar el viejo concepto de la *juris prudentia*, frente a la *scientia juris*, en tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a los contenidos constitucionales; frente a la segunda que encuentra en la racionalidad formal el único camino para la comprensión de la Constitución. Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio de verdadero/falso, de manera excluyente de acuerdo a la lógica excluyente del *aut-aut* o “dentro o fuera”; la *juris prudentia* busca más bien acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que contemporáneamente se denomina, como *razonabilidad*³²³.

Ello se hace imprescindible ante la insuficiencia normativa del texto constitucional y la responsabilidad de la justicia constitucional de controlar la constitucionalidad de los actos del legislador, unas veces más sutiles y otras veces más groseros. Por ello se requiere partir de concebir no sólo el carácter normativo de la Constitución, sino también el sistema de valores que dan validez a la misma. Esto lleva a crear parámetros constitucionales de interpretación para la norma legal impugnada, a partir de construir el marco valorativo que fundamenta a la Constitución, dado el carácter abierto del texto constitucional, en función del cual los magistrados deberían aplicar la norma constitucional a la ley cuestionada³²⁴. Si este hubiera sido el modelo de argumentación a seguir en el caso de la ley de la interpretación auténtica del Art. 112° de la Constitución de 1993, se hubiese suscitado una mayor defensa de la sentencia dictada, a pesar de su carácter altamente político.

En ese sentido, tanto el texto normativo como el sistema de valores en que se basa la Constitución, constituyen la norma jurídica suprema que tiene carácter vinculante para los poderes públicos, instituciones y ciudadanos, en consecuencia, es inmune a las normas jurídicas y decisiones políticas que de ella se derivan. Esta supremacía constitucional, sin embargo, tiene matices

322. Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte...*, op. cit., p. 73; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 14-15.

323. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 49; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 108-129; Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law...*, op. cit., pp. 106-107; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución...*, op. cit., pp. 203 ss.

324. Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., pp. 850 ss.; asimismo, Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 100 ss.

y distinciones, dada la amplia textura normativa constitucional, que va desde el preámbulo hasta las declaraciones finales, pasando en lo sustantivo por normas de principios, derechos, garantías, así como por normas orgánicas y competenciales³²⁵.

Por ello, si bien el ámbito de control de la justicia constitucional es toda la Constitución y se concreta en la forma de declaración de inconstitucionalidad de una ley, la argumentación de la interpretación constitucional (ver Parte II, Cap. II, 3.), debe obedecer a criterios y grados de intensidad del control constitucional más amplios, en función de la naturaleza de la ley –general o singular–, alcances de la ley –regulatoria, interpretativa, dispositiva, etc.–, así como al grado de confianza o desconfianza con que cuenta el legislador³²⁶.

Sin embargo, esta forma de control constitucional tiene límites funcionales para no traspasar el principio de división y balance de poderes:

- a. *La autorrestricción judicial.* En democracias estables el *self-restraint* es la regla para asumir los procesos constitucionales con un abierto contenido político³²⁷. Pero, este límite no debe ser rígido, sino que depende de la naturaleza del proceso concreto; en todo caso, se debe recordar siempre que el Tribunal Constitucional es un organismo constitucional del Estado, que contribuye con su jurisprudencia al desarrollo social del país. En esta medida la justicia constitucional juega un rol político, dado el impacto de sus decisiones constitucionales en los procesos político, económico y social, por ello resulta impropio plantear la despolitización –*Entpolitisierung*– de las resoluciones de la justicia constitucional, ya que éstas tendrán vigencia real sólo cuando hayan adquirido autoridad jurídica –*auctoritas*– y aprobación social –*potestas*–.

En este sentido, para resolver idóneamente un conflicto político, no se necesita de una sentencia igualmente política sino jurídica, porque en lugar de controlar la vigencia de la Constitución, los jueces constitucio-

325. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 842 s.; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 68 ss.

326. Kurt Eichenberger, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, en *VVRDStRL* 40, 1982, pp. 13 ss.; asimismo, Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., pp. 851 ss.

327. Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 ss. y 171 ss.; Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en Peter Häberle y Alexander Hollerbach (editores), *Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften*, Tübingen, C.F. Müller, 1984, pp. 311-322; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit., pp. 42-54.

nales estarían convirtiéndose en dueños de la misma³²⁸. Por eso, en principio, cuando no haya disposiciones constitucionales acerca de la discreción de los jueces, ni límites de lo justiciable, que previamente establezcan normas concretas y vinculantes que limiten a la jurisdicción constitucional, en casos políticamente álgidos, cabe plantear la problemática de los alcances del control de la jurisdicción constitucional en un determinado proceso, a partir de la autolimitación judicial –*judicial self-restraint*– como regla general³²⁹.

Sin embargo, en gobiernos con democracias e instituciones débiles,

las normas constitucionales no puede ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la interpretación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley³³⁰.

En ese entendido, la regla general no es fija sino variable, va desde la autorrestricción judicial hasta el activismo judicial, en función de la naturaleza del caso político y las circunstancias sociales que rodean al mismo. Así, pues, la experiencia de la jurisprudencia norteamericana, alemana y austriaca, muestra que la jurisdicción constitucional en esos países ha sabido mantener y asegurar su legitimidad gracias al *self-restraint*³³¹, pero que ha podido avanzar y coadyuvar al desarrollo social de sus sociedades, gracias al *judicial activism*³³². Por eso, es importante establecer un balance entre ambos sistemas, tendiente al ejercicio de un activismo judicial moderado, en etapas de democracias mínimas como la que se atraviesa en el Perú (ver Parte I, Cap. V, 4.1., c.).

328. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 842; asimismo, Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., pp. 117 ss.

329. Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., pp. 313 ss.; asimismo, Raoul Berger, *Government by judiciary...*, op. cit., pp. 466 ss.

330. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 843; asimismo, Ronald Dworkin, *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution...*, op. cit., pp. 265 ss.

331. Kurt Heller, *Judicial self restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes*, en *Österr.ZÖffR* 39, 1988, pp. 89-136; asimismo, Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, op. cit., pp. 133-144.

- b. *Los derechos fundamentales.* Los derechos constituyen límites materiales que no pueden ser sobrepasados por el Tribunal Constitucional en su apreciación de las causas políticas. En la medida que son expresión de una estructura valorativa en la que se funda el pacto constitucional. Este *ethos político* democrático, se basa en los principios de la voluntad popular y del respeto a la libertad, como elementos constitutivos de la comunidad política³³³. En la medida que estos valores fundamentales se transforman en principios constitucionales, adquieren contenidos jurídicos no menos vinculantes, así, se transforma el valor libertad en los derechos de la libertad y la voluntad popular en una forma de gobierno democrática, los mismos que irán asumiendo atributos normativos, en función del desarrollo legislativo del legislador y del control judicial que de él haga la justicia constitucional³³⁴.

Como es de entender, la interpretación de conceptos como igualdad, dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, Estado social, bien común, bienestar, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos, en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada. Lo que no quiere decir que objetivamente todos sean válidos a la vez, sino que tienen una validez funcional, en cuanto a que el juez constitucional debe asumir una interpretación de las posibles como válida constitucionalmente, la misma que podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos³³⁵. Claro está que esa función pacificadora sólo se logrará cuando sus resoluciones sean acatadas por el legislador y la opinión pública asiente sus decisiones. Ello es factible, siempre que el Tribunal Constitucional ejerza un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable³³⁶.

-
332. Stephan Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial Sss.tem...*, op. cit., pp. 10 ss. y 299 ss.; Arthur Goldberg, *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court...*, op. cit., pp. 67 ss.; Philip Kurland, *Politics the constitution and the Warren court...*, op. cit., pp. 191 ss.; John Schmidhauser, Larry Berg, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968...*, op. cit., pp. 17 ss.
333. Carl Friedrich, *La democracia como forma política y forma de vida...*, op. cit., p. 104; asimismo, Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 807-811; asimismo, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 957 ss.
334. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte...*, op. cit., pp. 130 ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 86 ss.
335. Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 314.
336. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 37; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 30 ss.; asimismo, Alonso García, *La interpretación de la constitución...*, op. cit., pp. 277 ss. y 302 ss.

Es ilustrativo destacar que la justicia constitucional comparada ha desarrollado y establecido límites al control constitucional, mediante la concretización de los valores constitucionales y la creación de ciertas técnicas, para la tutela de los derechos fundamentales –*Wertjurisprudenz*–³³⁷ o la supervaloración de los derechos personales sobre los derechos patrimoniales –*preferred freedoms*–³³⁸. Lo que ha dado lugar a un gran desarrollo de los derechos fundamentales y, por ende, de la justicia constitucional. Proceso en el cual se han establecido como reglas básicas: la presunción de constitucionalidad de una ley, evitando declararlas nulas y previniendo las consecuencias de sus fallos, así como, el respeto a las valoraciones, pronósticos y fines políticos que establece el legislador en la ley³³⁹.

- c. *Libre configuración de la ley por el legislador.* Que el Tribunal Constitucional asuma una cuota de definición de los asuntos de interés público, mediante el control jurídico de las decisiones políticas del poder, no significa que intervengan en la esfera reservada del legislador de hacer de la ley un instrumento de dirección política –*politische Führungsinstrument*–³⁴⁰, como tampoco asumir una posición subordinada al legislador sin posibilidad de reorientar su actividad legislativa. En la medida que el principio de la división clásica de poderes, propio de época del Parlamento, primer poder del Estado, ha cedido paso hacia el principio del gobierno mixto³⁴¹, de control y balance de poderes³⁴², por que “tan

337. *BverfGE* 6, 32; *BverfGE*, 7, 198; *BverfGE* 27, 1, 6.; *BverfGE* 35, 79, 114; 34, 269, 280, y; *BverfGE* 35, 57, 65; 21, 362, 372.

338. 304 U.S. 144 (1938), nota 4; (United States versus Carolene Products Co.), en http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofi...s={body}/hit_headings/words=4_hits_only?; asimismo, 323 U.S. 516 (1945), caso Thomas versus Collins, en Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin y Fallon, *The american constitution...*, op. cit., pp. 828, 851 y 1082.

339. Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., p. 854 ss.; asimismo, Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., pp. 845-849.

340. Thomas Ellwein, Alex Görnitz y Andreas Schröder, *Parlament und Verwaltung*, tomo 1, *Gesetzgebung und politische Kontrolle*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1967, pp. 24 ss. y 57 ss.; asimismo, Friedrich Schäfer, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, Grote, 1980, pp. 10 ss.

341. Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 315; M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 71 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en *REDC* N° 17, 1986, op. cit., p. 33.

342. Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, *RDP*, 1928, art. cit., p. 225; Carl Friedrich, *Constitutional government and politics*, London, Harper & Brothers publishers, 1937, pp. 144 ss.; asimismo, Herman Finer, *The theory and practice of modern government*, London, Methuen & Co., 1961, pp. 94 ss.

sólo en un sistema equilibrado de controles recíprocos puede equilibrar, sin peligro de la libertad, a un poder legislativo fuerte, un poder ejecutivo fuerte, y un poder judicial fuerte³⁴³.

La determinación del contenido de la ley, es una competencia positiva que la decide el legislador bajo criterios constitucionales, materia propia de la reserva de la ley, como instrumento de la formación de la voluntad política³⁴⁴; pero, el control constitucional de dicha ley, es materia de legislación negativa del juez constitucional, siempre que haya vulnerado los parámetros constitucionales justiciables³⁴⁵. Al respecto, es del caso, dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, en la medida que entre ambas hay un baremos de posibilidades de actuación judicial, que son las que otorgan sentido real a la posición del Tribunal Constitucional frente a su rol de control constitucional. La Constitución sigue siendo una norma jurídica suprema que hace justiciable a la ley³⁴⁶, más aún, en tiempos en que ley no es toda decisión política que adopta el Parlamento, como tampoco sentencia no es toda resolución que adopta el Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, si la ley del Congreso ya no es —como regla—, una norma general, abstracta e intemporal sino, por el contrario, particular, concreta y temporal, no es razonable que se excluya a la justicia constitucional de realizar el control de las mismas, en función de una concepción formal de la justicia —*justizförmig*—; por cuanto, muchas veces, esas leyes singulares presuponen una decisión específica ya adoptada por el legislador, cuando les corresponden a las jurisdicciones comunes o especializadas decidir judicialmente. Con ello, se plantea el problema de que los jueces del Tribunal Constitucional ya no pueden asumir un rol tradicional de jueces objetivos y dependientes exclusivamente de la ley general, sino que deben convertirse en magistrados controladores precisamente de las leyes, en tanto portavoces de la Constitución³⁴⁷.

-
343. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 613.
344. Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (editores), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis...*, op. cit., pp. 993 ss.; Friedrich Schäfer, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung...*, op. cit., pp. 21 ss.; asimismo, ver Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, op. cit., p. 319, para quien “el poder judicial no puede juzgar los propósitos o motivos del legislador”.
345. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, Band VI (1930/31) ..., art. cit., pp. 587 ss.
346. Peter Badura y Joseph Kaiser, *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, Köln, Wirtschaftsverlag 1987, pp. 12 ss.
347. Charles Warren, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Brown, Boston, 1935, pp. 54 ss.; asimismo, Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States*, pp. 12 ss.

Ahora, los actos legislativos presentan características propias que el juez constitucional no puede soslayar o confundir, así, “el legislador dispone de una libertad de apreciación de la realidad –si una medida es “idónea” para alcanzar un fin determinado o qué medida, entre varias posibles, es la “necesaria” (el problema del pronóstico)– que para distinguirla de la libertad de configuración debería denominarse “prerrogativa de estimación” (*Einschätzungsprerogative*)”³⁴⁸. Por ello, si bien en principio el acto de la configuración del contenido de la decisión normativo-constitucional de la ley, en tanto opción política, no es materia de control constitucional; sí lo sería en la medida que esa opción política obstruya los valores democráticos en que se basa la Constitución, como el pluralismo y la tolerancia políticas, así como los derechos fundamentales y el debido proceso legal. Es decir, la jurisdicción constitucional ante una *political question*, deberá procurar limpiar los canales de participación de las minorías, y del cambio social, ante el constante peligro del poder omnímodo de las mayorías³⁴⁹.

Porque si se acepta que la Constitución contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción constitucional, se estaría consagrando que junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional y a libre arbitrio del poder mayoritario de turno; por ello, no sin cierto valor pragmático se ha señalado que si bien es inadmisibles la elaboración judicial de las leyes –*judicial lawmaking*–³⁵⁰, esta es menos peligrosa que la legislativa, en la medida que puede ser revertida mediante la legislación o incluso la reforma constitucional. Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas leyes por ser una *political question*, en base a las imperfeccio-

States. Its foundation, method and achievements: an interpretation New York, Columbia University Press, pp. 1937, p. 242.

348. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit., p. 51, también p. 55; asimismo, Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., p. 851.
349. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 105 ss.; Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *RDP*, 1928..., art. cit., pp. 252 y ss.; Pedro Cruz Villalón, *Legitimidade da justiça constitucional e principio da maioria*, en *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coloquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra editora, 1995, p. 87; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987, art. cit., p. 924.
350. Lord Devlin, *Judges and lawmakers*, en *The Modern Law Review*, Volume 39, N° 1, 1976, pp. 5 ss.; asimismo, Jonathan Miller, *Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987, op. cit., p. 927.

nes de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder, que son valores fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo³⁵¹.

Por eso, en todo caso, es al Tribunal Constitucional y no al Congreso, a quien le corresponde decidir el alcance o densidad del control judicial de una cuestión política³⁵², a través del desarrollo de los principios y técnicas de interpretación constitucional, con lo cual se evita que frente al abuso parlamentario, se instale el abuso judicial. Lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces*³⁵³, sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones ante ningún poder público. Esta situación ha levantado voces preguntando legítimamente *quo vadis?*, y *qui custodet custodes?*³⁵⁴.

No hay una única solución a ese real peligro, pero definitivamente que una cuidadosa selección de los magistrados³⁵⁵, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitu-

-
351. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 627-629; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 929 ss.; Angel Carrasco Perera, *El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional*, en *REDC*, Año 4, N° 11, 1984, art. cit., pp. 79 ss.; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad*, en *El Derecho*, tomo 120, 1987..., op. cit., pp. 908-909.
352. Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, op. cit., pp. 86 ss. y 108 ss.; asimismo, Martin Shapiro, *Law and politics and the Supreme Court...*, op. cit., pp. 50 ss.
353. Edouard Lambert, *Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus État-Unis. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois...*, op. cit., pp. 220-236.
354. Jopsef Isensee, *Bundesverfassungsgericht - quo vadis?*, en *JZ* 22, 1996, pp. 1085 ss.; 51, Martin Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, op. cit., pp. 62 ss.; asimismo, Christopher Wolfe, *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law...*, op. cit., pp. 1-11; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *La igualdad en la aplicación de la ley*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 152 ss.
355. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema "Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit"...*, op. cit., pp. 82 ss.; asimismo, Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.

cionales³⁵⁶. Demás esta decir que la responsabilidad judicial también se va perfilando en las continuas y permanentes relaciones de cooperación con los demás poderes³⁵⁷. Sin embargo, los argumentos desarrollados para la actuación de la jurisdicción constitucional con el Poder Ejecutivo o el Parlamento, encuentra un espejo con la justicia ordinaria, con quien se plantean también problemas sustanciales de poder, pero en términos judiciales, que a continuación se analizan.

-
356. Ulrich Scheuner, *Verantwortung und kontrolle in der Demokratischen Verfassungsordnung*, en *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, (Th. Ritterspach y W. Geiger), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 379 ss.; asimismo del autor: *Die Kontrolle der Saatmacht im demokratischen Staat...*, *op. cit.*, p. 78; Otto Kimminich, *Estado de Derecho, democracia, Constitución*, en *Universitas*, Vol. XXVI, N° 1, 1988, p. 1.
357. Deborah Barrow y Thomas Walker, *A court divided, The fifth courts of appeals and the politics of judicial reform*, New Haven-London, Yale University Press, 1988, pp. 248 ss.