



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA INEXISTENCIA DE ÁMBITOS EXENTOS DE VINCULACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Luis Castillo-Córdova

Perú, julio de 2007

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2007). La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la constitución. *Diálogo con la jurisprudencia: actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, 13(106), 73-89.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LA INEXISTENCIA DE ÁMBITOS EXENTOS DE VINCULACIÓN A LA
CONSTITUCIÓN

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Mucho revuelo –especialmente político– causó la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el EXP. N.º 0007–2007–PI/TC. Se afirmó que el Máximo intérprete de la Constitución una vez más había incurrido en una manifiesta y reprochable extralimitación en el ejercicio de sus funciones de justicia constitucional. La extralimitación, esta vez, habría estado dirigida tanto contra la decisión soberana del Parlamento peruano al habersele anulado una ley plenamente constitucional, como contra el ejercicio de las funciones de justicia electoral atribuidas constitucionalmente al Jurado Nacional de Elecciones (en adelante JNE). Tanto calor político llevó incluso a algún parlamentario, a sugerir una reforma de la Constitución peruana con la finalidad no ya de regular más estrictamente la figura del Tribunal Constitucional, sino de conseguir su desactivación.

Conviene abordar, entonces, el análisis de la referida sentencia del Tribunal Constitucional a fin de intentar establecer si con ella el Máximo intérprete de la Constitución ha incurrido en inconstitucionalidad material en perjuicio del Parlamento y del JNE, o por el contrario, se trata de una decisión formulada con base en argumentos plenamente defendibles desde la óptica constitucional. Igualmente, aunque más brevemente, convendrá decir algo acerca de la significación jurídica de la jurisdicción constitucional a fin de intentar establecer lo que se gana o lo que se pierde con su desactivación. Estas son las dos cuestiones generales que ocuparán las páginas siguientes.

SOBRE LA ARGUMENTADA EXTRALIMITACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Planteamiento de la cuestión: el EXP. N.º 0007–2007–PI/TC

Abordar la primera cuestión lleva necesariamente a analizar lo decidido por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 0007–2007–PI/TC. En esta sentencia constitucional el referido Tribunal tiene que hacer frente a una demanda de inconstitucionalidad en la que el precepto cuestionado es el artículo único de la Ley 28624, por el cual se reforma el texto del artículo 5.8 CPConst. en el que se dispuso que:

“[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva”.

Con base en este precepto legal, el Tribunal Constitucional se enfrenta una vez más a la cuestión de decidir si constitucionalmente está ordenado que las resoluciones del JNE no

* Investigador contratado doctor, Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura (Perú).



pueden ser discutidas a través de ningún proceso jurisdiccional en general, ni a través del proceso constitucional de amparo en particular. Esta es la cuestión de fondo que subyace en el caso que resuelve en la antes mencionada sentencia constitucional.

Respuesta del Tribunal Constitucional a la cuestión planteada

La norma y jurisprudencia internacionales como criterios de determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales

La respuesta que a esta cuestión ha dado el Tribunal Constitucional es la siguiente: no es posible interpretar desde la Constitución que las resoluciones del JNE no sean cuestionables en su constitucionalidad. El principal argumento del Máximo intérprete de la Constitución tiene que ver con la vinculación que en el derecho interno genera la norma y jurisprudencia internacionales. Este argumento se configura a partir de los siguientes pasos.

El primero de ellos es admitir que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución deben interpretarse a la luz tanto de la norma internacional vinculante para el Estado peruano como de los criterios interpretativos que de estas normas internacionales haya formulado los Tribunales internacionales con jurisdicción sobre el Estado peruano. De forma que el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales

“debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”¹.

Esto significa que tanto las mencionadas norma y jurisprudencia internacional constituyen también un parámetro para decidir acerca de la constitucionalidad de un dispositivo legal en el ordenamiento jurídico peruano. Así ha dicho el Tribunal Constitucional:

“para este Tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte”².

En particular la jurisprudencia de la CIDH

Referencia general

El segundo paso está referido en particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Nuevamente, respecto de las sentencias que expida esta Alta corte internacional, la vinculación del Estado peruano en general, y del Tribunal Constitucional en particular, no es sólo respecto de los fallos dirigidos contra el Perú. En efecto, la vinculación se produce respecto de todos los criterios

¹ EXP. N.º 0007-2007-PI/TC, de 19 de junio de 2007, F. J. 16.

² Idem., F. J. 17.

interpretativos relacionados con derechos humanos que haya formulado la CIDH, ya sea en casos en los que el demandado haya sido el Estado peruano o lo hayan sido otros Estados. Así,

“al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”³.

Referencias particulares

El tercer paso está dirigido a identificar concretos criterios jurisprudenciales enunciados por la CIDH, y a través de los cuales sea posible la solución del caso presentado al Tribunal Constitucional. Dos criterios son los relevantes, los cuales son recordados por el Supremo intérprete de la Constitución peruana en el caso que ahora se comenta. El primero consiste en que la actuación del poder público en general, y del órgano electoral en particular, no puede desenvolverse al margen de las exigencias derivadas de la plena vigencia de los derechos humanos. Este criterio, en particular, fue establecido en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en el cual la CIDH afirmó que

“[s]i bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado”⁴.

Consecuentemente,

“[i]ndependientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. (...) En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”⁵.

Se trata de un criterio hermenéutico plenamente asentado en la jurisprudencia de la CIDH, cuando se reconoce que

“[e]l respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial,

³ Idem., F. J. 36.

⁴ Caso *Yatama vs Nicaragua* etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafo 174.

⁵ Idem, párrafo 175.



respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”⁶. (...) [E]sta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”⁷.

Pero la vinculación de la actuación estatal a los derechos humanos no es el único criterio jurisprudencial formulado por la CIDH que vinculante para el Perú es recordado por el Tribunal Constitucional como aplicable a este caso. Un segundo criterio es el siguiente:

“los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)”⁸.

Necesidad de una actuación preventiva

El cuarto paso consiste en que, advertido por un lado que la jurisprudencia de la CIDH vincula al Estado peruano y al Tribunal Constitucional, y por otro que existen como criterios jurisprudenciales de la mencionada Corte internacional, tanto que la actuación del poder político debe respetar los derechos humanos, como que está mandado que los ciudadanos del Estado peruano deben tener reconocido a su favor recursos efectivos de defensa de sus derechos humanos o fundamentales, entonces, y para el caso que ahora se analiza, no es posible concluir que las resoluciones del JNE no sean recurribles o revisables cuando con éstas se vulneren derechos fundamentales. Si no se interpretase así, el Estado peruano se vería inmerso en el riesgo de obtener un fallo adverso por parte de la CIDH. Así, recuerda el Tribunal Constitucional que

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas”⁹.

Afirma el Supremo intérprete de la Constitución peruana que sería una gravísima irresponsabilidad por su parte actuar contradiciendo los criterios jurisprudenciales de la CIDH, y admitir que no es posible recurrir las resoluciones del JNE. De esta forma,

“respecto a la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal, cuyo deber es desarrollar una labor *preventiva* a fin de evitar las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la Corte

⁶ Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, de 31 de enero de 2001, párrafo 68.

⁷ Idem, párrafo 71.

⁸ Caso Fairen Garbi y Solís Corrales, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, párrafo 90.

⁹ EXP. N.º 0007-2007-PI/TC, citado, F. J. 22.

Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano”¹⁰.

Conclusión

Concluye el Tribunal Constitucional, en un quinto paso, que el artículo único de la Ley 28642 es inconstitucional por contravenir la jurisprudencia vinculante para el Estado peruano y para los órganos de administración de justicia en el Perú, en particular para el Tribunal Constitucional. De manera que

“la norma acusada de inconstitucional vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3º de la Constitución, toda vez que, conforme se ha expuesto, no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos”¹¹.

Análisis de la respuesta del Tribunal Constitucional

Una decisión acertada

La persona humana como fin y el deber de promoción de sus derechos fundamentales

De modo general se debe coincidir con el Tribunal Constitucional en reconocer que adolece de inconstitucionalidad el texto modificado del artículo 5.8 CPConst., aprobado por la Ley 28624. Ya en otro lado he argumentado acerca de la inconstitucionalidad de este texto legislativo, y he abogado por la constitucionalidad del texto originario del mencionado artículo 5.8 CPConst.¹², en el cual se permitía la interposición del proceso constitucional de amparo cuando la resolución del JNE vulneraba derechos fundamentales como la tutela procesal efectiva o debido proceso¹³. Los argumentos que ha expresado el Tribunal Constitucional, con algún reproche que más adelante será apuntado pero que en ningún caso desvirtúa el acierto de la solución, son argumentos constitucionalmente válidos y que terminan finalmente justificando convenientemente la posibilidad de la procedencia del amparo contra resoluciones del JNE que vulneren derechos fundamentales.

Muy por el contrario, varias razones habrían podido invocarse para afirmar la inconstitucionalidad de una solución diferente. De entrada habría sido posible argumentar la contravención del artículo 1 CP, en la medida que no posibilitar el cuestionamiento de una

¹⁰ Idem., F. J. 35.

¹¹ Idem., F. J. 38.

¹² En el texto original del Código Procesal Constitucional se hubo dispuesto que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Palestra, Lima 2006, ps. 558–568.



decisión del JNE cuando con ella se vulnera derechos fundamentales, equivale a decir que la persona humana habría dejado de ser el fin (del Estado, la sociedad, y, obviamente, de los procesos electorales). Pues, si la definición jurídica de la persona humana apunta a sus derechos fundamentales, entonces, poner como fin a la persona humana significa poner como fin sus derechos fundamentales. Y poner como fin los derechos fundamentales, significa que el Estado, la sociedad y –para lo que interesa aquí destacar– los procesos electorales, deben de actuar o desenvolverse de modo que al menos no vulneren los derechos fundamentales, cuando no, que promuevan su efectiva vigencia. Por lo que los derechos fundamentales habrán dejado de ser el fin ahí donde admitiendo como posible que el Poder político (a través, por ejemplo, de sus órganos constitucionalmente reconocidos como el JNE) vulnere derechos fundamentales, no se admite modo alguno de cuestionamiento constitucional a fin de salvar el derecho fundamental agredido.

También habría sido posible argumentar la vulneración del artículo 44 CP cuando establece como deber primordial del Estado peruano la vigencia efectiva de los derechos humanos. En efecto, este deber estatal no sólo se incumple cuando es el Estado mismo quien vulnera derechos fundamentales, sino que resulta siendo contradicho cuando el Estado impide o sencillamente no reconoce al particular la posibilidad de emplear mecanismos de defensa de derechos fundamentales. Como lo tengo argumentado en otro lado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales han generado una serie de deberes al Estado, todos ellos dirigidos a conseguir la plena vigencia de su contenido constitucionalmente reconocido, y uno de esos deberes –qué duda cabe– es la de implementar realmente mecanismos de defensa efectiva contra agresiones a los derechos fundamentales¹⁴.

El principio de normatividad

Del mismo modo se habría podido argumentar que una interpretación de los artículos 142 y 181 CP que desemboque en la prohibición de revisión de las resoluciones del JNE, contravendría el principio de normatividad de la Constitución, contenido –entre otros– en los artículos 38 y 45 CP, en la medida que estaría haciendo ineficaces aquellos dispositivos de la Constitución que reconocen derechos fundamentales. De modo que si no es posible controlar la constitucionalidad de las resoluciones del JNE, entonces es posible que éste órgano constitucional actúe desvinculado de esos preceptos constitucionales, y que esa desvinculación se mantenga en el tiempo por la imposibilidad procesal de ser advertida y sancionada. Como tuvo ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional,

“afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder”¹⁵.

Y es que el principio de normatividad de la Constitución se opone a la existencia de *campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional*¹⁶, ya que

¹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra, Lima 2007, capítulo VII.

¹⁵ EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, de 8 de noviembre de 2005, f. j. 16.

¹⁶ EXP. N.º 2366–2003–AA/TC, de 6 de abril de 2004, F. J. 4.

“[u]na necesaria consecuencia de la consideración de la Constitución como norma jurídica es rechazar que puedan existir actuaciones del poder estatal que queden exentas de su sujeción a las normas de la Constitución que recogen derechos constitucionales y, consecuentemente, a la posibilidad del control constitucional de esas actuaciones”¹⁷.

Interpretación unitaria y sistemática de la Constitución

De igual forma, habría sido posible argumentar que concluir la prohibición de revisión de las resoluciones del JNE, sólo habría sido posible con base en una interpretación aislada de los artículos 142 y 181 CP, cuando lo exigido es precisamente lo contrario: una interpretación unitaria y sistemática del texto constitucional. Esta interpretación sistemática conduce a advertir que las disposiciones constitucionales en las que se enuncia que las resoluciones del JNE son irrevisables (artículos 142 y 181 CP), no pueden ser interpretadas de modo que se habilite al órgano electoral a actuar en contra de los principios y derechos constitucionales, ni de forma que el proceso de amparo fuese desnaturalizado (artículo 200.2 CP), o dejada sin efecto la función de controlador de la constitucionalidad que tiene asignada el Tribunal Constitucional (artículo 201 CP). Como ya advirtió éste Máximo intérprete de la Constitución peruana anteriormente,

“si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo”¹⁸.

Y es que pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a una interpretación que concluya la prohibición de revisión de las resoluciones del JNE, equivaldría

“a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado (artículo 201º de la Constitución). Tentativa que, como será sencillo de entender, jamás será de recibo en sede de este Colegiado”¹⁹.

De modo que, con base en una interpretación sistemática y unitaria del texto constitucional, podrá concluirse que

“aun cuando de los artículos 142º y 181º de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución”²⁰.

¹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código...*, ob. cit., p. 372.

¹⁸ EXP. N.º 2366-2003-AA/TC, citado, F. J. 4.

¹⁹ EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre de 2005, F. J. 7.

²⁰ EXP. N.º 2366-2003-AA/TC, citado, F. J. 4.



La vinculación al derecho internacional sobre derechos humanos

Y en fin, habría sido posible argumentar la vulneración de la IV Disposición final y transitoria de la Constitución, si el Máximo intérprete de la Constitución peruana se hubiese decantado por una solución distinta a la que finalmente da en la sentencia que ahora se comenta. Como se ha puesto de manifiesto en las argumentaciones presentadas por el Tribunal Constitucional, tanto la Convención americana sobre derechos humanos (en adelante CADH) como la CIDH han reconocido el derecho de toda persona a acceder a un recurso (rápido y sencillo) en la vía judicial o constitucional, a fin de intentar alcanzar con él el cese a la violación de su derecho fundamental. Pues bien, ya sea considerada este derecho como parte del contenido constitucional del derecho al debido proceso recogido en el artículo 139.3 CP²¹, o ya sea considerándolo como un derecho autónomo²² y, por tanto, constitucionalmente implícito, lo cierto es que en virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional no podía dejar de reconocer que los particulares tenemos el derecho a poder cuestionar las resoluciones del JNE cuando estas han sido expedidas con violación de nuestros derechos fundamentales y, consecuentemente, sólo podía declarar la inconstitucionalidad del artículo 5.8 CPConst. en su texto modificado por la Ley 28642.

Por todas estas razones se debe afirmar que una decisión de la Máxima instancia de interpretación constitucional en el sentido de impedir que las resoluciones del JNE sean cuestionadas a través de un amparo cuando éstas vulneren derechos fundamentales, habría sido vulneradora de la Constitución. Es decir, el Tribunal Constitucional habría incurrido en inconstitucionalidad de no haber declarado fundada la demanda constitucional interpuesta contra la Ley 28642. Por el contrario, una decisión como la adoptada por el Tribunal Constitucional permitiendo la interposición de demandas de amparo contra resoluciones del JNE se condice plenamente con el texto y espíritu de la Constitución

Algunas consideraciones complementarias

Un posible reproche

Como se ha podido apreciar, existen una serie de razones que han permitido concluir el acierto en la decisión tomada por el Tribunal Constitucional y, consecuentemente, en la consideración del artículo único de la Ley 28642 como un dispositivo inconstitucional. Acaso el único reproche que puede formularse al Supremo intérprete de la Constitución peruana –sin que en ningún caso quede desvirtuado el acierto de su decisión– es el no haberse decidido a hablar él desde la Constitución peruana, sino más bien haber resuelto la controversia dejando hablar a la CIDH desde la CADH.

²¹ Como ya se dijo, considera el Tribunal Constitucional que “la norma acusada de inconstitucional vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3º de la Constitución”. EXP. N.º 0007–2007–PI/TC, citado, F. J. 38.

²² Como lo considera el propio Tribunal Constitucional cuando manifiesta que “tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”. Idem., F. J. 41.

En efecto, la argumentación del Tribunal Constitucional se ha desenvuelto de modo que la solución que presenta a la cuestión, antes que una solución propia, razonada y formulada desde los distintos preceptos de la Constitución peruana, aparece como una elaborada por la CIDH. Es verdad que las decisiones de la CIDH conforman también el derecho constitucional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que es correcto adoptar una decisión con base en la jurisprudencia de esta Corte internacional. Más aún cuando esa jurisprudencia (no circunscrita sólo a los fallos, sino también a los criterios de interpretación de derechos fundamentales que de ahí se puedan concluir) debe ser aceptada debido al carácter de fuente de derecho constitucional que indirectamente tiene para el ordenamiento constitucional peruano las interpretaciones que sobre derechos humanos formula la mencionada Corte internacional.

Sin duda que cuando la IV disposición final y transitoria de la Constitución ordena que las disposiciones constitucionales que reconocen derechos deban ser interpretadas a la luz de la norma internacional y de la consiguiente jurisprudencia internacional vinculante para el Perú, está introduciendo en el ordenamiento jurídico peruano los criterios hermenéuticos que la CIDH ha formulado en su jurisprudencia. Esto se ha visto confirmado con el reconocimiento de que el contenido y alcance de los derechos fundamentales se determina en función de la norma internacional y de la jurisprudencia internacional que interpreta esa norma (artículo V CPConst.). De forma que

“lo que ocurre es una suerte de traslación de contenido de la norma internacional a la norma constitucional peruana. Es decir, que forma parte del contenido constitucional de un derecho también lo que sobre ese derecho haya dispuesto la norma internacional y el criterio jurisprudencial del tribunal internacional”²³.

Consecuentemente, no sólo es verdad que no se puede hacer derecho constitucional de los derechos fundamentales al margen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino que tampoco se podrá hacer al margen de la jurisprudencia de la CIDH, configurando así el fenómeno conocido como “internacionalización de los derechos fundamentales”²⁴. Y es que los Estados constitucionales de Derecho –como el Estado peruano– “no existen más ‘para sí’, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos, ya sea que se manifieste en forma de referencia a principios generales del derecho o a la internacionalización de los derechos humanos universales”²⁵.

Por eso está plenamente justificado que el Tribunal Constitucional haya en general acudido a la norma internacional vinculante para el Perú, como en particular a la jurisprudencia de la CIDH para resolver el asunto de la constitucionalidad de la Ley 28642. Sin embargo, la justificación constitucional de una decisión –que es en definitiva de lo que se trata– será menor si siendo posible argumentarla desde los principios y valores de la Constitución misma no se hace, o sólo se hace complementariamente. En el caso resuelto

²³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código...*, ob. cit., ps. 76–77.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Un caso de internacionalización y constitucionalización: las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 119, mayo–agosto 2007, ps. 385–437.

²⁵ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p. 75.



que ahora se comenta –además, como ya lo había puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en oportunidades anteriores– era plenamente posible justificar la decisión de inconstitucionalidad de la Ley 28642 principalmente desde la Constitución; con lo cual, sólo complementariamente habría sido necesario acudir a la jurisprudencia de la CIDH. El Tribunal Constitucional hace al revés: privilegia el sustento encontrado en la jurisprudencia internacional, y complementariamente alude a la norma constitucional.

Esto ha generado la extraña sensación de que el Tribunal Constitucional habría actuado bajo el convencimiento de que en este caso una solución suya basada de una interpretación propia de la norma constitucional –aunque fuese constitucionalmente correcta–, habría generado rechazo o, en todo caso, menos consenso que una solución elaborada por un órgano diferente (¿y de mayor prestigio?), como puede ser la CIDH. Es como si el propio Tribunal Constitucional hubiese puesto en duda su capacidad o legitimidad para él por sí mismo y con base en el texto constitucional peruano, decidir que es inconstitucional la consideración de que las resoluciones del JNE no pueden ser cuestionadas a través de un proceso de amparo. Y por eso prefiere apelar a lo que ha resuelto la CIDH y a lo que eventualmente ésta podría resolver contra el Estado peruano de admitirse la no revisión de las resoluciones del mencionado órgano electoral. De esta manera, quien pretendiera criticar la decisión de permitir la revisión de las resoluciones del JNE, debería dirigir sus cuestionamientos so sobre el Tribunal Constitucional, sino sobre la misma CIDH.

¿Un Tribunal Constitucional parcializado?

Este temor se entiende –aunque no se justifica– si se toma en cuenta la coyuntura política existente al momento en que el Tribunal Constitucional tuvo que resolver el caso que ahora se comenta. La imparcialidad de algunos miembros del Tribunal Constitucional había sido cuestionada públicamente, al punto que este cuestionamiento había sido puesto de manifiesto por el JNE en oficio remitido al Congreso²⁶.

Más allá del acierto del Tribunal Constitucional en las razones que emplea para rechazar este cuestionamiento formulado por el JNE, conviene plantear una pregunta complementaria: ¿puede afirmarse justificadamente que un Tribunal ha perdido imparcialidad para resolver un asunto cuando ya se ha pronunciado sobre otro asunto que le es sustancialmente semejante? Obviamente en estos supuestos no existe la desacreditación del juez constitucional como un tercero imparcial que juzgará al margen de los intereses de las partes procesales, y con sujeción plena al ordenamiento jurídico, como criterio para definir la vulneración o no de esta garantía judicial²⁷.

²⁶ Reseña el Tribunal Constitucional que “el Tribunal Constitucional no puede dejar de hacer mención al Oficio N.º 549–2007–SG/JNE, del 27 de febrero de 2007, remitido por el Jurado Nacional de Elecciones al Congreso de la República, mediante el que pone en su conocimiento que ‘(...) teniendo en consideración que diferentes magistrados constitucionales han expresado y adelantado su posición sobre esta norma [la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional] resulta preocupante que ese mismo tribunal pueda conocer dicho proceso de inconstitucionalidad (...) porque es evidente que tal proceso no será equitativo ni imparcial y además su resultado estaría pre–anunciado, violentándose el derecho de defensa y la efectiva igualdad de las partes en un proceso’”. EXP. N.º 0007–2007–PI/TC, citado, F. J. 55.

²⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español”, en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional 2007*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, en prensa.

Y de hecho, el asunto sería baladí sino fuese por el hecho de que una de las razones presentadas por el Tribunal Constitucional para responder a la acusación de imparcialidad lanzada por el JNE no hubiese sido la siguiente:

“conviene recordar que en el Fundamento N.º 25 de la STC N.º 2730–2006–PA/TC, este Tribunal estableció, expresamente, que ‘(...) no ingresa aquí a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 28642’”²⁸.

En efecto, en la referida sentencia constitucional el Tribunal Constitucional no realiza ningún juicio ni abstracto ni concreto relacionado con la constitucionalidad de la Ley 28642²⁹, aunque pueda haber formulado algún razonamiento que luego se convertiría en sustento una declaración de inconstitucionalidad³⁰. Pero, ¿qué hubiese ocurrido si hubiese analizado la constitucionalidad del mencionado precepto como manifestación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes? De haber habido pronunciamiento sobre el fondo, como de hecho lo hubo, ¿todos los magistrados que hubiesen firmado la primera sentencia se habrían visto imposibilitados de conocer la posterior demanda de inconstitucionalidad? La respuesta debe ser negativa, no tanto porque los jueces del Tribunal Constitucional no sean recusables (que aunque no lo son pueden abstenerse según el artículo 5 LOTC), ni porque la primera demanda –una demanda de amparo– es distinta a la segunda –una demanda de inconstitucionalidad–, sino porque el supuesto adelanto de opinión e habría producido en el marco de un proceso (constitucional), y la opinión no sería una mera opinión personal, sino más bien una interpretación jurídica institucional, adoptada en el ejercicio regular de la función jurisdiccional³¹.

Por tanto, se ha de concluir que los miembros del Tribunal Constitucional no han incurrido en falta de imparcialidad que hubiese exigido su abstención en el caso que ahora se comenta. Esto es así incluso en el supuesto de que en la sentencia al EXP. N.º 2730–2006–

²⁸ EXP. N.º 0007–2007–PI/TC, citado, F. J. 56.a.

²⁹ Luego de argumentar que la Ley 28642 no era aplicable al caso que resolvía, termina afirmando el Tribunal Constitucional que “[p]or todo lo dicho, ante el incumplimiento de uno de los requisitos para ejercer el control difuso (la aplicabilidad de la norma al caso), el Tribunal Constitucional no ingresa aquí a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 28642. A esta causa sólo es aplicable el artículo 5º 8 del CPConst. antes de su modificación, el cual resulta plenamente compatible con la Constitución”. EXP. N.º 2730–2006–PA/TC, de 21 de julio de 2006, F. J. 25.

³⁰ Por ejemplo, tiene dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP. N.º 2730–2006–PA/TC, que “[a] criterio de este Tribunal, al considerar aplicable la referida ley al caso, la Sala debió tener presente, cuando menos, lo siguiente: a) La procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales no deriva de lo que una norma infraconstitucional pueda determinar, sino de una adecuada interpretación de la propia Constitución del Estado. b) Cuando el artículo 138º de la Constitución dispone que “de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, no otorga una facultad a la judicatura, sino que le impone un deber, de modo tal que su fidelidad a la ley se desvanece cuando ésta resulta contraria a los principios, valores y/o derechos constitucionales. c) Entre el Poder Legislativo y el Poder Jurisdiccional no existe una relación de jerarquía a favor del primero; se trata de dos poderes de idéntico rango, con competencias separadas pero complementarias, al servicio de la Constitución; una interpretación distinta haría sucumbir el principio de supremacía constitucional, reinstaurando el de soberanía parlamentaria, y negando, en consecuencia, los fundamentos mismos del Estado Constitucional”. Idem, F. J. 19.

³¹ Por eso, acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que “cuando en un proceso constitucional el Tribunal Constitucional analiza la validez o invalidez constitucional de una ley o norma de tal rango, no lo hace sobre la base de los pareceres personales de sus miembros, sino de una confrontación objetiva entre la Constitución y la disposición infraconstitucional”. EXP. N.º 0007–2007–PI/TC, citado, F. J. 56.e.



PA/TC, el Tribunal Constitucional se hubiese pronunciado por la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 28642, a fin de justificar su inaplicación al caso concreto.

¿Sólo debido proceso?

Otro asunto sobre el que conviene detener ahora nuestra atención está referido al supuesto de hecho que habilita a la interposición de una demanda constitucional de amparo contra las resoluciones del JNE. Este supuesto de hecho permite plantear dos consideraciones adicionales. La primera está referida al derecho fundamental cuya vulneración permite interponer la demanda de amparo; y la segunda a la naturaleza de la agresión que permita la interposición del amparo constitucional.

Una vez declarada inconstitucional la Ley 28642, recobra plena vigencia el texto original del artículo 5.8 CPConst. Se establece en este dispositivo legal que procede el proceso de amparo contra resoluciones no jurisdiccionales del JNE y contra resoluciones jurisdiccionales que vulneren la tutela procesal efectiva. No interesa ahora comentar la procedencia del proceso de amparo contra resoluciones no jurisdiccionales del JNE³². Conviene, por el contrario, centrar el análisis en las resoluciones jurisdiccionales. Contra este tipo de resoluciones del JNE es posible la presentación de un amparo, siempre que durante el trámite del proceso que le precede se haya respetado la tutela procesal efectiva. ¿Significa esto que sólo podrá interponerse un amparo cuando la resolución del JNE vulnere algún derecho constitucional de naturaleza procesal?

Como regla general debe afirmarse que la procedencia del amparo contra resoluciones jurisdiccionales del JNE no se limita sólo a atacar la violación de derechos constitucionales de naturaleza procesal. Todos los argumentos presentados anteriormente en la línea de justificar que las resoluciones del JNE sí son revisables en sede judicial, conducen a rechazar una circunscripción de esta naturaleza. Si las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos fundamentales vinculan de modo efectivo a todos los órganos del poder político, sin que puedan reconocerse zonas absolutas y exentas de control constitucional; además, si el amparo es la vía constitucionalmente prevista para defender derechos fundamentales de las posibles vulneraciones que –entre otros– puedan provenir de los órganos constitucionales; y, en fin, si la persona humana es el fin de la sociedad y del Estado, es decir, los derechos fundamentales son el fin que justifica la existencia y actuación del poder político, al punto que el Estado asume la obligación de promover su plena vigencia en la realidad; entonces, no se puede afirmar que el amparo contra resoluciones jurisdiccionales del JNE procederá sólo cuando se hayan violado derechos fundamentales de naturaleza procesal.

En el original texto del artículo 5.8 CPConst. se ha hecho mención expresa de la tutela procesal efectiva por la sencilla razón de que es el derecho que tiene más probabilidad de ser afectado en su contenido constitucional por una resolución del JNE. Especial interés ha mostrado el legislador en la defensa de este derecho fundamental, por la también sencilla razón, de que la resolución jurisdiccional que emita el JNE se produce en el marco de un proceso administrativo, el cual deberá ser desenvuelto según las exigencias propias del debido proceso. Con otras palabras, la mención expresa se ha realizado no para circunscribir la protección constitucional al derecho a la tutela procesal efectiva, sino para llamar

³² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código...*, ob. cit., Ps. 368–370.

especialmente de él la atención como derecho con mayor probabilidad de ser vulnerado por la resolución del JNE.

Por lo demás, no debe olvidarse que el debido proceso cuenta tanto con una dimensión formal, como con otra material. Esta segunda dimensión está relacionada con el valor justicia en la decisión a la que se arribe con el proceso tramitado, incluso, en cumplimiento de todas las exigencias formales. De modo que una resolución que vulnera un derecho fundamental –cualquiera que sea este– es una resolución injusta y, por ello mismo, vulneradora del derecho al debido proceso en su dimensión material. Y es que

“[c]uando se procesa a una persona, la única solución acorde con su valor de persona humana, fin en sí misma (su dignidad), es la solución justa. Una solución injusta es una solución indigna. Si la justicia tiene que ver con dar a cada quien lo que le corresponde, la decisión justa tiene que ver con dar a cada quien lo que le es debido, y lo debido para el hombre es siempre el respeto de sus derechos como hombre reconocidos jurídicamente (derechos fundamentales). No puede haber, entonces, solución judicial que se precie de ser justa, si con ella se llega a vulnerar algún derecho fundamental (de cualquiera de las partes, e incluso de un tercero). No puede haber, entonces, proceso judicial que sea calificado de ‘debido’, ‘regular’ o ‘justo’ si en él o como consecuencia de él, se vulnera un derecho constitucional”³³.

¿Vulneraciones no manifiestas de un derecho fundamental?

Y en lo que respecta a la segunda consideración adicional, hay que recordar que el amparo sólo procede contra agresiones manifiestas del derecho fundamental. Como se sabe, la regla general de procedencia del amparo afirma que si la agresión del derecho fundamental tiene que ver con asuntos que son controvertibles y, que por tanto, requieren de la actuación de medios probatorios que dilatan los plazos procesales previstos, entonces, el que se dice agredido no podrá acudir al amparo sino que deberá presentar su pretensión en la vía judicial (artículo 9 CConst.)³⁴.

Esta regla general abre necesariamente la pregunta de cómo se ha de resolver el supuesto en el que la agresión al derecho fundamental ocurrida por medio de las resoluciones del JNE no es una vulneración manifiesta, sino más bien controvertible. De presentarse esta situación hipotética, el juez constitucional tiene dos opciones: una, rechazar la demanda de amparo declarándola improcedente; dos, realizar actuaciones probatorias sin que se afecte la sumariedad del proceso. La decisión por una u otra opción dependerá tanto de que sea posible acreditar los hechos del caso a través de la limitada actuación probatoria que pueda realizar el juez constitucional, y de que en esta actuación no quede desnaturalizada la sumariedad procesal. Si se dan estas dos situaciones, la decisión del juez sólo podrá terminar con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, ya sea para declarar fundada o infundada la pretensión.

³³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Amparo contra resoluciones judiciales: recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 99, diciembre 2006, p. 67.

³⁴ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código...*, ob. cit. ps. 394–401.



El problema, sin embargo, se podría presentar en el caso que no concurren estas dos situaciones, y el juez constitucional decida declarar improcedente la demanda. Y el problema se presentaría porque –siempre dependiendo de las circunstancias– al menos teóricamente podría ocurrir que el recurso (la demanda de amparo) no llegaría a ser uno *efectivo*, tal y como lo exige el artículo 25 CADH: toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Y es que en estos casos, ¿cuál sería ese *control jurisdiccional que permita determinar si los actos del órgano electoral han sido adoptados al amparo de los derechos fundamentales* tal y como lo exige la jurisprudencia de la CIDH? Si cuando la invocada agresión no es manifiesta sino controvertida el amparo se presenta como esencialmente un proceso no idóneo para aquellas agresiones no manifiestas de un derecho constitucional, entonces no puede constituir un *recurso efectivo* contra la violación de derechos fundamentales cometida por el JNE. Y si ocurre esto, entonces, la situación se parecería muchísimo a la prohibición de revisión de las resoluciones del JNE que es precisamente lo proscrito tanto en la jurisprudencia internacional de la CIDH como en la nacional del Tribunal Constitucional con base en una acertada interpretación constitucional.

Con lo cual la cuestión se desplaza a determinar si existen procesos judiciales diferentes al proceso de amparo que permita al agredido en su derecho constitucional encontrar la salvación de su derecho cuando la agresión proveniente de una resolución del JNE no es una de carácter manifiesto. En este sentido hay que reconocer que no existe ningún procedimiento contencioso administrativo particular pensado para este supuesto, y de las dos modalidades existentes –al menos teóricamente– el supuesto podría encuadrarse dentro del proceso contencioso especial (artículo 25 de la Ley 27584, modificada por la Ley 28531, Ley del proceso contencioso administrativo). Sin embargo, un proceso contencioso administrativo especial, regulado con las etapas procesales y plazos actualmente previstos en la Ley del proceso contencioso administrativo, lo harían prácticamente ineficaz para esa salvación rápida que requiere todo derecho fundamental agredido, más aún si se trata del ámbito electoral, que –como se examinará más adelante– es de una importancia singular y sujeto siempre a plazos cortos.

Esto quiere significar que se haría preciso crear un procedimiento administrativo especialmente pensado para atender las violaciones de derechos fundamentales no manifiestas cometidas a través de resoluciones del JNE, caracterizado –entre otras cosas– por su sumariedad y eficacia. Pero ocurre que si se crea un procedimiento de esta naturaleza, entonces, lo más probable es que el amparo no proceda en ningún caso debido a que en la vía judicial existirá una vía judicial específica igualmente satisfactoria que el amparo, configurándose así la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 CPConst³⁵.

Por lo que lo más razonable en estas circunstancias parece ser que el juez constitucional emita un pronunciamiento sobre el fondo cuando se trate de violaciones no manifiestas de derechos fundamentales ocurridas a través de las resoluciones del JNE, habiendo previamente realizado una actividad probatoria suficiente, de ser necesaria.

³⁵ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”, en *Justicia Constitucional*, número 2, Lima, junio 2006, ps. 61–96.

¿Y la seguridad jurídica?

Una de las razones que llevó al legislador peruano a modificar el artículo 5.8 CPConst. en los términos que lo hizo la Ley 28642, fue precisamente que la posibilidad de cuestionar judicialmente –por ejemplo, a través del amparo constitucional– una decisión del JNE sobre algún proceso electoral, podría paralizarlo y con ello hacer peligrar su eficacia. Como recuerda el Tribunal Constitucional en el caso que ahora se examina, el apoderado del Congreso había manifestado que

“el objeto de la ley cuestionada es impedir el retraso del proceso electoral debido a las diversas etapas con las que éste cuenta, y que se afectaría la materia electoral”³⁶.

El Tribunal Constitucional ha rechazado esta posibilidad, y lo ha hecho sustentándolo en su práctica jurisprudencial, a través de la cual habiéndose tramitado amparos contra resoluciones del JNE, en ningún caso se produjo retraso electoral alguno. Dijo el Tribunal Constitucional que

“[s]in embargo, durante ese lapso –once años–, ninguna de dichas causas supuso la suspensión del cronograma electoral ni produjeron efectos perniciosos; más aún, salvo en dos casos, todas las demás fueron declaradas improcedentes”³⁷.

Acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que estamos ante un temor injustificado. Y acierta porque si se reconoce que toda persona tiene el derecho fundamental (implícito) a contar con un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25.1 CADH), es decir, si se reconoce que se tiene el derecho fundamental al amparo constitucional³⁸, entonces, el ejercicio de este derecho fundamental nunca podrá realizarse de modo que vulnere el contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental o de un principio o bien jurídico constitucional. Para lo que aquí interesa destacar, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia en caso de violación de un derecho fundamental, alguna facultad que vulnere el principio de seguridad jurídica y política que se manifiesta en los procesos electorales. De modo que en ningún caso la interposición de una demanda constitucional de amparo podrá suponer la paralización de los procesos electorales convocados constitucionalmente.

Consecuentemente, la tramitación de un amparo no puede desencadenar el caos social y la pugna política hasta tal extremo de poner en riesgo serio el orden público o la paz social, bienes jurídicos plenamente reconocidos y garantizados por el texto constitucional. Por esta razón se hace necesario pensar en el trámite de un amparo constitucional que logre neutralizar el riesgo de paralización de los procesos electorales. Y es que

“[n]o hace falta más que mirar la realidad para percatarnos que los meses que suele durar la tramitación de un amparo, hace

³⁶ EXP. N.º 0007–2007–PI/TC, citado, F. J. 28.

³⁷ Idem, F. J. 27.

³⁸ En la Opinión consultiva OC–9/87 del 6 de octubre de 1987, ha señalado la CIDH que “el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales”. Párrafo 23.



desaconsejable seguir su actual trámite. Debe ser un proceso de amparo que prevea un trámite distinto y sumarísimo, pero respetuoso siempre del debido proceso (predicado esta vez del proceso constitucional)”³⁹.

De ahí que siga manteniendo plena vigencia la propuesta de modificación legislativa que el Tribunal Constitucional manifestó en una sentencia anterior:

“ _ Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral. _ Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio. _ Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13^o del CPConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral. _ Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional”⁴⁰.

SOBRE LA PRETENDIDA DESACTIVACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La segunda gran cuestión que se ha de intentar resolver en este trabajo está relacionada con la significación de la justicia constitucional en general, y del Tribunal Constitucional en particular, dentro de un Estado constitucional de Derecho, a fin de determinar si su existencia está o no plenamente justificada. Y se ha de empezar reconociendo que “[l]a existencia de tribunales constitucionales es algo que no se entiende sin más. Tales instituciones están ausentes en muchos Estados de derecho. Y allí donde existen –como es el caso de Alemania y de Estados Unidos (...), su posición en el edificio de competencias del orden constitucional, y la legitimidad de sus decisiones, son asunto controvertido”⁴¹. Incluso, y en referencia al ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, se ha afirmado que la *judicial review* se trata de una *deviant institution* (institución desviada)⁴² de la democracia de ese país. Esto mismo ocurre respecto del ordenamiento constitucional peruano, en el cual se ha cuestionado no sólo concretas actuaciones del Tribunal Constitucional, sino también la propia legitimidad de su existencia, al punto que incluso se ha sugerido su desactivación.

Las páginas que siguen no pretenden un estudio exhaustivo acerca de la naturaleza de la jurisdicción constitucional y de la consecuente posición jurídica de los Tribunales Constitucionales, desde la filosofía del derecho o desde el derecho constitucional. Simplemente tendrán por objeto, con base en una determinada definición de la jurisdicción

³⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código...*, ob. cit., p. 365.

⁴⁰ EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, citado, F. J. 39.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª edición, Trotta, Madrid 2005, p. 312.

⁴² BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª edición, Yale University Press, New Haven and London, p. 18.

constitucional, establecer algunos elementos de juicio en la línea de determinar si existe o no justificación en el reconocimiento y actuación del Tribunal Constitucional como órgano encargado de la jurisdicción constitucional.

Un concepto básico de jurisdicción constitucional

Como se sabe, a través de la *iurisdictio* se asigna a un determinado órgano (el judicial) la función (y consiguiente competencia) de administrar justicia, es decir, la función (y consiguiente competencia) de resolver las distintas controversias a través de la interpretación y aplicación del Derecho. El reconocimiento de la *iurisdictio* ha sido la consecuencia necesaria de que en la confrontación entre Poder y Derecho haya vencido el primero, de modo que todas las cuestiones con relevancia para la comunidad política debían de resolverse no por la fuerza, sino a través de la razón que subyace en el *ius*. Esta referencia general nos sirve como punto de partida adecuado primero, para entender que es la jurisdicción constitucional, y segundo para intentar encontrar su justificación.

Con base en este punto de partida puede definirse –siempre de un modo básico y general– la jurisdicción constitucional, como aquella función atribuida a un determinado órgano u órganos, a través de la cual mediante un procedimiento judicial se controla la plena vigencia de la Constitución⁴³. Esto equivale a decir que en la jurisdicción constitucional se resuelven aquellas controversias concretas cuya solución atañe directamente a la interpretación y aplicación de la norma constitucional. Y digo directamente porque si la Constitución es considerada como la base del entero ordenamiento jurídico, entonces, todas las cuestiones jurídicas pueden ser reconducidas de alguna manera a la Constitución.

Se trata de velar porque tanto la actuación de los poderes y órganos estatales, como la actuación de los particulares, se conduzcan por los cauces que ha dispuesto la Constitución. Estos cauces no sólo son formales, sino también materiales, de modo que se han de ajustar a los valores y principios reconocidos expresa o implícitamente en los distintos dispositivos constitucionales. De manera que en definitiva lo que se persigue a través de la jurisdicción constitucional es hacer realidad la finalidad de la Constitución: limitar el poder, ya sea este de naturaleza pública o privada.

Justificación de la jurisdicción constitucional: desde la Constitución como norma jurídica

Necesidad de un sistema de control de la constitucionalidad

Una vez definida la jurisdicción constitucional, corresponde preguntarse si ésta tiene o no alguna justificación. La respuesta a esta pregunta dependerá de la respuesta que se de a esta otra: ¿cuál es el concepto de Constitución del cual se parte? Si la Constitución es concebida como un conjunto de proclamaciones formuladas por una mayoría política determinada en unas circunstancias concretas sin vinculación alguna a las fuerzas políticas y sociales; o, si por el contrario, la Constitución se define como un conjunto de acuerdos fundamentales para la existencia de una comunidad política, que por ser acuerdos y además de carácter básico, vinculan de modo efectivo a los gobernantes y gobernados. Si la

⁴³ Cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, ps. 341–355.



Constitución se define según el primer entendimiento, entonces no tiene sentido hablar de control constitucional porque no tiene sentido velar por su cumplimiento efectivo, debido a que no tiene un carácter vinculante. Por el contrario, si se define según el segundo entendimiento, entonces es obligado pensar en la existencia de unos mecanismos que controlen que la vinculación a la Constitución se cumple realmente⁴⁴.

En efecto, el control de la constitucionalidad de las actuaciones públicas y privadas es consecuencia necesaria de la consideración de la Constitución como norma jurídica efectivamente vinculante a sus destinatarios, en particular al poder político, y no como un mero compromiso circunstancial de grupos políticos, modificable –por tanto– en cualquier momento en el que cambie el parecer de la mayoría, o, lo que sería peor, como un mero conjunto de recomendaciones no vinculantes en modo alguno. Una Constitución no acompañada de mecanismos que vigilen su vigencia efectiva “es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene”⁴⁵.

La naturaleza normativa de la Constitución es el fundamento de la existencia de mecanismos de control de la constitucionalidad, como manifestación de la plena vigencia de la Constitución. Sin embargo, por sí misma no justifica que ese control se organice judicialmente. Bien se pudo pensar y decidir, por ejemplo, que el control se organizara no judicialmente sino políticamente. ¿Cuál es la razón que justifica que el control de la constitucionalidad se organizara judicialmente?

Un control no organizado políticamente

Necesidad de un órgano independiente

La respuesta la encontramos en la necesidad de que el control de la constitucionalidad sea un control realmente efectivo, y éste será posible de lograr en la medida que concurren las siguientes dos exigencias: primera, que sea realizado por un órgano independiente; y segunda, que se realice a través de procedimientos que consoliden esa independencia. La primera exigencia significa que el control de la constitucionalidad en estricto no puede estar atribuido a órganos que tuviesen algún interés propio que defender en los asuntos que hubiesen de resolver. En rigor, esto conlleva a su vez la exigencia de que el referido control no podía estar encargado al Poder público (en ninguna de sus tres órganos de función: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial) ni a los particulares, sino que se requiere de la existencia de un órgano autónomo e independiente, alejado lo más posible de las presiones que pudieran formular los grupos de poder (públicos o privados) interesados –consciente o inconscientemente– en una vinculación relativa o sencillamente en una inexistente vinculación a la Constitución.

Bien es verdad, sin embargo, que de entre los tres órganos de Poder público, el Judicial está, por su propia naturaleza institucional, destinado a mantenerse al margen de las

⁴⁴ Para un análisis acerca de la evolución histórica del concepto de “Constitución” hasta el constitucionalismo moderno, véase GRIMM, Dieter, “Constitución”, ps. 27–43; y “Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno”, ps. 45–76, en GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2006.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 3ª edición, 4ª reimpresión, Madrid 2001, p. 186.

constantes pugnas políticas que, por ejemplo, caracterizan las actuaciones y relaciones llevadas a cabo por el Legislativo y por el Ejecutivo. La razón fundamental es que, a diferencia de lo que ocurre con el Parlamento y con el Gobierno, el órgano judicial no tiene asignada una cuota de poder político; la cuota de poder público –reconocido y asignado constitucionalmente– que se le ha otorgado, está afectada indefectiblemente al cumplimiento de un deber: administrar justicia, por lo que su actuación tiene que ir estrechamente vinculada a la Ley, en particular a la Ley Fundamental. Y es que, la Jurisdicción es “el más débil de los poderes, con sus amplias competencias asociadas a la imposición de la Ley Fundamental”⁴⁶.

Por estas razones resulta válida cualquiera de las siguientes tres posibilidades de órgano encargado de controlar la vigencia efectiva de la Constitución, sin que se propicie con ello un ineficaz control de la constitucionalidad. Primero, que el control sea llevado a cabo a través de un órgano ajeno a la estructura de Poder público y privado; segundo, que el control sea llevado a cabo por un órgano adscrito a la estructura institucional del Poder Judicial; y tercero, una combinación de ambas.

El primer caso es el supuesto en el que la justicia constitucional está atribuida exclusivamente a un órgano autónomo e independiente, separado de cualquier estructura de poder como es el Tribunal Constitucional. Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español, quien tiene en exclusiva atribuida las funciones de resolver el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo, y de resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí (artículo 161 Constitución española). Los jueces del Poder Judicial en ningún supuesto podrán inaplicar por ellos mismos al caso concreto alguna norma que consideren inconstitucional; si tuviesen duda sobre la constitucionalidad de una ley que resuelve el caso que conocen, deberán plantear ante el Tribunal Constitucional la llamada “cuestión de inconstitucionalidad” (artículo 163 Constitución española).

El segundo caso es el supuesto del sistema de control de la Constitucionalidad de los Estados Unidos de Norte América, la llamada *judicial review of legislation*. Como se sabe, este sistema de control de la constitucionalidad no está previsto expresamente en el texto de la Constitución del mencionado país norteamericano, sino que ha surgido y consolidado fundamentalmente a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte, y es un sistema que atribuye el control de la constitucionalidad a los jueces del Poder Judicial y al Tribunal Supremo como instancia última⁴⁷.

Y el tercer caso es el supuesto del sistema de control de la constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Según este sistema, el control de la constitucionalidad de los actos del poder público y privado está encomendado tanto a los distintos jueces y tribunales del Poder Judicial, como al Tribunal Constitucional. Aquellos podrán inaplicar normas con rango de ley o no, provengan del Parlamento o del Ejecutivo que consideren inconstitucionales (artículo 138 CP), y podrían declarar inconstitucionales con carácter

⁴⁶ SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 847.

⁴⁷ Para un estudio de los fundamentos de la *judicial review* puede consultarse el libro de ELLIOT, Mark, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, London 2001.



derogatorio normas *infra* legales que contravengan la Constitución (artículo 200.5 CP), podrán así mismo anular – como primeras instancias– todos los demás actos públicos o privados que contravengan derechos fundamentales (artículo 202.2 CP). Mientras que el Tribunal Constitucional resolverá en instancia única las demandas de inconstitucionalidad contra normas con rango de Ley, resolverá en última instancia las demandas constitucionales dirigidas a proteger derechos fundamentales, y resolverá en instancia única los conflictos de competencia (artículo 202 CP).

Necesidad de un proceso argumentativo como justificación de la decisión de control de la constitucionalidad

La segunda exigencia a la que hay que hacer referencia como necesaria para conseguir un control efectivo de la vigencia plena de la Constitución es que ese control se realice a través de procedimientos que permitan la consolidación formal y material de la actuación independiente llevada a cabo por el órgano de control de la constitucionalidad. El procedimiento que más se ajusta a esta exigencia es el procedimiento judicial, entendido como aquel conformado por una serie de exigencias formales y materiales que permitan en una medida lo mayor posible, la consecución de una solución acertada: que equivale a *solución justa* cuando está en juego derechos fundamentales de las personas, o valores o bienes jurídicos con ellos relacionados; y a *solución constitucionalmente correcta* cuando sólo está en juego facultades o atribuciones de órganos constitucionales.

Dentro de un proceso jurisdiccional, una solución acertada necesariamente es una solución argumentada⁴⁸. Desde la perspectiva del control de la constitucionalidad, el acierto o desacierto de una solución que declare inconstitucional una actuación pública o privada o, por el contrario, que confirme su constitucionalidad, dependerá de los argumentos que el órgano de decisión presente como justificación constitucional. Se trata del ejercicio de la función de control de la constitucionalidad “a través del rigor de la razón jurídica”⁴⁹, y que “únicamente por vía de argumentación y de sabiduría puede ganar en autoridad”⁵⁰.

Para que la decisión de control no sea arbitraria, requiere expresar la argumentación jurídica que le ha dado origen. Sin embargo, no toda decisión por ser argumentada es necesariamente una solución constitucionalmente correcta. Precisamente la corrección se definirá en función de que efectivamente los argumentos que se viertan tengan asidero constitucional. Por eso, no se puede afirmar sencillamente que Derecho constitucional es aquello que el órgano jurisdiccional de control constitucional (los jueces, y en última instancia el Tribunal Constitucional) dicen que es, pues de ser así “prácticamente de nada sirve disponer de una Constitución, ni tiene mucho sentido sustituir la voluntad del poder legislativo por la voluntad de otro poder, el judicial, que además no es democrático”⁵¹. Hay que estar atentos, por tanto, a la calidad de las razones y argumentos que se expresen como justificación de una decisión.

⁴⁸ Como bien se ha dicho, “mientras se acentúe la idea de la discrecionalidad como una imagen adecuada del comportamiento de los tribunales, todo modelo de justicia constitucional adolecerá de un déficit de legitimidad”. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2003, p. 96.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 191.

⁵⁰ SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, ob. cit., p. 847.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y...*, ob. cit., p. 95.

Justificación de la jurisdicción constitucional: desde la consolidación del sistema democrático

Insuficiencia de la dimensión formal de la democracia

Una definición etimológica de lo que es la democracia haría necesaria referencia al “gobierno del pueblo” (*demos*, traducido como pueblo; y *cratos*, como poder o gobierno): “autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos”⁵². En este sentido, un sistema será democrático en la medida que permita la participación del pueblo en el ejercicio del poder público. Limitarse a este concepto significaría fundamentalmente limitarse a la dimensión formal de su definición: un sistema será democrático en tanto las decisiones se tomen por la mayoría (de la población organizada políticamente: por ejemplo, por la mayoría de votos que eligen un presidente de la República o un Parlamentario, o por la mayoría de parlamentarios que aprueban una Ley), con respeto de la minorías: “[p]or su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría, y, por consiguiente, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir, resultando de ello, ya que no la necesidad, por lo menos la posibilidad de una protección para la minoría frente a la mayoría”⁵³. Esta es la dimensión formal o procedimental de la democracia, “que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de las mayorías”⁵⁴.

Pero la democracia “no es un simple procedimiento formal de designación de gobernantes”⁵⁵. No cualquier decisión tomada por la mayoría o por los gobernantes elegidos por una mayoría popular es una decisión *válida* en un sistema democrático, sino que la validez vendrá determinada por su ajustamiento a unos fines. Así se ingresa a la dimensión material del sistema democrático. La decisión de la mayoría será válida en la medida que se ajuste a una serie de valores o principios dirigidos a promover la plena vigencia de los derechos fundamentales. Y es que la dimensión material de la democracia “se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella”⁵⁶.

De forma que por sí sola la dimensión formal de lo que es la democracia no sirve ni interesa a un Estado constitucional de Derecho. Democracia formal (o legitimación por mayorías) y democracia material (legitimación por libertades) se presentan como dos realidades necesarias a fin de hablar de verdadera democracia dentro de un Estado constitucional de Derecho. La sola democracia formal entendida como voluntad de la

⁵² BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid 2000, p. 133.

⁵³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada 2002, p. 63.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 5ª edición, Madrid 2006, p. 23.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 67.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 23.



mayoría, tiene dos puntos débiles: “por un lado, que una voluntad así constituida como origen de la decisión legítima puede, en tanto que presuntamente ‘racional’, ser utilizada tiránicamente para imponer cualquier política. Por otro lado se ha argüido que una unión tal de voluntades, en el supuesto de que exista tal cosa, puede producir una decisión que desborde todas las barreras de protección política que se supone deben acompañar y defender al individuo frente al poder”⁵⁷. Precisamente para evitar estos riesgos, a esta significación formal de la democracia se ha de unir una necesaria referencia material.

La justicia constitucional como favorecedora de la dimensión material de la democracia

Dentro de este contexto, la jurisdicción constitucional se manifiesta como una realidad necesaria a la vez que idónea para evitar que la vigencia de una democracia formal se convierta en tiranía de la mayoría. Necesaria porque pretenderá que el ejercicio del poder no se desenvuelva de modo irracional o arbitrario, sino que transcurra por los cauces que broten de las normas, principios y valores reconocidos en la Constitución; e idónea porque, como se ha argumentado antes, la organización judicial de la función de control de la constitucionalidad de los actos del poder (público y privado) es la que mejor disposición tiene para interpretar y aplicar la Constitución correctamente, en la medida que, primero, se realiza por un órgano independiente, sin interés propio en las cuestiones que se decidan; y, segundo, porque a través del proceso judicial previo a la toma de decisión, manifestará las razones que justifican la misma. Una y otra situación no habría sido posible de lograr, al menos no con un grado de garantía suficiente, si el control de la constitucionalidad se hubiese organizado políticamente a cargo del Ejecutivo o del Legislativo.

El órgano encargado de la jurisdicción constitucional tendrá por objetivo, dentro de una democracia constitucional, vigilar que el poder, en particular el poder público, se sujete a la Constitución, es decir, conseguir la limitación tanto formal como material del ejercicio del poder. Lo primero se conseguirá ajustando al Ejecutivo y al Legislativo a las exigencias procedimentales que para su actuación le ha previsto la Constitución; mientras que lo segundo se logrará –fundamentalmente– sometiendo la actuación del poder público a las exigencias de respeto y vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En esta medida no será exagerado afirmar que no hay verdadera democracia sin jurisdicción constitucional, pues no habrá democracia ahí donde no haya ni limitación real del poder, ni vigencia efectiva de los derechos fundamentales; y ni esta limitación real ni esta vigencia efectiva podrá conseguirse al margen de una jurisdicción constitucional.

La jurisdicción constitucional, por tanto, “sirve para *garantizar los derechos fundamentales*”⁵⁸. Una Constitución del Estado constitucional no sólo es una Constitución vinculante, sino que es una Constitución que incorpora una determinada ideología “que ha pretendido una determinada configuración del poder político y del aseguramiento del respeto de los derechos”⁵⁹, pues no tiene que olvidarse que la protección de los derechos

⁵⁷ LAPORTA, Francisco J, “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, en LAPORTA, Francisco J., (editor), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 86.

⁵⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, 1ª edición, reimpresión, Madrid, 2003, p. 138.

⁵⁹ AGUILÓ REGLA, Joseph, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en LAPORTA, Francisco J., (editor), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 148. En este sentido, continua diciendo el autor, “la constitución del constitucionalismo tiene que tener

fundamentales “constituyen precisamente la razón de ser del Estado de Derecho”⁶⁰. Y es que, en definitiva, “[l]a Constitución y la Jurisdicción Constitucional responden sobre todo a la voluntad de moderar y limitar el poder y de garantizar los derechos humanos *como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo*”⁶¹.

Justificación de la jurisdicción constitucional: desde el aseguramiento de consenso

Una última justificación puede darse a la existencia de una jurisdicción constitucional, y ella tiene que ver con la formación y mantenimiento de los consensos necesarios que hagan posible por un lado, la estabilidad política y, por otro, la estabilidad –que no inmutabilidad debido a la sabida continuidad y dinamicidad del Derecho–⁶² jurídica, en particular, la que brota desde la Constitución. En efecto, la Constitución significa el conjunto de acuerdos o consensos de índole social, político, económico, cultural y ético, al que una comunidad determinada ha arribado en un momento histórico concreto. Para hacer ese consenso posible, el poder constituyente se ha visto obligado a redactar de modo general y abierto las distintas disposiciones constitucionales a fin de que en ellas se vean reflejadas las distintas posturas o concepciones existentes en la sociedad. Parte del encargo que el Constituyente ha formulado al órgano de justicia constitucional, ha sido que éste concrete las vagas e imprecisas formulaciones normativas, y deberá hacerlo de modo que tenga en cuenta los siguientes dos requisitos. El primero, que sin contradecir ni desnaturalizar la Constitución misma, la adapte a los tiempos futuros; y que esa adaptación la realice de modo pacífico, con base en el mayor consenso posible.

Esta labor de adaptación y creación de consenso, es posible que tenga éxito en la medida que la realice un órgano que se presente como ajeno a las presiones –conscientes o inconscientes– que puedan provenir de los distintos grupos políticos, sociales o económicos de la sociedad. Es verdad que en definitiva la decisión a la que arribe el órgano de control constitucional estará teñida de la subjetividad de los magistrados que componen ese órgano, proveniente tanto de la propia experiencia vital, como de la ideología (entendida como conjunto de valores) profesada por cada uno de ellos. Sin embargo, también es verdad que la decisión que tome debe justificarse y razonarse desde la Constitución misma, evitando que con argumentos poco o nada racionales, en buena cuenta inconstitucionales, la decisión no sea compartida por el mayor número de sectores que conforman la pluralidad social. Sin duda que nada de esto se lograría, o sería poco probable de lograr, si se encargase la interpretación y ejecución de la Constitución a una determinada mayoría política (en el Parlamento o en el Ejecutivo).

Por el contrario, con un órgano de justicia constitucional que cumpla debidamente su función de interpretación y determinación de la norma constitucional en ejercicio de su

necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es constitución). Ibidem.

⁶⁰ DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Derechos humanos”, en BETEGÓN, Jerónimo, DE PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J., PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 24.

⁶¹ SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”..., ob. cit., p. 848.

⁶² Por eso se acierta cuando se afirma que “reducir la misión de los Tribunales Constitucionales a la de guardianes del estado de cosas fijado por una Constitución en n momento dado es desconocer su real poder”. AHUMADA RUÍZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson – Civitas, Cizur menor, 2005, p. 51.



función de control de la constitucionalidad de los actos del poder, “[l]a Constitución es capaz de convertirse (...) en el campo común de juego de las diferentes fuerzas políticas, en la regla de juego básica sobre la cual la competitividad política concreta sus opciones y despliega su legítima lucha, en la regla de fondo que define el consenso fundamental de una sociedad sobre la cual ésta mantiene su vitalidad y desarrolla sus virtualidades y sus cambios y transformaciones creadoras”⁶³.

De esta manera, y para lo que ahora interesa destacar, el Tribunal Constitucional está llamado a convertirse en un eficaz instrumento de integración –y consecuente paz– social y política de la comunidad en la que se instala. Esto se ve alentado por el hecho de constituir los derechos fundamentales una parte esencial del contenido de la Constitución, y por significar su vigencia plena un elemento de acuerdo básico. De esta manera, defender la Constitución supondrá hacer regir la Constitución como una realidad superior a los intereses singulares de los grupos de poder político, económico y social, de modo que los conflictos que en este nivel puedan manifestarse, encuentren en la norma constitucional el punto de resolución al convertirse en el punto de consenso. En referencia al órgano de justicia constitucional se ha afirmado con acierto que “es un instrumento incomparable de ‘paz jurídica’, y de renovación de los ‘consensos fundamentales’ que son los que sostienen la Constitución”⁶⁴. Y es que “[l]a Jurisdicción Constitucional sensibiliza en el espíritu constitucional a órganos y ciudadanos y desempeña, mediante su interpretación y aplicación en los procesos pluralistas de composición de intereses, una función pacificadora mantenedora y desarrolladora de consenso”⁶⁵.

Lo verdaderamente importante: neutralizar los peligros insitos en la jurisdicción constitucional

El órgano de control de la constitucionalidad, ya se organice como Tribunal Constitucional y, por tanto, al margen de cualquier estructura de poder político, ya se organice como Sala Suprema del Poder Judicial, es un órgano imprescindible en el seno del moderno Estado constitucional. Eso no está –no debería estarlo– en duda. La cuestión se desplaza, entonces, a determinar cuales son los límites funcionales y materiales a los que ha de sujetarse el órgano de control de la constitucionalidad, y ello con la finalidad de evitar romper la distribución de poder querida y prevista por la misma Constitución. Ya en otro lado me he ocupado de los peligros que representa la jurisdicción constitucional⁶⁶. Aquí sólo se ha de recordar que tanto el órgano de control de la constitucionalidad, como la opinión pública en general, han de estar especialmente atentos a que no ocurra que so pretexto de una invocada vigencia efectiva de los derechos fundamentales, se llegue a interferir cuando no a usurpar las constitucionales competencias de los órganos del poder público, como el

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 188.

⁶⁴ Idem, p. 195.

⁶⁵ SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”..., ob. cit., p. 846.

⁶⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, ps. 133–139.

Legislativo⁶⁷ o el Judicial⁶⁸, o se llegue a atribuir funciones que constitucionalmente no corresponden a órganos como el Ejecutivo⁶⁹, o, en definitiva, que se llegue a vaciar de contenido decisiones legítimamente adoptadas por el Poder constituyente⁷⁰.

No hay por qué oponerse a un sistema político y judicial caracterizado por hacer “de los jueces constitucionales árbitros finales o, directamente, la autoridad con la última palabra en cuestiones fundamentales para la comunidad política”⁷¹; ni tampoco tiene por qué llevar “al custodio de la Constitución a reducir sus legítimas funciones, y ceder en sus esfuerzos por lograr eficacia para justo aquellas decisiones constitucionales que dotan de especial valor a la Ley Fundamental”⁷². No es lo deseable en un Estado constitucional moderno. Todas aquellas voces que denunciando reales o supuestos excesos en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, proponen la disolución de la misma, deben saber que “la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quinta esenciada de gobierno humano”⁷³.

Otras deberán ser las medidas que deberán adoptarse para evitar los peligros insitos en toda jurisdicción constitucional. Y estas, me parece, deben ser tanto externas como internas a la propia jurisdicción constitucional. Las externas se desenvolverán en una doble línea paralela. La primera dirigida a una constante fiscalización de la actuación de control de la constitucionalidad de los actos del poder (público y privado), especialmente desde la crítica académica y desde la opinión pública; y la segunda, dirigida hacia el proceso de selección de los miembros del órgano de control de la constitucionalidad. Sobre esto último hay que afirmar que es necesario y absolutamente legítimo que en la elección de los mencionados magistrados intervenga el Parlamento o el Ejecutivo. Así lo exige la necesidad de legitimidad que deberá reconocerse en la procedencia de los miembros –por ejemplo– del Tribunal Constitucional, cuyos actos jurisdiccionales –aunque sea indirectamente– deberán poderse imputar al titular del poder público que es el pueblo. Por tanto, no debe proibirse que exista negociación política en el seno del Ejecutivo o del Parlamento a la hora de elegir a los miembros de órgano de control de la constitucionalidad, como el Tribunal Constitucional. Lo que sí se ha de proibir es que en la selección de los candidatos y en la elección de los magistrados no primen las consideraciones académicas y las aptitudes y valoraciones personales de los postulantes. Un juez constitucional con las capacidades académicas, morales y personales para sentirse atado sólo a las exigencias de la Constitución, es en

⁶⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 100, enero 2007, ps. 27–38.

⁶⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 4, abril 2007, ps. 573–601.

⁶⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, noviembre 2006, ps. 31–45.

⁷⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial”, en *Jus Jurisprudencia*, número 1, en prensa.

⁷¹ AHUMADA RUÍZ, Marian, *La jurisdicción constitucional...*, ob. cit., p. 62.

⁷² SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”..., ob. cit., p. 847.

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 175.



definitiva quien dará vida y prestigio al órgano de control de la constitucionalidad, incluso siendo electo por el Parlamento o por el Ejecutivo.

Las medidas internas van en la línea de promover y hacer realidad un ponderado autocontrol en las decisiones del órgano de justicia constitucional (*judicial self-restraint*). En este sentido, deberá conseguirse una situación en la que el propio magistrado se encuentre alejado o se mantenga inmune a las inevitables presiones políticas, sociales y económicas que provengan de los grupos de poder. Esa lucha de inmunidad, sin embargo, no debe llevar al juez constitucional a alejarse de la Constitución, o a actuar sin respeto de los márgenes de actuación del poder⁷⁴. Y se aleja cuando decide arbitrariamente, al margen de una justificación racional y constitucionalmente suficiente. No deben olvidar los miembros del órgano de control de la constitucionalidad –como el Tribunal Constitucional– que “únicamente por vía de argumentación y de sabiduría puede ganar en autoridad y [que su] existencia depende a largo plazo de su capacidad para consolidar y difundir el consenso constitucional”⁷⁵.

CONCLUSIONES

No es dañino y, por ello no es –no debe serlo– extraño, que se discuta acerca de la justificación de la justicia constitucional, y se analice la concreta actividad que realice el Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad de la actuación del poder. Muy por el contrario, discutir acerca de la legitimidad de origen del Tribunal Constitucional sólo puede conducir a consolidar su posición jurídica y a hacer desaparecer todas aquellas dudas que sobre su necesidad y justificación puedan tener académicos, políticos y la población en general. Del mismo modo, discutir acerca de su legitimidad de actuación también conduce a la consolidación de la institución debido a que con un análisis racional de las distintas sentencias constitucionales, descubriendo los vicios o errores en los que pueda incurrir el Tribunal Constitucional al momento de interpretar y concretizar los dispositivos constitucionales, conduce, en primer lugar, a un debate enriquecedor acerca de las distintas figuras o instituciones jurídico constitucionales, en segundo lugar, a advertir deficiencias argumentativas a fin de que sean superadas y, en tercer lugar, principalmente en evitar que se vea favorecida la posibilidad de un actuar arbitrario del Tribunal Constitucional al saberse ajeno a cualquier tipo de fiscalización.

En este contexto, el análisis que en este trabajo se ha efectuado de la sentencia al EXP. N.º 0007–2007–PI/TC, lleva a concluir que la argumentación y la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional se enmarca dentro de lo constitucionalmente permitido. El Tribunal Constitucional ha dado un paso importante en la línea de consolidar el mandato por el cual la Constitución siendo una realidad plenamente normativa en la que se reconoce que los derechos fundamentales son el fin de la sociedad y del Estado, proscribire la existencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución y, consecuentemente, exentos del control de constitucionalidad. Por tanto, el Tribunal Constitucional acierta plenamente cuando declara inconstitucional el artículo único de la Ley 28642.

⁷⁴ Cfr. ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht –Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61, 2002, ps. 12 y ss.

⁷⁵ SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”..., ob. cit., p. 847.

Pero y es que, aunque el Tribunal Constitucional hubiese equivocado la respuesta o la argumentación de la misma, no está justificado solicitar su desactivación o algo semejante. Y no lo está al menos por las siguientes dos razones. La primera, porque –como se ha argumentado anteriormente– la jurisdicción constitucional es una consecuencia necesaria de toda Constitución considerada norma jurídica, de toda democracia material, y de toda sociedad con un consenso fundamental. Y la segunda, porque las posibles extralimitaciones –que las ha habido– en las que haya incurrido el Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad, no se solucionan cerrándolo, y trasladando sus funciones a otro órgano, como puede ser alguna Sala de la Corte Suprema, porque si de un simple traslado se trata, no sólo se trasladará el encargo de control, sino que con él viajarán también los vicios y riesgos que se puedan achacar al Tribunal Constitucional. Las extralimitaciones cesarán cuando las personas que tengan que ejecutar el control de constitucionalidad a través de la interpretación y aplicación de la Constitución, lo hagan al margen de presiones políticas, económicas e incluso sociales, e intentando siempre ajustarse lo más posible a una razonable y justificada interpretación de los abiertos y vagos textos constitucionales, sin que prime la propia ideología política, social o económica que legítimamente puede profesar el juez constitucional, por sobre la ideología constitucional.

