

Tercera Parte: Tribunal Constitucional y división de poderes

IV. Tribunal Constitucional y Poder Judicial	521
1. Crisis del Poder Judicial	523
1.1 Ilegitimidad de la función judicial	523
1.2 Politización de la justicia	531
2. La Guerra de las Cortes	536
2.1 Amparo contra la sentencia desestimatoria de control abstracto del Tribunal de Garantías Constitucionales	537
2.2 Amparo contra la sentencia de control concreto del Tribunal Constitucional	543

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL

La incorporación de la justicia constitucional en el Perú no ha sido un proceso pacífico, debido a que se ha insertado en una democracia mínima, más aún con un régimen presidencialista corporativo como el gobierno de Fujimori. Por eso, los ensayos de control constitucional de las leyes, referidas a decisiones políticas, en materia del programa económico y de reelección presidencial, han producido radicales y profundas respuestas del poder contra la justicia constitucional, como fue la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales perpetrada por el Poder Ejecutivo en 1992, y la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso en 1997.

Estas decisiones han puesto en evidencia tanto la agresiva renuencia del Presidente y del Congreso a ser controlados, como el conflicto interior que se presentó en el Tribunal Constitucional entre los magistrados en pro de un activismo judicial y en pro de una autorrestricción judicial. Situación que se ha visto atizada por el desafío que el Poder Judicial ha hecho al Tribunal Constitucional, en relación a dos importantes resoluciones de la jurisdicción constitucional; nos referimos a la revisión y contradicción en sede judicial ordinaria de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la Bolsa de Trabajo³⁵⁸, y a la declaración de inaplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración de inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial³⁵⁹.

La creatividad de estas resoluciones del Poder Judicial, en contra de los fallos de la justicia constitucional, resultan sorprendentes dada la tradicional mediocridad de sus fallos³⁶⁰. Esto se explica porque los magistrados están

358. Corte Superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo en la Construcción Civil*, Lima, mimeo, 1991.

359. Sala Constitucional de la Corte Suprema, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 321-97*, Lima, 30 de diciembre de 1997.

360. Montesquieu, *L'Esprit de Lois...*, *op. cit.*, Libro VI, Capítulo III y Libro XX, Capítulo XIII; asimismo, Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, 1986, *art. cit.*, p. 22.

totalmente seducidos por el positivismo jurídico, y encuentran inaceptable cualquier innovación democrática que les lleve a trascender las decisiones legislativas, establecidas por el legislador. Por ello, se puede decir que,

esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos. Esta es una de las razones más importantes del porqué se crearon tribunales administrativos especiales en el siglo XIX, y tribunales constitucionales especiales en nuestro siglo, para cumplir este papel. Hoy en día, los jueces administrativos de Europa, más aún los constitucionales, se parecen mucho más a los jueces federales americanos que a los jueces civiles ordinarios³⁶¹.

Esta crítica universal a la judicatura tradicionalista es plenamente asimilable a la realidad judicial del Perú, pero con un agravante para el respeto de los derechos y libertades ciudadanas, por cuanto, “no hay libertad, si el poder de juzgar no esta separado del poder legislativo y ejecutivo. Si él estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario”³⁶².

En ese entendido, los casos judiciales que se van a tratar vislumbran el término de la vinculación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como una relación de poder traslativa; es decir, así como el Congreso ha quebrado en reiteradas oportunidades la reserva de jurisdicción, mediante la intervención legislativa en procesos judiciales en curso, así, también el Poder Judicial ha desconocido sentencias constitucionales, rompiendo la reserva de la jurisdicción constitucional. La diferencia de que las intromisiones del Congreso en el Poder Judicial, basado en la ley, en estos casos constitucionales, es que se ha hecho con el mismo instrumento: una sentencia.

Lo cual pone a discusión varios temas: si el Tribunal Constitucional realmente es el supremo intérprete de la Constitución o, por el contrario, ¿el Poder Judicial también puede disputar esa atribución de declarar en última instancia la verdad constitucional? Si el Poder Judicial tiene la función de inaplicar leyes inconstitucionales, entonces ¿cómo se pueden evitar o resolver los conflictos entre ambas jurisdicciones? Si el Poder Judicial también comparte la función del control constitucional de la leyes, ¿acaso los jueces

361. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en REDC N° 17, 1986, art. cit., p. 23; Dominique Charvet, *Crisis de la justicia, crisis del Estado?*, en la obra colectiva, *Crisis del Estado*, Barcelona, Fontanella, 1977, pp. 300.

362. Montesquieu, *L'Esprit de Lois...*, op. cit., Libro XI, Capítulo VI, p. 129.

se encuentran preparados jurídica e institucionalmente para ejercer una tarea fiscalizadora que va más allá de la aplicación del método jurídico?

En ese marco se va a delimitar la posición constitucional del Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial. Propósito que sólo puede ser analizado desde una perspectiva analítica del estado de la administración de justicia, así como también desde un estudio concreto de los conflictos judiciales producidos entre ambas jurisdicciones; a partir de lo cual y desde una perspectiva del derecho constitucional y judicial³⁶³ se trata de articular constitucionalmente a ambas jurisdicciones, en aras de la legitimidad constitucional de las sentencias que resuelvan tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial sobre derechos y libertades, no obstante los límites de la intervención de los poderes públicos y privados³⁶⁴.

1. CRISIS DEL PODER JUDICIAL

La falta de legitimidad del Poder Judicial es uno de los efectos más constantes de la crisis de la justicia en el Perú, que refleja la crisis del Estado de Derecho; fenómeno que tiene una importancia básica para entender en toda su dimensión las posibilidades y límites de la relación de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional. En ese sentido, cabe hacer un breve planteamiento de la cuestión partiendo de la realidad judicial contemporánea, para luego explicar cómo es que no se ha logrado judicializar la política, sino por el contrario que se ha terminado politizando la justicia.

1.1 Ilegitimidad del quehacer judicial

Sobre el Poder Judicial se coincide, en todas las épocas, en la crítica frontal a la falta de justicia y de calidad de su función jurisdiccional³⁶⁵, debido

363. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, pp. 63-100; Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1982, pp. 35-67.

364. Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1433-1456; y Miguel Aparicio Pérez, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Any LXXXII, N° 4, Barcelona, 1983, pp. 141-172.

365. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, IDL, 1994; Javier de Belaunde, y otros, *Poder Judicial y democracia*, Lima, CAJ-CIJA, 1991, pp. 21-58; Juan Monroy, *El Poder Judicial a 10 años de vigencia de la Constitución de 1979*, Lima, 1990; José Martín Pallín, *Perú: La Independencia del*

a su falta de independencia del poder político, grupos económicos y hoy en día del poder militar, así como por la falta de legitimidad ciudadana, expresada en la insensibilidad social y sobre todo la corrupción³⁶⁶. Junto a ello, la inadecuación de los códigos sustantivos y procesales a la realidad, los improvisados sistemas de trabajo judiciales y la carencia de estabilidad de los magistrados. constituyen características propias de la ilegitimidad del tercer poder del Estado³⁶⁷

Es así que una de las razones autojustificadoras del golpe de Estado de Fujimori de 1992, fue el estado de la administración de justicia “ganada por el sectarismo político, la venalidad y la irresponsabilidad cómplice [...] escándalo que permanentemente desprestigia a la democracia y a la ley”³⁶⁸. Sobre la base de estas ideas generales, técnicas y políticas, el gobierno ha ido realizando reformas a la administración judicial, las mismas que se pueden periodificar sucintamente en dos etapas:

a. *Destitución y nombramiento de jueces*. Dado el diagnóstico político generalizado del gobierno, con el autogolpe de Estado de 1992, se inicia una primera etapa de la reforma judicial, con la destitución mediante decretos leyes de los magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores del Poder Judicial, así como la destitución de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales y la clausura de este organismo judicial de control del poder, al igual que otras instituciones democráticas.

El gobierno de facto nombró directamente mediante decretos leyes a los nuevos magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores, justificándose en la necesidad de reformar la administración de justicia, acorde con los objetivos políticos de la reconstrucción nacional; que no eran otros que

Poder Judicial, informe para el CIJA-CIJ, Lima, 1989; Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, CEDSS, 1982, y; Domingo García Rada, *Memorias de un Juez*, Lima, Andina, 1978.

366. Revista *DEBATE, Encuesta del Poder*, Apoyo, Lima, julio-agosto, 1998, p. 39; asimismo, en el diario *La República*, del 11 de agosto de 1997, se dio a conocer un sondeo de Analistas y Consultores en el que el 78% de los encuestados no confía en el Poder Judicial, y sólo un 13% dio una respuesta afirmativa.
367. Desde una perspectiva gubernamental, José Dellepiani, *La reforma judicial en el Perú: una propuesta de modernización y reorganización del sistema de administración de justicia*, ponencia presentada al Seminario-Taller, “Reforma Judicial en el Perú: logros y retos. En busca de un plan de mediano plazo”, Academia de la Magistratura, Lima, 12-14 de marzo de 1996, separata; asimismo, Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*, auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Lima, 1994.
368. Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992*, en *La República*, Lima, 5 de junio de 1992, p. 5.

implementar la economía libre de mercado y luchar contra el terrorismo, soslayando en la práctica los problemas de corrupción y desde ya la falta de independencia del Poder Judicial. De ahí que voceros gubernamentales hayan señalado que “la subsistencia del sistema democrático, así como de las importantes reformas económicas introducidas por el presente gobierno, será inviable sin un sistema de administración de justicia eficiente que responda a las necesidades de una sociedad moderna...”³⁶⁹.

De acuerdo con esta ideología judicial moderna, la mayoría oficialista del Congreso Constituyente Democrático, incorporó en la Constitución de 1993 un conjunto de viejas y nuevas instituciones judiciales, entre las cuales destacan: Principios judiciales que consagran el debido proceso y la tutela judicial, el control judicial de las leyes, el reconocimiento de la justicia comunal, la elección de los jueces de primera instancia y de paz. Renovadas instituciones como la Corte Suprema, convertida en corte de casación; el Consejo Nacional de la Magistratura, encargado del nombramiento y sanción de los magistrados, entre otras. Estas disposiciones constitucionales gozaron en términos generales de críticas optimistas a favor de la mejora de la independencia del Poder Judicial³⁷⁰, en tanto las desvinculaban de otras instituciones constitucionales hegemónicas, como la reelección presidencial y el reforzamiento de la justicia militar.

Pero, previamente a la aprobación de la nueva Constitución, en marzo de 1993, el propio gobierno creó un Jurado de Honor de la Magistratura³⁷¹, integrada por destacados juristas –Manuel de la Puente, Fernando de Trazegnies, Jorge Ramírez, Miguel de Althaus y Guillermo Velaochaga–, que se encargaron de la revisión de los casos de los magistrados que habían sido cesados y de su reincorporación si era el caso, así como también de nombrar provisionalmente a magistrados en las vacantes. Pero, en febrero de 1994, la recientemente renovada Corte Suprema abdicó ante la justicia militar de su potestad de administrar justicia, contra un grupo paramilitar del ejército, argumentando que el secuestro, asesinato e incineración clandestina de los

369. Ministro de Justicia Ricardo Santa Gadea, *Introducción*, en Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú...*, op. cit., p. 9.

370. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993*, pp. 49-55, y, Javier de Belaunde, *Elección popular de jueces*, pp. 209-217, ambos en LTC N° 10, CAJ, Lima, 1994.

371. Ver las leyes constitucionales del 12 de marzo y 17 de diciembre de 1993 del Congreso Constituyente Democrático, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993...*, op. cit., pp. 238 ss. y 247 ss.

restos mortales de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, era un delito de función y no un delito de homicidio³⁷².

Pero este caso de abdicación del Poder Judicial, a favor del poder político y militar, fue simbólico de lo que en materia directamente jurisdiccional ocurriría: por lo general, los procesos judiciales continuaron realizándose con marcados índices de corrupción, así como de una clamorosa falta de respeto a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial de los ciudadanos. Al punto que una Comisión de Juristas extranjeros, sin duda alguna, pudo señalar que “los efectos prácticos de la *reorganización* del Poder Judicial y sus instituciones asociadas llevada a cabo por el Presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, cuando es juzada de acuerdo a los estándares aplicables, ha sido la grave erosión si no la eliminación de la independencia institucional de la justicia ordinaria”³⁷³. Ello demostró que no era suficiente un examen de juristas competentes en la valoración del quehacer jurisdiccional de los jueces.

b. *Modernización y dependencia judicial*. A partir de 1995, soslayando los problemas antes mencionados, el gobierno entra en una segunda etapa, a fin de realizar una “*verdadera reforma judicial*”. Para lo cual dicta la Ley N° 26623, que crea el Consejo de Coordinación Judicial y las secretarías técnicas en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, con potestades exorbitantes en materia de creación de juzgados, derecho a proponer proyectos de leyes, titularidad del pliego presupuestal, nombramiento de jueces provisionales, etc. El Presidente Fujimori designó al oficial de marina en retiro José Dellepiane, como jefe de la reforma judicial. Pero luego de un año, no sin razón, se señaló que “la concentración de los poderes para la reorganización del Poder Judicial en dos personas, una de ellas conocida por sus estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas, es un paso fuera del camino hacia la urgentemente necesaria independencia del Poder Judicial en el Perú”³⁷⁴.

En ese sentido, las exorbitantes competencias asignadas en la Ley N° 26623, fueron materia de impugnación del Colegio de Abogados de Arequipa, vía la acción de inconstitucionalidad de dicha ley ante el Tribunal Constitu-

372. APRODEH, *De la tierra brotó la verdad. Crimen e impunidad en el caso La Cantuta*, Lima, 1994, p. 72.

373. Comisión Internacional de Juristas, *Informe sobre la administración de justicia en el Perú...*, *op. cit.*, pp. 79 ss.

374. Human Rights Watch/Americas, *Peru, presumption of guilty, human rights violations and the faceless courts in Peru*, Human Rights Watch, ISSN: 1077-6710, Washington 1996, p. 15.

cional, constituyendo la primera demanda de inconstitucionalidad que resolvió dicho tribunal como ya se ha mencionado. No obstante que cinco magistrados constitucionales, de los siete, opinaron que la ley era inconstitucional, tuvieron que suscribir un fallo declarando la constitucionalidad parcial de la norma, por mandato del artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debido a que dos magistrados identificados plenamente con el gobierno impidieron llegar a los seis votos para declarar la inconstitucionalidad de la mencionada ley³⁷⁵. De acuerdo, con este inconsistente sistema de votación establecido por la mayoría parlamentaria oficialista, en una votación para declarar inconstitucional una ley, los votos en mayoría pierden y los votos en minoría ganan³⁷⁶.

Esta ley institucionalizó la intervención del gobierno en la administración de justicia, sobre la base del proyecto de modernización de la administración de justicia, la misma que no modificó la inseguridad en el cargo de los jueces –removidos y reexaminados–, sino que más bien incrementó la inestabilidad de la carrera judicial. Así, según cifras oficiales, de los 1,473 jueces con que contaba el Poder Judicial en todo el país en 1997, sólo 403 (26%) eran titulares en sus cargos, es decir que los 1,070 jueces restantes eran suplentes (59%) y provisionales (15%). Más aún, de los 32 magistrados que integraban la Corte Suprema, 16 eran provisionales³⁷⁷.

Esta situación aún permanece, y significa que casi el 75% de los jueces del Perú se encuentran en una situación de inseguridad en el ejercicio de sus cargos, lo cual facilita la intervención política y la dependencia jurisdiccional activa o pasiva como regla, desde el más alto hasta el más bajo nivel de administración de justicia. Esta situación de inestabilidad judicial, se ha visto crispada debido a que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, tiene la facultad de nombrar y destituir jueces provisionales, sustituyendo esta atribución a un organismo constitucional como es el Consejo Nacional de la Magistratura. En este sentido, el CNM no ha podido nombrar a los magistrados respectivos de la Corte Suprema y otras instancias, debido a que la Academia Nacional de la Magistratura (ANM) encargada de capacitar a los magistrados para su posterior nombramiento, se alineó con la Comisión Ejecutiva y con el organismo constitucional del CNM, como así lo expresó el entonces director de la ANM “comprendo que el CNM se sienta incómodo por

375. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp.128 ss.

376. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, 1997, op. cit., pp. 251 ss.

377. José Dellepiane, *Reforma y modernización del poder judicial*, Poder Judicial, Lima, 1997, pp. 23 ss.

no poder efectuar sus nombramientos, pero las necesidades de la reforma de la Justicia son otras³⁷⁸. Por eso, se ha dicho con razón que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial “por un lado, demuestra un estricto celo y rigidez para nombrar magistrados titulares, pero por otro lado, gran facilidad y cierta informalidad para designar jueces provisionales y suplentes en las diferentes instancias jurisdiccionales que se viene creando como parte de la reforma³⁷⁹”.

De manera más clara, el Colegio de Abogados de Lima, también se pronunció en julio de 1997, señalando que:

En estos últimos meses el Perú ha presenciado una serie de hechos sumamente graves que, en su conjunto, implican una vulneración sistemática al Estado de Derecho, eje y sustento del sistema democrático [...]. Dentro de este contexto, el Poder Judicial y Ministerio Público, le sirve al grupo que nos gobierna, para que cuando sus actos arbitrarios y corruptos sean cuestionados mediante acciones de amparo, hábeas corpus o denuncias penales, los jueces y fiscales proclives y temerosos le concedan a dichos actos un ropaje de legalidad e inocencia según sea el caso, y en consecuencia se diluyan los cuestionamientos que realizan los medios de comunicación y la sociedad. Por ello es, que a este grupo le interesa que la mayoría de magistrados de país sean provisionales y no titulares, con la finalidad de manejarlos mejor...³⁸⁰.

Asimismo, el Presidente del gremio de los magistrados sostenía, en agosto de 1997, que el Poder Judicial está pasando por una de sus peores épocas. Y para superar dicha etapa propuso dejar sin efecto al Consejo de Coordinación para que sean los presidentes de las Salas Superiores, así como de la Corte Suprema, quienes se encargen del nombramiento de los magistrados³⁸¹.

Pero la Comisión Ejecutiva ha contado con el apoyo de algunos vocales al interior del Poder Judicial, que han hecho proselitismo con la reforma, como el ex presidente de la Corte Superior de Lima, logrando así que en agosto de 1997 los presidentes de las cortes superiores de justicia del país, se pronunciasen sobre la reforma del Poder Judicial:

-
378. Entrevista a Francisco Eguiguren, director de la Academia Nacional de la Magistratura, en *Expreso*, 13 de agosto de 1997.
379. Gorki Gonzales, *Jurisdicción y poder político en el Perú*, manuscrito de Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 41.
380. Declaración de José García, Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados, diario *La República*, 11 de agosto de 1997.
381. Declaración de José García Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados, diario *La República*, 11 de agosto de 1997.

La Reforma del Poder Judicial del Perú, forma parte de la Reforma del Sistema de Administración de Justicia, habiéndose constituido a la fecha en uno de los procesos modelo para los países en vías de desarrollo, cuyo grado de avance permite vislumbrar el logro cabal de sus objetivos en términos de seguridad jurídica, avance sustancial en la lucha contra la corrupción, previsibilidad y confiabilidad, como elementos sobre los cuales debe construirse el desarrollo nacional con paz y seguridad³⁸².

Tan distante de la realidad como de los logros, es la imagen de los vocales sobre la reforma, ya que en esta segunda etapa de la reforma judicial, la desconfianza de la opinión pública general y especializada es casi unánime, debido a que los actores judiciales: gremios de abogados, juristas, universidades y litigantes están excluidos de las decisiones fundamentales de la reforma, no obstante que dicha reforma les afecta directamente; lo cual se corresponde con la falta de consenso democrático en la acción gubernamental en general, permitiendo esta falta de transparencia e ineficacia en las decisiones de la reforma judicial³⁸³. Junto a ello, la sociedad percibe un deterioro de la justicia en el Perú, a partir de casos judiciales concretos de repercusión pública, que ponen en evidencia porque el Poder Judicial, desde hace varios años, sigue ocupando para la opinión pública, el primer lugar entre las instituciones más ineficientes y más corruptas del Perú³⁸⁴.

Es en abril de 1998 cuando se inicia el cierre de esta segunda etapa de la reforma judicial, debido a que el Congreso dicta la Ley N° 26933 que recortó las facultades fiscalizadoras sobre jueces y fiscales del Consejo Nacional de la Magistratura, precisamente, cuando había abierto una investigación a varios vocales supremos por el delito de prevaricato, al haber cambiado en el fallo el sentido de la votación, en el caso Novotec contra el Banco Central de Reserva. Estos vocales son los que en vía de una acción de amparo, en pro de la reelección presidencial de Fujimori para el año 2000, declararon fundada la demanda, pocos meses antes, como se estudia más adelante. Pues, bien, la inconstitucional y encubridora ley a favor de los vocales áulicos de la reelección presidencial, fue el motivo de la renuncia de los siete magistrados del CNM, encabezados por Parodi Remón, Roger Rodríguez y Carlos Montoya, entre otros.

382. Comunicado publicado en la mayoría de los diarios, el 14 de agosto de 1997.

383. Ver las opiniones de Roberto Mac Lean y García Belaunde, en el conversatorio *Reforma de la administración de justicia*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 185-208.

384. Revista *DEBATE, Encuesta del Poder*, julio-agosto, 1998, *art. cit.*, p. 39: asimismo, *La República*, 11 de agosto de 1997, *art. cit.*, donde se consigna que el 78% de los encuestados no confía en el Poder Judicial.

Este bochornoso episodio generó la suspensión y posterior cancelación del préstamo del Banco Mundial de 22,5 millones de dólares, que el Presidente Fujimori ya había suscrito pero que no se había desembolsado aún³⁸⁵. Esta decisión fue seguida por la posterior renuncia del artífice de la reforma judicial, el ex-marino Dellepiane, quien ya empezaba a entender que

la injerencia del poder político, sumada a la corrupción, destruye el concepto del equilibrio de justicia. Ambas cosas están presentes, y ese es el esquema que nos hace pensar inmediatamente en que lo que nosotros necesitamos como país es un juez de hierro [...] El parámetro de la justicia se encuentra diluido; por eso para que se pueda ejercer realmente la tutela jurisdiccional, necesitamos un sistema de justicia [...] Pero primero creo que el Congreso debería tener un gran debate alturado sobre el contenido de la Constitución y sus resultados. Habiéndose tramitado un año y ocho meses de la reforma administrativa, en lugar de hablar de reforma de la reforma, lo que tenemos que hacer es cambiar el tema hacia otro ámbito, y decir, vamos a cambiar la justicia en general³⁸⁶.

Entonces, el balance de la segunda etapa de la reforma judicial, se caracteriza por haber acentuado la intervención política del gobierno, a través de la llamada modernización y reorganización judicial, la misma que durante esta etapa fue sostenida por las entidades de crédito como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como, también, alentada por la cooperación técnica de los gobiernos de Estados Unidos, Japón, Reino Unido y las agencias gubernamentales y multilaterales de cooperación como el PNUD y la Unión Europea. Lamentablemente, todo este magnífico apoyo económico internacional sólo sirvió para “acentuar” la intervención política del gobierno en el Poder Judicial, lo que es lo mismo decir, para reforzar la dependencia del Poder Judicial a los intereses de la reelección del Presidente Fujimori y de la invulnerabilidad judicial de las Fuerzas Armadas, lo que ha llevado a la politización de la justicia.

385. Roberto Mac Lean, *La justicia cuesta abajo. A seis años de iniciada la reforma judicial los oficialistas en el Congreso de la República se han convertido en su peor enemigo*, en *Caretas* N° 1534, del 17/9/98, en <http://www.Caretas.com.pe>.

386. Declaraciones de José Dellepiane, *Cambiar la justicia en general*, en *La República*, edición del 8 de setiembre de 1997; asimismo, revisar Roberto Mac Lean, *Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia*, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México UNAM, 1997, pp. 333-357.

12 Politización de la justicia

No se puede dejar de reconocer que la jurisdicción constitucional es tributaria de la crisis de la justicia ordinaria —aún cuando el Tribunal Constitucional no sea un órgano del Poder Judicial—, en tanto ha sido creada como una alternativa al viejo sistema judicial, pero para aplicar el Derecho Constitucional, aunque de manera restringida. Por eso, durante la década de los noventa en el Perú, se ha vuelto a poner en evidencia en todo su dramatismo la crisis de la justicia ordinaria, debido a la repercusión en sede judicial de un nuevo fenómeno político: el agotamiento de la representatividad política³⁸⁷. En efecto, la crisis de legitimidad del estado de partidos, ha dejado de lado a la política como escenario de mediación “*cleavage*” de los conflictos sociales trascendentales del país, debido a que el sistema representativo y, en particular los partidos políticos democráticos, han perdido legitimidad en la opinión pública.

En este escenario, la resolución de los conflictos sociales se ha trasladado progresivamente de las cámaras políticas a las cortes de justicia, de lo cual no ha estado exenta la justicia ordinaria³⁸⁸. Produciéndose un proceso no deseado por los magistrados: la judicialización de la política, tema en el cual los jueces se ven obligados constitucionalmente a dictar sentencia y actuar como arbitros de conflictos de gran trascendencia política, muchas veces con mayor incidencia que las decisiones de la justicia constitucional; proceso en los cuales nunca han salido bien parados, debido a que asumen un mediocre rol de sometimiento a la legalidad, antes que al Derecho Constitucional. En ese sentido, se puede afirmar que los jueces no han llegado a domesticar judicialmente a la política, sino que por el contrario se ha producido un fenómeno inverso: la justicia se ha politizado, como nunca antes se había conocido³⁸⁹. En ese sentido, “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA señaló en su informe preliminar, luego de su reciente visita, que las comisiones ejecutivas del Poder Judicial y del Minis-

387. Domingo García Belaunde, *Representación y partidos políticos: el caso del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, 1995, *op. cit.*, pp. 59 ss.

388. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, *art. cit.*, pp. 11 ss.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El Parlamento y la representación política*, en Congreso de los Diputados, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, volumen I, Madrid, 1988, pp. 145 ss.

389. César Landa, *Independencia y reforma judicial en el Perú*, conferencia ofrecida dentro del programa *Rechtsstaatlichkeit, Justiz und Verfassungswirklichkeit in Peru*, Jugendzentrum, Nürnberg, 26 de marzo de 1998, mimeo, pp. 6.; Javier de Belaunde, en el conversatorio *Reforma de la administración de justicia*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 200-203.

terio Público resultaban interventoras y les restaban cierta autonomía a esas instituciones³⁹⁰.

También se pueden señalar algunos casos judiciales que constituyen una radiografía de la politización de la justicia en los cuales la mayoría parlamentaria ha intervenido en procesos judiciales en curso ante el Poder Judicial, mediante leyes dictadas arteralmente, violando no sólo la independencia del Poder Judicial, sino también el procedimiento parlamentario, sin ninguna consideración de la oposición parlamentaria y las minorías afectadas. Por ejemplo, en febrero de 1994, la Corte Suprema se encontraba para dirimir la competencia entre el fuero militar y el fuero común, en relación a un proceso penal iniciado contra paramilitares del Ejército —grupo «Colina»— acusados de asesinar a un profesor y nueve estudiante universitarios de la Universidad La Cantuta³⁹¹. Un día antes de que la Corte Suprema resolviese finalmente a quien le correspondía juzgar a los militares —tema que se veía favorable al fuero común— la mayoría parlamentaria, por sorpresa y desconociendo la mínimas prácticas parlamentarias democráticas, aprobó la Ley N° 26291, en virtud de la cual el caso La Cantuta pasó al fuero militar, para escarnio de la sociedad y de la justicia civil, la Sala Penal de la Corte Suprema corroboró sin mayor debate la decisión legislativa, aunque sí con votos contradictorios³⁹².

Otro caso, en junio de 1995, de una juez de primera instancia que abrió proceso penal contra el grupo paramilitar «Colina», que comprometía a oficiales de alto y media graduación, implicados en la matanza de varios pobladores de Barrios Altos. Pero, dada la presión militar, el Congreso aprobó la Ley N° 26479 de amnistía para los militares que habían cometido delitos contra los derechos humanos³⁹³. Sin embargo, la jueza del caso Barrios Altos, en ejercicio del artículo 138° de la Constitución de 1993, que ordena a los jueces preferir la norma constitucional a una legal, en caso de incompatibilidad entre ambas, resolvió constitucionalmente seguir procesando a los militares comprometidos en estos asesinatos. La fundamentada resolución fue apelada con argumentos formalistas y legalistas, pero, antes de que los

390. EL COMERCIO, *Intervención en órganos de justicia*, en edición del 23 de Noviembre de 1998, ver <http://www.infobanco.com.pe/webcomercio/231198/005212.htm>.

391. APRODEH, *De la tierra brotó la verdad. Crimen e impunidad en el caso La Cantuta*, Lima, 1994, pp. 45-55.

392. Sala Penal de la Corte Suprema, *Contienda de Competencia N° 7-94. CSJM-16 J.P. Lima*, Lima, 1994, pp. 4; Department State, *Country report on human rights practices for 1992 y, Country report on human rights practices for 1994*, Washington D.C., Joint Committee Print, 1993 y 1995, respectivamente, pp. 475 y 482, respectivamente.

393. APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad*, Lima, 1996, pp. 20 ss.

tribunales superiores se pronunciaran sobre este recurso, la mayoría fujimorista del Congreso volvió a aprobar una segunda ley de amnistía, Ley N° 26492, en virtud de la cual estableció que las leyes de amnistía no eran revisables en sede judicial, y que ello no significaba ninguna intervención en materia jurisdiccional. Mandato que fue asumido fielmente por los magistrados superiores y supremos³⁹⁴.

En noviembre de 1996, la Corte Superior de Lima ordenó el cambio de la jueza Minaya, para que no siga viendo el caso del habeas corpus a favor del ex-general Rodolfo Robles, puesto que éste había solicitado que la magistrada se apersona al cuartel militar Real Felipe, para exigir se cumpla la orden de su libertad que dictó. Así, también, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, repentinamente en febrero de 1997, desactivó la recién creada Corte Superior para delitos de narcotráfico, precisamente, antes de que se iniciaran los procesos judiciales por tráfico de drogas en el que se encontraban involucrados miembros de las Fuerzas Armadas.

Pero estos casos no resultan ser una excepción, sino casi la regla que acompaña a la reforma judicial, así, en junio de 1997, el gobierno retiró la nacionalidad peruana al dueño del canal 2 de televisión, debido a las denuncias periodísticas realizadas con información confidencial del Servicio de Inteligencia Nacional y de su mentor Vladimiro Montesinos; el Poder Judicial ratificó el despojo. Inmediatamente después, en agosto de 1997, la Corte Suprema de Justicia acordó denunciar penalmente a tres vocales superiores independientes, que resolvieron en contra del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Entre Setiembre de 1997 y abril de 1998, una ex-agente del Servicio de Inteligencia Nacional, es torturada y asesinada, una segunda torturada y procesada por la justicia militar, y una tercera hostigada cruelmente, supuestamente por dar información a la prensa sobre las actividades ilegales del grupo paramilitar “Colina”, responsable de las matanzas de La Cantuta y Barrios Altos, escuchas telefónicas ilegales, entre otras fechorías; en la actualidad la sobreviviente y su colega se encuentran fuera del Perú, una como refugiada de las Naciones Unidas y la otra como asilada en los Estados Unidos.

De mayo a octubre de 1998, Delia Revoredo decana del Colegio de Abogados de Lima, el gremio de abogados más importante del Perú, se asiló

394. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, 1996, art. cit., pp. 151 ss.; asimismo, Ronald Gamarra y Robert Meza, *Ley de amnistía (impunidad)*, *Constitucional y derechos humanos*, documento de trabajo, Lima, IDL, 1995, 52 pp.

con su familia en Costa Rica; debido a que como ex-magistrada del Tribunal Constitucional, destituida por el Congreso, se convirtió en un claro elemento crítico al gobierno; coincidentemente, el Poder Judicial le inició proceso judicial a ella y a su esposo, por supuesto delito tributario. Estos casos que dan cuenta del grave estado de los derechos fundamentales en el Perú, ha sido materia de demandas ante el sistema interamericano de derechos humanos³⁹⁵.

Este recuento de casos pone en evidencia que el poder ha olvidado, que “la idea de la justicia constitucional es hija de la cultura del “constitucionalismo” o, lo que es lo mismo, de una concepción de la democracia fundada en la garantía de la libertad individual, y del pluralismo social y político que por ello exige un “gobierno limitado”, basado en la propia Constitución como *higher law*”³⁹⁶. Pero, si bien la justicia nunca ha sido un valor o un proceso aislado de las relaciones de poder³⁹⁷, sucede ahora, que debido al deterioro de las estructuras de poder democrático del Estado, también se ha informalizado y narcotizado la administración de justicia. Lo cual supone que la función jurisdiccional se encuentre sometida a una mayor inestabilidad e inseguridad que antaño, debido a que los tradicionales poderes públicos empiezan a ceder su autoridad a los poderes fácticos, tanto públicos representados por el poder militar, como privados, liderados por los medios de comunicación. De esta manera, la informalización del Estado de Derecho también se traslada al Poder Judicial, reproduciendo sus mecanismos de presión y de control en las decisiones judiciales más importantes³⁹⁸.

Esta situación judicial, por otro lado, se puede explicar por la dialéctica del formalismo jurídico y el decisionismo político, que ha convertido a los jueces en funcionarios del gobierno antes que del Estado³⁹⁹. En efecto, el

395. EL COMERCIO, *Comisión Interamericana expresa preocupación por violación a los DD.HH.*, en edición del 9 de octubre de 1998, ver en <http://www.elcomercioperu.com.pe/fs5n3.htm>.

396. 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 Parlamento...*, op. cit., p. 183.

397. Juan López Aguilar, *La justicia y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, en Perfecto Ibáñez (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción...*, op. cit., pp. 59 ss.; asimismo, Raúl Olivera, *Corrupción en el Poder Judicial y en el Ministerio Público*, Lima, Editorial San Marcos, 1985, pp. 21 ss. Y 57 ss.

398. Steven Spitzer, *The dialects of formal and informal control*, en Ricahard Abel (editor), *The politics of informal justice*, volume 1, *The american experience*, London Academic Press, 1982, pp. 167 ss.; asimismo Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie...*, op. cit., pp. 11-18.

399. Luis María Díez-Picazo, *Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial*, en REDC, Año 12, Nº 34, Madrid, CEC, 1992, pp. 32 ss.; asimismo, Roberto Mac Lean, *Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración*

razonamiento judicial de los magistrados del Poder Judicial, para dar cobertura a la solución de los casos judiciales políticos, se caracteriza en términos generales por un positivismo normativista y decisionista, que ha creado una *jurisprudencia autista*, es decir, que no obstante los argumentos y pruebas en contra de su pre-judicio del caso, son minusvalorados o conscientemente no considerados, con lo cual se ha creado un espacio judicial de pugna fuera de las vías procesales, en los medios de comunicación que se han convertido en una suerte de justicia material en el Perú.

Convenimos en que la *justicia comunicativa*⁴⁰⁰, basada en principios y métodos de interpretación jurídica no tradicional, es la que busca satisfacer no sólo la seguridad jurídica, sino también la razonabilidad de un caso⁴⁰¹. Pero, dentro del ordenamiento judicial constitucionalmente establecido, que respete los principios fundamentales del debido proceso y la tutela judicial, valores judiciales propios de sociedades democráticas abiertas, de pluralismo y tolerancia jurídicas. Prácticas de vida social que son escasas en el orden judicial peruano.

Este positivismo judicial es coherente con la falta de conciencia de independencia judicial, dada la tradicional experiencia de obsecuencia del juez a la ley, aunque esta sea inconstitucional, o, de dependencia más directamente de la voluntad política de quienes detentan o ejercen el poder. Produciéndose, en ese entendido, tanto un vacío o falta de administración de justicia, como una desvinculación entre la sentencia a la norma y de ambas a la realidad; lo cual queda expresado en las sentencias redactadas farragosa y elípticamente, imposibles de ser comprendidas por los propios interesados, donde el derecho adjudicado o negado coincide más con la voluntad del juez, que con la norma o incluso la pretensión. De esta manera, la justicia antes que conservadora o liberal, es en muchos casos políticos una justicia dislocada de la norma, de la realidad y de las expectativas ciudadanas.

En parte esta dramática situación es explicable, entre otras cosas, debido a los déficits de independencia judicial y mínima formación profesional de gran parte de los magistrados, que a menudo dan muestras de ejercer su función jurisdiccional paradójicamente; por un lado, con los tradicionales

de justicia, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional...*, *op. cit.*, pp. 335-340.

400. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes...*, *op. cit.*, pp. 290 ss.; asimismo Peter Häberle, *die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en *JZ*, 1975, pp. 297-305.

401. Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I, *op. cit.*, pp. 292 ss. y 789 ss., respectivamente; y Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode...*, *op. cit.*, pp. 185 ss.

vicios formalistas del proceso judicial, y por otro, con una informalidad al servicio de los poderes públicos y privados; por eso, el saber popular ha llegado a ironizar la imagen del juez, como aquel que aplica la ley severamente para el enemigo y da todo para el amigo⁴⁰².

En ese sentido, se puede señalar que el razonamiento judicial de la mayoría de los magistrados ordinarios está atada, en el mejor de los casos, a una práctica judicial positivista. No obstante, es del caso recordar que existen varios modelos de raciocinio judicial positivista: a) el modelo silogístico de la subsión del caso en una norma preestablecida; b) el modelo realista, donde el juez primero decide y luego justifica; c) el modelo de la discreción judicial, que defiende el poder político del juez, y d) el modelo de la respuesta correcta, donde el juez carece de discreción y por tanto de poder político⁴⁰³.

De este baremo de posibilidades, se puede señalar que la justicia peruana está inmersa mayoritariamente en un concepto positivista-normativista, en virtud del cual los magistrados son sólo la *bouche qui prononce le parole de la loi*, disociando cuando menos la norma de la realidad, es decir, sin incorporar en su razonamiento judicial fenómenos de la realidad social concreta y de la doctrina, que explicarían la existencia de su función de administrar justicia de manera más cercana a los interesados y sin quebrar el ordenamiento constitucional⁴⁰⁴. Planteamiento que se pasa a verificar en la práctica judicial en su relación con la justicia constitucional.

2 LA GUERRA DE LAS CORTES⁴⁰⁵

El formalismo legal del Poder Judicial encubre una forma de ejercer el derecho judicial, que está desvinculada del consenso social en el cual debe

402. Raúl Olivera y Manuel Olivera, *Corrupción en el Poder Judicial y el Ministerio Público...*, op. cit., pp. 44 ss.

403. Ver Primera parte, nota 293; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional*, en Antonio López Pina (editor), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 73-77.

404. Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Uberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice*, Roma, Angeli editore, 1981, pp. 25 ss. Y 43 ss.; asimismo, Vincenzo Vigoriti, *Le responsabilità del giudice: orientamenti e prospettive nell'esperanza italiana e comparativa*, en *Quaderni Costituzionali*, anno III, N° 1, Roma, 1993, pp. 49 ss.

405. Tal guerra se sucitó en Italia en 1965 cuando la Corte Constitucional rechazó en vía incidental una cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto desde una determinada interpretación no resultaba contraria a la Constitución -*sentencia interpretativas di rigetto*-; lo cual fue rechazado por la Corte de Casación que apoyada en los artículos 101° y 136° de la

reposar la aplicación de toda norma⁴⁰⁶. Por eso, en una democracia relativista o sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa, que es distinto a una Constitución abierta⁴⁰⁷, se crean las condiciones necesarias para que en situaciones de crisis constitucionales, las voluntades autoritarias se abran paso hacia un sistema de poder absoluto o dictatorial, tras las banderas de las emergencia, la reforma o la modernización, usando al poder judicial como un instrumento más de sus fines⁴⁰⁸. Esta es la causa que produjo la *guerra delle due Corti* entre la Corte Suprema y el Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso de la ley de la bolsa de trabajo, y años después entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en relación a la ley de la reelección presidencial, que a continuación se presentan.

21 Amparo contra la sentencia desestimatoria de control abstracto del TGC

La Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo de 1990, y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, que desestimó la demandada de inconstitucionalidad contra la misma, puso en estado de alerta a los empresarios de la construcción, debido a que la norma legal y la sentencia constitucional establecieron por vez primera los principios de igualdad y libertad en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, en tanto valores materiales, fundantes del constitucionalismo social de la Constitución de 1979⁴⁰⁹. Sin embargo, estos principios y derechos fundamentales fueron desestimados en sede judicial ordinaria, merced a una controvertida resolución de la Corte Superior de Lima, que en vía de acción de amparo, declaró en marzo de 1991 inaplicable para los empresarios de la construcción demandantes la ley de la Bolsa de Trabajo por inconstitucional, no obstante que la sentencia del

Constitución Italiana, se negó a aceptar la interpretación establecida y planteó reiteradamente la cuestión de inconstitucionalidad en conflicto, para forzar a la Corte Constitucional a resolver con una sentencia la inconstitucionalidad, ver Nicola Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "Guerra delle due Corti"*, Milano, Giuffrè, 1973; asimismo, en Alessandro Pizzorusso, *Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional Italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 275 ss.

406. Roscoe Pound, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, en *American Bar Association Report* 395, 1906, pp. 406 ss.
407. Peter Häberle, *Die Offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten...*, op. cit., pp. 121 ss. Y 151 ss.; Roland Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers ans Bestimmtheitsfordernisse*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 47 ss.
408. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend...* op. cit., pp. 244 ss.
409. César Landa, *La sentencia del tribunal de garantías constitucionales sobre la constitucionalidad de la ley de la bolsa de trabajo y los principios de la igualdad y libertad*, en *Derecho*, N° 45, 1991, art. cit., pp. 433 ss.

Tribunal de Garantías Constitucionales había declarado infundada una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada ley⁴¹⁰. Ello fue posible en virtud del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, a cargo también del Poder Judicial.

En efecto, simultáneamente a la presentación de la acción de inconstitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo, la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), con los mismos argumentos de la demanda de inconstitucionalidad interpuso una acción de amparo contra la mencionada norma, para que conforme a lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 23506, Ley Orgánica de Hábeas Corpus y Amparo, se declare la inaplicabilidad de la misma para las empresas de la construcción agremiadas a dicha patronal⁴¹¹. La resolución del Juez de Primera Instancia declaró fundado el amparo, el mismo que fue confirmado por la Corte Superior de Lima, con los votos de los magistrados Vega Maguina, Ferreyros Paredes y Ortiz Portilla, mientras que el magistrado Paz de la Barra emitió un voto en discordia, pidiendo que se revoque dicha sentencia de primera instancia, en mérito de la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la bolsa de trabajo.

La sentencia tiene importancia medular en la jurisprudencia constitucional, no sólo por que puso en evidencia el conflicto sobre quién es el supremo intérprete de la Constitución, sino también porque ejemplarizó el conflicto entre las decisiones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Para el efecto, cabe recordar que la Constitución de 1979, estableció en su artículo 236°, que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefería la primera. Mientras que por el artículo 298°-1, al TC le correspondía declarar la inconstitucionalidad de las normas legales⁴¹². Sin embargo, para integrar ambas jurisdicciones, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, dispuso en su artículo 39° que los jueces debían aplicar la norma cuya constitucionalidad hubiese sido confirmada por el Tribunal.

Pero, no obstante estas disposiciones, ante la demanda de CAPECO⁴¹³ la justicia ordinaria prefirió inaplicar la ley de la Bolsa de Trabajo al conside-

410. Alfredo Villavicencio y David Lobatón, *La bolsa de trabajo, razón de ser y fundamento constitucional*, en *Derecho y Sociedad*, Año N° 3, 1990 p. 5.

411. Para ver la identidad entre ambas demandas, revisar: Ministerio Público, Fiscalía de la Nación. *Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 25205*, Lima, 10 de mayo de 1990, firma Manuel Catacora, Fiscal de la Nación, 6 p.; asimismo, Corte Superior de Lima; *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo en la Construcción Civil...*, *op. cit.*, p. 1.

412. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional procesos constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

rarla inconstitucional. Así, la Corte Superior primero, pasó a desmontar el mandato legal de obligatoriedad de las sentencias del TGC; al argumentar que

el juzgado no debe abstenerse, obviamente de administrar justicia ni resignar su potestad jurisdiccional con relación a la acción de amparo sometida a su competencia, por haber declarado el Tribunal de Garantías Constitucionales la exequibilidad de la norma impugnada, porque el juzgado actúa en cumplimiento de lo normado en los doscientos treintidos y doscientos treintitrés incisos uno, dos, seis y dieciocho de la Constitución⁴¹⁴.

Si bien el Poder Judicial, en virtud del control difuso de constitucionalidad, puede inaplicar la ley que entienda inconstitucional al caso concreto (Constitución de 1979, Art. 236°), se plantea la interrogante acerca de dónde quedaba, entonces, los alcances de la sentencia del Tribunal, por que también era igualmente indiscutible la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, si está desestimaba una acción de inconstitucionalidad⁴¹⁵. En efecto, es un tema pacífico en la doctrina, que las sentencias de los jueces y tribunales ordinarios estén vinculados a las sentencias del TGC, dado los efectos negativos –dejar sin efecto una ley– de las mismas; pero, al parecer, lo que no estaba claro era si el TGC emitía un fallo constitucional positivo –reafirmaba la constitucionalidad de una ley–, si en este segundo supuesto, la función de control difuso de los jueces y tribunales ordinarios, se mantenía o quedaba sin efectos, o en todo caso subordinada a la decisión de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En concreto, en la sentencia de la Corte Superior de Lima se señala que

de donde resulta que es primordial determinar si tal pronunciamiento (*sentencia del TGC*) incide en la resolución anterior del órgano jurisdiccional venida en grado (*sentencia de Primera Instancia*)” y determina que “la carta magna ha instituido los mecanismos independientes de control constitucional, con funciones totalmente diferentes y específicas; una, creada para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, con eficacia general y abstracta a cargo del Tribunal

413. Guillermo Boza, Juan Cortez, David Lobatón y otros, *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: ensayos a propósito de la sentencia de la bolsa de trabajo*, Lima ADEC-ATC, Descó, 1992, 294 p.

414. Corte Superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo en la Construcción Civil...*, op. cit., p. 2.

415. Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, N° 4, 1982..., art. cit., pp. 47 ss.

de Garantías Constitucionales y; otro, a través del Poder Judicial, encargado de la administración de justicia, con la obligación de preferir la norma constitucional en caso de incompatibilidad con una norma legal ordinaria⁴¹⁶.

En ese entendido, los vocales prefirieron asumir directa y segmentadamente sus potestades constitucionales, para realizar el control difuso en el marco de la independencia judicial⁴¹⁷, no se encontraban sometidas a las sentencias del TGC, y no obstante que, el propio Art. 39° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, disponía que “los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal”. Por el contrario, los vocales de la Corte Superior de Lima, declararon de oficio que este mencionado artículo también era inconstitucional, de acuerdo al control difuso que practicaron del mismo en la misma sentencia de amparo⁴¹⁸. Esta sentencia puede ser calificada de política, en tanto los magistrados rompieron, no sólo el principio del debido proceso legal establecido, sino que también quebraron el principio de la supremacía de la interpretación constitucional del Tribunal, y la obligatoriedad de los fallos constitucionales para los jueces y tribunales ordinarios⁴¹⁹.

Al respecto, cabe señalar que las sentencias sobre las acciones de inconstitucionalidad de los tribunales constitucionales tienen efectos vinculantes para todos —*erga omnes*—, son cosa juzgada constitucional y tienen fuerza de ley⁴²⁰. En este entendido, dado el carácter constitucional de la sentencia del TGC, ésta gozaba de plenos efectos para los demás poderes públicos. Más aún, el fallo del TGC declarando una ley inconstitucional, tenía efectos derogatorios de la ley de dos tipos: indirectos, porque quedaba obligado el Congreso a dictar una ley derogatoria de la norma inconstitucional, o directos, porque si el Congreso no derogaba la norma declarada inconstitucional en un plazo de cuarenta y cinco días, la sentencia del TGC se publicaba en el diario oficial, asumiéndose derogada la norma legal inconstitucional. Pero, si el TGC desestimaba la acción de inconstitucionalidad, es decir si la ley quedaba convalidada como constitucional, no podía menos que tener

416. Corte superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo sobre la Ley de la Bolsa de trabajo en la Construcción Civil...*, op. cit., p. 1.

417. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989, pp. 161 ss.

418. Gaetano Insolera, *Discrezionalità e irresponsabilità*, en Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Uberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice...*, op. cit., pp. 92 ss.

419. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial...*, op. cit., pp. 76 ss.

420. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional y poder judicial...*, op. cit., pp. 66 ss., 84 ss. y 179 ss.; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional...*, op. cit., p. 280.

efectos semejantes al del otro tipo de sentencia; es decir, cosa juzgada –*Rechtskraft*–, fuerza de ley –*Gesetzeskraft*– y carácter vinculante –*Bindungswirkung*–, para todos los poderes públicos encargados de pronunciarse al respecto, e incluso para las personas naturales y jurídicas, como se analizó antes. (Primera Parte, Capítulo IV, 2.3.).

Lo que por otro lado no supone que la eficacia normativa de una ley ordinaria del Congreso, sea menor a la de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad del TGC, sino que habiéndose producido una sentencia sobre la materia controvertida, sólo podría ser contradicha inmediatamente mediante una acción de amparo en el Poder Judicial, a pesar de la interpretación constitucional abstracta realizada por el TGC, cuando los principios de la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional del *stare decisis*, fuesen modificados debido a nuevas circunstancias⁴²¹, como la no discriminación de hecho contra los trabajadores sindicalistas y mayores de edad, por parte de los empleadores accionantes.

Es importante argumentar, también, que mediante la sentencia estimatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad de la ley, ésta se perfecciona judicialmente en su presunción de constitucionalidad, otorgando al ordenamiento legal mayor certeza constitucional. En ese sentido, si los jueces no podían dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad hubiese sido desestimada por el TGC, y además, “la sentencia denegatoria de una norma impide la interposición de una nueva acción fundada en idéntico precepto constitucional” (LOTGC, art. 36°)⁴²². Todo esto lleva a pensar que si la justicia ordinaria, excepcionalmente, podía emitir juicios de constitucionalidad mediante el control difuso, éstos estaban sometidos a la Constitución y a las sentencias del TGC, en tanto hubiese un pronunciamiento de este tribunal; por cuanto, si un fallo del TGC reunía los requisitos de la cosa juzgada, fuerza de ley y carácter vinculante, la Corte Superior sólo podía desconocer el fallo del TGC, a costa de quebrar el sistema constitucional nomofiláctico de integración de las sentencias al ordenamiento constitucional.

Además, cabe señalar que el efecto vinculatorio de las sentencias estimatorias o desestimatorias del TGC era predicable tanto del fallo como de sus fundamentos. Por eso, si bien, por un lado, los jueces estaban sometidos a la Constitución y a la ley, y por otro, al intérprete supremo de la Constitución, mal hizo la Corte Superior en asumir el control difuso como una

421. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...*, op. cit., p. 280.

422. Alfredo Corso Masías, *El tribunal de garantías constitucionales, prontuario...*, op. cit., p. 145.

competencia alternativa al control abstracto a cargo del TGC; en virtud de lo cual, desintegró la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional y el principio de la corrección funcional, es decir, en perjuicio de la competencia de control constitucional del TGC. Por ello, estando el juez y las cortes ordinarias subordinadas a la Constitución y a la ley, en consecuencia, no podían resolver ni en contra de la ley ni de la Constitución en los términos que el supremo intérprete de la Constitución lo había establecido.

Para ser lógicos y racionales: si la ley debía aplicarse de acuerdo a la Constitución, entonces la interpretación de la ley debía seguir la interpretación de la Constitución, y el control difuso de la Constitución debió asumir la interpretación constitucional que se hizo en base al control abstracto; habida cuenta de la función nomotécnica del TGC de tener como única y suprema función el control de la Constitución. Así, pues, en virtud del principio de la corrección funcional, las tareas de control difuso del Poder Judicial no debieron alterar las decisiones de la justicia constitucional, sino integrarse mediante la concordancia práctica con la jurisprudencia constitucional, sin que ninguna perdiese su identidad⁴²³.

De donde la Corte Superior estaba sujeta a la Constitución y a su interpretación, que unían en torno al Tribunal de Garantías Constitucionales, por lo que no podía resolver en contra de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, tal y como procedió. No por que no pudiese hacer el control difuso de las leyes en nuevos supuestos *mutatis mutandi*⁴²⁴, sino por que la Constitución y su suprema interpretación constitucional correspondían monopólicamente al TGC y ésta acababa de pronunciarse sobre el caso en abstracto⁴²⁵.

No obstante, la resolución del Poder Judicial no fue impugnada, más aún, con la llegada de Fujimori a la Presidencia en 1990, se dictó el Decreto Legislativo N° 727, de Promoción de la Inversión Privada en la Construcción, en virtud de la cual se excluyó a las empresas constructoras de las obligaciones laborales establecidas en la Ley de la Bolsa de Trabajo, a pesar de la sentencia del TGC⁴²⁶. Pero estas disposiciones se radicalizarían con el gobierno de facto de 1992, cuando mediante el Decreto Ley N° 25588, del 1 de julio

423. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 47 ss.

424. Luis López Guerra, *El Tribunal constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II, op. cit., p. 1454.

425. Manuel García Pelayo, *Estado Legal y Estado constitucional de derecho...*, op. cit., pp. 23-34.

426. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, en *Pensameitno Constitucional*, Lima, 1995, p. 81.

de 1992, se derogó absolutamente la mencionada Ley N° 25202 y en consecuencia la sentencia del Tribunal Constitucional⁴²⁷.

22 Amparo contra la sentencia de control concreto del TC

La sentencia del 17 de enero de 1997 del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable la ley de la reelección presidencial al Presidente Fujimori, fue motivo no sólo de la acusación política y separación de sus cargos de tres magistrados del TC por la mayoría parlamentaria profujimorista, sino también fue causa de que en febrero de 1997, la congresista Martha Chávez, integrante de dicha bancada, plantease una acción de amparo contra la sentencia del Tribunal Constitucional ante el Poder Judicial. Acción que abrió una grave fisura en la articulación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, dado que si ésta podía corregir las sentencias constitucionales, entonces no había garantías ni seguridad sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional y por ende de la supremacía constitucional⁴²⁸.

La demanda se basó en los siguientes argumentos: a) había la amenaza de violación de su derecho de reelegir libremente al Presidente Fujimori, en las elecciones del 2000, sin más limitaciones que la propia voluntad del Presidente de candidatear a la reelección; b) había la amenaza de que los tres votos de los magistrados Revoredo, Aguirre y Rey constituyesen una sentencia válida contra la ley de la reelección presidencial, dado que no había resuelto sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad demandada; c) los tres magistrados se habían pronunciado por la inaplicabilidad de la ley para el caso concreto de una nueva postulación de Fujimori para el año 2000, pero no por la acción de inconstitucionalidad peticionada; d) era ilegal e inconsulta la declaración del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Nugent, manifestándose por la validez del pronunciamiento incoado⁴²⁹.

Si bien el gobierno pretendió desconocer política e incluso jurídicamente la sentencia del Tribunal Constitucional, la sentencia de primera instancia del Poder Judicial fue contraria a los intereses de la demandante. En efecto, en marzo de 1997, la Sala de Derecho Público de Lima declaró improcedente

427. Ministerio de Justicia, *Las leyes de la Reconstrucción Nacional, Decretos leyes del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, dictados entre el 5 de abril y el 30 de diciembre de 1992*, 2 tomos, edición oficial, Lima, 1993.

428. Francisco Rubio Llorense, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982..., art. cit., pp. 46 ss.

429. Sala Constitucional de la Corte Suprema, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 321-97*, Lima, 30 de diciembre de 1997.

la demanda de amparo; en razón a que: a) no se puede demandar a los magistrados por los votos u opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo; b) el Poder Judicial carece de competencia para dejar sin efecto a través de una acción de amparo, la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que éste tiene autoridad de cosa juzgada; c) los jueces tampoco tienen competencia en esta materia, pues de otro modo sería conceder a este órgano jurisdiccional del Poder Judicial, la facultad de revisar las sentencias de dicho tribunal, conllevando a alterar el orden constitucional; d) el derecho de la demandante Martha Chávez de votar por el Presidente Alberto Fujimori en el caso de que postule a las elecciones del año 2000 y el Jurado Nacional de Elecciones lo declare apto, se encuentra expedito⁴³⁰.

La apelación de la sentencia no se hizo esperar, como tampoco la denuncia de la Fiscal Colán por prevaricato contra los magistrados que declararon infundada la demanda⁴³¹. El expediente del amparo pasó a la Sala Especializada de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, donde, cuando estaban por dictar sentencia, súbitamente el 29 de mayo dicha Sala Especializada fue reorganizada por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial —encargada de la reforma judicial—, separando a tres magistrados supremos titulares; quedando, entonces constituida la Sala con tres vocales supremos provisionales, César Tineo Cabrera, Adalberto Seminario y Luis Almeida, además de su Presidente Luis Serpa Segura y el vocal titular Nelson Reyes⁴³². La Sala resolvió medio año después declarar fundada la demanda de amparo, con el voto en contra de Reyes, en virtud de los siguientes argumentos:

- a. Si bien es cierto que “las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen la naturaleza de cosa juzgada y que por tanto no pueden ser revisados en sede judicial, también es verdad que por mandato expreso de la Ley, para que un pronunciamiento dentro de una acción de inconstitucionalidad tengan la condición de sentencia se requiere como condición *sine qua non* de seis votos conformes de los siete miembros que integran el supradicho Tribunal, lo que no ocurre en el caso *sub-judice*”⁴³³.

430. Sala de Derecho Público de Lima, *Sentencia recaída en la acción de amparo de expediente N° 544-97*, Lima, 24 de marzo de 1997.

431. EL COMERCIO, *Continúa al voto demanda contra inaplicabilidad de ley sobre reelección* en <http://www.elcomercioperu.com.pe/3/1998/1/24/vall.txt.html>.

432. EL COMERCIO, *Continúa al voto demanda contra inaplicabilidad de ley sobre reelección*, en <http://www.elcomercioperu.com.pe/3/1998/1/24/vall.txt.html>.

433. Sala de Derecho Público de Lima, *Sentencia recaída en la acción de amparo del expediente N° 544-97*, Lima, 24 de marzo de 1997.

- b. Al Tribunal Constitucional “como órgano de control directo de la Constitución, le corresponde expresamente conocer, en instancia única la acción de inconstitucionalidad... y por excepción, podría hacer uso del control difuso, cuando conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de una acción de garantías... lo que obviamente no es el caso”⁴³⁴.
- c. La resolución de la acción de inconstitucionalidad de una ley se encuentra sometida imperativamente por el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴³⁵.
- d. Por estos considerandos, concluye que los magistrados firmantes de la resolución del Tribunal Constitucional incoada, “han incurrido en una evidente irregularidad, sino además en una incongruencia *extrapetita*, pues es una facultad no otorgada por la ley, contraviniendo así el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil que obliga al juez no ir más allá del petitorio”⁴³⁶.

Desde una perspectiva constitucional, se plantea el problema siguiente: si en vía de una acción de amparo o incluso en la vía incidental de un proceso ordinario, el Poder Judicial puede revisar una resolución del Tribunal Constitucional que se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley, o que haya resuelto en última instancia un recurso extraordinario en materia de garantías constitucionales —*habeas corpus*, acción de amparo, *habeas data* o acción de cumplimiento—. Supuesto que presenta un conjunto de aristas planteadas en la relación jurídica entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y resueltas relativamente en el Derecho Comparado⁴³⁷. Sin embargo, en el Perú, por más que el marco de la Constitución de 1993 le haya asegurado al Tribunal Constitucional una posición jurídica prevalente en materia constitucional frente al Poder Judicial, con la sentencia de la Corte Suprema, anulando parcialmente la sentencia del Tribunal Constitucional, se ha abierto el debate, como a continuación se plantea.

434. *Ibidem*, *op. cit.*

435. *Ibidem*, *op. cit.*

436. *Ibidem*, *op. cit.*

437. Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, *op. cit.*, pp. 193 ss.; Raúl Bocanegra, *El Valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 225 ss.; Miguel Rodríguez-Piñero, *Constitución, legalidad y seguridad jurídica*, en *La vinculación del juez a la ley...*, *op. cit.*, pp. 157 ss.; en concreto, p. 172; Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982..., *art. cit.*, pp. 35 ss.; Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”*, en *El tribunal Constitucional*, volumen II, *op. cit.*, p. 1435 ss.

En efecto, de acuerdo con la lógica positivista del fallo y a pesar de que la sentencia la emitió una Sala Especializada de Derecho Constitucional de la Sala de la Corte Suprema, se aprecia una fundamentación basada exclusivamente en la ley –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Código Procesal Civil–; dejando de lado cualquier intento de interpretación de la Constitución, en tanto norma suprema. Si bien en un inicio los jueces ordinarios eran competentes para interpretar las leyes, y el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución, es indudable que la tarea del juez común ha dejado de ser una mera subordinación a la ley, para pasar a ser de subordinación primero a la Constitución⁴³⁸. Por eso, con razón se ha dicho “que la interpretación de la legalidad corresponde al poder judicial es evidente. Pero como esa interpretación ha de hacerse conforme a la Constitución, la función interpretativa de ésta llevada a cabo por el Tribunal Constitucional irradia sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales”⁴³⁹.

En ese sentido, siguiendo con una lógica neopositivista, habría que decir que la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional violó las siguientes disposiciones constitucionales: “el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución” (Art. 201°); “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...” (Art. 138°); “la ley se deroga sólo por otra ley. También quedan sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad” (Art. 103°); “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada...” (art. 138°-2); “la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto” (Art. 204°)⁴⁴⁰.

Más aún, se podría argumentar que el Tribunal Constitucional goza de *la competencia de la competencia*; es decir, no cabe que le disputen sus

438. 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. 160 ss.; asimismo, Manuel Aragón, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad (1)*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 183 ss.

439. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 99.

440. Francisco Eguiguren, *Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, 1998, art. cit., pp. 115 ss.; Samuel Abad, *El valor de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico peruano*, en *LTC N° 11*, op. cit., pp. 239 ss.

atribuciones, como la de ser el supremo intérprete y controlador jurisdiccional de la Constitución; en esa medida, se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica (artículos 3° y 1° de la LOTC). Además, cabe recordar que la Constitución de 1993 ha incorporado para el Tribunal Constitucional la atribución de resolver los conflictos de competencias entre distintos poderes y organismos constitucionales⁴⁴¹. Lo que ejemplifica que la jurisdicción constitucional ejerce una competencia constitucional de árbitro de los conflictos inter poderes o inter orgánicos, en función de ello los tribunales de justicia ordinarios no tienen potestad para contradecir las decisiones de su árbitro –*obiter dicta*–.

Demás estaría perfilar las características de los efectos de una sentencia constitucional –cosa juzgada, fuerza de ley y obligatoria para los poderes públicos–, dispuesta en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ver Parte I, Cap. IV, 2.3.), si es que no se percibe que detrás de todo ello, se perfila un tema cada vez más presente en el desarrollo jurisprudencial del ordenamiento constitucional peruano: si el Tribunal Constitucional tiene la facultad para crear a través de su fallos un derecho judicial? Lo cual desde ya es un tema debatible en el Derecho comparado⁴⁴². Dicho más claramente, si a diferencia del Poder Judicial, la justicia constitucional tiene la capacidad de crear con sus sentencias, normas jurídicas de alcance general, eficacia general y no sólo *inter partes*? En virtud de la cual, se pueda forjar una suerte de barrera o reserva jurisdiccional constitucional, infranqueable para el juez común y el legislador.

El sistema positivista tradicional basó su desarrollo en la subordinación de la sentencia a la ley, baluartes del quehacer legislativo y judicial⁴⁴³, sin embargo, con la aparición de la supremacía constitucional y la incorporación de la justicia constitucional, el nuevo eje de vertebración del sistema jurídico, desde entonces, radica en la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional, tarea aún no realizada en el Perú. Debido a que no sólo es un cambio de nivel “jerárquico”, sino un replanteamiento cualitativo del ordena-

441. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional procesos constitucionales, hábeas corpus y acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, acción popular e inconstitucionalidad...*, op. cit., pp. 87-88.

442. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, op. cit., pp. 181 ss.; Herbert Spiro, *Government by Constitution...*, op. cit., pp. 36 ss.; contrario es, Raoul Berger, *Government by judiciary...*, op. cit., pp. 369 ss.; Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”*, en *El Tribunal Constitucional*, Volumen II, op. cit., p. 1437; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982, pp. 52 ss.

443. Bartolomé Clavero, *Imperio de la ley, regla del Derecho y tónica de la Constitución*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 41 ss.

miento jurídico y político por cuanto, la configuración de la ley es complementada por las sentencias de la jurisdicción constitucional⁴⁴⁴; en este sentido, la validez de una sentencia ordinaria requiere que su fundamentación radique en la Constitución, antes que en la ley, como queda planteado con las numerosas acciones de amparo que se incoan contra resoluciones judiciales de la justicia ordinaria.

Así, pues, la antigua “relación entre la ley y los órganos jurisdiccionales (y de éstos entre sí, jurisdicción ordinaria, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional), varía respecto al sistema anterior a la creación del Tribunal Constitucional, en el sentido de acercarse al modelo del *common law* en lo que se refiere a la capacidad de los órganos jurisdiccionales de crear normas con alcance general”⁴⁴⁵. En tal entendido, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de corporeizar, como última instancia constitucional, la unidad del sistema jurídico y de los valores constitucionales que lo fundamentan, a través del carácter vinculante de su jurisprudencia en particular para la justicia ordinaria –*stare decisis*– y de “la capacidad nomotética del Tribunal que resuelve en última instancia sobre la inconstitucionalidad”⁴⁴⁶.

Si bien la función de la justicia constitucional, es perfectamente coherente con la creación de un derecho jurisprudencial, a cargo del Tribunal Constitucional, también lo es que los tribunales ordinarios, como es el caso de la Corte Suprema, tienen competencia para ejercer autárquicamente el control difuso de constitucionalidad de las leyes (Art. 138° de la Constitución), sin que sus decisiones se eleven en consulta al Tribunal Constitucional. Con lo cual se abre a discusión acerca de los alcances de las sentencias de la justicia ordinaria sobre los fallos constitucionales⁴⁴⁷. Dicho en otras palabras, si en mérito a dicha norma constitucional, las sentencias del TC también son revisables por los tribunales ordinarios.

444. John Hart Ely, *Democracy and Distrust...*, *op. cit.*, pp. 4 ss.; Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982, p. 56; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, *op. cit.*, pp. 264 ss.

445. Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II..., *op. cit.*, p. 1439; asimismo, Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema...*, *op. cit.*, pp. 152 ss.

446. Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *REDC*, N° 4, 1982, p. 56.

447. Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 262 ss.

Al respecto, de acuerdo con una lectura normativista de los artículos 35°, 38° y Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tiene autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguientes a la fecha de su publicación”, además que “los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”, y “los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”; se puede señalar que las sentencias del TC son incuestionables en tanto declaren inconstitucional una ley⁴⁴⁸. Pero, las sentencias constitucionales mantienen esa misma calidad de cosa juzgada, fuerza de ley y obligatoriedad de cumplimiento, si el Tribunal ha desestimado la demanda de inconstitucionalidad de una ley?

Desde un plano teórico y normativo, es importante distinguir la noción de cosa juzgada, tanto del *stare decisis* como del principio del precedente judicial. Por cuanto, cuando se alude a la cosa juzgada ya sea formal o material⁴⁴⁹, usualmente se refiere a los efectos de un caso concreto resuelto, inatacable una vez consentido y ejecutoriado, mientras que el *stare decisis* se refiere no al caso sino a la regla aplicada en el fallo, que afecta a todos aquellos que sean partes en procesos similares; en tanto que el principio del precedente judicial, busca hacer un uso generalizado de las decisiones anteriores, como base para adoptar resoluciones futuras, mientras que el *stare decisis* postula que los jueces estén vinculados efectivamente, y no sólo orientados, por el fallo constitucional precedente⁴⁵⁰.

Lo singular del caso de la sentencia del Tribunal Constitucional, sobre la ley de la reelección presidencial, es que originándose en una demanda de inconstitucionalidad de una ley, se resolvió el pedido como si fuera una demanda en vía incidental, es decir, pronunciándose sobre el caso concreto del Presidente Fujimori, antes que con carácter abstracto y general; con lo cual, se podría decir, desde un punto de vista positivista, que se ha violado la regla del *procedat iudex ex officio*, que impide al juez asumir de oficio un pro-

448. Para un análisis dogmático del tema, revisar Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 235 ss.; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, op. cit., pp. 257 ss.

449. Peter Häberle, *Die Verfassungsbeschwerde im System der Bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JöR*, 45, 1997, pp. 127-128.

450. Luis López Guerra, *El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”*, en *El Tribunal Constitucional*, volumen II, op. cit., pp. 1440-1441.

ceso⁴⁵¹. Sin embargo, ello no fue así, porque el proceso ya estaba abierto, pero fue decidido por el sistema de votación distinto al del control abstracto de leyes, en razón de que la ley de la reelección era una ley-medida, sólo aplicable para la reelección del Presidente Fujimori en el año 2000, como también que para declarar una ley inconstitucional se requería seis votos conformes de siete, con los cuales no contaban los tres jueces activistas. Sin ánimo de reabrir el tema fronterizo de la validez de dicha sentencia del Tribunal Constitucional ya abordado (ver Parte I, Cap. V, 3.), es pertinente ahora retormarlo a efectos de examinar la validez de la sentencia de la Corte Suprema cuestionando la legitimidad de la decisión del TC, a propósito de la acción de amparo contra el fallo del Constitucional planteado.

Normalmente, las sentencias estimatorias del TC sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes constituyen decisiones con efectos legislativos negativos, y por tanto, vinculantes indudablemente para el Poder Judicial y demás poderes públicos, poniendo en cuestión la vieja tesis liberal de la separación entre la sentencia y la ley⁴⁵². Asimismo, cuando el TC resuelve en última instancia las resoluciones denegatorias, en materia de garantías constitucionales –*habeas corpus* y acción de amparo–, también constituyen jurisprudencia obligatoria si se desprenden principios de alcance general (LOTIC, Art. 9°); pero, si el TC resuelve en vía de una demanda de inconstitucionalidad de control abstracto de una ley, como si se tratara de un caso concreto, entonces se abre la discusión si dicha sentencia es una regla aplicable y de exigible cumplimiento para los demás tribunales. Más aún, cuando en vía incidental –cuestión de inconstitucionalidad– o en vía de acción de amparo –cuando se concede el derecho reclamado en las instancias judiciales ordinarias– el Tribunal Constitucional no tiene competencia para revisar dichos fallos.

Al respecto, es importante recordar que la ley de la reelección presidencial no cumplía con las características de una ley general, abstracta e intemporal, lo cual no fue óbice para que no se plantease su control constitucional; más aún, cuando “deben ser sometidos al control de la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan la forma de las leyes, aunque contengan normas particulares”⁴⁵³. Sin embargo, tampoco la sentencia del Tribu-

451. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial...*, op. cit., pp. 36 ss.

452. Achille Battagli, *I giudici e la politica...*, op. cit., pp. 3 ss. Y 15ss.; asimismo Alesandro Giuliani, *Interpretazione della legge e responsabilità del giudice*, en Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Umberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice...*, op. cit., pp. 125 ss.

453. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)...*, op. cit. p. 228.

nal Constitucional se pronunció sobre la validez en abstracto de la norma solicitada, sino por su inaplicación al caso concreto del Presidente Fujimori. La adaptación del control abstracto de la ley a una ley-medida, plantea un típico caso “difícil” o caso “trágico”, donde no hay una solución que no termine sacrificando algún elemento esencial de las disposiciones constitucionales, es decir, no es posible obtener un equilibrio mínimo⁴⁵⁴.

Por eso, el ejercicio informal de la regulación normativa del Congreso, norma singular, temporal y retroactiva que vulneró la Constitución, tuvo como respuesta una sentencia innovativa en aras de la protección de la Constitución y más ajustada a la verdad constitucional; porque si, mediante una ley, se otorga un derecho particular —además contrario a la Constitución—, el Tribunal Constitucional, a partir de un activismo judicial, hizo un uso innovativo del sistema de votación para resolver casos particulares y no generales, no previstos en su ley. Por ello se puede decir que “el poder inherente del proceso de constitucionalidad de las leyes, no se diferencia de aquellos que son propios de la actividad judicial dispuestos a decidir sobre el significado de la norma a aplicar al caso concreto, segundo, para lo cual es notorio que se requiere del conocimiento integral tanto del acto normativo como de aquello que norma”⁴⁵⁵. Lo cual ciertamente tiene límites por que, como señaló Harlan, “Al judicial le ha sido confiada hace tiempo la tarea de aplicar la Constitución en circunstancias de cambio. Pero, a veces el Tribunal otorga al texto de la Constitución una aplicación imprevista, implícita o explícitamente, que se hace en nombre de los constituyentes con algún propósito no transparente”⁴⁵⁶.

En efecto, la circunstancia que en este proceso se haya sustanciado como un proceso de control abstracto de normas, pero se haya resuelto como uno de control difuso para evitar la violación material de la Constitución, sólo es pasible de ser cuestionado desde una óptica estrictamente positivista, es decir, donde la premisa menor del silogismo constitucional —la sentencia judicial— viene a sustituir a la premisa mayor —la sentencia constitucional—. Pero, en tanto la Constitución no ampara el abuso del Derecho (Art. 103°) de ningún poder u órgano constitucional, la decisión menos gravosa para dar eficacia a la Constitución fue definitivamente la sentencia del Tribunal Constitucional.

454. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 146 ss.; asimismo, Manuel Atienza, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre casos trágicos*, en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 256 ss.

455. Constantino Mortati, *Le leggi provvedimento...*, op. cit., p. 169.

456. 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_hists_only?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol...s=[body]/hit_headings/words=4_hists_only?) (Caso Oregon versus Mitchell); asimismo, Mauro Cappelletti, *Giudice legislatore?...*, op. cit., pp. 63 ss.

Decisión que al crear cosa juzgada material –prohibición de una segunda reelección de Fujimori–, una regla de derecho jurisprudencial o *stare decisis* –prohibición de dos reelecciones presidenciales consecutivas–, además de tener fuerza de ley particular, carácter vinculante para los poderes del Estado y, en todo caso, ser fuente de interpretación judicial, se configuró como una suerte de reserva jurisdiccional constitucional –*Verfassungsresprechung Vorbehalt*–⁴⁵⁷, que no podía ser revertida por la Corte Suprema.

Aunque los efectos de la resolución judicial de la Corte Suprema dada su deficiente conciencia constitucional⁴⁵⁸, no invalidó *in toto* la sentencia constitucional, en la medida que la declaró inaplicable sólo para la demandante; esto ha dado lugar a que el fallo del Tribunal Constitucional continúe teniendo efectos *erga omnes*. Claro que hubiera sido óptimo que dicha acción de amparo hubiese sido denegada por la Corte Suprema, para que el propio Tribunal Constitucional hubiese resuelto en última instancia la sentencia denegatoria, lo cual le hubiera permitido integrar su jurisprudencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial, con la acción de amparo sobre la misma materia. Supuesto que aparece teóricamente como remoto, debido a que la resoluciones sobre garantías constitucionales del Poder Judicial constituyen cosa juzgada, sólo cuando son favorables al reclamante (LOTIC, Art. 8°).

A lo que lleva esta situación inorgánica, es a la necesidad de articular al Poder Judicial con el Tribunal Constitucional, dadas la función integradora de la justicia constitucional, que abarca varias facetas:

garantizar la seguridad jurídica logrando la eficacia en la aplicación de la Constitución o transmutando conflictos políticos directos (fuente de buena parte de sus pronunciamientos) en sentencias (judicialización de los conflictos políticos); así también en el ámbito de protección de los derechos fundamentales en cuanto facilita la integración del ciudadano en el funcionamiento estatal (integración que tiene la doble faceta jurídica –en el sentido que Smend le daba a ese concepto– y de creación de legitimidad en el sentido sociológico del término). Más como es obvio, la eficacia de la misma se halla en estrecha relación con la aceptación social que la actividad del Tribunal Constitucional consiga⁴⁵⁹.

457. Para el caso del Poder Judicial, ver: Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, en *La Ley*, art. cit., 41 ss. y 65 ss.

458. Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, op. cit., pp. 197 ss.

459. Miguel Aparicio Pérez, *Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Any LXXXII, Nº 4, 1983, art. cit., p. 159; asimismo, Jutta Limbach, *Integrationskraft des Verfassungs*, conferencia ofrecida en el Bundesgerichtshofs, Karlsruhe, 19 de octubre de 1998.

Bajo estas premisas, si bien los dos sistemas de justicia son independientes orgánicamente, no son así jurisprudencialmente. Por ello, es lícito pretender incardinar las cuestiones constitucionales que resuelva en vía incidental el Poder Judicial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, incorporando expresamente en el Art. 201° de la Constitución que el Tribunal Constitucional no sólo es el órgano encargado de controlar la Constitución, sino también su supremo intérprete; asimismo, añadiendo al Art. 142° de la Constitución, que no sólo no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de jueces, sino que tampoco cabe recurso alguno contra las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia constitucional.

Finalmente, la propuesta también se orienta a incorporar en la LOTC un recurso de casación ante el Tribunal Constitucional, cuando la tutela del Derecho haya quedado consentida con una sentencia del Poder Judicial; en este supuesto, los magistrados constitucionales deberían utilizar la técnica del *certiorari*, que les permitiría elegir libremente qué casos de los que se plantéen merecen una decisión por el problema relevante que suscite y ejemplifique, a fin de otorgar seguridad jurídica a los justiciables⁴⁶⁰. De esa manera, el Tribunal Constitucional ejercería una función nomofiláctica de integración de la jurisprudencia en materia constitucional, que no es otra que la defensa de la supremacía constitucional⁴⁶¹.

No obstante, las propuestas de reforma constitucional no se pretende delinear un sistema judicial infalible, que sería una utopía irrealizable absolutamente, sino que en base a la perfectibilidad de la democracia constitucional, es que la Constitución de 1979 –lo cual ha continuado la Constitución de 1993–, abrió al control de la jurisdicción internacional las decisiones de la justicia nacional, que violasen los derechos fundamentales. Tema que a continuación se perfila, con la finalidad de presentar las posibilidades de la tutela de los derechos fundamentales a través del Sistema Interamericano de Derechos, así como los problemas de Derecho Constitucional que plantea.

460. María Angeles Ahumada Ruiz, *El "certiorari". Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, en REDC, Año 14, N° 41, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1994, pp. 89-136; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, p. 102-103, donde queda insinuado el problema de la apelación discrecional.

461. Miguel Rodríguez-Piñero, *Constitución, legalidad y seguridad jurídica, La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 175 ss.; asimismo, Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial...*, op. cit., pp. 208 ss.